



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**Tesis presentada para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Penal**

POR:

ABOGADA MARTHA ELIZABETH VILCHEZ QUEVEDO

LAMBAYEQUE, PERÚ - 2014

**OBTENCIÓN DE LA PRUEBA ILICITA EN EL ORDENAMIENTO
PROCESAL PENAL PERUANO Y LA VULNERACIÓN A LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

**MARTHA VILCHEZ QUEVEDO
AUTOR**

**CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA
ASESOR**

**Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON
MENCIÓN EN DERECHO PENAL.**

APROBADO POR:

**DR. VICTOR ANACLETO GUERRERO
PRESIDENTE DEL JURADO**

**M.S.C. OSCAR VILCHEZ VELEZ
SECRETARIO DEL JURADO**

**M.S.C. MARIANO LARREA CHUCAS
VOCAL DEL JURADO**

Lambayeque, Diciembre del 2014

ÍNDICE

	Pág.
Índice	3
Dedicatoria	9
Agradecimiento	10
Resumen	13
Abstract	14
Introducción	15

CAPÍTULO I

Aspectos Metodológicos

I.- El Problema	18
1.1. Planteamiento del Problema	18
1.2. Formulación del Problema	19
1.3 Justificación del Problema	19
II.-Objetivos	20
a. Objetivo General	20
b. Objetivos Específicos	21
III.-Hipótesis y Variables	21
3.1. Hipótesis	21
3.2. Variables	21
IV.- Marco Metodológico	22
4.1. Métodos de investigación	22

4.2. Técnicas de Recopilación de Información	23
V.-Población y Muestra	24

CAPÍTULO II

Nociones Generales sobre la Prueba

1.- Concepto	18
2.- Clasificación de las pruebas	21
3.- Aseguramiento de la Prueba:	
Prueba Anticipada y Prueba Preconstituida	26
4.- Importancia de la Prueba	27
5.- Finalidad de la Prueba	28
6.- Fenómeno Probatorio	30
6.1 Objeto de Prueba	30
6.2 Fuente de Prueba	31
6.3 Elemento de Prueba	32
6.4 Medio de Prueba	32
6.5 Órgano de Prueba	33
7.- Principios	34
a. Principio de oficialidad	34
b. Principio de libertad probatoria	34
c. Principio de pertinencia	35
d. Principio de conducencia y utilidad	35

e. Principio de legitimidad	35
f. Principio de comunidad	35
g. Principio de contradicción	36
8.- Importancia de la Prueba en el Proceso Penal	36
9.- La Prueba desde la Perspectiva de la Constitución	38
10.- Valoración de la Prueba	40
10.1 Origen de la Valoración de la Prueba	40
11.- Actividad Probatoria en el NCPP	41
12.- Momentos de la Actividad Probatoria	42
13.- Sistemas de Valoración	44
13.1 Sistema de Prueba Tasada	44
13.2 Sistema de íntima Convicción	46
13.3 Sistema de la Sana Crítica o de Libre Convicción	47

CAPÍTULO III

La Prueba Ilícita

1.- Origen de la regla de exclusión de la Prueba Ilícita	50
2.- Delimitación de la Prueba Ilícita	53
3.- Concepto	54
4.- Exclusión Probatoria	57
5.- Nulidad y Exclusión Probatoria	59

CAPÍTULO IV

Fundamento de la Regla de Exclusión

1.- La Prueba Ilícita en el Derecho Comparado	65
1.1 Estados Unidos de Norteamérica	65
1.2 España	68
1.3 Alemania	71
1.4 Chile	72
1.5 El Salvador	73

CAPÍTULO V

La Prueba ilícita en el Ordenamiento Jurídico Peruano

1.- Desarrollo de la Prueba Ilícita a través del Tribunal Constitucional	75
2.- Modelo Peruano	79
2.1. Alcance de la Regla de Exclusión en el NCPP	81
a. El concepto de "Obtención de Pruebas"	82
b. Sujetos	83
c. Delimitación del concepto de "derechos fundamentales"	84
d. El contenido esencial de los derechos fundamentales	87
2.2. Efectos de la Regla de Exclusión	89
a. Prohibición de Admisión	90
b. Prohibición de Valoración	91

c. Eficacia Refleja	91
---------------------	----

CAPÍTULO VI

Excepciones

1.- Excepciones a la Regla de Exclusión Probatoria	94
1.1 La Fuente Independiente	95
1.2 El descubrimiento Inevitable	97
1.3 La Buena Fe	100
1.4 El Principio de Proporcionalidad	103
1.5 El Nexo Causal Atenuado o doctrina del "purge taint"	107
1.6 La Prueba Ilícita a favor del imputado o Prueba Ilícita in bonam partem	110
1.7 La Teoría del Riesgo	112
1.8 La Renuncia del Interesado	115
a. Inviolabilidad del domicilio	115
b. El derecho a la no autoincriminarse	117
1.9. La "plain view doctrine doctrine" y los Campos Abiertos	118
2.-Excepciones a la Regla de Exclusión Peruana	120
3.-Regulación de la Excepciones a la Regla de Exclusión	121

CAPÍTULO VII

Análisis y Revisión del Trabajo de Campo	124
Comprobación de Hipótesis	132

Conclusiones	134
Recomendaciones	135
Propuesta Legislativa	136
Bibliografía	137

ANEXOS

Encuesta	143
Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1058-2004-AA/TC	144
Acta del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal 2004	153
Resolución N° 02, Exp. N° 2009-02551	162

Dedicatoria

A mi madre Valentina Consuelo, a mi padre Miguel Santos a mis hijos Hiroshi Alonso y Sayuri Valentina a mi esposo, abuelitos y hermanos, porque día a día se preocupaban indagando mis avances académicos; por su constante apoyo al logro de mi meta profesional, por renunciar a sus proyectos personales y familiares en pos del mío.

A todos ellos me queda decirles gracias, por haberme brindado lo más sagrado que tenían, su tiempo y amor, necesarios, para poder concluir mi sueño.

Agradecimiento

A todas las personas que han colaborado en la elaboración del presente trabajo de investigación, por su apoyo invaluable al cumplimiento de mi meta.

RESUMEN

Desde la óptica de la investigadora el presente trabajo plantea el problema en pregunta ¿Por qué al operador del Derecho, la obtención de la prueba ilícita con vulneración a los derechos fundamentales o su valoración con inobservancia de las garantías constitucionales establecidas a favor del procesado, lo ubica, en la difícil situación de decidir entre llegar a la certeza de los hechos haciendo prevalecer la vigencia de los derechos fundamentales o valorar dicha prueba?, teniendo en cuenta varios aspectos: primero la trascendencia de la obtención y valoración de la prueba ilícita para llegar a descubrir la verdad de los hechos, dado que no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a todo precio es decir vulnerando derechos fundamentales; segundo se analizarán la carencia doctrinaria o jurídica que ubica al Juez entre valorar la prueba ilícita que ha sido obtenida sin respetar los derechos fundamentales o descubrir la verdad a toda costa.

Para orientar la solución del problema se revisa un marco teórico, en base a la doctrina y jurisprudencia extranjera y nacional así como las excepciones a la regla de exclusión probatoria y su respectiva regulación, pretendiendo de tal manera mostrar y brindar una propuesta legislativa en la que se basa la tesis concluyendo que cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos por fuente independiente, riesgo para grabaciones o filmaciones, la teoría de la *plan view doctrine* y los campos abiertos, podrán ser valorados por el juez aplicando la regla de la sana crítica y el principio de proporcionalidad.

Mediante lo expresado, la investigación mostrará la falta de una legislación que ayude a los operadores del derecho a llegar a la verdad sin vulnerar los derechos fundamentales.

ABSTRACT

From the perspective of the research this paper raises the issue in question ¿Why the operator of the law, obtaining illegal evidence in breach of fundamental rights or valuation failure of constitutional guarantees established in favor of the defendant, locates in the difficult position of deciding between reaching certain facts prevail by force of fundamental rights or evaluate such evidence?, considering several aspects: first, the importance of the collection and assessment of the illegal evidence to reach discover the true facts, since there is no principle of criminal procedural law imposing the search for truth at any cost that is violating fundamental rights; second doctrinal or legal gap that lies between valuing Judge illegal evidence that has been obtained without respect fundamental rights or discover the truth at all costs be analyzed.

To guide the solution of the problem a theoretical framework is revised, based on the doctrine and foreign and national jurisprudence and the exceptions to the rule excluding evidence and its respective regulation, pretending so show and provide a legislative proposal that the thesis is based concluding that when the evidence has been obtained by independent source, risk recordings or films, the theory of plan view and open fields doctrine may be assessed by the judge applying the rule of sound judgment and the principle of proportionality.

By the above, the investigation shows the lack of legislation that helps operators the right to get to the truth without violating fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

Desde los tiempos remotos, siempre que surge un conflicto o contienda entre dos personas, cada una de ellas se esmera por demostrar su verdad, para ello aporta dichos y todo medio que esté a su alcance para demostrarle a quien decide la causa, que su verdad es la que debe prevalecer. Sin embargo, cabe señalar que, no siempre se debe permitir que las partes de un conflicto hagan uso de todo lo que tengan a su alcance para demostrar sus afirmaciones, incluso medios ilícitos obtenidos con flagrante violación de los derechos fundamentales, pues ello, nos llevaría a cometer abusos, los mismos que no resultan acorde con un Estado Constitucional de Derecho donde se identifica por la imposición de límites a la actuación de los órganos de persecución penal.

En el ámbito del proceso penal no todo está permitido para la averiguación de la verdad de los hechos. Este extremo es lo que permite diferenciar un Estado de Derecho de un Estado Policial, en donde los derechos fundamentales están subordinados a la eficacia de la persecución penal. El Estado policial es aquel que tiende a eliminar cualquier tipo de reglas que introduzcan límites a la persecución y sanción penal. Desde esta perspectiva, la introducción de reglas de exclusión o prohibición probatoria es características de los Estados democráticos que anteponen el respecto a los derechos fundamentales frente a la eficacia del poder penal estatal. Como se ha establecido "no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a todo precio".

La doctrina, pone de relieve la importancia de la prueba en la medida que la actividad probatoria es la que permite fijar los hechos a los que el juez en su sentencia aplicará el derecho. A través de las pruebas que se aportan al proceso permiten al juez lograr convicción. Así queda de manifiesto la trascendencia de la prueba.

La relevancia de la prueba ha sido advertida siempre, pero en los últimos tiempos la actividad probatoria se entiende como un derecho básico y esencial, reconocido como un derecho fundamental.

Si bien, todos los hechos y circunstancias relacionadas con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, existen limitaciones a estos medios, configurados por las garantías constitucionales y las formas impuestas para cada medio probatorio, lo que conlleva a que el material probatorio obtenido en violación de estas normas no sea valorado.

La incorporación en el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, de una regla de exclusión, establece una autolimitación en el ejercicio del poder penal estatal que se basa en el respeto de los derechos fundamentales. Se ha optado por dar preferencia a la tutela de derechos fundamentales frente a la averiguación de la verdad a cualquier precio en concordancia con los valores constitucionales. Así cuando nos enfrentamos ante la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, aunque la misma desde el plano epistemológico, permita conocer la verdad de los hechos y la culpabilidad del imputado, el legislador ha optado por su exclusión del proceso como mecanismo tutelar de los derechos fundamentales.

En tal sentido, al ser 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 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.

En el Capítulo I, de la presente investigación, se propone la hipótesis y los objetivos que ayudarán al desarrollo de la problemática planteada. En el capítulo siguiente, estudiamos los diferentes aspectos de la prueba, para que a partir del Capítulo III analizar el tema de investigación, esto es la prueba ilícita, desarrollando su origen y concepto, y sus implicancias jurídicas. En el Capítulo IV analizaremos su tratamiento en el derecho comparado, posteriormente se realiza un estudio en el ordenamiento jurídico nacional, y en el capítulo VI se describen y analizan las excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Asimismo, se realiza el análisis del trabajo de campo, para terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta legislativa.

Por lo que, con el presente trabajo de investigación, esperamos aportar al desarrollo, análisis y estudio del tema abordado.

La autora.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

I. EL PROBLEMA

1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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 la prueba ilícita o prohibida se ha convertido en una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal

El alcance constitucional de la prueba ilícita, significa el establecimiento de una sanción expresa por la obtención de esta prueba con violación de derechos fundamentales constituyendo una garantía para la vigencia de los mismos.

He aquí la importancia del estudio de la prueba ilícita para determinar y establecer, su contenido, limitaciones y razonamientos aplicados por los operadores jurídicos para la admisión o exclusión de las mencionadas pruebas, así como de fijar cuales serían las excepciones para la valoración de la prueba ilícita.

El artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal (NCP), introduce una regla de exclusión probatoria o también una prohibición de valoración probatoria. Proclamándose desde una perspectiva positiva la valoración de todo medio de prueba siempre que se haya obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento

constitucionalmente legítimo. Estableciendo la carencia de efectos de aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales o con inobservancia de las garantías constitucionales establecidas a favor del procesado.

La ubicación sistemática de dicho precepto legal en el NCPP hace que irradie sus efectos sobre todo el conjunto normativo contenido en el texto procesal penal y especialmente sobre la regulación legal de la actividad probatoria.

En los procesos penales, las partes procesales introducen pruebas que permiten demostrar la inocencia o culpabilidad del procesado, las mismas que a veces son obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, es allí donde el juzgador se encuentra en la difícil situación de decidir entre llegar a la certeza de los hechos valorando dicha prueba o por el contrario hacer prevalecer la vigencia de los mismos.

Para mi criterio, el proceso penal deber ser fiel reflejo de la vigencia de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, estableciéndose límites a la obtención de pruebas.

De lo antes delineado, se desprende que en nuestro ordenamiento, no se ha desarrollado plenamente el tema de la obtención probatoria con vulneración de derechos fundamentales. No obstante el derecho comparado nos servirá de base para el desarrollo de la problemática planteada.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Por qué al operador del Derecho, la obtención de la prueba ilícita con vulneración a los derechos fundamentales o su valoración con

inobservancia de las garantías constitucionales establecidas a favor del procesado, lo ubica, en la difícil situación de decidir entre llegar a la certeza de los hechos haciendo prevalecer la vigencia de los derechos fundamentales o valorar dicha prueba?

1.3. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

El Estado en el proceso penal tiene como prioridad la persecución del delito y el respeto a las garantías constitucionales por tal motivo el presente trabajo de investigación se justifica porque en el proceso penal la obtención de la prueba ilícita en el derecho comparado se plantean teorías que admiten la valoración probatoria obtenida a través de medios no autorizados y no habiendo un desarrollo sistemático de dicha institución en nuestro medio, se hace necesario, describir el problema para desarrollarlo, analizarlo y proponer de una posible aplicación de criterios y de un marco regulatorio que oriente a los operadores del derecho a evaluar la prueba ilícita, acorde a la realidad jurídico procesal peruano.

II. OBJETIVOS

a. Objetivo General.

1. Instituir criterios de admisión o exclusión de la prueba ilícita en los procesos penales, teniendo en cuenta el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho comparado con el total respeto a los derechos fundamentales del hombre consagrados en la Constitución Política del Perú.

b. Objetivos Específicos.

1. Presentar una propuesta legislativa para que la prueba ilícita sea incorporada al proceso penal peruano.
2. Determinar en qué casos, a pesar de su ilicitud, la prueba ilícita debería ser tomada en cuenta como elemento probatorio válido.
3. Señalar el contenido y límites de la prueba ilícita.
4. Establecer el sistema de regulación sobre las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita que resulta más idóneo para nuestro ordenamiento jurídico.

III. HIPOTESIS Y VARIABLES

3.1. HIPÓTESIS.

Para el operador del derecho en el Perú, resulta indispensable un apoyo legal escrito, respecto de la valoración de la prueba ilícita, a razón que en muchos de los casos se ha mecanizado los fallos judiciales, por la falta de criterios objetivos para la admisión o exclusión del material probatorio que vulneran derechos fundamentales.

3.2. VARIABLES.

a. Variable Independiente “A”

- Apoyo legal escrito peruano, respecto a la valoración de la prueba ilícita.

b. Variables Dependientes “B”

- Nivel de orientación en los fallos judiciales mecanizados.
- Grado de criterio y razonamiento jurídico para la admisión o exclusión de la prueba ilícita.

a) Indicadores

- Expedientes procesales donde se valora la prueba ilícita, vulnerando derechos fundamentales.
- Resultado de entrevistas realizadas a los jueces y fiscales del distrito judicial de Lambayeque.

b) Técnicas

Observación documental

Encuestas y Estadísticas

IV. MARCO METODOLOGICO

4.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

- a) Explicativo:** Porque busca especificar las propiedades de las variables independientes o factores en este caso es la siguiente; Si propone un marco regulatorio **(descriptivo)**, con el cual se lograra una eficaz valoración de la prueba ilícita sin que vulnere esta prueba los derechos fundamentales. **(Explicativo).**

- b) Inductivo – Deductivo.-** Estos métodos se aplicaran con el propósito de establecer las conclusiones y generalizar los resultados de la investigación.
- c) Sintético** Se aplicó al estudiar en nuestra realidad la problemática, doctrina y legislación vigente para finalmente hacer un balance general y sistemático de toda la información recopilada en la etapa de la ejecución.
- d) Análisis** Se emplea también el análisis sustantivo de la normatividad vigente en nuestro país así como en otros países.
- e) Exegético o Histórico.** Comprende el estudio de los antecedentes y condiciones en que aparece y se desarrolla n objeto proceso determinado. Se empleara el método histórico, al analizar los antecedentes y evolución histórica de la prueba ilícita
- f) Dialéctico.** A través del análisis dialéctico, demostraremos mediante la confrontación de ideas las contradicciones y deficiencias de la valoración de la prueba ilícita por parte de los señores jueces y fiscales su modo y forma de incorporarla al proceso penal y que en mucho de los casos esta prueba ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales.

4.2. TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN.

- a) Entrevista** Consiste en el diálogo directo entre el investigador (entrevistador) con otra persona que ostenta determinadas aptitudes (entrevistado) que permita obtener información para el desarrollo de la investigación y, de modo que nos permita contrastar nuestra hipótesis.

Para efectos del presente trabajo se realizara entrevistas a profesionales del derecho como abogados especialistas en derecho penal y procesal penal, jueces y fiscales especializados en lo penal.

b) Análisis documental Mediante ésta técnica se recurre a diversas fuentes preexistentes, sobre todos escritos y que nos proporciona información retrospectiva, acerca de diversos puntos, para la temática de nuestra investigación. Para ello analizaremos textos de literatura de prueba en general y prueba ilícita (libros, revistas, artículos en la web, etc.) que nos brinde información elemental sobre el tema a tratar. Así como la revisión de expedientes judiciales.

c) Encuesta Consiste en desarrollar un cuestionario previamente establecido, para obtener datos directos de los operadores involucrados en la aplicación de la prueba ilícita La cual está dirigida del a los abogados penalistas, jueces y fiscales especializados en lo penal del Distrito Judicial de Lambayeque.

V. POBLACION Y MUESTRA.

La población es constituida por los procedimientos judiciales donde han valorado la prueba ilícita pese que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales, procesos tramitados en el Distrito Judicial de Departamento de Lambayeque.

De todos los elementos que constituyen el universo de la población para la muestra se elegirá un número correspondiente que incumbe a los procesos desde el año 2008 hasta el 2013 conforme a

métodos estadísticos que determinen que las unidades de muestra elegidas sean representativas del universo.

CAPITULO II

NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

1.- CONCEPTO DE PRUEBA.

Existe un cúmulo de cuestiones constituidas por conceptos y principios generales, que resultan rectores en toda la actividad probatoria del proceso penal, y por igual todos los medios probatorios no obstante su naturaleza y características individuales. Muchos de ellos integran la teoría general de la prueba, de modo que no sólo son inherentes al proceso penal sino también a cualquier otro proceso, sea civil, administrativo, laboral, etc.

Para el Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española, el vocablo prueba tiene varias acepciones, encontramos por prueba: Acción de probar. Razón, testimonios u otro medio con que se pretende mostrar la verdad o falsedad de una cosa. Indicio, señal o muestra de una cosa. Justificación del derecho de las partes, mediante testimonios, documentos, etc. Ensayo para reconocer o investigar la existencia de una sustancia, lesión, anomalía, etc., o el funcionamiento de un órgano...etc.¹

Etimológicamente, "prueba" deriva del término latino probationis, que a su vez deriva del vocablo *probat* que significa bueno. Luego lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa. Así la prueba se nos presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento, por ello los autores señalan que en sentido amplio, prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis. Así, probar es confirmar que lo afirmado corresponde a la realidad.

¹ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, Editorial Ramón Sopeña S.A., Barcelona 1971, pág. 2892

Eugenio FLORIAN² sostiene que prueba en el sentido jurídico, es todo aquello que en el proceso pueda conducir a la determinación de los elementos necesarios del juicio. Para ROXIN, probar significa convence al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho³.

Así mismo, el autor GOMEZ DE LIANO citado por MIRANDA ESTRAMPES⁴, nos refiere que la prueba ha sido definida como "la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho" por lo que, en el terreno del derecho, la prueba es una actividad esencial del proceso.

MONTERO AROCA, reconociendo la imposibilidad que el proceso pueda alcanzar la verdad absoluta y reconduciendo la prueba más bien hacia la certeza respecto de las afirmaciones que las partes han esgrimido sobre los hechos, define la prueba como "la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes⁵.

A criterio de GARCÍA VALENCIA, por prueba se entiende "los diversos medios, allegados al proceso mediante el cumplimiento de los requisitos legales, que contienen los motivos o razones para llevar al funcionario judicial, el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso⁶.

En la doctrina nacional, SAN MARTIN CASTRO, define la prueba como "la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la

² FLORIAN EUGENIO, De las Pruebas Penales, Tomo II, Editorial Temis, Colombia, 1998, pág. 71

³ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Pág. 185

⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Bosch Editor, Barcelona, 1997.

⁵ MONTERO AROCA, Juan, Nociones Generales sobre la Prueba. Entre el Mito y la Verdad, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 29.

formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hechos aportados".⁷ CUBAS VILLANUEVA sostiene que "prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente", agregando que "si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de investigación, prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin".⁸ Así mismo PEÑA CABRERA FREYRE, define "la prueba como la suma de los motivos que producen la certeza",⁹ además que "prueba, en el procedimiento penal, es todo aquello que puede servir de medio de convicción al funcionario para formarse conceptos en relación con los hechos ilícitos que se investigan y juzgan, con los autores o partícipes, con la responsabilidad de los mismos, con su personalidad y con los daños y perjuicios ocasionados". MIXÁN MASS da a entender que se trata de un concepto complejo y es por eso que propugna la necesidad de comprenderla "esencial e integralmente: como actividad finalista, como resultado y como consecuencias jurídicas que le son inherentes"¹⁰.

ORE GUARDIA, señala que por prueba en sentido objetivo debe entenderse "todo medio que sirve para llevar al juez el conocimiento de los hechos", vale decir, todo instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial. En sentido subjetivo la prueba debe ser entendida como "el convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez". Existiendo una acepción mixta, por medio de la cual la prueba es entendida como "todo aquello que tiene el mérito suficiente y necesario para que en su

⁶ GARCÍA VALENCIA, Julio Ignacio, Las Pruebas en el Proceso Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pág. 49- 50.

⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Grijley, Lima 2001, Vol II, 3ra. Reimpresión de la primera edición.

⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, El Proceso Penal. Teoría y Práctica. Palestra Editores, Lima, 2003, 5ta. Edición, pág. 325.

⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal, Editorial Rodhas, Lima, 2007, pág. 415.

¹⁰ MIXÁN MASS, Florencio, La Prueba en el Procedimiento Penal, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, pág. 136.

calidad de medio, elemento o actividad, pueda formar en el juez la certeza de haber alcanzado la verdad concretada".¹¹

La actividad probatoria está relacionada con el conjunto de actos realizados por las partes y el juez para introducir al proceso los instrumentos, datos o medios encaminados a formar la convicción del juez. Es en este sentido se dice que se ha incorporado al proceso determinado documento, se ha practicado tal o cual pericia o se ha recibido una declaración testimonial. En cambio, cuando se afirma que el juez está persuadido o convencido que el acusado es culpable, debido a que el resultado de las pericias y el mérito de las declaraciones de los testigos lo incriminan, se alude directamente a la prueba como equivalente de convicción o certeza del juzgador. Asimismo, cuando se señala que del examen y evaluación de tales medios o elementos se desprende que el imputado estuvo en la escena del crimen en determinada fecha y horario, se utiliza la noción de prueba como actividad de verificación.

En general prueba, constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales, por ello se puede concluir en que prueba es todo aquello que tiene el mérito suficiente y necesario para que en su calidad de medio, elemento o actividad pueda formar en el Juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta que se produjo durante el proceso y de éste modo únicamente desvirtuar la presunción de inocencia.

2.- CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS

Las pruebas judiciales han sido clasificadas por los autores teniendo en cuenta diversos criterios y a menudo se confunden las pruebas propiamente dichas con los sistemas para valorarlas y aportarlas al proceso o con el procedimiento empleado. Se clasifican en:

¹¹ ORE GUARDIA, Arsenio, ob. Cit. Pág. 427-428.

2.1.- Por el Objeto: pueden ser: pruebas directas e indirectas; y pruebas principales o accesorias.

a) Prueba directa o inmediata, es aquella cuando existe identidad o unificación entre el hecho probado con la percepción del juez y el hecho objeto de la prueba. El juez llega así al conocimiento del hecho por probar de manera directa o in mediata, mediante su percepción del mismo. Ejemplo de esta clase de prueba es únicamente la inspección judicial. La prueba es directa cuando el dato proporcionado demuestra la comisión del delito mismo que e investiga, o unos de sus elementos.

b) Prueba indirecta o mediata, cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba, de tal manera que el juzgador solo percibe el segundo sentido son pruebas indirectas la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos, los documentos e indicios, pues el juez solo percibe la narración de la parte o el testigo, la conclusión del perito, escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción induce la existencia o inexistencia del hecho por probar. En La prueba indirecta existen dos percepciones: la del sujeto que percibió el hecho (parte, perito, testigo) y la del juez que solo percibe el hecho de la confesión o del dictamen o del testimonio o del documento.

Por regla general mientras más directo sea el contacto entre el juez y el hecho a probar, será mayor el valor que pueda tener la prueba para llevarle al juez la convicción. "Entendida la prueba directa como percepción inmediata del juez, es imposible obtenerla en muchos procesos, bien sea por que se trate de hechos pasados que no dejaron huellas materiales o porque estén ubicados en lugares distintos o porque para comprenderlos se requieren conocimientos que el juez no posee y exigen la asesoría de peritos. En cambio, muy pocas veces se encontrara un proceso sin prueba indirecta, aun cuando se haya practicado una inspección judicial".

c) Prueba principal, según la cual su objetivo es el hecho, y,

d) Prueba accesoria, son sus circunstancias.

