



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS:

**“EL TEST DE PONDERACIÓN COMO UNICA EXCEPCIÓN A LA REGLA DE
EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL
PERUANO”**

PRESENTADO POR:

HENRY ANDRÉS RUIZ ZAVALA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR:

MARY ISABEL COLINA MORENO

LAMBAYEQUE, 2018

Tesis denominada “EL TEST DE PONDERACIÓN COMO ÚNICA EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL PERUANO”, presentada para optar el TÍTULO DE ABOGADO, por:

.....
Bach. Henry Andrés Ruiz Zavala
Autor

.....
Mag. Mary Isabel Colina Moreno
Asesora

APROBADO POR:

.....
Abog. Carlos Manuel Martínez Oblitas
Presidente

.....
Dr. Humberto Falla Lamadrid
Secretario

.....
Dr. Amador Mondoñedo Valle
Vocal

DEDICATORIA

**A mí madre y abuela, por ser los
pilares de mi existencia**

**A los grandes maestros por
inculcarnos el saber y guiarnos
en la senda del conocimiento.**

AGRADECIMIENTO

**A la familia por ser el soporte
y el impulso para no
claudicar**

**A los maestros que apoyaron
mi investigación,
orientándome siempre.**

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE.....	iv
INDICE DE TABLAS.....	viii
INDICE DE GRAFICOS	viii
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPITULO I.....	13
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	13
1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	13
1.1.1. Planteamiento del problema.	13
1.1.2. Formulación del problema.	17
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	17
1.2.1. Justificación del estudio.	17
1.2.2. Importancia del estudio.	18
1.3. OBJETIVOS.....	18
1.3.1. Objetivo General.	18
1.3.2. Objetivos Específicos.....	19
1.4. HIPÓTESIS.....	19
1.5. VARIABLES.....	19
1.5.1. Variable independiente.....	19
1.5.2. Variable dependiente.....	19
1.6. Métodos.	20
1.6.1. Métodos generales:.....	20
1.6.1.1. El Método Inductivo:.....	20
1.6.1.2. El Método Deductivo:	20
1.6.1.3. El Método Dogmático:	20
1.6.1.4. El Método