2.2.-Por su forma: puede ser:

a) escritas

b) orales.

2.3.-Por su estructura: aquí las pruebas suelen dirigirse a:

a) Prueba personal y

b) Prueba real, también llamada material.

2.4.-Por su función: las pruebas se clasifican en históricas y críticas (lógicas),

a) Históricas, porque la prueba fija históricamente esté hecho, lo describe tal como ocurrió y fue percibido por quien le comunica al juez.

b) Crítica, porque otras veces la prueba carece de función representativa y no despierta en la mente del juez, ninguna imagen distinta a la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para obtener el resultado probatorio mediante un juicio.

2.5.-Por su resultado: teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez esa convicción o, por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ella con el auxilio de otros medios que los complementan, es posible clasificarlas en pruebas:

a) Plenas, perfectas o completas (en el primer caso) y en

b) Imperfectas o incompletas (en el segundo caso).

2.6.-Por los sujetos proponentes de la prueba: se distinguen tres tipos de prueba:

- a) De oficio,
- b) De parte y
- c) De terceros.

2.7.-Por la oportunidad o el momento en que se producen: dependiendo del momento en que las pruebas fueran propuestas, caben distinguir los siguientes tipos o clases de pruebas:

- a) Procesales o judiciales, y
- b) Extraprocesales o extrajudiciales.

2.8.-Por su utilidad: entre esta clasificación encontramos a las pruebas:

- a) **Conducentes**, son aquellas que están permitidas por la ley bien seapor estar incluidas en la enumeración taxativa que de ellos contenga ypor no exigir prohibición de utilizar para el hecho particular cuando la ley lo haya dejado en libertad para apreciarlo.
- b) **Pertinentes**, son aquellas que recaen sobre los hechos pertinentes.
- c) **Útiles**, aquellas que pueden contribuir en cualquier grado a formar la convicción del juez, y
- d) **Posibles**, pueden contribuir en cualquier grado a formar la convicción del juez.

2.9. Según sus relaciones con otras pruebas: La prueba es:

- a) Simple, cuando un solo medio basta para llevar al juez a la convicción.
- b) Compuestas o complejas, cuando esa convicción se obtiene de varios medios.

2.10.- Por su finalidad: Pruebas de cargo y de descargo.

- a) De cargo, que se presentan cuando el objeto o tema consiste en un hecho que acredita la existencia del delito o de un hecho vinculado a este.
- b) De descargo cuando se demuestra la inexistencia de ese hecho.

2.11.- Por su regulación: Pruebas típicas y atípicas.

- a) **Prueba Típica**, conocida como aquella que la ley exige para que un determinado hecho se considere probado a través de los distintos medios de prueba.
- b) **Prueba Atípica**, aquella que no requiere o no tiene procedimiento previsto en la ley para demostrar la verdad o falsedad de un hecho.

2.12.- Por su ilicitud: Teniendo en cuenta las causas que originan la ilegalidad de la prueba, MIRANDA ESTRAMPES¹² ha realizado una clasificación de ellas que se considera correcta. Así distingue entre pruebas expresamente prohibidas por ley, pruebas irregulares y pruebas obtenidas o practicadas en violación de derechos constitucionales.

¹² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosh Editor, Barcelona, 2004, 2da Edición, pág. 31 y ss.

a) Pruebas expresamente prohibidas por ley, en puridad, detrás de toda prueba ilegal subyace una prohibición que obliga al juez a su invalidez. El ordenamiento jurídico tiene previsto preceptos expresamente prohibitivos respecto a determinadas pruebas.¹³ Un ejemplo concreto de ellas es la norma que impone el deber de abstención de declarar sobre los secretos a los sacerdotes, abogados, médicos, militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. De manera tal que cualquier sentencia que se funde en pruebas producidas en violación de tal precepto sin que haya existido libre decisión de testimoniar y relevamiento por el interesado del secreto, será nula por basarse en prueba ilegal.

b) Pruebas irregulares o defectuosas, se conceptualiza a la prueba regular o defectuosa como "aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o 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 por ley". En otras palabras, las pruebas obtenidas o producidas en violación de las formas procesales predispuestas para ello.

c) Pruebas obtenidas o practicadas en violación de derechos constitucionales, son todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se ha vulnerado, de cualquier forma, algún derecho fundamental de las personas consagrado en la Constitución. La violación puede ser de una norma expresa o implícita.

3.- ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA: PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA.

¹³ El Inciso 2 del Artículo 327 del NCPP, se refiere a que no están obligados a denunciar cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional.

La prueba en el proceso penal únicamente tiene lugar en el juicio oral, pero dicha práctica procesal no implica que deba de negarse eficacia probatoria a las diligencias realizadas en las fases preparatoria e intermedia siempre que hayan sido practicadas conforme a las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal. Para ORE GUARDIA además "deberá observarse el cumplimiento de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, para así otorgar por vía excepcional valor probatorio a elementos producidos antes de juzgamiento, correspondiendo a estos casos excepcionales la prueba anticipada y la prueba preconstituida".

a) Prueba anticipada, consiste en adelantar la actuación de una prueba en razón de la imposibilidad de esperar hasta el juicio oral para poder practicarla, se realiza siempre dentro de un proceso y con la necesaria y directa intervención del juez y con posibilidad de someterla a contradicción. Ejemplo: declaración de testigo enfermo.

b) Prueba preconstituida, en cambio se desarrolla sin la necesaria intervención del juez, y por lo general es practicada antes del inicio del proceso penal. Viene dada por el recojo de evidencias o la custodia de las fuentes de prueba, y está muy vinculada a las situaciones de flagrancia. Ejemplo incautación de droga, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes y en la medida en que sea de imposible o de muy difícil reproducción.

El aseguramiento de la prueba, consiste en aquella actividad llevada a cabo por el Juez; que abarca dos cometidos concretos: el primero la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante el supuesto indicado de prueba anticipada; y, el segundo consistente en el aseguramiento o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida.

4.- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.

La incorporación de la prueba al proceso penal es correlativa al principio de presunción de inocencia del inculpado pues, como ya hemos señalado, la prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Al contrario de la llamada prueba legal, propia del sistema inquisitivo, la prueba en un sistema acusatorio tiende a la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comprobable y demostrable, luego cobra relevancia sustancial pues es la única forma legalmente autorizada para destruir la presunción de inocencia, no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad. La normatividad supranacional dispone de modo expreso que la única forma de establecer legalmente la culpabilidad de un acusado es que se pruebe que es culpable.

Al convertirse en un medio de comprobación y demostración de los hechos imprime objetividad a la decisión judicial. En las resoluciones judiciales sólo podrán admitirse como ocurridos los hechos que hayan sido acreditados plenamente mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos.

5. FINALIDAD DE LA PRUEBA.

La finalidad de prueba consiste en formar la "última convicción" del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor. Por ello, la prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e institucionalmente dotado de independencia.

La imparcialidad y la independencia reposan en dos pilares fundamentales: La transparencia en el nombramiento de los magistrados por un órgano no político, Consejo Nacional de la Magistratura, y la Inamovilidad en el cargo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha establecido las características que debe reunir la prueba de tal manera que sea capaz de producir convicción en el juzgador. Las mismas que son¹⁴:

1. Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; (...) asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación.
2. Constitucionalidad de la actividad probatoria,
3. Utilidad de la prueba;
4. Pertinencia de la prueba.

¹⁴ Caso: Federico Salas, Expediente Nro. 1014-2007-PHC-TC, fundamento 12.

La finalidad de la Prueba, atiende a la pregunta ¿qué es lo que se busca con la prueba?, al respecto podemos referir que en doctrina existen tres teorías, las que son:

- a) **Averiguación de la verdad de un hecho**, se reconoce que el proceso tiende al conocimiento y obtención de la verdad histórica, aquella que ha sucedido en la realidad, sin embargo, conocer la verdad de manera absoluta es dogmático, ya que la verdad absoluta se encuentra en el pasado ¿si la verdad es la finalidad del proceso, qué sucede en casos de duda? ¿Cuándo aplicamos terminación anticipada, principio de oportunidad?, como vemos esta no puede ser la finalidad de la prueba.
- b) **Fijación formal de los hechos**, esta teoría afirma que probar no es demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino fijar formalmente los hechos mismos, mediante procedimientos determinados por el proceso penal, pero debemos de plantear una objeción, pues la fijación de los hechos se produce cuando en la mente del Juzgador, es ahí donde se produce el convencimiento, es decir la fijación es un efecto de la convicción que el punto a donde queremos llegar.
- c) **Convicción judicial**, se asume que el fin de la prueba es la convicción judicial y solo cuando las afirmaciones vertidas logren convicción judicial, la prueba logró su fin, pues desde el punto de vista procesal, el concepto de prueba aparece unido a la finalidad de obtener certeza procurando el convencimiento judicial, con relación a la verdad o a la falsedad de una afirmación o a la existencia o no de un hecho.

6.- FENÓMENO PROBATORIO.

El fenómeno de la prueba presenta aspectos que no siempre se distinguen con precisión:

6.1.- Objeto de Prueba.

Al hacer referencia al objeto de prueba, debemos formularnos la pregunta ¿Qué se prueba? y la respuesta a la que llegaremos es que se prueba todo aquello susceptible de ser probado y sobre lo que recae la prueba o requiere ser demostrado. Siendo ello así, objeto de prueba es todo aquello que constituye materia de la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado, conocido y demostrado; por tanto, debe tener la calidad de real, probable o posible.

En ese sentido el objeto de la prueba, no está constituido por hechos, sino por las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos, un determinado acontecimiento puede o no haberse realizado, de manera independiente al proceso, eso no es lo que se discute, sino las afirmaciones que respecto del hecho se hagan.

Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. Por otro lado, el artículo 156 del NCPP¹⁵ establece cuáles no son objetos de prueba, estas excepciones impiden que un tema se convierta en objeto de prueba:

a) Máximas de la experiencia: que consiste en el resultado obtenido como consecuencia del común modo de ser y obrar de las personas o cosas, Ej.: por regla general se admite que la esclavitud ha sido abolida.

¹⁵ Artículo 156 del NCPP "I. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. 2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio. 3. Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta".

- b) Leyes naturales:** son manifestaciones propias de la naturaleza, susceptibles de ser aplicadas al hombre y a la sociedad y que por estar reconocidas de manera general no necesitan probarse, por ejemplo: que el agua hierve a 100°C.
- c) Norma jurídica interna vigente:** se basa en la presunción que la ley es de conocimiento general, por lo tanto su desconocimiento o su ignorancia no exime a nadie de su cumplimiento.
- d) La cosa juzgada:** ello en respeto al "principio ne bis in ídem" en virtud del cual el mismo objeto de prueba no puede ser susceptible de prueba luego de haber recaído sobre él sentencia firme.
- e) Lo imposible:** es lo no realizable por prohibición de la ley o de la lógica, debido a razones de orden público o por buenas costumbres Ej.: probar que las computadoras piensan por sí mismas.
- f) Lo notorio:** aquel que es de conocimiento de todos cuantos viven en determinado grupo social, en un lugar y tiempo determinados pues forma parte de su cultura y de su convivencia. Por ejemplo la navidad es un día festivo.

6.2.- Fuente de Prueba.

Es todo hecho, fenómeno, cosa, actitud, etc., que suministra al juez un conocimiento originario sobre el hecho a probar y que tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio. La fuente de prueba da origen a un medio o elemento de prueba y existe con independencia y anterioridad a un proceso. Lo que interesa de la fuente de prueba es lo que podemos obtener de ella, lo que "fluye" de ella, en ese sentido fuente de prueba es lo que suministra indicaciones útiles para de terminadas comprobaciones. Así por

ejemplo, será fuente de prueba la fotografía de una escena, la narración efectuada por un testigo.

6.3.-Elemento de Prueba

Elemento de Prueba para VÉLEZ MARICONDE, es todo hecho o dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable de los extremos de la imputación, es decir que éste dato sea relevante o de utilidad para obtener la verdad de los hechos"¹⁶.

En tal sentido, una determinada versión de los hechos es un elemento de prueba, el mismo que necesitará un medio legal de prueba para ser incorporado dentro del proceso. Así por ejemplo, Una prenda de vestir, un arma. Se puede afirmar, que el elemento de prueba, es la prueba en sí misma.

La única diferencia entre elemento de prueba y fuente de prueba es que ésta, aun cuando tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio, no ha ingresado todavía en el proceso; mientras que aquel es todo dato proveniente de la realidad y que ya ha sido incorporado al proceso.

6.4.-Medio de Prueba.

Medio de prueba es el procedimiento legalmente previsto para la incorporación de la fuente de prueba al proceso. Ejemplo. Prueba testifical, prueba documental, prueba pericial.

Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley, excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la

persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible (artículo 157° NCPP)¹⁷.

Todo medio de prueba, para ser admitido al proceso debe cumplir ciertos requisitos, al respecto el Tribunal Constitucional¹⁸ ha establecido que son los siguientes: pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad, licitud y preclusión.

¹⁶ VELEZ MARICONDE, Alfredo, citado por CAFFERATANORES, José. La Prueba en el Proceso Penal. Buenos Aires - Argentina. Ediciones De Palma. 4a edición actualizada y ampliada. Pág. 16.

¹⁷ Art. 157 NCPP: "1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible. 2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas. 3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos."

¹⁸ Caso: Magali Medina Expediente N° 6712-2005-HC/TC-LIMA. 17 de octubre del 2005. Fundamento 26... Señala al respecto que son: pertinencia: "... Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso..."; conducencia e idoneidad: "... El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho utilidad: "...Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes; licitud: "... No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida..."; preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria...".

6.5.- Órgano de Prueba

Es la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso, constituyéndose así en intermediario entre el Juez y la prueba. Son las personas que transmiten de modo directo el dato objetivo (puede ser oral como el testimonio o por escrito, como los dictámenes periciales).

El Juez no es órgano de prueba, ya que él no aporta la prueba, sino por el contrario es el receptor de la misma. Ejemplo: un testigo (órgano de prueba), da su manifestación (elemento de prueba), para que pueda ser válidamente introducida en el proceso, recurriendo a la prueba testimonial.

7.- PRINCIPIOS.

Es importante para el estudio de la prueba, el poder conocer cuáles son los principios que rigen la actividad probatoria. Encontrando entre los principales:

a) Principio de oficialidad

El Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal pública es el interesado en alcanzar la verdad material, este principio se constituye en un deber del Ministerio Público para esclarecer los hechos. Esta actividad oficial está regulada por la Constitución, los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Congreso y la ley expedida conforme a ellos.

b) Principio de libertad probatoria

Referido, a que todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado, así el artículo 157 del NCPP señala que "los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley". Pues en el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Esto significa que no se exige la utilización de un medio determinado y si bien se debe recurrir al que ofrece mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios.

c) Principio de pertinencia

Aquella, que hace referencia al hecho que constituye el objeto del proceso. La referencia puede aludir al hecho que constituye el objeto del proceso, como corroborante de su existencia, inexistencia o modalidades, o bien a la participación que tuvo el imputado.

d) Principio de conducencia y utilidad

Se podrá hablar de conducencia y utilidad de la prueba cuando los medios de prueba se emplean para acreditar hechos que son relevantes o útiles para resolver el caso particular y concreto.

e) Principio de legitimidad

Un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir a la certeza; cuando no es contrario a la ética, ni a la dignidad e integridad de las personas.

f) Principio de comunidad

Implica que cuando la producción de una prueba ha sido ordenada por el órgano jurisdiccional, debe necesariamente realizarse y valorarse en la sentencia, todo ello con absoluta prescindencia de la voluntad de la partes, quienes ya no pueden desistir de su producción aun cuando la hayan ofrecido.

El término comunidad da así la idea de que las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, y que su resultado perjudica o favorece indistintamente a cualquiera de ellas, sin importar quien haya sido el oferente del medio.

g) Principio de Contradicción.

Como derivación del derecho de defensa, tiene particular importancia el derecho de contradicción, específicamente a la prueba. Concretamente se manifiesta cuando la parte contra la que se oponga una prueba debe de tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla.

De ésta manera podrá saber la naturaleza e identidad del medio probatorio, la oportunidad y la condiciones en que se practicará, posibilitando la oposición mediante los recursos pertinentes a todas las cuestiones que considere improcedentes.

8.- IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

Toda sentencia que pone fin a un proceso penal implica invariablemente determinar la existencia o inexistencia del hecho que constituye objeto del mismo, La reconstrucción del pasado se procura efectuar mediante la producción de elementos de prueba que constituirán la base de certeza a la que llega el órgano jurisdiccional. Por lo que es innegable la trascendencia de la actividad probatoria como fuente de conocimiento y de certeza para el operador jurídico en general y para el juzgador en particular¹⁹. Sin actividad probatoria no hay proceso válido; y en el proceso penal se establece que: sin prueba no puede haber condena.

Un proceso con todas las garantías o debido proceso sería aquel que respeta los principios de oficialidad, acusatorio, legalidad (con excepciones basadas en el principio de oportunidad), oralidad, inmediatez, libre valoración de la prueba e in dubio pro reo. De esta manera subyace la idea que las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales de la persona son consustanciales o inherentes al Estado de Derecho.

SAN MARTIN CASTRO²⁰ remarca la importancia de la prueba al decir que "sin prueba, en tanto no se haya podido reconstruir históricamente los hechos objeto de la imputación, no es posible dictar resolución judicial alguna que afecte el entorno jurídico de las partes, en especial del imputado". Por lo

¹⁹ MIXÁN MASS, Florencio, Lo Pruebo en el Procedimiento Penal, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, pág. 136.

²⁰ SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Grijley, Lima 2001, Vol. II, 3ra. Reimpresión de la primera edición.

que, los fallos judiciales deben sustentarse en pruebas, sujetas a las exigencias que la ley establezca.

Por otro lado, GARCIA VALENCIA destaca la importancia de la prueba, cuando dice que "en primer lugar, es la base de la administración de justicia, pues sin prueba no es posible todos los tópicos que constituyen el objeto proceso penal; en segundo lugar, permite la aplicación de las normas jurídicas, en tanto que el supuesto de hecho de la norma jurídica, a la que une la consecuencia jurídica, necesita acreditarse por medio de la prueba; y en tercer lugar, da eficiencia al ejercicio del derecho de defensa, porque cualquier pretensión procesal no puede afirmarse si no se prueba previamente"²¹.

Se puede determinar la unión de la garantía de la presunción de inocencia con el tratamiento general de las pruebas. La presunción de inocencia, con la que el imputado ingresa en el proceso penal y de la cual goza hasta que finalmente pueda dictarse una declaración de culpabilidad o condena, únicamente puede ser enervada mediante una actividad probatoria suficiente.

El proceso penal, al igual que el conocimiento en otras áreas del saber, no está en condiciones de lograr la verdad absoluta, entendida como aquella correspondencia o conformidad exacta e integral entre el conocimiento y la realidad objetiva, y que por ello no será impugnada o refutada en el futuro²². Pero no se debe negar toda posibilidad de acercamiento del conocimiento a la verdad. FERRAJOLI, sostiene que la

²¹ GARCÍA VALENCIA, Julio Ignacio, Las Pruebas en el Proceso Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pág. 49- 50.

²² MIXAN MASS, Florencio, 'La Prueba en el Procedimiento Penal, Edif. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pág. 29.

verdad procesal es una verdad aproximativa, contingente, relativa, ya que la verdad absoluta "representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable"²³.

En ese orden de ideas, un modelo procesal que no reconozca límites en la averiguación de la verdad, generalmente mostrará una tendencia a perseguir una verdad absoluta y en este propósito estará siempre más cerca de violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

9.- LA PRUEBA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

La llamada constitucionalización del proceso penal es un fenómeno reconocido ampliamente que ha consistido en la incorporación a los textos constitucionales, dándoles la categoría de fundamentales, de determinados derechos y garantías procesales que precisamente han ido configurando y delineando un determinado modelo de proceso. Este fenómeno tiene su origen desde la Revolución Francesa que consagró límites concretos al poder punitivo al establecer la proporcionalidad de las penas y el *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el artículo 8 de la Declaración de 1789.

La relación entre Constitución y proceso penal en la actualidad es algo indiscutible.²⁴ RODRIGUEZ HURTADO²⁵ señala que el proceso penal no sólo se organiza de una determinada manera, según las pautas de la Constitución, sino también es constatable que la carta Fundamental contiene un programa procesal penal que proyecta un determinado modelo de proceso. A un modelo de Estado Democrático debería corresponder un proceso penal de la misma índole, respetuoso de una serie de garantías derivadas de la dignidad del ser humano de la que goza el imputado.

²³ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal. Editora Trotta, Madrid, 1998, pág. 50.

²⁴ SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Grijley, Lima, 2001, 2da. reimpresión de la primera edición, pág. 49-83.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 3 de enero de 2003, recaída en el Expediente Nro. 010-2002-AI/TC²⁶ viene sosteniendo que el derecho a probar o el derecho a la prueba goza de protección constitucional en la medida en que está contenido implícitamente en el genérico derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Carta Fundamental. No es, pues, un derecho autónomo sino implícito en un derecho de mayor alcance como el debido proceso y la tutela procesal efectiva. En tal sentido, al lado de otros derechos como la razonabilidad de los plazos o el de defensa, el derecho a la prueba se constituye en uno de los componentes de un derecho de mayor alcance y amplitud como el que se consagra expresamente en el artículo 139.3 de la constitución.

El derecho a probar constituye un componente elemental del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva puesto que la persona que dentro del proceso solicita la actuación de un medio probatorio o su valoración adecuada lo hace con miras a lograr que su pretensión sea tutelada o acogida como válida por el órgano jurisdiccional. De igual modo, es componente del derecho al debido proceso en la medida en que la prueba es un elemento fundamental para el desarrollo y culminación del mismo.

En conclusión, el derecho fundamental a la prueba que goza de protección constitucional y que se deriva de los conceptos de debido proceso y tutela jurisdiccional, consagrados en el artículo 139.3 de la Carta Fundamental. Son titulares de este derecho esencial quienes postulan una pretensión dentro del proceso, sea ésta una imputación o una defensa.

²⁵ RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo, La Constitucionalización del Proceso Penal. Principios y Modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP). Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Ideosa, Lima, 2007, pág. 857.

²⁶ Caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, Acción de Inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes Nros. 25475, 25659, 25708 y 25880, sobre Terrorismo y Traición a la Patria.

De igual manera, el derecho a la prueba puede también ser inferido del contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 2.24, literal e) de la Constitución Política.

10.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Este es el momento culminante del desarrollo procesal, en el cual el órgano jurisdiccional debe de tener un análisis crítico razonado, sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan. Este examen de mérito, lo realiza en definitiva el juez o tribunal al momento de decidir, de acuerdo a las pruebas que obran en el proceso.

Se puede conceptualizar a la valoración de la prueba como la operación mental que tiene como fin el conocer el valor de convicción que la prueba aporta. ORÉ GUARDIA, la define como "el análisis razonado de la prueba que se plasma en el veredicto discrecional del juez"²⁷, por otro lado SAN MARTIN CASTRO²⁸ expone que: la valoración de la prueba son todas las consideraciones que permiten llegar a la conclusión de hechos a partir del material probatorio válidamente incorporado al proceso.

Por lo que, la valoración o apreciación de la prueba es una potestad exclusiva del juez, a través de cuyo ejercicio, realiza un análisis crítico de toda la actividad probatoria y de los elementos y medios que la conforman.

10.1.- Origen de la Valoración de la Prueba.

DEVIS ECHANDÍA, distingue cinco fases en su evolución, comenzando por:

²⁷ ORÉ GUARDIA, Arsénico, Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Alternativas, Lima, 1996.

²⁸ SAN MARTIN CASTRO, César, op. Cit.

1. **Fase étnica o primitiva**, que corresponde a la formación de las sociedades, época en la cual no había aparecido ningún sistema probatorio judicial o sistema procesal.
2. **Fase religiosa o mística**, basada en el derecho germánico y posteriormente en el derecho canónico.
3. **Fase legal o de tarifa legal**, en donde se sometía a la prueba a una rigurosa tarifa previa a la valoración, puede decirse que es con ella que se introdujo la distribución de la carga de la prueba que liberó al acusado de tener que probar su inocencia dejándose solo la carga de probar sus propias afirmaciones y al actor el contenido de su demanda; así mismo se introdujo la teoría de las presunciones, se otorgó pleno valor a la confesión judicial y al documento público.
4. **Fase sentimental**, que se origina en la Revolución Francesa y que sostiene la libertad de valorar la prueba basada en la íntima convicción moral, se aplicó primero al proceso penal y posteriormente al proceso civil, esta es la fase del jurado que según la historia ha demostrado que no da garantías, siendo una institución obsoleta e históricamente superada.
5. **Fase científica**, que impera en los códigos procesales modernos, donde el juez pueda apreciar las pruebas, produciendo en la valoración de las pruebas.

11.- ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL NCPP.

El artículo VIII del Título preliminar del NCPP, establece que 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 derechos fundamentales de la persona.

De acuerdo con el artículo 155° del NCPP, la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por el NCPP, las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales, el Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas, la Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

MIRANDA ESTRAMPRES, precisa que "el juez no puede basar su convicción en argumentos o elementos probatorios obtenidos con prescindencia de los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad, excepto en los casos de prueba anticipada o pre constituida, y siempre que hayan sido practicadas con todas las garantías y reproducidas conforme a ley. Así, la existencia de prueba se convierte en el requisito *sine qua non* de la valoración"²⁹

En ese sentido la actividad probatoria es el conjunto de actos procesales que despliegan los sujetos procesales destinados a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba, está en el procedimiento penal tiene como finalidad específica indagar y verificar las afirmaciones constitutivas de la imputación sobre el *thema probandum* (sobre el objeto de prueba en el caso singular).

La finalidad de la actividad probatoria es la reconstrucción del hecho imputado, mediante ella se concreta legítimamente el principio de la ineludibilidad (necesidad) de la prueba, solo mediante la actividad probatoria se puede alcanzar la convicción (certeza) aplicando la función de verificación sobre la imputación.

²⁹ MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel, La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 111-112.

12.- MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Se distinguen cuatro momentos en el desarrollo de la actividad probatoria:

a) Proposición o Producción.

Dirigido a que un medio de prueba sea realizado en el proceso. El Ministerio Público y las partes formulan ante el Juez una solicitud para que se disponga la aceptación y la recepción de un medio de prueba.

b) Admisión.

Dirigido a que el juez de la etapa intermedia en base a lo solicitado por las partes admita o no la prueba propuesta basado en los principios de utilidad, pertinencia, conducencia y legalidad.

c) Recepción.

Dirigido a que el elemento de prueba ingrese en el proceso. La recepción ocurre cuando se lleva a cabo el medio de prueba, de esta manera el dato probatorio que resulte de la realización del medio de prueba es conocido y se incorpora al proceso.

d) Valoración.

Al referirnos a valoración de la prueba, debemos tener presente que nos encontramos ante el momento culminante del desarrollo procesal en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis, crítico, razonado, sobre el valor acreditante de los elementos probatorios producidos en el juicio oral.

La valoración de la prueba, como una condición del debido proceso, requiere que, "ese acto cognoscitivo sea integral, metódico, libre, razonado e imparcial; que refleje independencia de criterio al servicio de la solución justa

del caso. Además, de la ciencia, de la experiencia, de la independencia de criterio, debe constituir un ingrediente especial el conocimiento adicional (la vivencia) adquirida por el juzgador (...) ³⁰

En tal sentido, es la operación intelectual o mental, que consiste en una interpretación por parte del magistrado, quien toma en consideración la viabilidad probatoria asignada (que cuente con los requisitos formales exigidos) y el análisis y aplicación en conjunto de los medios probatorios consignados. Para establecer el mérito o valor -eficacia conviccional- de los elementos de prueba.

La valoración constituye pues, un núcleo mismo de razonamiento probatorio, es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos. Dada la importancia de este momento en la actividad probatoria, referido al tema de investigación, profundizaremos posteriormente ³¹.

13.- SISTEMAS DE VALORACIÓN.

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido solo dos tipos de sistemas en orden a la valoración de la prueba: El sistema de la prueba legal o tasada - denominado también de la tarifa legal- y el sistema de la íntima convicción o de la libre valoración de la prueba o de apreciación en conciencia. No obstante ello, según CAFERATTA ÑORES, son tres los sistemas de valoración, tales son: íntima convicción, prueba legal y libre valoración de la prueba

³⁰ MIXAN MASS, Florencio, Lo Prueba en el Procedimiento Penal, Edit. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, Pág. 35.

³¹ Ver Capítulo V acápite 2.

13.1.- Sistema de Prueba Tasada.

También llamado sistema legal, consistía en el establecimiento de ciertas reglas rígidas, que aseguraban el resultado del proceso y tenía por finalidad formar el conocimiento del juez sobre determinado hecho a través de estas normas rígidas.

ORÉ GUARDIA, señala que se identifica con el proceso inquisitivo, y que consiste en que la ley, con carácter previo y general, se pronuncia sobre la amplitud de la prueba, con independencia del proceso concreto donde se practique³². La doctrina le asigna la calidad de números clausus en razón de que se establecen reglas, requisitos o condiciones que el Juez debe de valorar en su veredictos, pudiendo utilizar a su vez enseñanzas de la experiencia, del estudio de la lógica y de la psicología.

En este sistema, la ley procesal fija las condiciones que debe reunir la prueba para que sea idónea, "estableciendo bajo qué condiciones el Juez debe darse por convencido "de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) o viceversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté)". Esto es, la ley señala o establece por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado medio probatorio. Esto es, que cada medio probatorio tenía establecido de por ley, un de terminado valor, que el caso concreto el juzgador debía valorar.

Es así que la evaluación la hace el legislador previamente, recogiendo y plasmando de este modo la experiencia colectiva acumulada durante largo tiempo sobre la eficacia que debe otorgársele a cada prueba.

Estas características llevan necesariamente a requerir un juez técnico o letrado, debido a que en el sistema legal resulta imprescindible el dominio

³² ORÉ GUARDIA, Arsénico, ob. Cit. Pág. 446.

del ordenamiento legal, el que constriñe al juzgador con la determinación casuística del peso probatorio de cada uno de los elementos³³.

13.2.- Sistema de Íntima Convicción.

Surge como reacción al sistema de prueba tasada. Se entiende por íntima convicción a la apreciación personal que realiza el Juez de las pruebas aportadas, en este sistema, se entiende que no existe un examen de los hechos sometidos a prueba y no aparece una apreciación crítica de las circunstancias, toda labor probatoria queda librada al buen criterio que tengan los juzgadores al momento de apreciar el valor de la prueba con relación al proceso.

³³ No obstante ello, algunos autores han precisado que el sistema legal presenta ciertas ventajas las que son:

- a) Permite a las partes saber de antemano, cuál es el valor que se le debe dar a las pruebas que se aportan o que se practican en el proceso.
- b) Uniformidad en las decisiones judiciales.
- c) Evita que el Juez, por cuestiones personales, pueda favorecer a alguna de las partes, ya que basándose en el valor preestablecido por el legislador, no habrá lugar a subjetividades.

Al respecto, podemos referir, que no es posible, aun en el sistema de la tarifa legal, saber cuál es el valor que se le va a dar a la prueba antes de su valoración, ya que puede suceder que los presupuestos que deben tenerse en cuenta para que sea plena no se den y por tanto, otro sea el valor que resulte de la probanza recaudada. Así la norma decía: "Dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio sea admisible". Sin embargo, tener los dos testigos no implica saber de antemano saber cuál es el valor de la prueba, pues puede acontecer que no concuerden en el hecho o en sus circunstancias. La uniformidad puede ser un criterio de orden y presentación, pero nunca el móvil de la administración de justicia, que debe darle la razón a quien la tiene. Asimismo se han determinado algunas desventajas en este sistema: Relega la función del Juez sobre todo en las pruebas personales ya que al preestablecerse su valor, se desvirtúa, prácticamente, la función del proceso. La prueba testimonial por ejemplo, debe ser analizada en cada caso concreto, a fin de que el Juez, al valorarla, pueda tener en cuenta la edad del testigo, sus gestos y credibilidad. El Juez negligente encuentra acomodo fácil en este sistema; en cambio, en el de la libre convicción, tiene necesariamente que ser activo, sobre todo en la producción de la prueba. La tarifa legal, mecanizaba la función del juez, quitándole personalidad e impidiéndolo formarse un criterio personal, incluso lo obligaba a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico y razonado, así conducía con frecuencia a que se declarara con verdad una simple apariencia formal dando muchas veces a que se tomaran decisiones irracionales o arbitrarias

Este sistema es característico del juicio por jurados, adoptado por ejemplo, en el sistema norteamericano y el anglosajón.

Además importa la ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio, y por otro lado el órgano decisor no tiene el deber de dar los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia.

SAN MARTÍN CASTRO - citando a Vélez Mariconde - , sostiene que la íntima convicción implica: i) La inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe otorgar a los elementos de prueba, y ii) que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio. Se trata de un sistema propio del jurado de conciencia, de jurados populares, donde el juez está eximido de observar las reglas para la apreciación de las pruebas, así como de fundamentar sus fallos o conclusiones.³⁴

13.3.- Sistema de la Sana Crítica o de Libre Convicción.

El sistema de la sana crítica implica una apreciación razonada, la valoración del magistrado en este sistema, debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso; de este modo una valoración contraria a estas reglas será considerada una valoración defectuosa y la resolución nula, hay que tener en cuenta que este sistema no es una libertad para el absurdo o la arbitrariedad.

Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de

³⁴ SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, Grijley, Lima 2001, Vol. II, 3ra. Reimpresión de la primera edición.

modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.

Este sistema presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios para verificar el hecho.

Este sistema se encuentra en constante relación con los principios de libertad probatoria y el principio de la debida fundamentación de la resolución judicial, implica que el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas solo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no solo el resultado de la operación mental

Podemos mencionar las siguientes ventajas:

- a) La crítica razonada de las pruebas la debe hacer el Juez, lo que significa que no se trata de consagrar la arbitrariedad, sino de obligarlo al empleo de las reglas de la experiencia, de la lógica y de la ciencia, para que en cada proceso administre justicia con más acierto, ya que valorará la prueba de acuerdo con lo dicho y para el caso concreto.
- b) El Juez debe explicar, en la parte que motiva, los razonamientos que hace sobre la prueba para cumplir con los principios de contradicción y defensa.

El más idóneo sistema de valorar la prueba es el de la libre convicción, por las razones que ya se expusieron; pero además, el juez cuando administra justicia con este sistema, adquiere toda la dimensión que debe tener el juzgador cuando tiene un respaldo intelectual y moral que le permite sentir y dictar sentencia de acuerdo a lo probado.

La valoración de la prueba tiene por objeto obtener el cercioramiento judicial, acerca de los elementos indispensables para obtener la decisión del

litigio, en otras palabras la finalidad de las valoraciones es determinar la fuerza o valor probatorio que tienen los medios de prueba para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos objeto de prueba.

La valoración siempre cumple su propósito pues el juez siempre determinará qué tiene o no tenía mayor fuerza probatoria.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA ILÍCITA

1.- ORIGEN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.

La prueba ilícita tiene su origen en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano. Esta doctrina jurisprudencial se ha desarrollado y perfilando durante varias décadas a lo largo del siglo XX. En la sentencia recaída en el caso *Boyd vs US* de 1886, se decidió no valorar la evidencia obtenida por un agente federal, en un caso de importaciones ilegales, debido a que éste obligó al imputado a crear facturas falsas que lo incriminaban, de modo que la Corte consideró que se había vulnerado el derecho fundamental a no declarar contra si mismo. Posteriormente, en el caso *Weeks vs US* de 1914, los jueces estadounidenses prohibieron la admisión de pruebas obtenidas mediante un registro ilícito, concretamente documentos privados, realizado sin la autorización judicial correspondiente, lo que fue considerado como una violación de la Cuarta Enmienda.³⁵ Como es de apreciarse, en ambos casos, lo que estaba en juego era la facultad persecutoria y de averiguación de los hechos de las autoridades, por un lado; y, de otro lado, la vigencia de derechos fundamentales, consagrados en la Constitución, cuyo titular era el accionante. En ambos casos, la Corte determinó que la vulneración de derechos fundamentales invalidaba la evidencia obtenida de ese modo. Se determinó que los derechos fundamentales prevalecen sobre el afán persecutorio y la investigación de la verdad por parte de las autoridades y los agentes del Estado.

³⁵ La Cuarta Enmienda otorga a la población el derecho a la seguridad en sus casas, personas, documentos y efectos contra registros y secuestros arbitrarios, exigiendo para la orden correspondiente una causa probable apoyada por juramento o declaración solemne, que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o comiso.

Se puede definir a la regla de exclusión elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano como aquella regla jurisprudencial según la cual los materiales probatorios obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por la Enmienda Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta no podrán apartarse ni ser valorados por el Juzgado en la fase decisoria de los procesos federales o estatales, a los efectos de la determinación o prueba de la culpabilidad o inocencia del acusado, cuyos derechos fueron violados.³⁶

En el caso *Elkin vs. US* de 1960, se extendió la aplicación de la regla de exclusión a las pruebas obtenidas no sólo por policías federales sino también por policías estatales. Con esta doctrina se puso fin a la práctica conocida como bandeja de plata (*silver platter doctrine*). Como explica HAIRABEDIAN mediante esta práctica los agentes policiales federales que habían conseguido pruebas de forma ilícita, se las pasaban a los agentes policiales de los Estados para que pudieran ser utilizadas en procedimientos por delitos ordinarios, esto es, no federales. En el caso *Mapp vs. Ohio* se extendió la aplicación obligatoria de la *exclusionary rule* a todos los Estados cuando estuviese involucrada la Cuarta Enmienda³⁷.

En España la primera elaboración jurisprudencial de la regla de exclusión por el Tribunal Constitucional (STC -114/1984) se originó de un proceso laboral por despido³⁸.

³⁶ FIDALGO GALLARDO, C, Las Pruebas Ilegales: de la Exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 de la L.O.P.J., Centro de Altos Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, PÁG. 96.

³⁷ HAIRABEDIAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 39.

³⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001, pág. 10.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la prueba ilícita en una acción de amparo derivada de un asunto laboral³⁹, -sentencia que será abordada posteriormente.

De lo acotado en el párrafo precedente, se infiere que en nuestro país es aún escasa la elaboración y desarrollo de una temática integral sobre la prueba ilícita.

Con la entrada en vigencia del NCPP de 2004 en el Distrito Judicial de Lambayeque a partir del primero de abril del 2009, se han desarrollado pocos casos en donde se haya alegado prueba ilícita.

En la presente investigación, hemos encontrado dos casos (Expedientes Nro. 2009-02561-42-1706-JR-PE-3 y 2009-02140-60-1706-JR-PE-3) donde se ha alegado violación de derechos fundamentales, percibiendo que los órganos jurisdiccionales aún no tienen del todo claro, si nos encontramos ante una exclusión probatoria o nulidad.

En la Audiencia Pública de Tutela de Derechos, recaída en el expediente N° 2009-02561-42-1706-JR-PE-3, por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, se solicita tutela de derechos a favor de la imputada, alegándose entre otros, que en el acta de entrevista personal se ha vulnerado el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política y el derecho de defensa, por no contar con abogado defensor. El Juez en la Resolución N° 2, declaró "el acta de entrevista fiscal- conforme aparece de la carpeta fiscal- prácticamente se convirtió en un interrogatorio que tenía que ver con los hechos materia de investigación, vale decir se desnaturalizó la finalidad específica del acta de entrevista personal y en su caso debió necesariamente convocarse a un abogado defensor"⁴⁰. Resolviendo declarar fundada en parte la solicitud de

³⁹ Caso Rabel García Mendoza contra Serpost. S.A. , Exp. Nro. 1058-2008-AA/TC.

⁴⁰ Expediente N° 2009-02561-42-1706-JR-PE-3

tutela de derechos concerniente a la vulneración al derecho de defensa que resulta del contenido del acta de entrevista fiscal en donde se advierte que la misma prácticamente se convirtió en una declaración de la imputada siendo irrenunciable el derecho de defensa.

2.- DELIMITACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.

Conforme expresa ROXIN⁴¹, que el esclarecimiento de los hechos punibles no sujetos a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto, en el procedimiento penal, antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado.

La invalidez de los actos obtenidos en violación de derechos y garantías constitucionales, así como también la transmisión de ese efecto a los que sean su consecuencia, tuvo su origen en la jurisprudencia- conforme ha sido desarrollado en el acápite anterior-, puesto que las constituciones y legislaciones no contenían expresamente a la prueba ilícita.

La temática de la prueba ilícita está estrechamente relacionada con la que concierne a los derechos fundamentales. Puesto que el hecho que determina la ilicitud de la prueba es precisamente la vulneración de derechos fundamentales en su obtención. Aun cuando en la doctrina se debata sobre su contenido, la referencia a la Constitución es obligatoria cuando se trata de la prueba ilícita. La primacía de los derechos fundamentales da origen a la prohibición de valoración probatoria de prueba ilícita y, en tal sentido, debe

⁴¹ ROXÍN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.

entenderse que aquella deriva de la vigencia de la Constitución, concretamente de la regulación de los derechos fundamentales⁴².

Así mismo, se debe señalar la importancia de la realidad social en cuyo contexto se aplican las normas constitucionales y las relativas a la prueba ilícita. Por lo que se afirma que la problemática de la prohibición de la prueba no es un mero problema jurídico procesal -penal, sino que antes bien constituye una cuestión que responde a la comprensión general de las relaciones entre el Estado y el ciudadano. Las sociedades de nuestro tiempo reclaman del Estado la garantía cierta de niveles adecuados de seguridad frente al crecimiento sostenido de los índices de criminalidad.

MARTINEZ GARCIA, señala que los derechos fundamentales que nacieron, como derechos de alcance universal pasan a ser catalogados como derechos de ciudadanía, pasando ésta a convertirse en presupuesto de los mismos derechos fundamentales".⁴³ En tal sentido, la elaboración del concepto de "enemigo" en el derecho penal, para referirse a aquellos individuos a los que legalmente se pretende otorgar un trato penal de no personas, y a quienes se les niega la aplicación de las garantías sustantivas y procesales del derecho penal liberal debido a una supuesta condición de enemigo de la sociedad, se enmarca dentro de la línea precedentemente descrita. De este modo, es posible sostener que la flexibilización de la regla de exclusión de la prueba ilícita y la elaboración de numerosas excepciones a la misma, podrían ser expresiones del derecho penal del enemigo, en tanto avances de una forma autoritaria de derecho procesal penal. Al respecto, ZAFFARONI ha escrito que "en la medida en que legitime (el derecho penal) el trato como enemigos de algunas personas, renuncia al principio del estado

⁴² GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of Prof? El Cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita ", Estudios sobre la Prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pág. 61.

⁴³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 35.

de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al Estado de Policía..."⁴⁴

3.- CONCEPTO.

El tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal. El primer problema se presenta al abordar el estudio y análisis de su concepto. Conforme lo ha establecido MIRANDA ESTRAMPES, la terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista bastante de ser uniforme.⁴⁵ Se suele utilizar las denominaciones de prueba prohibida, prueba ilícita, prueba ilegítimamente obtenida, prueba ilegal, prueba inconstitucional, etc. Para GUARIGLIA esta falta de unidad terminológica no es sólo una cuestión semántica, sino que revela la confusión existente sobre lo que debe entenderse por lo prohibido, los alcances de la prohibición y cómo funciona la regla de exclusión⁴⁶.

Tampoco existe consenso en la doctrina sobre el contenido de lo ilícito o prohibido. De allí que no sea fácil la cuestión de su delimitación conceptual. Inclusive algunos autores, esgrimen conceptos diferentes para prueba ilícita y prueba prohibida. GIMENO SENDRA, por ejemplo, considera que prueba ilícita es aquella que infringe cualquier ley, no necesariamente la Constitución, mientras que prueba prohibida sería aquella que para su obtención se ha vulnerado norma constitucional referida a derechos fundamentales⁴⁷.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Editar, Buenos Aires, 2006, pág. 169.

⁴⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosh Editor, Barcelona, 2004, 2da Edición, pág. 17.

⁴⁶ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las Prohibiciones de Valoración Probatoria del Proceso Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 7.

⁴⁷ GIMENO SENDRA, Vicente et al, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, Madrid, 2001, pág. 130.

Para MIRANDA ESTRAMPES⁴⁸ es posible clasificar a la prueba ilícita en dos grandes grupos: a) una concepción amplia que considera que prueba ilícita es aquella que vulnera el ordenamiento jurídico en general, se trate de normas constitucionales u ordinarias; y b) una concepción restringida que la define como aquella que en su obtención ha vulnerado derechos fundamentales, lo que implica necesariamente la trasgresión de normas constitucionales y no ordinarias.

En el presente trabajo, utilizaremos la denominación "prueba ilícita", no sólo por el ser el de mayor aceptación en la actualidad, sino principalmente por ser el que mejor sirve para delimitar su contenido. Además como lo ha precisado GÓMEZ COLOMER, la denominación "prueba prohibida" es una traducción incorrecta del idioma alemán, pues la doctrina teutona utiliza más bien la expresión plural prohibiciones de prueba, en la medida en que son vahos los supuestos⁴⁹.

El primer elemento a tener en cuenta en su delimitación conceptual es que se trata de un mecanismo que limita el principio general de averiguación de la verdad en el proceso.⁵⁰ La barrera que impone para el juzgador la prohibición de valorar la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales implica que la verdad, cualquiera que sea la idea que se tenga de ella, no puede ser obtenida a cualquier precio.

CAFFERATA ÑORES, refiriéndose a la prueba ilícita, dice "la operatividad propia de las garantías constitucionales privará de todo valor, no sólo a las prueba que constituyan propiamente el corpus de la violación de

⁴⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosh Editor, Barcelona, 2004, 2da Edición, pág. 19-24.

⁴⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 133.

aquellas, sino también a las que sean consecuencia necesaria e inmediata de ella"⁵⁰.

Se puede conceptualizar entonces a la prueba ilícita, como aquella prueba que ha sido obtenida mediante violación de derechos fundamentales de la persona, así como la prueba que se deriva de ella⁵¹.

Como ya se ha establecido la prohibición de valoración de la prueba tuvo su origen en la vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En esta línea, en armonía con el origen histórico y el desarrollo doctrinal mayoritario, se considera que prueba ilícita es aquella que, constituyendo un límite al principio de averiguación de la verdad, ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, quedando excluida del concepto, por tanto, la que en su adquisición ha lesionado normas únicamente ordinarias⁵².

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004, se estableció el concepto de la prueba ilícita está vinculado con la obtención mediante la violación de derechos constitucionales⁵³. Ya con el carácter de vinculante, el legislador nacional se ha inclinado por la posición que se viene sustentando, al haber establecido en el artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona," regla que ha sido complementada por el artículo 159° del mismo cuerpo legal al estipularse que "el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios

⁵⁰ GUARIGLIA, Fabricio, Concepto, fin y alcance de las Prohibiciones de Valoración Probatoria del Proceso Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 7.

⁵¹ CAFFERATA ÑORES, José, La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones De Palma, 4ta. Edición, Buenos Aires.

⁵² PÉREZ ARROYO, Miguel, Las Prohibiciones Probatorias en el Proceso Penal: Las Reglas de Exclusión y las Reglas de Excepción, en Actualidad Jurídica, Lima, Nro. 164, pág. 139.

⁵³ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujillo en el año 2004.

de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona."

Por lo que, es necesario precisar qué es lo que debe entenderse por derechos fundamentales. Siendo que los derechos fundamentales que son susceptibles de ser lesionados por la prueba ilícita son los contenidos en el capítulo I del Título I de la Constitución Política denominados "Derechos Fundamentales de la Persona". Así mismo el artículo 3o, establece que la enumeración de los derechos del Capítulo 1, no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros- aspecto que será abordado más adelante-.

4.- EXCLUSIÓN PROBATORIA.

Las garantías constitucionales imponen los límites al principio de la libertad probatoria. Si bien todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio, de las garantías individuales se derivan las limitaciones para la admisión del conocimiento del hecho que motiva el proceso. En consecuencia conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial⁵⁴, todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe de respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción. De ahí la derivación de lo que se denominada regla de exclusión probatoria, según la cual debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación de derechos fundamentales.

Así resultan ilegítimas y en consecuencia invalorables las pruebas materiales o personales que se obtengan verbigracia de una detención

⁵⁴ DEVIS ECHANDÍA Hernando, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad Buenos Aires, 1997, 2da. Edición, pág. 51

¡legítima, un allanamiento ilegal, o de una confesión obtenida mediante apremios ¡legales.

Los fundamentos de la exclusión se basan principalmente en la irrefutable razón ética derivada de la imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ¡lícita.

El Estado de Derecho impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto a la dignidad humana cuya tutela es axiológicamente más importante para sociedad que el castigo al autor del delito. Para investigar y castigar el delito no es posible hacerlo mediante la comisión de otro delito.

La consecuencia de la regla de exclusión es la invalorableidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, sea de manera directa o indirecta, de modo que el órgano jurisdiccional no podrá basar ninguna de sus decisiones, en una prueba viciada por éstas razones.

5.- NULIDAD Y EXCLUSIÓN PROBATORIA.

La incorporación de la regla de exclusión en el artículo VIII, introduce cierta claridad en la regulación procesal de la prueba ilícita pues permite diferenciar su régimen legal específico de del régimen nulidades procesales

La diferencia entre nulidad o exclusión probatoria, se basa en que si la prueba obtenida a vulnerado derechos fundamentales o normas ordinarias e infra constitucionales. Pero aunque la nulidad y exclusión probatoria sean sanciones procesales y traigan como consecuencia la ineficacia del acto, no deben de equipararse una con otra.

Como ya se ha establecido⁵⁵, prueba irregular es aquella que ha sido obtenida o incorporada con vulneración de normas ordinarias o infraconstitucionales. Lo que generalmente se vulnera son normas de procedimiento o la forma regular en la que se debe actuar determinada prueba. No está en juego la vigencia de derechos fundamentales. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA ⁵⁶ pone como ejemplo una diligencia de reconocimiento en rueda para la identificación del autor del delito, en la que el sospechoso no ha sido colocado con otras personas de similares características físicas y los identificadores han hecho el reconocimiento de manera conjunta y comunicándose entre sí. En este caso lo que ha sido transgredido es el precepto legal que reglamenta la práctica del reconocimiento en rueda, que no es una norma constitucional que reconozca derechos fundamentales.

HAIRABEDIÁN ⁵⁷ ha establecido las siguientes diferencias entre nulidad y exclusión probatoria:

- a) La nulidad recae sobre actos procesales, mientras que el alcance de la exclusión probatoria es más amplio en tanto comprende, además de los actos dentro del proceso, también y principalmente actos extraprocesales.
- b) La fuente directa de las nulidades es la ley formal, generalmente los códigos procesales, en tanto que la exclusión probatoria tiene su origen expreso o implícito en la Constitución.
- c) La nulidad exige la aplicación del principio *locus regit actum* por el cual se aplica a las formalidades imperativas la legislación del lugar en que se lleva a cabo el acto, de tal manera que, habiéndose realizado bajo la cobertura de las formalidades de una jurisdicción en particular, sería

⁵⁵ Ver Capítulo II, acápite 2.13

⁵⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida, Akal, Madrid, 1989, pág. 127.

⁵⁷ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, Pág. 60-64.

válido y surtiría, efectos en cualquier otra. Esta aplicación no sería admitida por la exclusión probatoria, si es que en el lugar de ejecución del acto rige la prohibición, a pesar de haber sido actuado en un lugar donde el acto es plenamente válido.

Desde el punto de vista del resultado, es importante diferenciar entre prueba ilícita y prueba irregular. En la práctica, una prueba que haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales carece por completo de efectos legales y no puede ser valorada de ningún modo por los operadores, a tal punto que debe ser expulsada del proceso o investigación. En cambio, una prueba que únicamente haya lesionado una norma de procedimiento y, en general, normas legales ordinarias, implicará la invalidez de la diligencia, sin perjuicio que, de alguna manera, pueda servir para probar el hecho de otro modo y a través de otros medios, utilizándola como punto de partida o referencia a tener en cuenta.⁵⁸ Es preciso mencionar que el Tribunal Supremo español⁵⁹, ha establecido que "cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Por el contrario, si la infracción es sólo de las normas de legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, éste deviene irregular o procesalmente inválido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto inválido hubiera acreditado por sí mismo.

Está claro que la prueba irregular acarrea la nulidad del acto. Es decir, es innegable que la existencia de una prueba obtenida con vulneración del ordenamiento legal ordinario no puede resultar indiferente para el sistema en

⁵⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, Luís, La Ineficacia de la Prueba Ilícita obtenida con Violación de Derechos Fundamentales, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2003, pag. 87-88

⁵⁹ En sentencia del 2 de noviembre de 1993.

términos de un resultado. Pero el resultado de vulnerar una norma que reconoce un derecho fundamental no puede ser equiparado al resultado de vulnerar otra que únicamente pertenece a la legalidad ordinaria. En el primer caso, el resultado es la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita y la expulsión del proceso de la prueba así obtenida, sin posibilidad de ser aprovechada ni valorada de ningún modo. En el segundo caso, a pesar de ser invalidada de conformidad con las reglas de procedimiento, no necesariamente contamina a todo lo demás e, inclusive, en determinados casos, puede servir como referencia para probar el mismo hecho a través de otros medios o, en otros casos, puede resultar convalidada. Se puede poner como ejemplo, los supuestos de nulidad relativa regulados en los artículos 151° y 152° del NCPP.

Si bien es verdad, en términos generales, la nulidad absoluta y la exclusión probatoria generan un resultado de ineficacia, empero no se trata de lo mismo. En primer lugar, tal como ya ha sido señalado, es necesario tener en cuenta que la nulidad está referida siempre a actos procesales. En cambio, la exclusión probatoria tiene un alcance mucho más amplio pues comprende también y principalmente la realidad extraprocesal de las fuentes de prueba. En segundo lugar, no debe olvidarse que la exclusión probatoria deriva de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales dentro de la Constitución y, en general, dentro del ordenamiento jurídico del país. Esta trascendencia constitucional, no está necesariamente presente en "la regulación de la nulidad procesal que está referida más bien a las irregularidades, graves y menos graves, presentadas en el trámite del proceso. Aun cuando es indudable que las causales de la nulidad, fundamentalmente las que se vinculan con la nulidad absoluta, pueden tener una connotación constitucional ausencia del abogado defensor, incompetencia de los jueces, etc., no es su esencia. De allí que en materia de nulidades rijan el principio de taxatividad por el cual ellas pueden ser invocadas y declaradas únicamente si están previstas por la ley; lo que no

sucede tratándose de la exclusión probatoria cuya fuerza vinculante y aplicabilidad emana de la Constitución y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales. Es por ello que no es necesario que la regla de exclusión esté expresamente prevista en el ordenamiento.

De lo expuesto precedentemente, se justifica la autonomía de la exclusión probatoria y la diferencia clara del instituto jurídico-procesal de la nulidad.

Por último, en la doctrina se han planteado dos supuestos que ameritan discusión:

- i) ¿es posible la obtención de pruebas con lesión de normas constitucionales que no impliquen lesión de derechos fundamentales?, y
- ii) ¿es posible que la infracción de normas constitucionales no referidas a derechos fundamentales pueda generar la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida?

DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, con relación a la primera interrogante, proponen el ejemplo de aquel drogodependiente que, a cambio de una cantidad de droga como pago, brinda información documental a las autoridades que posteriormente es utilizada como fuente de prueba en el proceso. En este caso se vulnera una norma constitucional que prevé el derecho general a la protección de la salud que en la Constitución española no está bajo la rúbrica de los derechos fundamentales⁶⁰. El ejemplo propuesto revela que sí es posible la obtención de pruebas con lesión de normas constitucionales que no impliquen lesión de derechos fundamentales.

Referente a la segunda interrogante que, como puede observarse deriva directamente de la primera, se señala en principio que, sí es posible que la infracción de normas constitucionales no referidas a derechos fundamentales

⁶⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001, PÁG. 206.

pueda generar la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. Para DIAZ CABIALE y MARTIN MORALES⁶¹ se trata de una cuestión extremadamente difícil de dilucidar. El artículo 3º de la Constitución permite catalogar como derechos fundamentales, independientemente de la enumeración del artículo 2o, a otros de naturaleza análoga, o que se basen en la dignidad del hombre, en el principio de Estado democrático de derecho, etc., sin embargo tal situación no estaría exenta de dificultades y peligros. Por lo que el principal peligro es que una fórmula extensiva para decidir si la vulneración de una norma constitucional no referida a derechos fundamentales genera o no la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida, puede desnaturalizar el instituto de la prueba ilícita, con injustificado y excesivo desmedro del principio de averiguación de la verdad. En todo caso, resulta obligatorio el examen cuidadoso de la casuística por parte de los operadores y la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses.

⁶¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001, PÁG. 208.

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Una de las cuestiones más trascendentes, pues de ella depende el significado y alcance de la regla de exclusión, es si la misma tiene o no un fundamento constitucional. En este aspecto se observan, en su origen, notables diferencias entre el modelo norteamericano y los modelos europeos continentales. No obstante, en los últimos tiempos, se observa un fenómeno de progresiva norteamericanización de la concepción de la regla de exclusión probatoria como consecuencia de la notable influencia ejercida por la doctrina emanada por el Tribunal Supremo Federal Norteamericano.

1.- LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO COMPARADO

1.1.- Estados Unidos de Norteamérica.

Es en los Estados Unidos de Norteamérica donde surgió, primero, la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita y, posteriormente, la doctrina de los frutos del árbol envenenado⁶².

En el sistema norteamericano la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra en el caso *Boyd vs. US* (1886). La evolución jurisprudencial ha transcurrido por una etapa inicial en la que la regla de exclusión se aplicaba de manera absoluta, pasando por la elaboración de la doctrina de los frutos del árbol envenenado por la cual los efectos de la ilicitud se hicieron

⁶² De este modo se denomina a una de las consecuencias de la regla de exclusión, consistente en que la obtención de algún elemento probatorio practicado en violación a las garantías constitucionales es inválida, excluyéndose no sólo la prueba sino también todas aquellas que se hayan obtenido con posterioridad como consecuencia del conocimiento de ella.

extensivos a la prueba refleja o derivada hasta su mediatización paulatina a través de la introducción de una serie de excepciones que permiten valorar prueba ilícitamente obtenida.

La regla de exclusión norteamericana se concibe como una simple mediana reparadora de la violación detectada, al mismo tiempo que otro tipo de medidas de este tipo que el legislador pueda prever, situándose su fundamento en la necesidad de prevenir conductas policiales ilícitas que puedan lesionar derechos fundamentales.

Como se puede determinar, la regla de exclusión está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir⁶³-imponer el respecto a la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible mediante la remoción del incentivo para ignorarla. Se justificaría únicamente por razones pragmáticas, que se traducen en eliminar el incentivo que presumiblemente pueda mover a la Policía de violar la ley durante su labor de obtención de fuentes probatorias.

Siendo éste su fundamento y finalidad no existe, por tanto, ningún obstáculo en admitir la utilización de una prueba ilícita cuando no se pueda obtener este efecto disuasorio, esto es cuando este remedio no resulte eficaz para el logro de un fin. En el fondo de esta teoría subyace una visión utilitarista basada en el análisis de los costos y beneficios derivados de la aplicación de la regla de exclusión. Así se razona que frente a los beneficios obtenidos con la aplicación de dicha regla (eficacia preventiva) los costos de su aplicación son mayores (la libertad y absolución de imputados por hechos graves) de ahí que se fije la atención en éstos últimos para dejar sin efecto la aplicación de la regla.

⁶³ La disuasión es la motivación que deben causar las exclusiones probatorias en el ánimo de los funcionarios, de no violar derechos intencionalmente para conseguir la prueba, porque en ese supuesto se cierne la amenaza de su invalidación.

En el derecho estadounidense, como en cualquier otro ordenamiento, la cuestión atinente a la prueba es de gran importancia, al punto que rigen las llamadas Federal Rules of Evidence, FRE (Reglas Federales de Evidencia) que son de alcance general⁶⁴. Pero de mayor importancia es la elaboración realizada por los jueces en la resolución de los casos sometidos a su consideración, elaboración a la que, precisamente, se debe la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita directa y derivada, así como las múltiples excepciones actualmente vigentes.

La doctrina de los frutos del árbol envenenado, tuvo su origen en el caso *Silverthorne Lumber Co vs. U.S.*, de 1920⁶⁵, cuando el Tribunal Supremo Federal Norteamericano resolvió que no era válido intimar a una persona para que entregara ante las autoridades, documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal.

Pero el primer caso donde la Tribunal Supremo, aplicando dicha doctrina utiliza la expresión "*fruit of the poisonoustree*" es en el caso *Nardote vs. US* (1939), en el que resolvió que debían excluirse de toda validez las pruebas que se conocieron a raíz de una grabación a la conversación del imputado que se había efectuado ¡legalmente sin autorización judicial.

MARTÍNEZ GARCÍA, sostiene que se ha producido un desmantelamiento de la regla de exclusión. En *US. vs. Ceccolini* (1978) la declaración de un testigo fue admitida, no obstante que él testigo había sido obtenido a través de un registro ilícito, bajo el argumento de la voluntariedad de la cooperación del testigo. En *Michigan vs. De Filippo* (1979) se validó evidencia obtenida por agentes policiales que habían actuado al amparo de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte

⁶⁴ NUÑOZ NEIRA, Orlando, Sistema Peñol Acusatorio de Estados Unido, Legis Editores S.A., Bogotá, 2006, pág. 349-367.

⁶⁵ HAIRABEDIAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 39.

Suprema. En *US vs. Payner* (1980) se hizo valer prueba obtenida en un registro ilegal contra el tercero no titular del derecho afectado. En *US vs. León* (1984) se introdujo la excepción de la buena fe (*good faith exception*) para otorgar validez a prueba obtenida urgente un registro con autorización inválida pero aparentemente correcta, es decir, cuando los agentes policiales actuaron en la creencia que la autorización era válida (de buena fe). La *good faith exception* fue ampliada en los fallos recaídos en *Illinois vs. Krull* (1987) para dar validez a prueba obtenida por la policía al amparo de una ley posteriormente declarada inconstitucional, así como en *Arizona vs. Evans* (1995), en el que la prueba ha sido obtenida en una actuación policial sobre la base de errores del personal auxiliar del Poder Judicial⁶⁶.

Como consecuencia de los sucesos del 11 de septiembre de 2001 se ha de producir una mayor flexibilización en materia probatoria, teniendo como fundamento la lucha contra el terrorismo internacional. GASCÓN ABELLÁN ha denominado a este fenómeno como el repliegue hacia la *freedom of proof* (libertad de prueba), "que está muy vinculado al reconocimiento del *deterrent effect* como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación", pero que está en abierta contradicción con un modelo de proceso respetuoso de los derechos fundamentales.

1.2.- España.

En España la regla de exclusión tiene un entronque constitucional por la vía del derecho a un proceso justo o debido. Es decir, la admisión y valoración de una prueba ilícita obtenida con violación de derechos fundamentales vulnera el derecho a un proceso justo o equitativo. La

⁶⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of Prof? El Cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pág. 84.

recepción de la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico español se configura en sus orígenes como una garantía procesal de naturaleza constitucional, íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías, y en el marco del proceso penal, con el derecho de presunción de inocencia. En ese sentido el artículo 11.1 de la LOPJ española regula la prueba ilícita estableciendo que "En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

La prueba ilícita, tuvo origen en la sentencia STC 114/1984 de 29 de noviembre, dictada por el Tribunal Constitucional español en un recurso de amparo interpuesto en un caso de origen laboral. La acción había sido presentada por un redactor de un periódico de Alicante que fue despedido, en vista que en el proceso laboral que se siguiera a su instancia se consideró como prueba de la causal de despido una grabación fonográfica de una conversación por él mantenida con un funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicha grabación había sido efectuada por su interlocutor, sin conocimiento del accionante. Éste alegó que se había vulnerado su derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. El Tribunal Constitucional español denegó el amparo solicitado pero estableció las líneas iniciales básicas de la doctrina sobre la prueba ilícita en dicho país.

En la referida sentencia el Tribunal Constitucional español establecido por primera vez que la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su inviolabilidad, aun cuando también señaló la inexistencia de un derecho fundamental autónomo a la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida.

El Tribunal Supremo español, ha introducido ciertas modulaciones a los efectos y alcance de la regla de exclusión a través de la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad. El origen de esta doctrina se sitúa

en la sentencia STC 81/1998, elaborando el concepto de conexión de antijuridicidad para permitir la admisión y valoración de prueba derivada de otra de origen ilícito, ya ha generado la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal español.

La sentencia STC 81/1998 declaró que "Para tratar de determinar si la conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no la prueba obtenida por vulneración de aquella; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos considerar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo"⁶⁷

En consecuencia, se puede afirmar según esta doctrina, para el reconocimiento de la eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación causal- natural entre la prueba ilícita y la prueba ilícita derivada, sino que es necesario además de la existencia de una conexión de antijuridicidad. Se deberá analizar la existencia o no de la intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida. Son las necesidades de disuasión las que determinan la extensión o no de la prohibición de valoración de las pruebas reflejas o derivadas.

⁶⁷ Fundamento cuarto de la Sentencia STC 81/1990 del 2 de abril.

En el ordenamiento jurídico español, la regla de exclusión se ha visto sometida a un idéntico proceso de reducción de su alcance similar al que afecto la *exclusionary rule* norteamericana. Ello ha llevado que en algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español se hable abiertamente de que el fundamento de la regla de exclusión contenida en el art. 11 de la L.O.P.J. es la finalidad disuasoria, invocada por la doctrina del Tribunal Supremo Norteamericano. Se puede afirmar, por tanto de un fenómeno de norteamericanización de la regla de exclusión, que se ha traducido en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación, hasta el punto que en algunos aspectos resulta, en la actualidad, prácticamente irreconocible si se compara con la formulación.⁶⁸

⁶⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, PRADO SALDARRIAGA, Víctor, REYNA ALFARO Luís M. y Otros, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, Ara Editores E.I.R.L., Ira. Edición, Lima, 2009, pág. 38

1.3.- Alemania

Alemania tiene una tradición bastante antigua en lo que se refiere a la prueba ilícita pues ya en 1903 Ernst Beling había escrito su *Die Beweisverbote* en el que consideraba que los supuestos de "prohibiciones probatorias" son límites al principio de averiguación de la verdad.⁶⁹

En la doctrina alemana se distingue entre prohibiciones de producción de la prueba y prohibiciones de valoración.⁷⁰

Dentro de la regla de exclusión o prohibiciones probatorias como se denomina en Alemania, la doctrina y fundamentalmente la jurisprudencia ha considerado de un modo especial ciertos aspectos que conducen a ellas, bajo la denominación de la teoría del "ámbito esencial" que incluso tuvo repercusiones en otros países.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania declaró conceptual y genéricamente que la valoración probatoria es absolutamente imposible cuando ella lesiona el núcleo esencial intangible de la personalidad y, con ello la dignidad humana⁷¹.

La delimitación alemana no es ciertamente una elaboración que escape a lo que en otros países se denomina de forma diferente. Sin embargo, se advierte que se desprende de esta teoría un sutil y sensible aumento del círculo de protección de cosas, circunstancias o cuestiones que hacen al ámbito privado, a la personalidad y dignidad mínima de la que es acreedor todo ser humano, y que en consecuencia, bajo ningún pretexto puede invalidarse.

⁶⁹ GÓMES COMER, Juan Luís, *El Proceso Penal Alemán. Introducción y Normas Básicas*. Bosch, Barcelona, 1985, pág. 133.

⁷⁰ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las Prohibiciones de Valoración Probatoria del Proceso Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 9.

⁷¹ GOMES COMER, Juan Luís, El Proceso Peñol Alemán. Introducción y Normas Básicas. Bosch, Barcelona, 1985.

1.4.- Chile.

El tercer párrafo del artículo 276 del Código Procesal de 2000, bajo la denominación de Exclusión de pruebas para el juicio oral, declara que, "el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales". También el artículo 334, párrafo segundo, fija una prohibición de incorporación como medio de prueba o de lectura de actas y documentos "que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales".

La doctrina chilena considera que la carencia de un desarrollo sistemático de la institución en el Código Procesal Penal no significa que la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema chileno, pues ella se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas ius fundamentales dentro del ordenamiento constitucional.⁷² En tal sentido, el cuarto párrafo del artículo 10° de la Constitución Política establece: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

Así mismo se ha regulado las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita, el artículo 215° denominado objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado, "Si durante la práctica de la diligencia

⁷² DÍAZ GARCÍA, L. Iván, Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno, en AA.W, La prueba en el nuevo proceso penal oral. Rodrigo Corona Correa (Edit.) Lexis Nexis, Santiago, 2003, pág. 143.

de registros se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal.

1.5.- El Salvador

Para fundamento del presente trabajo, mención especial merece la regulación legal de la prueba ilícita del Código Procesal Penal. En el inciso primero del artículo 15° establece la regla de exclusión al declarar que "los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código". Su inciso tercero añade que "se prohíbe toda especie de tormento, malos tratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que afecte o menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona".

La regla de exclusión no se formula con carácter absoluto, pues en el inciso segundo del mismo artículo, se reconoce la eficacia refleja a la prueba ilícita al prescribir que "No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el Juez aplicando las reglas de la sana crítica".

Las excepciones que menciona el precepto legal antes mencionado, se inspiran directamente por el Tribunal Supremo Norteamericano: la excepción de la fuente independiente.

CAPÍTULO V

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1.- DESARROLLO DE LA PRUEBA ILÍCITA A TRAVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En el año 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 inutilizable⁷³. En esta sentencia se puede apreciar que el Tribunal Constitucional ha optado por una concepción que considera, que constituye prueba ilícita los medios probatorios obtenidos o actuados en violación de derechos fundamentales como del ordenamiento jurídico en general y de la legalidad procesal en particular. La amplitud de dicho concepto no ésta acorde con el actual desarrollo de la teoría de la prueba ilícita que circunscribe el concepto de ésta a la vulneración de derechos fundamentales. Se puede encontrar cierta explicación debido al escaso desarrollo de la temática de la prueba ilícita por la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional sitúa el derecho a la prueba en el exclusivo ámbito de los derechos fundamentales, al considerar que se trata de un derecho básico de los justiciables con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa, así en el "caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos", Exp. 010-2002-AI/TC, ha precisado: "En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido

⁷³ Caso Edmi Lastra Quiñónez, Exp. N° 2053-2003-HC/TC, sentencia del 15 de septiembre del 2003

implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú"⁷⁴.

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".

En el "caso Magaly Medina" resolvió que por el principio de licitud "no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida."

En el "caso Luís Federico Salas Guevara Schultz"⁷⁵ (Exp. 1014-2007-HC/TC), ha precisado que la constitucionalidad de la actividad probatoria "... implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba".

El origen del tratamiento de la prueba ilícita por el Tribunal Constitucional peruano ⁷⁶ lo encontramos en el "caso Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST S.A." en donde desarrolló específicamente el tema de la validez de la prueba obtenida con vulneración

⁷⁴ Caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, Exp. Nro. 010-2002-AI/TC, fundamento 148, correspondiente la acción de inconstitucionalidad contra la legislación antiterrorista de los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880

⁷⁵ Caso Luís Federico Salas Guevara Schultz, Exp. Nro. 1014-2007-PH/TC

⁷⁶ Como ya ha sido mencionado en el Capítulo II, acápite 8

del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, previsto en el artículo 2.10 de la Constitución. En este caso, un funcionario de la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.) planteó una acción de amparo contra su empleadora para que se le reponga en su puesto de trabajo, al haber sido despedido por una presunta falta grave traducida en el envío de material pornográfico a través de su correo electrónico a otro trabajador de la empresa en pleno horario de labores. Para probar la presunta falta grave, la empresa demandada presentó una constatación notarial en la que se verificó, sin la autorización correspondiente, en el computador del destinatario de las comunicaciones electrónicas la existencia de éstas y se procedió él revisar y a extraer su contenido inconsultamente y sin la autorización debida. Como no podía ser de otra manera el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

"En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo".⁷⁷

Así mismo señaló que:

⁷⁷ Caso Rafael García Mendoza contra Serpost S.A., Exp. Nro. 1058-2004-AA/TC, fundamento 18.

"La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido, en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio".⁷⁸

A pesar de que se trata de un proceso laboral planteado a través de una acción de amparo, es indudable que sus alcances pueden ser aplicados a la actividad probatoria desarrollada en cualquier clase de proceso. En esta sentencia, a partir del examen de un caso concreto, el Tribunal ha fijado jurisprudencialmente dos cuestiones fundamentales:

- i) la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales; y,
- ii) la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales.

⁷⁸Exp. Nro. 1058-2004-AA/TC, Fundamento 22.

Se trata, hasta ahora, del más importante pronunciamiento en materia de prueba ilícita.

Finalmente el Tribunal Constitucional a partir de la diferencia entre fuentes de prueba y medios de prueba. Al ser las primeras realidades extraprocesales, precisa que, su validez o invalidez "depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales". Mientras que, al ser los medios de prueba actos procesales y, por tanto, una realidad interna del proceso, la nulidad de éste origina la invalidez de los medios de prueba, más no de las fuentes de prueba⁷⁹.

2.- MODELO PERUANO.

La regulación de la exclusión probatoria en nuestro ordenamiento jurídico, tiene la influencia del derecho comparado. Por lo que formulación del artículo VIII del NCPP parece inspirarse directamente en el contenido del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, que normativiza la regla de exclusión la regla de exclusión de la prueba ilícita proclamando que "No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

La fórmula en el artículo VIII se reproduce casi de forma idéntica en el artículo 159° al declarar que "El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona". Normas de carácter prohibitivo que además incorporan las consecuencias jurídicas procesales derivadas de su incumplimiento.

⁷⁹ Caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, Exp. Nro. 010-2002-AI/TC, fundamento 162.

El artículo VIII del NCPP, incorpora una auto ilimitación en el ejercicio del poder penal estatal que se basa en el respeto de los derechos fundamentales, frente a las injerencias de los órganos de persecución penal. De acuerdo a la ponderación de los intereses concurrentes, se ha optado por dar preferencia a la tutela de los derechos fundamentales frente a la averiguación de la verdad a cualquier precio en concordancia con los valores constitucionales. Es relevante destacar que esta ponderación de intereses ha sido realizada directamente por el legislador y que no se ha dejado en manos de jueces y tribunales. Cuando en el proceso se haya incorporado una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, aunque con ella se pueda conocer la verdad de los hechos y la culpabilidad del imputado, se ha optado por su exclusión del proceso. Esta misma solución se ha regulado para el caso de la admisión de las denominadas pruebas atípicas. El artículo 157.1 del NCPP dispone que "excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona" la incorporación de estas reglas legales en el NCPP de 2004 hace que el juez cuando se enfrente a un caso concreto no deba plantearse desde la óptica de la técnica de la ponderación de intereses, por cuál de ellos deberá decantarse, esto es, por la protección de los derechos fundamentales o por los intereses de la persecución penal, sino que deberá aplicar la regla de exclusión pues la solución a ese conflicto ya ha sido previamente diseñada por el legislador.

Son razones constitucionales, las que sirven de fundamento a la regla de exclusión del artículo VIII, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas. La innovación a esa razón constitucional aparece en la propia redacción del precepto al condicionar la valoración de cualquier prueba a que la misma haya sido incorporada por un procedimiento constitucionalmente legítimo o al sancionar con su inutilización la infracción de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado.

El fundamento último de la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales hay que buscarla en la posición preferente que estos derechos ocupan en el ordenamiento jurídico y en el reconocimiento constitucional del principio del proceso debido consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú. Un proceso final no puede calificarse de proceso justo cuando se han incorporado y utilizado con fundamento de la declaración de culpabilidad pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del 11 de julio de 2005, recaída en el expediente Nro. 3330-2004-AA/TC⁸⁰, expresó que "la realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de la intervención injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dicho derecho radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en todo que compartan valores materiales o instituciones sobre las cuales se estructuran (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional"

⁸⁰ EXP. N° 3330-2004-AA/TC, Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima

2.1.-Alcance de la Regla de Exclusión en el NCPP.

La regla de exclusión contenida en el NCPP actúa como norma de cierre, pues además de las concretas prohibiciones probatorias existentes en su articulado⁸¹, impone la prohibición de admisión y valoración de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales establecidas a favor del acusado. Tanto unas como otras operan como mecanismos de depuración del material probatorio que deberá valorar el órgano judicial en el momento del enjuiciamiento. Estamos ante una norma de carácter prohibitivo que impide la atribución de efectos a cualquier prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales.

EL tenor literal de la regla de exclusión contenida en el artículo VIII plantea algunas cuestiones que es necesario analizar para poder delimitar su verdadero alcance.

a.- EL concepto de "Obtención de Pruebas".

En la doctrina española se ha discutido si la vulneración de los derechos fundamentales de índole procesal puede dar lugar a la exclusión de la prueba así obtenida o admitida. De alguna manera esta cuestión guarda relación con aquella otra referida al momento en que se produce la ilicitud, sea en la fase de obtención (fuente de prueba) o en la fase de admisión o incorporación al proceso (medio de prueba).

Lo relevante es constatar la presencia objetiva de una violación de un derecho fundamental, con independencia del momento concreto (pre procesal o procesal) en que tal violación se haya producido. Una cosa es que empíricamente la vulneración de derechos fundamentales se produzca con mayor frecuencia durante la obtención de las fuentes de la prueba y otra que

⁸¹ Entre otros artículos 71.2.e; 157.3, 166.2.

la regla de exclusión no se aplique a los supuestos en que dicha vulneración se produce en el momento de la incorporación o practica de los medios de prueba en el proceso, en donde se obtienen aquellos elementos probatorios necesarios para fundamentar la decisión jurisdiccional.

En definitiva, para los efectos de aplicación de la regla de exclusión resulta indiferente el momento concreto en que se ha producido la vulneración del derecho fundamental, lo verdaderamente relevante es precisamente la constatación de la violación de un derecho de esta naturaleza.

A esta misma conclusión debe arribarse al interpretar el alcance del término obtención utilizado en el apartado 2 del artículo VIII del NCPP. Conforme a ello, la regla de exclusión se aplicara no solo en aquellos casos en que la vulneración de los derechos fundamentales se hubieran producido durante la realización de la diligencias de investigación penal (por ejemplo, intervenciones telefónicas, intervenciones corporales, allanamientos de morada...), sino también cuando se hubiera cometido en el momento de la incorporación o practica de los diferentes medios de prueba. Esta solución viene avalada, además, por el propio contenido de la regla plasmado en el apartado 3 del mencionado artículo VIII. Conforme a esta regla la inobservancia de una regla de garantía constitucional establecida a favor del acusado no podrá hacerse valer perjuicio. Nadie dice el precepto sobre el momento procesal en que esta inobservancia tiene lugar. Por tanto, hay que estimar incluidas en su ámbito de aplicación tanto las que se han producido durante la fase preliminar de investigación, como las siguientes fases procesales (fase intermedia y fase de juicio oral).

b.- Sujetos.

De la lectura del artículo VIII, se puede apreciar que no se pronuncia acerca de la condición del sujeto o sujetos que han llevado a cabo la obtención de la prueba con vulneración de los derechos fundamentales. En este punto concreto es posible identificar varias soluciones directamente conectadas con el fundamento de la regla de exclusión.

En la jurisprudencia norteamericana, como hemos visto, la aplicación de la regla de exclusión se limita a los casos de actuaciones de agentes policiales norteamericanos (federales y estatales). Por el contrario no existe ningún obstáculo en la admisión de pruebas lícitas cuando estas han sido obtenidas por particulares o agentes del Estado⁸². Esta aplicación restrictiva no es más que una consecuencia de la finalidad exclusivamente disuasoria que le reconoce el Tribunal Supremo Federal norteamericano a la *exclusionary rule*.

En la doctrina alemana, ROXIN se muestra favorable a la valoración de tales pruebas cuando hayan sido obtenidas por particulares, salvo en caso de extrema violación de derechos humanos.⁸³

El fundamento de la regla de exclusión contenida en el o artículo VIII, y la ausencia de referencia alguna a la condición del sujeto infractor, son razones suficientes para admitir la aplicación de la regla de exclusión tanto si los que cometen el acto violatorio son funcionarios públicos como si son particulares

Carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular) que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita dada la eficacia erga omnes de los derechos fundamentales como derechos individuales. La

⁸² Caso US. Vs Jacobsen (1984)

⁸³ ROXÍN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, pág. 206.

aplicación de la regla de exclusión depende simplemente de la constatación objetiva de una violación de un derecho fundamental con independencia del carácter, público o privado, del sujeto que haya llevado a cabo acto violatorio.

c.- Delimitaciones del concepto "derechos fundamentales".

La regla de exclusión entra en juego solo cuando se violen derechos fundamentales o reglas constitucionales de garantías establecidas a favor del imputado. No siempre que en la tarea de obtención de pruebas se vulnere una norma jurídica se aplicara la regla de exclusión, salvo que dicha vulneración comporte a su vez una violación de una garantía constitucional. La norma del artículo VIII tiene un ámbito de aplicación más restrictivo, pues la ilicitud, como hemos visto, no viene determinada por la infracción de cualquier norma jurídica.

La primera de las cuestiones que suscita la lectura del artículo VIII es identificar aquellos derechos fundamentales cuya violación da lugar a la aplicación de la regla de exclusión. En otras palabras, delimitar cuales son los derechos fundamentales protegidos con la regla de exclusión. La delimitación de los derechos fundamentales cuya violación da lugar a la aplicación de las reglas de exclusión exige acudir al texto constitucional. La primera de las consecuencias que se deriva de esta remisión constitucional es que debe tratarse de derechos fundamentales o de garantías reconocidas en la constitución peruana. Como tales hay que señalar los reconocidos en los artículos 1o y 2o de dicho texto fundamental. No obstante, no nos encontramos ante un *numerus clausus*, como ya ha sido desarrollado anteriormente, pues el propio artículo 3o declara expresamente que "la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funda en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Es pertinente puntualizar para una mejor comprensión del tema, que en la Constitución española los llamados derechos fundamentales procesales - tutela judicial efectiva, juez natural, defensa, información de la acusación, juicio público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilización de los medios de prueba, no declarar contra sí mismo y no declararse culpables, presunción de inocencia y no declarar en casos presuntamente delictivos por razones de parentesco o secreto profesional -, están expresamente previstos en el artículo 24º, dentro de la rúbrica general "De los derechos y deberes fundamentales". En nuestro ordenamiento no sucede lo mismo, pues, como es sabido, tales derechos están contemplados en el artículo 139º como "principios y derechos de la función jurisdiccional", en el capítulo reservado al Poder Judicial, a excepción de la presunción de inocencia que sí está considerado dentro de la denominación de "Derechos fundamentales de la persona", artículo 2.24, literal e). Esta situación podría llevarnos a pensar que la vulneración de estos derechos de naturaleza procesal, al no estar expresamente previstos en la Constitución dentro del grupo de derechos fundamentales, no daría lugar a la aplicación de la regla de exclusión. Sin embargo, al utilizar el artículo 3º constitucional, la técnica del *numerus apertus*, permite elaborar un concepto más amplio de derechos fundamentales, independientemente de su previsión taxativa en el Capítulo I del Título 1. En tal sentido, una actividad probatoria que no respete las garantías mínimas del debido proceso, los derechos a contar con un abogado defensor, a no declarar contra si mismo o contra los parientes dentro de los grados de parentesco y afinidad establecidos por ley, etc., atentaría contra la idea misma del Estado democrático de derecho y de la dignidad de la persona humana, razón por la cual, frente a una infracción de tal naturaleza, nada impediría la aplicación de la regla de exclusión.

Además hay que tener en cuenta que la fijación del contenido de tales derechos y su interpretación deberá realizarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos

internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú⁸⁴. Entre estos tratados cabe mencionar la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

Así mismo la doctrina ha señalado que los derechos que resultan más susceptibles de ser quebrantados son los derechos a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, etc.⁸⁵

La Constitución Política ha previsto de modo expreso dos prohibiciones de valoración de prueba en los artículos 2.10 y 2.24h, referidos a los documentos privados obtenidos con violación del secreto e inviolabilidad y a las declaraciones obtenidas mediante violencia moral, psíquica o física, respectivamente. El constituyente considera que estos dos derechos fundamentales - al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y a la integridad física, moral y psíquica -, son dos de los derechos con mayores posibilidades de afectación.

Para GIMENO SENDRA⁸⁶, constituyen claros supuestos que violentan los derechos fundamentales, tales como:

- El derecho a la integridad física: una intervención corporal donde se infringen lesiones.
- A la libertad: mediante retenciones o detenciones inconstitucionales.
- El derecho a la intimidad: una inspección corporal de las partes íntimas, sin mediar causa justificante.

⁸⁴ Cuarta disposición final de la Constitución Política del Perú.

⁸⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 41.

⁸⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, Lecciones de Derecho Procesal Penal, Constitución y Leyes S.A., Madrid 2003, pág. 347- 348.

- El acta de registro practicada fuera de los casos permitidos por ley.
- La declaración del imputado mediante torturas, coacciones o a través de medios que no están autorizados.
- La infracción del principio de proporcionalidad en cualquier derecho fundamental.

d.- El contenido esencial de los derechos fundamentales.

La delimitación del contenido de los derechos fundamentales es una tarea llena de dificultades, entre otras razones, como expresa DIEZ-PICAZO, por la notable indeterminación de muchos de los enunciados constitucionales que declaran derechos⁸⁷. En principio, podemos afirmar que por contenido esencial hay que entender el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho fundamental. Pero ¿Cuál es ese contenido mínimo o indisponible? o ¿Cómo identificar ese contenido esencial de los derechos fundamentales?

Se puede entonces hablar de una esencialidad de contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

La delimitación del contenido esencial puede realizarse desde la óptica del principio de proporcionalidad. Este último, como es bien conocido, exige que la intervención restrictiva de derechos fundamentales sea adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Esta última

exigencia implica que la intervención limitativa no suponga un vaciamiento del derecho o interés en juego. Como indica DIEZ-PICAZO el respeto por el contenido esencial vendría a coincidir con este último requisito del principio de proporcionalidad.⁸⁸

El Tribunal Constitucional peruano ha establecido que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la constitución reconoce. Añade que el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, y su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. Admite, no obstante, que a pesar de que la determinación de dicho contenido esencial deberá realizarse a la luz de cada caso concreto, existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación, entre las que se encuentra la propia estructura de todo derecho fundamental.⁸⁹

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, debe entenderse como tal a "aquel núcleo mínimo e irreducible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad".⁹⁰

⁸⁷ DIEZ-PICAZO, Luís, Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson/ Civitas, Madrid, 2003, pág. 103

⁸⁸ DIEZ-PICAZO, Luís, op. cit., pág. 110

⁸⁹ EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), fundamento 21-22

⁹⁰ Expediente Nro. 1042-2002-AA/TC

En definitiva, la referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales contenido en el artículo VIII del NCPP viene a modular o matizar el carácter absoluto de la regla de exclusión, y posibilita, en realidad, la admisión de excepciones a su aplicación como veremos más adelante, para que en el caso que no resulte afectado ese contenido mínimo o la actuación violatoria no conlleve una vulneración de la proporcionalidad entendida en sentido estricto.

2.2. Efectos de la regla de exclusión.

La regla de exclusión no se limita a establecer una determinada modalidad de prohibición de obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales. Prevé también que la vulneración de dicha prohibición conlleva, a su vez, una prohibición de aprovechamiento de sus resultados.

El artículo VIII del NCPP emplea la fórmula "carecen de efecto legal". Por su parte el artículo 159°, al referirse a los efectos que produce la vulneración de derechos fundamentales prescribe que "el juez no podrá utilizar" dichas pruebas, que en términos negativos equivale su inutilización. Esta carencia de valor probatorio o de "efecto legal" conlleva, a su vez, dos tipos de prohibiciones, por un lado, la prohibición de la admisión de la prueba ilícita, por otro lado la prohibición de su valoración o aprovechamiento⁹¹. La expresión "no podrá utilizar" no debe interpretarse como equivalente a prohibición de valoración, pues la única forma de garantizar la efectividad de la regla de exclusión es mediante su aplicación en el mismo momento de la admisión de las pruebas evitando su incorporación al proceso. En este punto, el art. 159 del NCPP debe integrarse con lo dispuesto en el art.155.2 del mismo texto legal que autoriza al juez a excluir en sede procesal de admisión a las pruebas prohibidas por la ley.

⁹¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal, Bosch Editor, 2da. Edición, Barcelona 2004, pág. 95.

El control jurisdiccional de la ilicitud debería realizarse no solo a instancia de parte, sino también de oficio por el propio órgano jurisdiccional y en cualquier estado o fase del proceso penal.

a.- Prohibición de Admisión.

El artículo 155.2 del NCCP consagra la inadmisión de las pruebas prohibidas por la ley. Entre la que deben incluirse las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, conforme a lo previsto en el artículo VIII. La aplicación de la regla de exclusión contenida en este último precepto conlleva, como consecuencia jurídico- procesal, la inadmisión en el proceso penal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos o con infracción de un garantía constitucional establecida a favor del procesado.

En el momento procesal de la admisión el juez deberá controlar, por tanto, la calidad constitucional de la prueba propuesta por las partes, inadmitiendo aquellas que vulneren derechos fundamentales. Esta decisión de inadmisión exige que el juez exteriorice las razones que le han llevado a calificar la prueba como ilícita.

Esta prohibición de admisión evita la incorporación al proceso de las pruebas ilícitas y neutraliza de esta forma los conocidos como efectos psicológicos, esto es, la influencia que la prueba ilícita tiene sobre la convicción fáctica del juez sentenciador cuando ha tenido contacto con la misma a pesar de declarar expresamente en la sentencia su inutilización.⁹²

b.- La Prohibición de Valoración.

Para el caso en que la prueba ilícitamente obtenida hubiera burlado el filtro de inadmisibilidad, la misma no podrá ser tomada en cuenta por el juzgador en el momento de formar su juicio fáctico y dictar sentencia. La

⁹² Teoría que a sido desarrollada en el Capítulo IV, acápite 1.1 (nota 60)

prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida. Esta prohibición actúa como límite al principio de libre convicción de la formación judicial. El principio de la libre valoración de la prueba no puede actuar como coartada para justificar la valoración de las pruebas obtenidas ilícitamente.

El artículo 393.1 del NCCP incorpora esta prohibición de valoración al aclarar que "el Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio". Legitimidad de la prueba que viene fijada, en el artículo VIII.

c. La Eficacia Refleja.

Otra de las cuestiones más problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de efecto reflejos. Dicha doctrina tiene su origen en la Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado (*fruit of the poisonoustree doctrine*) elaborada por el Tribunal Supremo Federal Norteamericano⁹³.

La eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no solo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial. Tal sería el caso, por ejemplo, de la confesión del imputado reconociendo la posesión de la droga obtenida tras un registro domiciliario practicado fuera los supuestos previstos constitucionalmente. ROXIN propone como ejemplo la declaración de un imputado al que se le ha suministrado drogas para que hable, revela el lugar en el que se encuentra el cadáver, encontrándose allí rastros de sangre pertenecientes al declarante.⁹⁴ En ambos ejemplos, el resultado final, es decir, la confesión del imputado reconociendo la posesión de la droga y el descubrimiento de restos de sangre pertenecientes al declarante en el lugar donde se encontraba el cadáver, es en sí mismo lícito, pero el acto inicial del que se derivan no lo es porque vulnera los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la dignidad de la persona humana, respectivamente.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA afirma que lo importante en este tipo de casos es determinar la relación causal entre el acto originariamente

⁹³ HAIRABEDÍAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 39.

vulneratorio de derechos fundamentales y el acto derivado o reflejo. Dicho de otro modo: el segundo acto debe ser consecuencia del primero⁹⁵. Sin embargo, el establecimiento de esa relación causal no está exento de dificultades y problemas. Es por ello que no sería apropiado que desde la dogmática se perfilen reglas generales cuando dicha tarea debe ser asignada a quienes tienen la obligación de examinar y resolver los casos concretos: los jueces.

El artículo VIII°.2, hace mención expresa de las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Por lo que, el reconocimiento de eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la admisión de la regla de exclusión.

MARTÍNEZ GARCÍA con acierto manifiesta que, "en el fondo, hablar de pruebas ilícitas supone pronunciarse sobre qué forma quiso darle el legislador a nuestro proceso y qué debe prevalecer en el proceso, si la verdad material o los derechos fundamentales de los individuos..."⁹⁶ En este sentido, al igual que en el caso de la prueba directamente obtenida, la exclusión de la prueba derivada o refleja proviene de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, de tal modo que no habría coherencia si es que, por un lado, se sostuviera la invalidez de prueba directamente obtenida con infracción de derechos fundamentales, mientras que, por otro lado, se admitiera como válida la prueba que pudo ser obtenida únicamente gracias a dicha vulneración⁹⁷.

⁹⁴ ROXÍN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, pág. 205.

⁹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida, Akal, Madrid, 1989, pág. 117.

⁹⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 19.

⁹⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001, pág. 74.

CAPÍTULO VI

EXCEPCIONES

1.- EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.

La doctrina y la jurisprudencia comparada, desde la concepción de la regla de exclusión, fue perfeccionando su elaboración a raíz de la experiencia pragmática en el tratamiento de los casos en particular y en virtud de la singularidad que se van presentando. De este modo se fueron forjando también excepciones a la aplicación de la misma.

En este capítulo se analizan aquellas excepciones a la regla de exclusión elaboradas. Excepciones que alcanzan no solo al reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita sino a la propia vigencia y aplicación de la regla de exclusión, esto es, a la prohibición de valoración de la prueba ilícita, en algunas ocasiones, en contra del propio tenor literal de la regla tal como ha sido configurada legalmente.

La prohibición de valoración, no se ha formulado con un carácter absoluto. Tales excepciones que se ha ido elaborando en los diferentes ordenamientos jurídicos, especialmente por la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano. Siendo innegable que actualmente existe en el Derecho Comparado un proceso de relativización de la regla de exclusión de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales que no se puede soslayar. Incluso algunos autores como GÁLVEZ MUÑOZ ⁹⁸ se pronuncian de manera genérica mostrándose favorable, "sin reserva alguna" a la admisión de excepciones a la regla de

⁹⁸ GÁLVEZ MUÑOZ, Luís, op. cit., pág. 119-120

exclusión. Entre las excepciones a la regla de exclusión tenemos las siguientes:

1.1.- La Fuente Independiente.

En la realidad no nos encontramos ante una verdadera excepción a la eficacia refleja, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba derivada obtenida no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivad.

El problema surge cuando se califica como prueba independiente a aquella que realmente no tiene este carácter pues aparece vinculada con una inicial actividad probatoria ilícita. Por ello, habrá que distinguir en lo que constituye una auténtica "prueba independiente" de lo que es una "prueba diferente" pero causalmente derivada de la prueba ilícita originaria, prueba esta última que debe quedar afectada por la eficacia refleja.

Dicha excepción se aplicó en el caso *Segura vs. U.S.*, de 1984 en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entro en un domicilio sin mandato judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que solo se excluyó como fuente de prueba aquellos elementos que se había encontrado con la entrada inicial, a la vez que se admitió lo descubierto tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido. La jurisprudencia estadounidense ha resuelto este tipo de casos otorgando plena validez al hallazgo e incautación de la droga, pues se considera que ello es producto del segundo registro realizado al amparo de la autorización

judicial que, según este criterio, sería fuente independiente respecto del primer registro no autorizado.

Esta teoría se puede graficar con los siguientes ejemplos que permiten entender el sentido de la excepción de la fuente independiente (*Independent source doctrine*):

- i) Tras una detención ilegal la autoridad policial toma las huellas dactilares del sospechoso, las que son excluidas debido a su origen ilícito, más no las que se encuentran en los archivos de la policía⁹⁹.
- ii) Tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración. Sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarla¹⁰⁰.

En ambos casos la evidencia (huellas dactilares en los archivos policiales y el hallazgo del arma homicida) no tiene su origen en la vulneración inicial de derechos fundamentales (libertad individual y dignidad humana- interdicción de la autoincriminación), sino que es producto de un curso causal autónomo o independiente. Dicho de otro modo, la evidencia, el elemento de prueba, deriva de una fuente independiente respecto de la prueba primigenia obtenida mediante lesión de derechos fundamentales. Si lo que plantea esta excepción es la ausencia de conexión causal entre la prueba inicialmente obtenida de modo ilícito y la que es reputada independiente, es decir, que la primera no es causa de la segunda,

⁹⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001, pág. 83.

¹⁰⁰ HAIRABEDÍAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 67.

consecuentemente, como bien explica GASCÓN ABELLÁN ¹⁰¹, no nos encontraríamos frente a una verdadera excepción a la regla de exclusión, en la medida en que se trataría propiamente de un caso que no caería dentro de los alcances de las exclusiones probatorias, pues, en puridad, la prueba es adquirida lícitamente y de modo directo, esto es, sin derivación de otra obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Lo que en realidad se presenta es una situación de concurrencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas y por tal razón aprovechable.

Tal como es aplicada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano e incluso por el propio Tribunal Constitucional español, la doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, aplicándose incluso en supuestos en que existe una verdadera conexión causal entre la prueba originaria ilícita y la prueba derivada ilícita.

1.2.- El Descubrimiento Inevitable.

Según dicha excepción no cabe la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independientes de la lesión inicial. La doctrina considerara el caso *Nix vs. Williams* (1984) como la muestra paradigmática de aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable o inevitable discovery¹⁰². En este caso, durante un interrogatorio ilegal el acusado confeso ser el culpable de un homicidio y llevo a la policía al lugar donde se había enterrado a la víctima. El tribunal excluyo las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la

¹⁰¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of Prof? El Cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pág. 75.

¹⁰² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 91.

víctima fuera también excluido como el resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan que incluía la zona donde se encontró el cadáver. El Tribunal Supremo norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque esta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan solo unas pocas horas de diferencia durante la batida policial.

En todo caso, la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable exige, por parte de las acusaciones, la demostración fehaciente de que la prueba obtenida como resultado de violación inconstitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta impropia original.

Desde la óptica de la presunción de inocencia la admisión de la excepción del descubrimiento inevitable resulta difícilmente admisible pues se basa en simples conjeturas o juicios hipotéticos de lo que pudo haber pasado pero que en realidad no llegó a pasar. Dicha excepción autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en realidad se obtuvieron con vulneración de derechos fundamentales. Por eso, la crítica principal que se le puede formular a la tesis del descubrimiento inevitable es que la consideración de la probabilidad, alta o muy alta, de producción u obtención lícita del dato probatorio, no elimina su real ilicitud. Lo únicamente concreto es que la prueba con la que se cuenta tiene un origen ilícito pues el descubrimiento inevitable lícito, por más inevitable que pudiera ser, nunca se dio en la realidad, no existe, es una mera hipótesis que no puede servir como prueba de cargo y mucho menos para sustentar una condena. HAIRABEDIÁN, contestando esta crítica, explica que es requisito sine qua non de esta excepción que el

descubrimiento sea precisamente "inevitable", lo cual significaría que debe existir certeza sobre su ocurrencia, lo que a su entender convierte en desacertada la crítica. Sin embargo, aun cuando ello fuese así, debe decirse al respecto que, el que con certeza haya podido ocurrir el descubrimiento, no implica que realmente haya ocurrido. Además, la certeza sobre la ocurrencia de un descubrimiento lícito no puede ser tal en la medida en que nunca podrá comprobarse por no pertenecer a la realidad sino al mundo de las posibilidades.

Los partidarios de dicha excepción tratan de someter su utilización a determinados límites. Así, unos de estos límites vendrían representados por la exigencia de que la acusación tuviera que acreditar la inevitabilidad del descubrimiento, no siendo suficiente con la existencia de una simple probabilidad aunque se calificara de "alta". Sin embargo, lo cierto es que no existe acuerdo sobre el grado de probabilidad exigible. Además esa inevitabilidad debería ser desconocida por la persona que obtuvo la prueba ilícita, para evitar la utilización de "atajos" en la investigación penal. No obstante, como advierten DIAZ CABIALE Y MARTIN MORALES¹⁰³ en la práctica este parámetro de la inevitabilidad iría sufriendo una continua degradación y al final ocurriera lo de siempre: todo o casi todo estaba a punto de ser descubierto por la policía; es más lo habría sido sin vulnerar derecho fundamental alguno. Estamos, pues, ante un campo abonado para la arbitrariedad judicial y la inseguridad jurídica.

Así mismo, algunos autores encuentran similitudes entre esta excepción y la fuente independiente¹⁰⁴. No parece que ello sea así. En efecto, en virtud a la teoría del hallazgo inevitable los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos - inevitablemente - pudo ser obtenido a través de una actividad regular y lícita. En cambio, tratándose de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, esto es, se reputa independiente. Como puede verse, en este último caso existen dos datos de prueba, uno de origen ilícito y otro que se reputa aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que en el descubrimiento

¹⁰³ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida. Civitas, Madrid, 2001, pág. 88

inevitable existe tan solo un dato probatorio de origen ilícito, que se considerara que igualmente dicho dato pudo ser obtenido lícitamente, decidiendo por ello aprovecharlo probatoriamente. Como señala DIAZ GARCIA, detrás de esta ingeniosa construcción no hay, y esto es lo fundamental, prueba alguna"¹⁰⁵.

1.3.- La Buena Fe.

La denominada excepción de la buena fe tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, concretamente en el caso *León vs. U.S.*, de 1984, en un supuesto en que la policía efectuó un allanamiento (registro domiciliario) basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente un Tribunal superior concluyó que había violado la IV Enmienda¹⁰⁶, pues había sido emitido sin concurrir causa probable. A pesar de ello, el Tribunal Supremo permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de buena fe, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Como se argumentó en dicha sentencia cuando la policía actúa de buena fe en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno.

Esta excepción propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención los funcionarios policiales actuaron en la creencia que lo hacían

¹⁰⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, op. cit., pág. 91

¹⁰⁵ DÍAZ GARCÍA, L. Iván, *Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno*, en Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pág. 158.

¹⁰⁶ No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas

bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencidos que procedían correctamente, es decir, de buena fe. Se trata de una prueba ilícita directa, a diferencia de las excepciones examinadas precedentemente que están referidas a prueba indirecta o derivada. Siendo ello así, lo que está en juego en la aceptación sin más de esta excepción es la vigencia misma de la regla de exclusión. La doctrina ha advertido sobre los peligros de una aplicación genérica de la *good faith exception*. Así, ella podría permitir el ingreso de gran cantidad de excepciones que terminarían vaciando de contenido a la regla de exclusión y haciendo de aquellas la regla general, lo que implicaría a su vez una mella a la seguridad jurídica¹⁰⁷. Y es que no parece plausible hacer depender la validez de una actividad probatoria ilícita de las creencias subjetivas del agente policial traducidas en una supuesta buena fe. Esto conduciría a proporcionarles a los agentes de la persecución penal la posibilidad siempre abierta para alegar buena fe aun en actuaciones dolosas y vulneratorias de derechos fundamentales en las que aquella no existe. Es posible que resulte más razonable argumentar buena fe para justificar una infracción de derechos fundamentales en la actividad de acopio probatorio a efectos de librarse de una eventual responsabilidad disciplinaria o penal por parte de los agentes de la persecución penal, en lugar de asignarle relevancia para admitir valorar la prueba así obtenida, situación extremadamente difícil de probar en la mayor parte de casos. HAIRABEDIÁN, señala que no existe consenso sobre la aplicación de esta excepción¹⁰⁸.

Debe de tenerse en cuenta, que un sector de la doctrina parece estar dispuesto a admitir en ciertos casos la aplicación de la excepción de la buena fe. DIAZ GARCÍA, refiere que "el recurso a la buena fe también enfrenta

¹⁰⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001.

¹⁰⁸ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 81-83.

casos en que rechazar una prueba ilícita puede parecer excesivo"¹⁰⁹. Al respecto se ha considerado atractiva la aplicación de la buena fe cuando realmente ella se haya presentado en el caso concreto, "porque causa rechazo la idea de invalidar prueba obtenida sin mala intención de los funcionarios actuantes"¹¹⁰. En el supuesto en que la policía escucha gritos provenientes de un inmueble, por lo que decide ingresar sin autorización en la creencia que son voces de auxilio, dándose con la sorpresa que se trata de una fiesta en la que se está comercializando drogas. En el caso propuesto, ¿cómo excluir el hallazgo de la droga que se venía comercializando pues, si bien es cierto el allanamiento se realizó sin mandato judicial en la creencia que se trataba de una agresión flagrante, también lo es que el funcionario policial actuó sin malicia, con el propósito manifiesto de acudir en auxilio de una supuesta víctima? No parece muy razonable, pues, en casos como éste descartar de plano al menos la posibilidad de evaluar la admisión de la prueba. Sin embargo, el problema es que siempre será muy difícil saber si realmente los funcionarios policiales actuaron de buena fe. Otros autores postulan que la actuación de la policía en el caso concreto ha de ser objetivamente razonable, la cual introduce un nuevo elemento de confusión pues, ¿qué se debería entender por "objetivamente razonable"?

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004, se acordó por mayoría admitir la excepción de la buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de flagrancia "y siempre que que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que

¹⁰⁹ DÍAZ GARCÍA, L. Iván, Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pág. 154.

¹¹⁰ HAIRABEDÍAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 22.

han actuado de buena fe" ¹¹¹. Si bien dicho acuerdo no tiene carácter vinculante, resulta importante porque nos da una muestra de la posición de un sector importante de la judicatura nacional.

A nuestro parecer, dicha excepción no debería ser admisible, pues con independencia de la creencia del concreto agente policial actuante, lo verdaderamente relevante es la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental. En este ámbito de la prueba ilícita no son relevantes las creencias subjetivas, si no la constatación objetiva de la vulneración o no de los derechos fundamentales. Producida la existencia de una violación de derechos fundamentales la consecuencia deberá ser la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas, esto es, su inutilizabilidad procesal. Además, dicha excepción obliga acreditar un elemento o dato que permanece oculto en la psique del sujeto, que resulta de difícil apreciación y acreditación, como es la creencia del agente policial actuante. Por último, deberíamos preguntarnos si con exacta excepción no se está, en definitiva, premiando la ignorancia o a la incompetencia policial o, incluso judicial.

1.4.- El Principio de Proporcionalidad.

Este principio tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, pasando posteriormente a ser desarrollado por los Tribunales Constitucionales europeos, como resguardo a los derechos y garantías constitucionales.

El derecho penal es, de todas las ramas de ordenamiento jurídico, el que más estrechamente se encuentra ligado a la Constitución. Su función es la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional, por lo que en cada caso concreto el principio de proporcionalidad debe ser interpretado

¹¹¹ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujillo en año 2004.

con estricto cumplimiento de las normas tuteladoras de derechos fundamentales.

En palabras de GONZALES- CUELLAR SERRANO¹¹² "el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto". El operador debe de resolver una situación en la que es preciso optar por uno de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos en conflicto.

Hay situaciones en las que el juzgador se encuentra frente a una colisión entre dos derechos fundamentales. ROXIN¹¹³, expone el caso de aquel niño alemán que fue secuestrado en septiembre de 2002, cuyo paradero fue descubierto después que la Policía, en un intento desesperado, amenazó con torturar al autor si no revelaba el lugar en el que se encontraba el menor, obviamente con el propósito de salvar su vida. Lamentablemente la víctima fue encontrada, pero muerta. En este supuesto se advierte que lo que está en conflicto es, por un lado, el derecho del sospechoso a no sufrir amenaza de tortura y a no auto incriminarse; y, por otro lado, el deber del Estado de descubrir la verdad sobre un hecho criminal y la preservación de la vida de la víctima. En tal sentido es válido preguntarse ¿es aprovechable desde el punto de vista probatorio la declaración del autor obtenido después de la amenaza de tortura para condenarlo? La amenaza de tortura, ¿invalida la declaración del imputado? ¿Está justificada la acción evidentemente ilícita de los agentes de policía?

El examen del caso concreto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad exige un análisis en tres niveles que son los sub principios de idoneidad, necesidad o de intervención mínima y proporcionalidad *strictu*

¹¹² GONZÁLES - CUELLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Editorial Colex, Madrid, 1990, pág. 17.

sensu. Tales requisitos deben de cumplirse en forma concurrente. Debiendo tenerse presente que: i) si no se supera alguno de estos pasos nos encontramos frente a un caso de injerencia desproporcionada y, por tanto, injustificada (no porque se haya vulnerado únicamente el principio de proporcionalidad, sino porque se ha afectado desproporcionadamente un derecho fundamental), y ii) consecuentemente, de no superarse uno de estos pasos, se hace irrelevante proseguir con el siguiente paso que se pudiera presentar.

En el caso concreto, el operador debe examinar el fin perseguido por la injerencia en el ámbito del derecho fundamental y establecer si aquella es adecuada o pertinente para la consecución de dicho fin. Si la respuesta es positiva, entonces se podrá decir que se cumple con el requisito de idoneidad. En segundo lugar, se preguntará si la medida es o no necesaria, es decir, si el fin puede ser logrado a través de otros medios alternativos que impliquen un menor o nulo menoscabo del interés en conflicto, de tal manera que si la respuesta es negativa se tratará se una injerencia necesaria. En tercer y último lugar, el operador deberá realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, examinando si existe proporción entre el fin perseguido y la afectación de los derechos fundamentales, realizando propiamente un ejercicio de ponderación y valoración para determinar finalmente si la injerencia o afectación es razonable o admisible a la luz del bien jurídico que se trata de salvaguardar.

La prueba de idoneidad, exige que toda intervención en los derechos fundamentales deba ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Como tal, esta prueba plantea dos exigencias: en primer lugar, la identificación de un bien jurídico constitucionalmente relevante; y, en segundo lugar, que la medida legislativa bajo examen se

¹¹³ ROXÍN, Claus ¿Puede Admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? En El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, Ara Editores, Lima, 2006, pág. 413.

constituya en un medio adecuado para lograr el fin de relevancia constitucional ya identificado.

Se sostiene que, la valoración de una prueba obtenida mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando los derechos que se lesione o ponga en peligro tengan en el caso concreto menos relevancia que los que se quiere salvaguardar.

Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger a través de la prueba así obtenida, justifica que sea valorada por parte del juzgador.

En efecto, este principio dispone que es necesario confrontar los derechos en conflicto; es decir, aquellos que han sido violados para la obtención del medio probatorio con los derechos que se comprobarían de aceptarse la prueba ilícita, debiendo establecerse en cada caso concreto si se debe rechazar o no la prueba ilícita de acuerdo con esta comparación.

El principio de proporcionalidad sirve, pues, como criterio metodológico para el operador que debe determinar el contenido de los derechos fundamentales en el caso concreto. Entendiéndose por operador jurídico no solamente a los jueces, fiscales y autoridades de la administración, sino también al legislador para quien el principio debe ser de obligatoria observancia cuando legisle sobre cualquier medida que implique una injerencia en la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano.

La relevancia constitucional del principio de proporcionalidad deriva del concepto de Estado de Derecho o más contemporáneamente de la idea de Estado Constitucional de Derecho, modelo que proscribe el abuso y la arbitrariedad y que consagra como valores fundamentales la justicia, el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales y la primacía

de la Constitución. Por lo que consagra el artículo 1o de la Constitución que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fines supremos de la sociedad y del Estado. FERNÁNDEZ SESSAREGO sostiene que "el enunciado contenido en el artículo 1o de la Constitución peruana de 1993 es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país"¹¹⁴. por tanto, la dignidad de la persona humana es también sustento del principio de proporcionalidad en tanto y en cuanto el respeto de ella exigirá que cualquier injerencia en los derechos fundamentales sea igualmente respetuosa de los cánones de proporcionalidad, so pena de ser catalogada como desproporcionada y, en consecuencia, no surta efectos legales.

Así también se ha considerado al principio de proporcionalidad como una excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita, en la medida en que su aplicación en casos concretos puede servir para admitir prueba ílegalmente obtenida bajo los criterios antes estudiados de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. HAIRABEDIÁN señala que en el marco de las prohibiciones probatorias el principio de proporcionalidad "consiste en hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación"¹¹⁵.

Este principio no es propiamente una excepción a la regla de exclusión sino una herramienta o mecanismo que puede servir para justificar, en el caso concreto, la admisión de prueba ilícitamente obtenida¹¹⁶.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, La Constitución Comentada, obra colectiva. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 7.

¹¹⁵ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 95-96.

¹¹⁶ DÍAZ GARCÍA, L. Iván, Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pág. 156.

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004, acordó por mayoría admitir lo que allí se denominó doctrina de la ponderación de intereses por la cual "un interés mayor prevalece sobre un interés menor"¹¹⁷.

1. 5.- El Nexo Causal Atenuado o doctrina del "purged taint".

Se apreció, por primera vez, en el caso Wong Sun vs. U.S., de 1963. Se trataba de un supuesto en que había producido una entrada ilegal que motivó la detención de una persona (A); este en su declaración acusó a otra persona (B) de haberle vendido la droga. Como consecuencia de esta declaración se procedió a la detención de B, incautándose una determinada cantidad de droga, implicando en su declaración a un tercero (C), que también fue detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, C se apersonó voluntariamente en las dependencias policiales efectuando una confesión voluntaria ante los agentes que le interrogaban. El Tribunal rechazó todas las pruebas menos esta última confesión, aun reconociendo que si no hubiera existido la inicial entrada ilegal probablemente no se hubiera producido, pero destacó la voluntariedad de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos, lo que a juicio del Tribunal Supremo norteamericano introducía un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la lesión inicial¹¹⁸.

A través de esta excepción, también llamada del "tinte diluido", se considera que la ilicitud inicial de una prueba obtenida se ha atenuado tanto, debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero o a una confesión espontánea, que es casi inexistente en la prueba derivada y, por tanto, ésta

¹¹⁷ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujillo en el año 2004.

puede ser aprovechada¹¹⁹. Algunos autores sostienen que ésta excepción es una variante de la excepción de la fuente independiente. Sin embargo, nos parece que esta afirmación no es del todo exacta. Como ya lo señaláramos oportunamente, en la excepción de la fuente independiente o *independent source* se presenta una situación de concurrencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas, es decir, no están conectadas unas con otras. En cambio, en la excepción del *purged taint*, por más atenuado que se considere el nexo causal, éste siempre subsiste.

GASCÓN ABELLÁN¹²⁰ manifiesta que esta excepción se aplica cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el acto primigenio viciado y la prueba derivada, o cuando existe gran cantidad de eslabones de la cadena causal o cuando se presenta el supuesto de la confesión voluntaria.

En la sentencia de 25 de enero de 1997, el Tribunal Supremo español resolvió el caso de una persona detenida gracias a las escuchas telefónicas ilegalmente efectuadas (sin autorización), no encontrándosele inicialmente en su poder droga alguna. Sin embargo, posteriormente el taxista en cuyo vehículo fue transportada a la Comisaría la detenida halló entre el asiento y la puerta un paquete que contenía droga y había sido dejado por la sospechosa. Este último elemento probatorio fue tomado en cuenta por el Tribunal al considerarse que aparecía totalmente incontaminado respecto de las escuchas telefónicas ilícitas iniciales¹²¹.

Así mismo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español encontramos manifestaciones de esta excepción, pues se viene admitiendo

¹¹⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *Lo Garantizó Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 85.

¹¹⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 93.

¹²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of Prof? El Cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", *Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2006, pág. 76.

¹²¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 93-94.

que la confesión voluntaria del acusado, practicada previa información de derechos y con todas las garantías, tiene la virtualidad suficiente para convalidar los hallazgos obtenidos fruto de una actuación contraria a los derechos fundamentales, calificándola de prueba jurídicamente independiente (SSTCE 86/1995, 239/1999, 161/1999, 8/2000). Para éste colegiado, la confesión voluntaria del acusado permite dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el acto inicial ilícito (doctrina de la conexión de antijuridicidad).

El planteamiento de la atenuación o debilitamiento del nexo causal entre el acto ilícito inicial y la prueba derivada que se pretende hacer valer no parece del todo plausible. Por más debilitada que se considere la causalidad en mención, es innegable que nos encontramos frente a una prueba derivada de una fuente ilícita¹²². Además, lo que deba entenderse por atenuación también es una cuestión problemática debido a la ausencia de parámetros objetivos de delimitación, lo que, según HAIRABEDIÁN, ha pretendido ser resuelto por la jurisprudencia estadounidense a través de los criterios del lapso transcurrido entre el acto ilícito inicial y la prueba cuestionada, la cantidad de los factores lícitos que intervienen en la cadena: causal, la intensidad de la ilicitud primigenia y la voluntariedad especialmente en los casos de detenciones ilegales¹²³.

1.6.- La Prueba Ilícita a favor del Imputado o Prueba Ilícita *in bonam partem*.

La lectura del artículo VIII permite concluir que la prohibición de valoración se limita a aquellas pruebas de cargo, esto es, de contenido

¹²²DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba nidiamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001, pág. 85.

¹²³ HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 87-88.

incriminatorio, de tal modo que nunca podrá admitirse ni valorarse una prueba de cargo cuando haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales. La idea que subyace a esta regla es que ningún inocente puede ser condenado sobre la base de dicha prueba ilícita.

La solución a la cuestión planteada viene impuesta por una adecuada ponderación de los intereses en juego. La regla de exclusión debe entrar en juego exclusivamente en el caso de pruebas de cargo, por la propia finalidad de garantía que cumple para los derechos del imputado, por el contrario, cuando se trate de una prueba de descargo, esto es, una prueba que sirva para demostrar la inocencia del acusado o para desvirtuar o neutralizar el resultado de las pruebas de cargo, no debería existir ningún obstáculo en su admisión en el proceso penal. Como vemos, no se trata de reconocer una plena eficacia a la prueba de descargo ilícita, que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de persona contra la que se dirigía inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculcado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso¹²⁴.

Por lo tanto, al prescribir el artículo VIII.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 que "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio", implica por ejemplo, que si en un allanamiento ilegal (sin autorización judicial) se encuentra documentación que acredita la inocencia del imputado o aporta elementos de descargo, dicha evidencia no podría ser excluida debido a su origen ilícito porque la inviolabilidad del domicilio es una garantía constitucional establecida en favor del procesado. Del mismo modo, una declaración del imputado en la que no reconoce responsabilidad y más bien aporta elementos que acreditan su inocencia o sirven de descargo, no podrá ser invalidada con el argumento de no haber

contado con la asistencia de su abogado defensor, puesto que el derecho de defensa técnica es una garantía en favor del procesado, por lo que su inobservancia de ninguna manera podría jugar en su contra o serie desfavorable.

De ésta manera el legislador ha introducido la excepción de la infracción constitucional beneficiosa para el imputado. Así mismo en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 2004, se aprobó por unanimidad la admisión de esta excepción, pues "las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra"¹²⁵.

Si se considera que el fundamento de la regla de exclusión probatoria es la preeminencia de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, entonces no es posible concebir que en nombre de ella se produzca la condena de un inocente. Esta situación ha sido muy bien explicada por DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES al afirmar que "se pervierte el sistema cuando una garantía que se instaura con esa finalidad produce el efecto inverso en nombre de los derechos fundamentales, el *iuspuniendi* del Estado priva de libertad a un inocente o, al menos, a una persona sobre la que no hay pruebas de su culpabilidad"¹²⁶.

En conclusión, no parece haber mayor problema en aceptar la validez de esta excepción en el proceso penal. Sin embargo, la doctrina ha hecho referencia a algunos casos en los que no debería operar la excepción, mencionándose, en este sentido, los supuestos en los que es el propio

¹²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El concepto de Prueba lícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosh Editor, Barcelona, 2004, 2da Edición, pág. 107.

¹²⁵ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujillo en el año 2004.

¹²⁶ DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001, PÁG. 198.

imputado quien provoca la ilicitud para neutralizar el *iuspuniendi* por parte del Estado¹²⁷.

1.7.- La Teoría del Riesgo.

Esta teoría tiene como sustento que "si una persona no cuida sus garantías ante el tercero que lo está grabando, no puede pretender que el órgano jurisdiccional lo haga". Cuando una persona se reúne voluntariamente con otra para revelar o contar sus actividades delictuosas o realiza determinadas acciones relacionadas con el delito, está asumiendo el riesgo de ser delatada. Su justificación reside en el riesgo a la "delación" que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste.

En la jurisprudencia española, con forme anota ASECIO MELLADO, el Tribunal Supremo español, en un caso en el que lo cuestionado era una grabación de una conversación entre cuatro personas realizada subrepticamente por una de ellas, asume el argumento central de la teoría del riesgo al sostener que "es evidente que quien comunica a otro una cosa libremente corre el riesgo cierto de que este último la revele..."¹²⁸

Para determinar el campo de acción de la teoría del riesgo, es necesario diferenciar dos situaciones concretas, en primer lugar las intromisiones realizadas por agentes de la persecución penal estatal siempre exigirán la cobertura de un mandato judicial en regla y producirse dentro del marco de una investigación formal. En segundo lugar, hay un campo de

¹²⁷ MIRANDA ESTRAMPES," Manuel, El concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosh Editor, Barcelona, 2004, 2da Edición, pág. 109.

¹²⁸ ASECIO MELLADO, José María, "Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000", en José María Asencio Mellado (Dir.), Prueba Ilícita y Lucha Anticorrupción. El Caso del Allanamiento y secuestro de los Vladivideos, Grijley, Lima 2008, pág. 66.

acción en el que la fuente de prueba es obtenida y aportada por personas particulares. Es en esta última área que ha de aplicarse la teoría del riesgo.

Esta teoría permite incorporar al proceso la información obtenida por los particulares quienes aportan las grabaciones o filmaciones, sin que se considere violentado el ámbito de la intimidad de las personas ni el secreto de las comunicaciones. Primero, porque en la manifestación o expresión de los pensamientos de las personas intervinientes existe una nota de voluntariedad desde que nadie los obliga a ello; y segundo -núcleo esencial de esta teoría- quien revela a su interlocutor situaciones que lo pueden comprometer asume el riesgo de ser denunciado o delatado, es decir, a que lo dicho en la conversación trascienda de su ámbito inicial. Por otro lado, el secreto de las comunicaciones está referido a la garantía contra intromisiones de terceros ajenos a la conversación y no a una pretendida exigencia de reserva para los intervinientes en ella¹²⁹. No es éste el caso por supuesto, de las declaraciones hechas ante interlocutores, obligados por el secreto profesional a guardar reserva de lo escuchado, tales como abogados defensores, sacerdotes, psicólogos, etc.

Así mismo, en aquellos casos en que lo que se graba o filma es un acto delictivo como, por ejemplo, una extorsión o un cohecho. No se podría exigir razonablemente que la víctima, que es la que aporta la grabación o filmación, tenga que obtener previamente una orden judicial para reconocerle validez al aporte.

Diferente debe ser el tratamiento de aquellas conversaciones que son grabadas o filmadas clandestinamente por terceros en un lugar privado (un domicilio, una oficina), sin el conocimiento de los contertulios. En estos casos, si bien lo que se haya podido afirmar durante la conversación lo ha

¹²⁹ ASECIO MELLADO, José María, "Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000", en José María Asencio Mellado (Dir.), *Prueba Ilícita y Lucha*

sido voluntariamente, es innegable su ilicitud debido a la ausencia de conocimiento y consentimiento por parte de al menos uno de los interlocutores. Puede sostenerse que el supuesto mencionado equivaldría a la interceptación, lectura y presentación al proceso de una carta por quien no es su autor ni destinatario.

Si la teoría del riesgo implica admitir la validez de grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de una conversación telefónica propia, entonces no se trata de una excepción a la regla de exclusión, en la medida en que ha quedado claro que la obtención y el aprovechamiento de la información lograda a través de dichos medios no supone lesión alguna de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. De este modo, nos encontraríamos frente a situaciones de aporte legítimo de elementos probatorios por parte de particulares.

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional de diciembre de 2004, se concluyó que los alcances de ésta teoría se aplica especialmente a confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias en las que se ha hecho uso de cámaras y micrófonos ocultos, grabación de conversaciones de modo subrepticio, escuchas telefónicas (todas ellas sin autorización judicial), informantes, agentes encubiertos, delatores, etc. Se admitió por mayoría la validez de la información probatoria lograda a través de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, al ser válido su testimonio posterior y la grabación de una conversación telefónica cuando uno de los hablantes sea el autor de la misma. En cuanto al caso del agente encubierto, si bien se reconoce que existe una fuerte oposición para dar validez a la información obtenida por esta vía, sin embargo, debido a "la popularidad" de dicha metodología en la investigación de delitos, finalmente terminan admitiendo su validez pues "los acusados admiten seriamente la

posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables."

1.8.- La Renuncia del Interesado.

Algunas pruebas obtenidas con violación de garantías constitucionales, han sido la causa de la propia renuncia del interesado a la protección del derecho fundamental infringido.

Estos supuestos, generalmente, se configuran en la inviolabilidad de domicilio y a la garantía de no ser obligado a declarar en contra.

a.- inviolabilidad del domicilio.

Uno de los mayores problemas que se ha generado al analizar el alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, ha sido determinar si esta puede ser renunciada por el interesado. El problema radica en esta en establecer si el consentimiento es idóneo para convalidar la prueba obtenida en un allanamiento realizado sin la orden correspondiente. Es decir se puede valorar una prueba obtenida de un allanamiento sin orden.

En sector importante de la doctrina sostienen la validez plena de la prueba adquirida en dicho contexto, puesto que al existir consentimiento expreso por parte del interesado ya no puede hablarse de allanamiento, bajo el argumento de que no hay infracción constitucional¹³⁰. Pero garantía de la inviolabilidad del domicilio es irrenunciable y, por tanto, viciada de invalidez la prueba obtenida en el marco de un allanamiento consentido. El artículo 2.9 de la Constitución Política ha prescrito taxativamente que una de las formas

pág. 60.

¹³⁰ HAIRABEDÍAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 120-130.

válidas de ingreso y registro a un domicilio, (con mandato judicial), es la autorización del interesado.

La persona que habita el inmueble es quien tiene legitimación para otorgar el consentimiento. Siendo indiferente si se trata del propietario, inquilino, alojado, precario, etc., pues quien autoriza el ingreso en su domicilio debe ser, por expresa disposición constitucional, la persona que lo habita. Si es el propietario de un inmueble alquilado quien otorga el consentimiento, éste debe reputarse inválido, puesto que el único legitimado para hacerlo es el arrendatario.

El problema radica, en que si la autorización otorgada debe ser expresa o es suficiente el consentimiento tácito o la falta de oposición del interesado. La falta de oposición definitivamente no constituye consentimiento pues éste debe darse indubitadamente con anterioridad a la entrada en el domicilio. La ausencia de reparos frecuentemente puede deberse a la falta de comprensión del interesado sobre los alcances del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, al idioma o simplemente a que los moradores estén dormidos en el momento del allanamiento y registro. El consentimiento tácito es más problemático y difícil de admitir como regla general, en la medida en que no existe una exteriorización expresa de la manifestación del interesado dirigida ex profeso a consentir el ingreso, de tal suerte que la autorización de entrada debe ser inferida a partir de ciertos actos o el comportamiento anterior coetáneo y posterior del legitimado. En caso de duda sobre la existencia del consentimiento, parece ser que lo aconsejable es establecer que la entrada no ha sido autorizada por el titular del domicilio intervenido.

b.- El derecho a no autoincriminarse.

El derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo está estrechamente vinculado con el de defensa. Esta garantía protege contra declaraciones involuntarias y abarca la obligación de producir prueba, al cual evita que el ciudadano sea coaccionado, engañado o privado de su conciencia, para actuar como órgano de prueba.

Pro hay casos en que el propio imputado renuncia a éste derecho constitucional, cuando por ejemplo pide declarar sin abogado defensor o ser sometido a hipnosis, o narcoanálisis¹³¹.

El narcoanálisis ha sido conceptualizado como el método que persigue que "afloren y se verbalicen contenidos inconscientes mediante la acción que tales sustancias tienen sobre el yo, al liberar frenos y defensas, desligando de sus autocontroles a los sujetos ya que se parte de la idea que el subconsciente no puede mentir".

Los resultados de estas técnicas están seriamente cuestionados, aun desde la psiquiatría¹³². En el ámbito jurídico hay legislaciones que los prohíben expresamente¹³³, y también en ausencia de disposición prohibitiva, hay unidad de criterio en que estos medios de averiguación de la verdad atenían contra la garantía constitucional a la no-autoincriminación y, por tal razón, resultan inaceptables.

El problema parece sencillo de solucionar cuando estas técnicas son aplicadas en contra de la voluntad del imputado y de ellas se derivan consecuencias negativas para su situación, ya que es evidente la ineficacia de una confesión presentada bajo narcoanálisis de quien no la consintió.

¹³¹ Como el pentotal, evipán o actedrón.

¹³² DE URBANO CASTRILLO, La Prueba Ilícita Penal.

¹³³ Alemania, Portugal. Italia

El ordenamiento constitucional prohíbe validar este tipo de métodos orientados a la búsqueda de elementos incriminatorios puesto que atentan contra el principio de dignidad humana que es la base de la organización social y estatal. Por lo que al ser una práctica prohibida para obtener confesiones, no puede ser aceptada siquiera cuando es el propio imputado el que solicita esos medios de prueba ya que la dignidad humana es innegociable al tratarse de pruebas que afectan la libertad de la declaración.

1.9.- La "Plain View Doctrine" y los Campos Abiertos.

La orden de allanamiento debe ser determinada. La determinación recae tanto sobre el lugar como sobre el fin que se persigue con la medida, el que se encuentra relacionado al proceso penal en el cual se ha emitido la orden.

Esta teoría propone que de obtenerse en el curso de un registro domiciliario, conocimientos accidentales vinculados a la comisión de un nuevo hecho ilícito desconocido hasta ese instante, y a partir de ello, analizar el grado de legitimidad de los referidos hallazgos en relación a su eventual utilización como noticia delictiva o incluso como indicio apio para formular un reproche penal.

Cuando el mandato judicial que autoriza expresamente el allanamiento con un fin determinado se cumple exactamente y en los mismos términos, no hay ningún problema. Pero si la autorización ha sido librada para la incautación de mercadería de contrabando y la policía encuentra circunstancialmente en el lugar una cierta cantidad de drogas prohibidas, la situación cambia. Es decir obtener descubrimientos casuales adquiridos mediante un registro legítimamente ordenado y ejecutado, que no se corresponde con el fin inmediato de la investigación en la que se autoriza la medida,

La "*plain view doctrine*", traducida como doctrina de la plena vista o simple vista, desarrollada por el Tribunal Supremo Federal Norteamericano, se utiliza para validar secuestros de objetos o efectos que no están expresamente previstos en la orden judicial librada para el caso pero que los funcionarios autorizados encuentran de manera circunstancial en el lugar materia del allanamiento y que pueden ser apreciados a "simple vista". Una variante de esta doctrina es la excepción de los campos abiertos, también de origen estadounidense, referida a incautaciones de drogas sin orden judicial en campos abiertos o al aire libre, verbigracia, una plantación de marihuana o amapola en plena selva.

En los supuestos planteados parece claro que no se produce afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, puesto que la entrada y registro están debidamente autorizados por una orden judicial. Lo que podría discutirse es si el exceso en el secuestro o incautación de objetos o efectos que no están bajo la cobertura del mandato pero que son encontrados circunstancialmente en el lugar puede dar lugar a transgresiones de otros derechos como el de intimidad. La casuística podrá ir delineando los límites a observar por los funcionarios intervinientes, de modo que, si aquellos son transpuestos, ya podríamos estar hablando de prueba ilícita. Por ejemplo, si la policía ya logró el secuestro de los efectos materia del mandato judicial, pero no obstante ello continúa en la búsqueda, inclusive ingresando en ámbitos privados, dicha actuación excesiva ya no es razonable y, por tanto, puede dar lugar a la ilicitud de las pruebas obtenidas en tales circunstancias¹³⁴.

2.- EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PERUANA

¹³⁴ HAIRABEDÍAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002, pág. 113-120.

La referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales contenido en el artículo VIII del NCPP permite establecer que la regla de exclusión no se ha configurado legislativamente con un carácter absoluto. Admite, por tanto, modulaciones, esto es, excepciones, cuando no se afecta al contenido esencial del derecho fundamental afectado.

En el modelo peruano, los contornos poco claros acerca de lo que debe interpretarse por "contenido esencial" plantea dificultades de interpretación y aplicación práctica. En muchos casos sea difícil pronunciarse sobre cuando se afecta al núcleo esencial de los derechos fundamentales del acusado y cuando esta afectación carece de ese carácter de esencialidad.

Se debe de reconocer que la referencia al contenido esencial contenido el artículo VIII deja a los tribunales un cierto margen de discrecionalidad para decidir cuando la afectación tiene o no un carácter de esencial. Existen casos en que no resultan en absoluto discutible la existencia de una afectación a ese contenido esencial. Por ejemplo,, cuando la prueba se obtenido con la práctica de una intervención de las comunicaciones telefónicas que no ha sido autorizada judicialmente conforme a lo dispuesto en el artículo 230° del NCPP, pues existe una afectación del derecho de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas., pero ¿Cuál debe ser la solución para aquellos casos en que existiendo una orden judicial que autoriza la intervención de una comunicación telefónica, resulta que la misma no ésta motivada? La casuística será la nota dominante de la aplicación de la regla de exclusión tal como ha sido concebida por el legislador, ante la dificultad debe terminar en muchos casos si se afecta o no al contenido esencial de un derecho fundamental.

Una interpretación excesivamente reduccionista de lo que deba entenderse por contenido esencial puede producir de hecho la neutralización de la regla de exclusión reconocida en el artículo VIII que puede convertirse en una simple declaración de buenas intenciones pero sin margen de

aplicación práctica. Habrá que esperar como se interpreta esta referencia al contenido esencial y ver en qué casos se reconocen excepciones a la propia aplicación de la regla de exclusión o a su eficacia refleja por estimar que la valoración del derecho fundamental no ha afectado a su núcleo esencial. En todo caso, sí que puede establecerse, a modo de regla negativa, que la esencialidad o no de la afectación no puede hacerse depender de la mayor o menor gravedad del hecho investigado, estableciendo un doble estándar en función de la naturaleza del hecho investigado.

A nuestro parecer se deben admitir las siguientes excepciones, como: la fuente independiente, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita in bonam partem, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y la "*plain view doctrine*" y los campos abiertos.

3.- REGULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN.

Existen dos sistemas que se ocupan de las excepciones a la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita:

- a) Sistema Reglado: Modelo que defiende la tesis que debe ser el legislador quien decida en qué casos la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales puede ser valorada por el juzgador. Es decir deben estar establecidas mediante ley expresa.
- b) Sistema Jurisprudencial: Postula que deben ser los jueces, en cada caso concreto, quienes resuelvan si debido a circunstancias particulares la prueba ilícitamente obtenida puede ser utilizada en el proceso

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004, los vocales superiores acordaron por mayoría que "las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución - sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso"¹³⁵.

Esta postura representa una natural defensa de las facultades discrecionales de los jueces efectuada por la parte interesada (los jueces) que ha tenido la virtud de plantear una cuestión de singular importancia, cual es determinar a quién le corresponde establecer la aplicación y el desarrollo de las excepciones a la regla de exclusión probatoria: al legislador o a los jueces en cada caso concreto puesto en su conocimiento. Reservándose los jueces la exclusividad de establecer y desarrollar, vía jurisprudencial, las excepciones, posición que merece un análisis exhaustivo para determinar si en el sistema peruano es lo más idóneo.

Si bien la doctrina sobre la prueba ilícita y sus excepciones tiene su origen en la tradición del derecho anglosajón. Se trata, pues, de una elaboración de la jurisprudencia estadounidense. Si ello es así, debe convenirse en que su incorporación a nuestro ordenamiento debe responder a las exigencias de nuestra propia realidad¹³⁶. No se trata de importar por importar. Debe de tenerse en cuenta que tanto la regla de exclusión, la doctrina de los frutos del árbol envenenado, como las excepciones, han surgido de una elaboración jurisprudencial que es propia e inherente a la naturaleza del modelo estadounidense donde es perfectamente normal que el desarrollo de las instituciones se produzca en los casos sometidos a la jurisdicción y es indudable que los jueces están facultados en tal cometido. En nuestro medio,

¹³⁵ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujillo en el año 2004.

¹³⁶ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, op. cit., pág. 54

no puede aplicarse el sistema de regulación jurisprudencial, por cuanto la regulación de la prueba ilícita, parte de una regulación legislativa de la Constitución y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004. Incluso no resulta válida la pretensión de importar inclusive el propio desarrollo experimentado por la regla de exclusión en la jurisprudencia estadounidense, propiciando la incorporación sin más de excepciones a la regla que responden a una evolución particular de dicho sistema. Por el contrario, ha de ser nuestra propia experiencia y realidad las que nos vayan dictando qué cosa admitir y qué cosa rechazar en materia de prueba ilícita. De allí que no resulte del todo acertada la postura adoptada en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 2004.

La única excepción a la regla de exclusión admitida expresamente -la infracción constitucional beneficiosa para el imputado- ha sido establecida legislativamente, a través del artículo VIII.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, ello de acuerdo a la tradición romano germánica a la que pertenecemos.

Por lo que, creemos que algunas excepciones deben ser reguladas legislativamente, así como reconocerles a los jueces, amplias facultades de interpretación y creación a través del principio de proporcionalidad y el recurso a la ponderación.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS Y REVISIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

En este capítulo, se desarrollan y analizan los datos obtenidos a través de del trabajo de campo.

Se ha realizado la Encuesta Cualitativa¹³⁷, que se considera parte integrante de éste tipo de investigaciones, la cual constituye un elemento efectivo para obtener los datos requeridos. Según este método, no se puede utilizar una fórmula para establecer el número exacto de la muestra¹³⁸ si no la calidad de las mismas, es decir la muestra se obtiene de un número significado que puede aportar datos relevantes para el objeto de la investigación.

De lo cual se obtiene:

Grado de confianza : 95%

Máximo error permisible : 5%

Población con la característica : 5%

Esta encuesta ha sido desarrollada bajo la modalidad del cuestionario estandarizado, el cual se realiza sobre la base de preguntas previamente redactadas y organizadas. Esta modalidad es apropiada para deducir la variación sobre el mismo tema entre los diferentes grupos de encuestados.

¹³⁷ CHIROQUE CHUNGA Sigifredo, El trabajo de Campo en la investigación Educativa, Fondo Editorial FACHSE de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2006

¹³⁸ El uso de fórmulas para establecer el número de la muestra es utilizado en las encuestas políticas, cuando se tiene una población superior a 1 millón de personas.

La tipología de la encuesta es de: Cuestionario de Conocimientos, siendo su objeto el obtener la información fáctica- jurídica que posee el encuestado.

El Universo de la población está constituido por abogados especializados en derecho penal y procesal penal, jueces y fiscales especializados en lo penal.

Siendo que la muestra se obtendrá un número significativo de cada elemento o

Sector seleccionado de acuerdo a su cantidad.

Utilizándose la siguiente muestra:

Abogados¹³⁹ : 75

Fiscales¹⁴⁰ : 15

Jueces¹⁴¹ : 10

¹³⁹ Teniendo en cuenta que la encuesta fue realizada en el mes de diciembre, se utilizó el número de abogados hábiles hasta el mes de noviembre, proporcionado por el Colegio de Abogados de Lambayeque.

¹⁴⁰ Con la entrada en vigencia del NCPP en el distrito Judicial de Lambayeque, han aumentado el número de fiscales, agrupados en fiscalías corporativas.

¹⁴¹ Como se ha explicado en el ítem anterior, a nivel de Poder Judicial, también se ha visto modificada su estructura, siendo que los jueces penales son en menor número que los representantes del Ministerio Público.

1.- Resultado y análisis de la revisión de la encuesta dirigida a abogados especializados en derecho penal y procesal penal del distrito judicial de Lambayeque.

Población: 75 abogados encuestados.

Pregunta Nro. 1:

¿Ha tenido oportunidad de aplicar criterios de exclusión a la teoría de la prueba

ilícita en los procesos penales que ha conocido?

A Nunca	B Menos de diez veces	C Más de diez veces	Total
28	35	12	75
37.3 %	46.7 %	16%	100%

Pregunta Nro. 2:

En los procesos que se aplicaron criterios de exclusión a la prueba ilícita, ¿Esta ha sido?

A Excluida y no valorada	B Admitida y valorada	C N.A. por haber marcado: a) de la pregunta N° 1	Total
4	1	5	10
40%	10%	50 %	100 %
80%	20%		

Pregunta Nro. 3

¿ Conoce usted los criterios que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado

respecto de la prueba ilícita?

A Bien	B Regular	C Desconoce	Total
19	44	12	75
25.3%	58.7%	16%	100 %

Pregunta Nro.4

De admitirse excepciones a la reglas de exclusión de la prueba ilícita ¿Éstas deben ser?

A Reguladas expresamente por el legislador	B Quedar a criterio del juez en cada caso concreto	Total
57	18	75
60 %	40 %	100 %

Análisis: Los ítems corresponden de acuerdo al número de las preguntas:

1. Se puede observar que los abogados han tenido oportunidad de utilizar criterios de exclusión a la prueba ilícita en un porcentaje alto: 62.7 %
2. En los procesos que se ha aplicados criterios a la prueba ilícita esta ha sido mayormente excluida y o valorada (78.7 % de la prueba conocida en los procesos)
3. El desconocimiento que poseen los abogados respecto de los criterios desarrollados sobre la prueba ilícita, es más frecuente sobre el conocimiento, puesto que los porcentajes de conocimiento regular o desconocimiento es elevado.
4. La mayoría de abogados opinan que las excepciones a la regla de exclusión probatoria deben de estar expresamente reguladas por el legislador.

2.- Resultado y análisis de la revisión de la encuesta dirigida a fiscales especializados en lo penal del distrito judicial de Lambayeque.

Población: 15 fiscales encuestados.

Pregunta Nro. 1:

¿Ha tenido oportunidad de aplicar criterios de exclusión a la teoría de la prueba ilícita en los procesos penales que ha conocido?

A Nunca	B Menos de diez veces	C Más de diez veces	Total
12	2	1	15
80%	13.3%	6.7 %	100%

Pregunta Nro. 2:

En los procesos que ha aplicado criterios de exclusión a la prueba ilícita, ¿Ésta ha

Sido?

A Excluida y no valorada	B Admitida y valorada	C N.A. por haber marcado: a) de la pregunta N° 1	Total
2	1	12	
13.3%	6.7 %	80%	100%
67%	33%		

Pregunta Nro. 3

¿Conoce usted los criterios que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado

respecto de la prueba ilícita?

A Bien	B Regular	C Desconoce	Total
8	4	3	15
53.3 %	26.7 %	20 %	100 %

Pregunta Nro.4

De admitirse excepciones a la reglas de exclusión de la prueba ilícita ¿Éstas deben ser?

A Reguladas expresamente por el legislador	B Quedar a criterio del juez en cada caso concreto	Total
10	5	15
66.7 %	33.3 %	100 %

Análisis: Los ítems corresponden de acuerdo al número de las preguntas:

1. Los fiscales han aplicado en muy pocos casos criterios de exclusión a la prueba ilícita (80 % no han aplicado).
2. De acuerdo a los resultados de la primera pregunta, se mantiene la tendencia que en la mayoría de los casos, ésta ha sido excluida y no valorada.
3. El grado de desconocimiento de los criterios desarrollados sobre la prueba ilícita tiene un porcentaje que debe de tenerse en consideración (20 %).
4. La mayoría de representantes del Ministerio Público se inclinan por la regulación legislativa de la prueba ilícita.

3.- Resultado y análisis de la revisión de la encuesta dirigida a jueces especializados en lo penal del distrito judicial de Lambayeque.

Población: 10 jueces encuestados.

Pregunta Nro. 1:

¿ Ha tenido oportunidad de aplicar criterios de exclusión a la teoría de la prueba ilícita en los procesos penales que ha conocido?

A Nunca	B Menos de diez veces	C Más de diez veces	Total
5	3	2	10
50%	30 %	20%	100%

Pregunta Nro. 2:

En los procesos que ha aplicado criterios de exclusión a la prueba ilícita, ¿Ésta ha

sido?

A Excluida y no valorada	B Admitida y valorada	C N.A. por haber marcado: a) de la pregunta N° 1	Total
4	1	5	10
40%	10%	50 %	100 %
80%	20%		

Pregunta Nro. 3

¿Conoce usted los criterios que la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado

respecto de la prueba ilícita?

A Bien	B Regular	C Desconoce	Total
7	3	0	10
70 %	30 %	0 %	100 %

Pregunta Nro.4

De admitirse excepciones a la reglas de exclusión de la prueba ilícita ¿éstas deben ser?

A Reguladas expresamente por el legislador	B Quedar a criterio del juez en cada caso concreto	Total
6	4	10
60 %	40 %	100 %

Análisis: Los ítems corresponden de acuerdo al número de las preguntas:

1. La relación entre la aplicación o no de criterios a la prueba ilícita en los procesos conocido por los jueces es proporcional. En los procesos que se han aplicado, en su mayoría han sido menos de diez veces (30 %).

2. En los procesos que se ha aplicado criterios a la prueba ilícita, ésta ha sido mayormente excluida y no valorada (80% de la prueba conocida). Este criterio también coincide con lo respondido por los abogados.
3. El grado de conocimiento que tiene los jueces de los criterios a la prueba ilícita es más elevado del que poseen los abogados y fiscales.
4. Si bien la mayoría de los jueces opta por la regulación legislativa de la prueba ilícita, esta posición no es muy dominante, existiendo un 40 % que apoya la aplicación deba ser por el juzgador en el caso concreto.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

De acuerdo a la contrastación empírica, realizando la lectura e interpretación de los datos obtenidos a través de la encuesta. Por lo que se procede a comprobar la validez de la hipótesis de investigación.

Hipótesis:

Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita en los procesos penales, los operadores jurídicos no han desarrollado suficientes criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales.

a. Variable Independiente "X"

Nivel de conocimiento de los operadores jurídicos respecto de la prueba ilícita.

b. Variable Dependiente "Y"

Nivel de desarrollo en el proceso penal de criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales.

En la variable independiente, el nivel de conocimiento de criterios teóricos de la prueba ilícita por parte de los operadores jurídicos, es insuficiente, ello de acuerdo al resultado de la pregunta N° 3 de la encuesta (un alto porcentaje es regular o desconoce), y en los casos que se han aplicado los criterios ésta ha sido en su mayoría excluida y no valorada (pregunta 2 de la encuesta)

El insuficiente conocimiento de los operadores jurídicos, determina el valor de la variable dependiente, concernientes al nivel de desarrollo en el proceso penal de los criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales.

Por lo que queda debidamente comprobada la hipótesis planteada, porque al existir un insuficiente conocimiento por parte de los operadores jurídicos de la temática de la prueba ilícita, incide que en el proceso penal también exista un nivel insuficiente de criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

- 1) Al existir un insuficiente conocimiento del tratamiento de la prueba ilícita, los operadores jurídicos no han desarrollado suficientes criterios para la admisión o exclusión en el proceso de material probatorio que afecte derechos fundamentales de las persona.
- 2) En el derecho comparado, podemos encontrar un desarrollo sistemático de las excepciones la regla de exclusión, como las teorías de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, el principio de proporcionalidad, la doctrina del nexo causal atenuado, la prueba ilícita a favor del imputado o prueba ilícita in *bonam* partem, la teoría del riesgo, la renuncia del interesado y la " *Plainview doctrine*" y los campos abiertos.
- 3) La prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales, y constituye un límite para el principio de averiguación de la verdad en proceso. Siendo susceptibles de ser violentados los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo I Título I de la Constitución Política; así como los derechos no enumerados que también se garantizan, otros de naturaleza análoga o lo que deriven de la dignidad humana, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno, regulados en el artículo 3o del texto constitucional.
- 4) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita deben ser reguladas expresamente por el legislador, por ser ello lo más idóneo para nuestro ordenamiento jurídico.

RECOMENDACIONES

- 1) Modificación del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, en donde se admitan las excepciones a la prueba ilícita propuestas en el presente trabajo.
- 2) Que, el Tribunal Constitucional y los demás operadores jurídicos desarrollen sistemáticamente el tema de la prueba ilícita, para un mejor tratamiento de la misma, que incida en una adecuada aplicación.
- 3) Realizar cursos de capacitación, para un mejor manejo de la temática de la prueba ilícita.

PROPUESTA LEGISLATIVA

Se propone la modificación del inciso 2 del Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal.

Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba

1. Todo medio de prueba será valorado, sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su contra.

Propuesta de modificación:

Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba

1. Todo medio de prueba será valorado, sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos por fuente independiente, riesgo para grabaciones o filmaciones, la teoría de la *plan view doctrine* y los campos abiertos, podrán ser valorados por el Juez aplicando las reglas de la sana crítica y el principio de proporcionalidad".
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su contra

BIBLIOGRAFÍA

Acta del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de

Trujillo en el año 2004.

ASENCIO MELLADO, José María, Derecho Procesal Penal, Tirant lo blanch, 2da. Edición, Valencia, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María, "Prueba Prohibida y Prueba Preconstituída", Editorial Trivium S.A., Madrid, 1989.

ASENCIO MELLADO, José María, "Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000", en José María Asencio Mellado (Dir.), Prueba Ilícita y Lucha Anticorrupción. El Caso del Allanamiento y secuestro de los Vladivideos, Grijley, Lima 2008.

ARANZAMENDI NINACONDOR, Lima, Diseño y Proceso de la Investigación Jurídica, Editorial Adus,, 1ra. Edición, Arequipa, 2005.

BACIGALUPO, Enrique, El debido Proceso Penal. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

BAYTELMAN A., Andrés y otro, Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Editorial Alternativas, Lima 2005.

BAROVO LLAQUE, César William, La Prueba Ilícita a partir de una resolución del Tribunal Constitucional. En Diálogo con la Jurisprudencia, Nro. 104, Año 12, Mayo de 2007.

BECCARIA, Cesare, De los Delitos y Las Penas, Editorial Temis S.A., Tercera reimpresión de la tercera edición, Bogotá 2003

BERNAL PULIDO, Carlos, Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, CEPC, Madrid, 2003.

BURGOS MARIÑOS, Víctor, Principios Rectores del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. En CUBAS VILLANUEVA, Víctor, et al (Coors.), El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales, Palestra Editores, Lima 2005.

CAFFERATA ÑORES, José, La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones De Palma, 4ta. Edición, Buenos Aires.

CARBONE, Carlos Alberto, Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de prueba. Rubinzal- Culzoni, Editores, Santa Fe, reimpresión de la primera edición, 2005.

CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil, Ediciones Arayú, Buenos Aires.

CASTILLO ALVA, José Luís, Breves Apuntes sobre la Prueba Ilícita. En diálogo con la Jurisprudencia, Año 11 Nro. 83, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, Cinco Estudios sobre el Sistema Acusatorio, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

CASTRO TRIGOSO, La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano, Jurista Editores, 1ra. Edición, Lima, 2009.

CHIROQUE CHUNGA Sigifredo, El trabajo de Campo en la investigación Educativa, Fondo Editorial FACHSE de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2006

COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2003.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y Práctica, Palestra Editores, Lima 2003.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General Proceso. Editorial Universidad Buenos Aires, 1997, 2da. Edición.

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida, Civitas, Madrid, 2001.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Tratado sobre las Pruebas Penales, Editorial Porrúa, S.A., 2da. Edición, México, 1989.

DÍAZ GARCÍA, L. Iván, Derechos Fundamentales y Prueba Ilícita en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno, en AA.VV, La prueba en el nuevo proceso penal oral. Rodrigo Corona Correa (Edit.) LexisNexis, Santiago, 2003.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Tomo II, Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona 1971-

DÍEZ-PICAZO, Luís, Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson/Civitas, Madrid, 2003.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto, La Prueba Ilícita en la Doctrina y en el Nuevo Código Procesal Penal, En El Derecho Penal Contemporáneo, Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, Ara Editores, LIMA, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal. Editora Trotta, Madrid; 1998.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, La Constitución Comentada, obra colectiva,pg. Tomo i, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

FLORIAN EUGENIO, De las Pruebas Penales, Tomo II, Editorial Temis, Colombia, 1998,

GÁLVEZ MUÑOZ, Luís, La Ineficacia de la Prueba Ilícita obtenida con Violación de Derechos Fundamentales, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, RANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton, El Código Procesal Penal. Comentarios, Descriptivos, Explicativos y Críticos, Jurista Editores, Lima, 2008.

GARCÍA DEL RÍO, Flavio, La en el Proceso Penal. Parte General, Ediciones Iberoamericana, Lima 2002.

GARCÍA VALENCIA, Julio Ignacio, Las Pruebas en el Proceso Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of Prof? El Cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en AA.VV., Estudios sobre la Prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

GIMENO SENDRA, Vicente et al, Lecciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex, 2da. Edición, Madrid, 2003.

GONZÁLES - CUELLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Editorial Colex, Madrid, 1990.

GORPHE, Francois, Apreciación Judicial de las Pruebas, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá 1998.

GUARIGLIA, Fabricio, Concepto, fin y alcance de las Prohibiciones de Valoración Probatoria del Proceso Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

HAIRABEDÍAN, Maximiliano, Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal, Ad Hoc. Buenos Aires, 2002.

JAUCHEN, Eduardo Maximiliano, Tratado de la Prueba en Materia Penal, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida, Akal, Madrid, 1989.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Thomson Arazandi, Navarra, 2004.

LÓPEZ -FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, Las Intervenciones Telefónicas en elProceso Penal, Editorial Colex, Madrid, 1991

LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel y MERCHENA GOMES, Manuel, La Vulneración de los Derechos Fundamentales en el Procedimiento Abreviado y el Principio de Saneamiento en el Proceso Penal, Editorial Comares, Granada, 1996

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosh Editor, Barcelona, 2004, 2da Edición.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, La mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Bosh Editor, Barcelona, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, La Reforma del Sistema de Justicia Penal: Un Desafío Cultural, en Mirando Estrampes, Manuel y Peña Cabrera Freyre, Alonso R. Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, APPEC, Lima, 2008.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, PRADO SALDARRIAGA, Víctor, REYNA ALFARO, Luís M. y otros, Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, Ara Editores E.I.R.L., 1ra. Edición, Perú, 2009.

MIXÁN MASS, Florencio, La Prueba en el Procedimiento Penal. Ediciones Jurídicas, Lima, 1990.

MONTERO AROCA, Juan, Principios del Proceso Penal. Una Explicación Basada en la Razón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, Juan, Nociones Generales sobre la Prueba (entre el mito y la realidad), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Valoración de las Grabaciones Audiovisuales en el Proceso Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal, Editorial Rodhas, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luís, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, editorial Trotta, Madrid, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luís, La Filosofía Penal de la Ilustración, Palestra Editores, Lima 2007.

RODRIGEZ HURTADO, Mario Pablo, La Constitucionalización del Proceso Penal. Principios y Modelo del Código Procesal Penal 2004, en AA.VV., Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Diezma, Lima, 2007.

RODORIGUEZ SOL, Luís, Registro Domiciliario y Prueba Ilícita, Editorial Comares S.L., Granada, 1998.

ROXÍN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.

ROXÍN, Claus ¿Puede Admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? En El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, Ara Editores, Lima, 2006.

RAMOZ NUÑEZ, Carlos, Cómo hacer una tesis de derecho, Gaceta Jurídica, 2da. Edición, Lima, 2002.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, ideosa, Lima, 2004.

SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Pena, Grijley, Lima, 2001. 3ra. Reimpresión de la 1ra. Edición.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, Metodología de la Investigación Jurídico Social, 1ra. Edición, Lima, 1991

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El Enemigo en el Derecho Penal, Editorial, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al, Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial, Buenos Aires, 1ra. reimp. de la 2da. edición. 2007

ZELAYARAN DURAND, Mauro, Metodología de la Investigación Jurídica, Ediciones Jurídicas, 2da Edición Ampliada, Lima 2002.

ANEXOS

EXP. N.º 1058-2004-AA/TC
LIMA

**RAFAEL FRANCISCO
GARCÍA MENDOZA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 18 de agosto de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Rafael Francisco García Mendoza contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 02 de octubre de 2003, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de julio de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.), solicitando que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02 (21.06.02), en virtud de la cual se resuelve su vínculo laboral, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna de la empresa demandada, reconociéndosele las remuneraciones dejadas de percibir. Afirma que la demandada le ha atribuido arbitrariamente la comisión de una supuesta falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por D.S. N.º 003-97-TR, argumentando “[...] haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”; agrega que no se le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa al impedírsele el ingreso a su centro de labores, vulnerándose, adicionalmente, sus derechos a la libertad de trabajo, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y al debido proceso.

SERPOST S.A. contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alegando que no se ha afectado el debido proceso; que el despido del recurrente no viola su derecho al trabajo, ni tampoco el principio de legalidad; añadiendo que el despido fue justificado,

sustentado en una decisión regular de la empresa, y que se le aplicó una sanción prevista en el Decreto Legislativo N.º 728 y el Reglamento Interno de Trabajo.

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 11 de octubre de 2002, declara fundada la demanda ordenando la reposición del demandante, estimando que se vulneraron los derechos constitucionales de tipicidad, de inmediatez y de defensa, al no haberse precisado en la carta de aviso la falta grave imputada ni los detalles de los hechos atribuidos, más aún cuando existía una constatación notarial en la que constaba que los envíos pornográficos no habían sido ubicados en la computadora del demandante.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que la carta de aviso de falta grave sí describía adecuadamente la falta imputada al demandante, no apreciándose vulneración del derecho de defensa, puesto que se lo notificó para que presentara sus descargos, concediéndosele el plazo de ley; agregando que el amparo no es la vía adecuada para verificar o desvirtuar los hechos imputados al actor.

FUNDAMENTOS

- 1) El objeto de la demanda es que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02, del 21 de junio de 2002, mediante la cual se resuelve el vínculo laboral del recurrente, y que, por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando, más el reconocimiento de las remuneraciones dejadas de percibir.
- 2) El Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece, en su artículo 16º, cuáles son las causas de extinción del contrato de trabajo, y que, para el despido, debe existir una causa justa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador, conforme se prevé en los artículos 22º, 23º y 24º; asimismo, queda normado el procedimiento de despido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31º al 33º del mismo cuerpo legal.
- 3) Por otra parte y conforme lo ha señalado este Colegiado en la sentencia 976-2001-AA/TC, la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27º de la Constitución, ofrece dos opciones: **a)** la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y **b)** la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez

constitucional, en el ámbito del amparo, debe “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1° de la Ley N.° 23506, lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido nulo, incausado o fraudulento.

- 4) Según aparece de autos, la demandada comunicó al recurrente, conforme al procedimiento legal previsto, la imputación de una falta grave mediante la Carta Notarial N.° 489-G/02, entregada el 13 de junio de 2002, atribuyéndole una conducta tipificada en el inciso a) del artículo 25° del citado Decreto Supremo N.° 003-97-TR, y otorgándole un plazo de seis días naturales para que ejercitara su derecho al descargo. Este Colegiado observa, sin embargo, que después de iniciado dicho procedimiento e incluso, desde fecha anterior al mismo, se ha venido incurriendo, por parte de la demandada, en una serie de infracciones que en buena cuenta han terminado por desnaturalizarlo, no solo en términos formales sino, incluso, sustantivos. Es necesario, por consiguiente, analizar por separado cada una de estas infracciones a efectos de delimitar los alcances de la presente sentencia y los criterios en los que la misma se fundamenta.
- 5) En primer lugar y si la supuesta falta grave atribuida al recurrente se sustenta en el hecho de *“haber utilizado indebidamente recursos públicos dentro del horario [d]e trabajo, para realizar labores de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”*, es imprescindible precisar si dicha conducta se encuadra en el citado inciso a) del artículo 25° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, cuyo texto prevé que *“Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de tal índole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación”*; agregando que dentro de las diversas variantes que la configuran se encuentra *“El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene, aprobados o expedidos, según corresponda por la autoridad competente, que revistan gravedad”*.
- 6) De una simple constatación entre lo que establece el citado dispositivo legal y la conducta atribuida al recurrente, no se observa, *prima facie*, coherencia o relación alguna, salvo que se entienda que la misma

supone, exclusivamente, una infracción al Reglamento Interno de Trabajo, que, según aparece del texto reseñado, podría permitir una interpretación mucho más extensiva de los tipos de conducta grave. Sin embargo, revisado el texto de dicho reglamento, obrante de fojas 119 a 152 de autos, se aprecia que, por el contrario, los hechos imputados no son calificados como faltas graves que generan despido, conforme lo establece el artículo 113° de dicha norma, sino, y en el más perjudicial de los casos, como simples infracciones que solo generan sanción disciplinaria, según lo señalado en su respectivo artículo 110°.

- 7) En efecto, aun asumiendo que los hechos atribuidos fuesen ciertos, los mismos podrían verse identificados en los incisos e) [*“Cometer dentro de las horas de trabajo o fuera de ellas actos contrarios a la disciplina, higiene o reñidos con la moral”*], j) [*“Distraer a sus compañeros en horas de trabajo, así como leer periódicos, revistas, libros, etc. sin ser parte de sus funciones”*], s) [*“Usar temerariamente los bienes o instalaciones de la empresa”*] e y) [*“Utilizar o usufructuar para actividades ajenas a SERPOST S.A. los teléfonos, télex, máquinas, equipos u otros bienes, o permitir su uso a terceras personas”*] del referido artículo 110°, mas, de ningún modo, como las consabidas faltas graves generadoras de despido. Este solo hecho, independientemente del tipo de sanción adoptada, implica, pues, una transgresión del principio de tipicidad sancionatoria que, como este Colegiado ya lo ha señalado en anteriores oportunidades, rige en el ámbito de los procedimientos disciplinarios de toda índole.
- 8) Un segundo aspecto que en cierta forma es consecuencia del anterior (solo en tanto se asuma la veracidad de los cargos imputados) tiene que ver con la intensidad de la sanción que, a estos efectos, tampoco resulta la adecuada. Si, conforme lo establece el artículo 108° del Reglamento Interno de Trabajo, son cuatro los tipos de medidas disciplinarias: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones y despido, y las mismas deben ser aplicadas tomando en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos.
- 9) Un tercer aspecto, cuestionable desde todo punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la emplazada al momento de efectuar el acopio de las supuestas pruebas a utilizarse contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su derecho de defensa. Sobre el

particular, este Colegiado enfatiza que aunque la empresa demandada alega la comisión de falta grave en los términos anteriormente descritos, ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa.

- 10) Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, residía en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos.
- 11) Resulta igualmente contradictorio que si la constatación notarial simplemente se limitó a dar cuenta de la existencia de correos pornográficos supuestamente remitidos desde la computadora del recurrente, don Rafael Francisco García Mendoza, a la computadora del trabajador Javier Arévalo Sattler, (posteriormente asignada a don Roger Armando Zagaceta Jarrín), se haya procedido a formular cargos incriminatorios sin verificar, en su momento y en la forma debida, si la remisión de tales correos provenían, o no, de la citada maquina asignada al recurrente. En lugar de ello, la demandada no solo le otorgó certeza total a la citada verificación preliminar, sino que el mismo día en que le cursó la carta de imputación de cargos (13 de junio de 2002), dispuso prohibir el ingreso al recurrente a su centro de trabajo, conforme se acredita con las constataciones policiales de fojas 23 y 24 de autos.
- 12) Queda claro que con este proceder la demandada no solo no acreditó, en ningún momento, que de la computadora del recurrente hubiesen provenido los correos calificados de pornográficos, sino que impidió que el demandante pudiese hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para hacer sus descargos. Debe igualmente puntualizarse que

aunque el artículo 31º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR permite que el empleador exonere al trabajador de asistir a su centro de labores a efectos de realizar sus descargos de ley frente a una imputación, ello opera solo en los supuestos en que tal exoneración no perjudique el derecho de defensa. En el caso de autos, resultaba evidente que por las características de la imputación realizada, no solo era conveniente, sino necesario, para la defensa del trabajador, poder acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos. La demandada no solo exoneró de sus labores al recurrente sin que en su caso resultara pertinente dicha medida, sino que, abusando de sus prerrogativas o distorsionando los alcances del dispositivo antes referido, le impidió al trabajador, aun antes de ser despedido, ingresar a su centro de labores.

- 13) Un cuarto aspecto que, a pesar de sus alcances colaterales, se encuentra directamente relacionado con lo que aquí se ha venido analizando, tiene que ver con la implicancia que el procedimiento seguido contra el recurrente pudo haber tenido con relación a sus derechos constitucionales a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones. En efecto, de la constatación notarial se aprecia que fue el subgerente de Recursos Humanos de SERPOST, don Roger Armando Zagaceta Jarrín, quien solicitó la intervención de Notario Público a fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora que a dicho funcionario se le dio para trabajar. El citado instrumento consigna expresamente que “ *[...]el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín [...] manifestó que era de la Subgerencia de Recursos Humanos y me señaló el escritorio principal donde había una computadora [...] la cual se encontraba encendida y funcionando. Activando el sistema de correo electrónico que tiene el encabezado Javier Arévalo Inbox Lotus Notes aparecen en la pantalla los correos electrónicos que han sido recibidos en dicha computadora, momento en el que el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín me manifiesta que ese mismo día, en las primeras horas de la mañana, al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST, asignada al señor Rafael García, los cuales deseaba que constatará en su existencia y contenido*”.
- 14) De los párrafos precedentes pueden desprenderse, por de pronto, las siguientes conclusiones: **a)** que no fue en la computadora del recurrente donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados, sino en la de un tercero, quien incluso no resulta ser el destinatario de los mismos, sino un nuevo usuario del equipo de cómputo que antes perteneció al verdadero receptor de tales mensajes; **b)** que pese a que los correos enviados pertenecieron a otra persona, en este caso, al señor

Javier Arévalo, el señor Roger Zagaceta procedió *motu proprio* a abrirlos y revisarlos sin encontrarse autorizado por quien, en todo caso, era el único y excluyente destinatario de los mismos; **c)** no se conoce denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado, y no la persona que ha promovido la denuncia.

- 15) Paralelamente a la instrumental antes referida y a las consideraciones efectuadas en torno de la misma, cabe agregar que en el momento en que la demandada procedió a revisar el equipo de cómputo del recurrente, hecho que se produce el mismo día en que se le cursa la carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso a su centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, lo que, en todo caso, pudo haber abierto paso a una nueva discusión omitida por la emplazada: la de saber si de alguna forma pudieron haberse manipulado las vías informáticas, con el objeto de hacer aparecer al recurrente como el remitente de los mensajes cuestionados. Por otra parte, es un hecho inobjetable que si no existía certeza plena respecto del supuesto remitente, debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada, y no a una decisión inmediata como la cuestionada en el presente proceso.
- 16) Aunque, en el presente caso, podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse, queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable.
- 17) Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

- 18) En efecto, conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.
- 19) Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.
- 20) Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

- 21) Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.
- 22) La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.
- 23) Este Colegiado considera, por lo tanto, que en cualquiera de los supuestos en que sea observado el procedimiento seguido contra el recurrente, este resulta absolutamente inconstitucional. Ello, no obstante, no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental.

24) Queda por señalar que, a pesar de ser fundada la presente demanda, conforme al extremo principal del petitorio, el referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir resulta improcedente, ya que, como lo tiene definido este Tribunal, dicho pago tiene naturaleza indemnizatoria y no, obviamente restitutoria, por lo que no es esta la vía en la que corresponda atender tal pedido, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de reclamarlo en la forma legal que corresponda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. Ordena que la emplazada reponga a don Rafael Francisco García Mendoza en el puesto de trabajo que venía desempeñando hasta el 22 de junio de 2002.
3. **IMPROCEDENTE** el extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, conforme al fundamento 24, *supra*.

Notifíquese y publíquese.

SS

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

**ACTA DE LA SESIÓN DEL PLENO JURISDICCIONAL SUPERIOR
NACIONAL PENAL "PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA
NORMA PENAL, PROCESAL Y PENITENCIARIA"**

En la ciudad de Trujillo el día 11 de diciembre del año 2004 los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República convocados al efecto por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial cuya relación se detalla en el Anexo N°1 (Lista de asistentes), se reunieron en Sesión de Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal con el objeto de debatir los Temas que forman parte del Anexo N° 2 (Temas de trabajo), los cuales fueron examinados por los vocales que figuran en los grupos del Anexo N° 3 (Grupos de Trabajo), quienes fundamentaron las propuestas del nexo N° 4 (Dictámenes). La sesión se lleva adelante en el Auditorio del Gran Hotel El Golf de Trujillo de esta ciudad, bajo la presidencia de la Vocal Superior Elvia Barrios Alvarado, Presidenta de la Comisión de Magistrados encargada de los Trabajos Preparatorios.

La Sra. Presidenta después de constatar la asistencia de la totalidad de los Magistrados convocados al Pleno Jurisdiccional, declaró instalada la Sesión de Sala Plena Jurisdiccional Penal Nacional. A continuación dio la bienvenida a los concurrentes y propuso a la Asamblea de Magistrados lo siguiente:1) Someter a discusión los temas escogidos empezando por el primero hasta terminar con la votación correspondiente para luego proseguir con el segundo y así sucesivamente de acuerdo a lo programado. 2) Encargar la redacción del Acta de la Sesión al Director del Centro de Investigaciones Judiciales. 3) Encomendar a los magistrados miembros de la Comisión que hizo los Trabajos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional, la aprobación y suscripción del Acta. Las propuestas indicadas fueron aprobadas por unanimidad.

Continuando con la sesión, la Sra. Presidenta abrió el debate en el orden indicado. El debate de los temas se desarrolló tras breve exposición a cargo de los relatores de los Grupos de Trabajo a quienes se encomendó su examen, seguido de la lectura de los textos del Anexo N° 5 (Aportes y Objeciones).

En las discusiones hicieron uso de la palabra los magistrados que figuran en la relación adjunta en el Anexo N° 6 (Oradores), cuyo detalle de sus intervenciones se puede apreciar en el Anexo N° 7 (Material audiovisual- 6 CD) Luego de los debates realizados en la forma indicada, se llegaron a los siguientes: Acuerdos Plenarios.

TEMA 3: LA PRUEBA ILÍCITA Y LA PRUEBA PROHIBIDA

ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, los problemas derivados de la obtención de la prueba ilícita y la prueba prohibida, así como sus efectos jurídicos sobre la valoración de la prueba, sus reglas y excepciones, tema que ha concitado el interés nacional en los procesos seguidos a acusados por terrorismo y corrupción, siendo necesario que este Pleno establezca las pautas a seguir.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. Históricamente, la actuación probatoria en el proceso penal ha estado vinculada a la afectación de derechos fundamentales, de ahí que, las doctrinas sobre la prueba ilícita o prueba prohibida, constituyan sin lugar a

dudas, verdaderos límites de la actuación probatoria oficial (sistemas mixto inquisitivos) o de las partes (sistemas adversariales). Son reglas que limitan el poder arbitrario de probar y garantizan los derechos fundamentales. Recordemos que, la búsqueda de la verdad y la investigación oficial han condicionado fuertemente la obtención de la prueba, introduciendo a través de los sistemas inquisitivos, la práctica institucionalizada del uso de la violencia -física o psicológica- contra la persona humana para obtener la prueba. Incluso, el hecho histórico de conferir a los jueces la función exclusiva de la prueba, creó un proceso penal que no ha respetado la idea básica de un proceso justo e imparcial.

Por ello, la sociedad peruana y el poder político exige a los jueces que cumplan su "deber" de demostrar el delito y la responsabilidad penal, es decir, que los jueces se sumen a la misión de la Policía y del Ministerio Público de probar el delito y la responsabilidad penal. Sin duda que esta distorsión no ha sido generada únicamente por la incoherente legislación procesal, sino básicamente por una vieja y persistente cultura inquisidora, que pretende ver al Poder Judicial y sus jueces, como el brazo castigador del Estado -al mismo estilo del viejo Estado Medieval-, lo que resulta incompatible con la función del Poder Judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la principal fortaleza institucional de la administración de justicia está en su imparcialidad.

II. Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En el primer caso opera la "regla de exclusión" y en el segundo caso, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En ambos casos, el mensaje central era que la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales carecía de valor probatorio, por lo que se prohibía su valoración. No era admisible pretender

aplicar la Ley penal, a través de la violación de normas Constitucionales. Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente. En otras palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace PASTOR BORGONÓN, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace CARNELUTTI. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola j una norma de carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la jlicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal).

Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, jlegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz.

Generalmente, los derechos constitucionales que se suelen afectar en la obtención de fuentes de prueba son: el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho de intimidad, a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales.

DÍAZ CABÁLE afirma que también se pueden afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y encontrarnos en el supuesto de prueba ilegítimamente obtenida, cuando: se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación³, a la defensa del Abogado Defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

Igualmente se reconoce que los demás derechos vinculados al debido proceso y que se dan dentro del proceso, tienen más bien una connotación de prueba irregular, pues se trata de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes de prueba, y no de su obtención.

III. La regla general en materia de prueba ilícita o prohibida sigue siendo la exclusión de la ' prueba directa o derivada, a través de la regla de exclusión y de

los frutos del árbol envenenado.

Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlo del proceso y su valoración. Sin embargo, esta regla

absoluta al inicio, generó fuertes cuestionamientos, destacándose como "...el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de

haber cometido el delito...". Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia. Y, si bien estas reglas en su momento fueron absolutas, actualmente se reconocen una serie de excepciones, las mismas que se han venido incorporando a través de la jurisprudencia americana y europea, como lo son, para el caso de la prueba originariamente obtenida con violación constitucional: la obtención de buena fe y el efecto de la prueba ilícita para terceros, entre otras doctrinas. Y para el caso de la prueba derivada se reconocen como excepciones: la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexo causal atenuado. Pero la gran parte de estas excepciones y otras que seguramente se desarrollarán en el futuro, deben ser consideradas como verdaderas excepciones, que estas excepciones no se generalicen, sino que con ellas se fortalezca la vigencia de la prohibición de valorar la prueba obtenida con violación a la Constitución.

IV. La violación constitucional por lo general se produce durante la fase de investigación del delito o búsqueda de las fuentes de prueba (fase policial), sin embargo, también se puede presentar durante el proceso, cuando se le interroga por ejemplo al acusado, sin que previamente se le haya comunicado por qué se le acusa, o cuando se le toma la declaración a un testigo sin poner en su conocimiento que por su grado de parentesco no se encontraba obligado a declarar. Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba.

V. La Doctrina de la buena fe, admite la posibilidad de valorar la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia.

Esta excepción por lo general es aplicable en allanamientos y requisas, cuando - por ejemplo la Policía escucha gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra a varios sujetos consumiendo droga con menores de edad.

Al respecto se afirma "...si la prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida cuando los policías que la colectaron erróneamente creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales, es quizás la cuestión más controvertida de la existencia de los requerimientos de exclusión".

VI. La Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, admite que la prueba ilegal puede ser utilizada a favor del imputado, por que si "...bien es razonable absolver a (.quien tiene la conciencia de ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ¡legítimamente repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento".⁵ Por ejemplo, el caso de la absolución apoyada en la confesión bajo tormento o narcoanálisis, beneficiosa al acusado, en base al argumento de que "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador".

VII. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros, reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o computado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena.

En tal sentido, la STC 238/99 del 20 de diciembre ha sido enfática al sostener que "la prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la

condena del tercero y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo".

VIII. Doctrina de la Ponderación de intereses: Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El balancing test es la adaptación estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen.

Esta doctrina tiene gran importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares, como sería el caso que cita ROXIN "cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba".

IX. La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, fue introducida por la jurisprudencia americana, a partir de los casos Walder v. US (1954) y Harris, y consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente. Queda claro que esta doctrina admite la validez de la prueba ilícita sólo para descalificar la veracidad de la declaración del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad.

X. La teoría del riesgo, es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada.

igualmente se admitió en el famoso caso "Gallo", la validez de una confesión hecha sobre un crimen cometido, y que había sido grabado por periodistas. Aquí se aplica esta teoría, pues "el riesgo de ser oído o de la delación por parte del interlocutor al que Gallo confió información, era una posibilidad que asumió, sin que exista simulación o calidad ficticia...máxime cuando se habla en un lugar público...".

En los casos Hoffa v. US y Lewis v. US, la jurisprudencia americana ha introducido esta doctrina del riesgo, estableciendo la distinción "...entre los actos de una persona que se realizan en la [seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del .domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos ni» revelarán su delito.

XI. Como es conocido, la regla general indica que toda prueba que ha sido obtenida con violación de derechos constitucionales es inválida, así como toda fuente que se origine en ella, en razón que dicha ilicitud se extiende a

toda prueba derivada. Si la raíz del árbol está envenenada, los frutos que produce también. La justificación de la invalidez de la prueba derivada se encuentra en el nexo causal entre la prueba directa y la derivada, y ahí también radica, la fuente de sus excepciones. En la jurisprudencia se han introducido respecto de esta regla las siguientes excepciones: a) La Teoría de la fuente independiente, que sostiene que se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente. Esta doctrina está muy extendida; b) Teoría del hallazgo inevitable, se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso (flagrancia) y, siempre que la Policía haya actuado de buena fe. El caso *Nix v. Williams* (1984) estableció el criterio que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas por que podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad; c) Teoría del nexo causal atenuado, regula un supuesto intermedio entre la prueba ilícitamente obtenida y la teoría de la fuente independiente.

Para dar valor probatorio se requiere que la prueba incriminatoria nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen (violación constitucional) y la prueba derivada, a través de la intervención de un tercero o mediante la confesión espontánea. Es el caso donde "...la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una intervención telefónica practicada a través de una orden judicial reputada inconstitucional (intervención que permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga), dado que se tenía información antelada que era habitual en la comercialización de drogas, seguimiento que habría conducido inevitablemente a descubrir la reunión celebrada en una cafetería de la localidad. En este caso la jurisprudencia española estableció que "...inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que

habrían desembocado de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo de droga..."

XII. El caso de la prueba irregular o defectuosa, estamos ante supuestos de fuente de prueba obtenidos legítimamente, pero que por defecto del medio de prueba, es decir de la observancia de formalidades en su incorporación, adolecen de ineficacia. Sin embargo, estas violaciones a normas procesales, pueden ser subsanadas y corregidas, pero dentro del plazo legal. Caso contrario, ya no podrán ser enmendadas y valoradas. Son el caso frecuente de la prueba pericial no ratificada, por ejemplo.

Aquí no existe efecto indirecto de la ilegalidad de la prueba. Si la prueba se incorporó ilegalmente, tal ilegalidad no alcanza a la que se pueda derivar de ella, siempre que dichas pruebas derivadas se incorporen lícitamente.

XIII. Cuál es la mejor técnica para regular la prueba prohibida: sistema reglado o jurisprudencial. El nuevo Código Procesal Penal en su artículo VIII del T.P. establece las dos reglas vinculadas a la obtención y a la incorporación de la prueba señalando que sólo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenido e incorporado al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Además sostiene que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de la persona.

Al parecer esta redacción nos induciría a afirmar una recepción absoluta de las reglas de "Exclusión y del fruto del árbol envenenado, lo cual no es compatible con los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales contemporáneos. Así parece desprenderse por el hecho de no /haberse admitido alguna excepción a estas reglas.

SE ACUERDA:

Primero.- Por mayoría: Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución -sean éstas

directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso.

Segundo.- Por mayoría: Admitir la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe.

Tercero.- Por unanimidad: Admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado, pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra.

Cuarto.- Por mayoría: Admitir la valoración de la prueba ilícita para terceros, bajo argumento que no existe identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero).

Quinto.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la Ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien toda violación a derechos .fundamentales, por si ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja.

Sexto.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado.

Séptimo.- Por mayoría: Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no (pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los [interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido, .Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas.

Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio de la prueba obtenida a través del engaño al inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas.

Octavo.- Por unanimidad: Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un

derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales; la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida, Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada.

Noveno.- Por unanimidad: No cabe valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la Prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a la reglas de anulabilidad. Si el defecto no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración.

RESOLUCIÓN NÚMERO POS.-

Expediente JUZGADO

ABOGADO DEENSOR

SOLICITANTE

DELITO

ESPECIALISTA DE AUDIENCIA

Chiclayo, Nueve de Junio.- Del año dos mil nueve. :
2009-02561-42-1706-JR-PE-3

: Juzgado de Investigación

Preparatoria : D. C. V.

: Romero Soto María Elena : Tráfico Ilícito de Drogas

: S. S. R.

AUTOS VISTOS Y OIDOS: En audiencia pública en la petición de tutela de derecho presentada por Dila María Romero Soto resulta que en audiencia su abogado defensor Víctor Dávila Cubas, sustenta la misma y pide se declare la nulidad o insubsistencia de la diligencia de registro domiciliario, incautación de droga y acta de entrevista fiscal, exponiendo como fundamentos entre otros en que la Constitución Política del Perú en el Art. 139 Inc. 3 establece el debido proceso como norma informante general y que

el presente caso en la investigación preliminar se han vulnerado el derecho de defensa de su patrocinada, por cuanto no fue asistida por abogado defensor el inicio de la investigación que el acta del registro domiciliario solo ha sido firmada por la representada de Ministerio Público e imputada, y que correspondía a la Srta. Fiscal ya enteradamente de haber determinado que asista un defensor de oficio por decir lo menos y por ello es que no se han cumplido los Art. 71 Inc. 1 y 71 Inc. 2 Literales c y d ambos de Nuevo Código Procesal Penal en donde se establece que le correspondía a su patrocinada ser asistida desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor y abstenerse de declarar si es que no estaba presente aquel, razones por los cuales es que recurre en vía de tutela de derecho por la vulneración del debido procesal y afectación al derecho de defensa y por su parte la Srta. Fiscal replico sosteniendo que no ha existido la vulneración mencionada por que se ha dado cumplimiento al Art. 330 Inc. 2 del Nuevo Código Procesal Penal respecto a la realización de actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hecho objetos de conocimiento y su delictuosidad, así como también asegurar los elementos materiales de su comisión e individualizar a las personas involucradas en la comisión del delito, señalando la pretensión del abogado defensor se sustenta en que básicamente se encontrado en indefensión su patrocinada al momento de efectuarse el registro domiciliario e incautación de droga y entrevista fiscal lo que no es cierto porque incluso en esta última se hace constar de que se le informo de sus derecho a la imputada entre ellos la de contar con abogado defensor y que la misma manifestó que no deseaba en dichas circunstancias contar con abogado resultando su manifestación de manera voluntaria refiriendo que la actuación del defensor de oficio solo opera desde cuando es detenida la persona señalando además como referencias que tiene que ver con la participación del abogado defensor en la Dependencia Policial DIVANDRO, en el sentido de que incluso llego ante que su persona a la misma toda vez que estaba actuando

la fiscal adjunta y que aparecía como abogado defensor de otra persona que había solicitado conferenciar hasta el extremo de ver una posibilidad de una propuesta de terminación anticipada de proceso, estas alegaciones déjense constancia que son de síntesis de la que ésta debidamente registrada en el sistema de audio y que de hacer uso de la réplica y duplica correspondientes se reiteraron las argumentaciones de una y otra parte. **CONSIDERANDO.-** Primero.- Que la principal tarea del Juez de garantía no busca otorgar niveles de protección procesal a los imputados, sino que se orienta fundamentalmente a cautelar los derechos constitucionales y materiales de todo investigado protegiéndola contra la perturbación indebida o ilegal de cualquiera de sus derechos fundamentales Segundo.- Oídas las alegaciones el debate se advierte lo siguiente:

a) Que María Elena Romero Soto se le viene investigando por la presente comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas b) Que como consecuencia de un operativo en el cual a participado Representante Ministerio Público y Policía, se ha intervenido a dicha imputada c) Que exhibida la carpeta fiscal de su contenido igualmente se advierte que en lo concerniente a la imputada María Elena romero Soto existe una acta de entrevista fiscal que es la cuestionada y en donde aparecen como suscripciones Doña Pamela Isabel Elías Bravo Fiscal adjunto fiscal antidrogas y María Elena Romero Soto y que en cuanto a lo expuesto por la Srta. fiscal presente en esta audiencia la constancia relacionada con la asistencia o no de abogado defensor solo aparece en la parte final de dicha acta en tal sentido respecto al cuestionamiento que se hace y razón por la cual se recurre en vía de tutela de derecho el juzgador deja establecido que no habiéndose a la fecha recibido otra declaración de la imputada si bien es cierto en los Art. 67 y 68 del Nuevo Código Procesal Penal se establece las funciones de investigación de la Policía y sus correspondientes atribuciones, así como también en Art. 65 del citado Procesal lo relacionado a la investigación del delito por el Señor Fiscal en donde en su numeral 4 se precisa a este último decidir la estrategia

de investigación adecuada al caso lo es también que la intervención policial en flagrancia delictiva aun contándose con la presencia del fiscal de ninguna manera implica el que no se cumpla con la disposición de designar un Abogado defensor de oficio para los efectos de recibirse la declaración del imputado, esto es, si bien el estado de flagrancia la misma Constitución permite y posibilita la actuación debe ceñirse a las normas procedimentales como este caso el de que tenga que debe ser asistido por un abogado defensor y ello porque, el acta de entrevista fiscal-conforme aparece en la carpeta fiscal prácticamente se convirtió en un interrogativo que tenía que ver con los hechos materia de investigación, vale decir se desnaturalizó la finalidad específica del acta de entrevista personal y en su caso debió necesariamente convocarse a un abogado defensor. Por ello en que este extremo si resulta fundada la tutela de derecho y más no con relación a los extremos referido a las actas de incautación de droga ni tampoco al acta de registro domiciliario porque la misma naturaleza de flagrancia delictiva habilita la actuación policial de conformidad con los Art. 67 y 68 del Nuevo Código Procesal Penal, por lo expuesto de conformidad con los Art. 71 Inc. 4 del Código

Procesal Penal Art. 139 Inc. 3 y 14 de la Constitución Política del Perú, Art. 150 literal "a" del Código Procesal Penal el Señor Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Resuelve: 1) Declarar Fundada en parte la solicitud de tutela de derecho interpuesta por Doña María Elena Romero Soto y entendiéndose solo en lo concerniente a la vulneración al derecho de defensa que le resulta del contenido del acta de entrevista fiscal en donde se advierte que la misma prácticamente se convirtió en una declaración de la imputada siendo irrenunciable el derecho de defensa 2) Infundada respecto a los extremos relacionado con las actas de registro domiciliario e incautación de drogas.

JUEZ.- Pregunta si están conforme con la resolución FISCAL.- Está conforma con la Resolución ABOGADO DEFENSOR: Conformes con la resolución

CONCLUSIÓN:

Siendo las once y cuarto minutos de la mañana se dio por terminada la Audiencia y por cerrada la grabación de audio, procediendo a firmar el Señor Juez y la Especialista de Audio encargado de la redacción del acta, conforme lo dispone el Artículo 121 del NCPP.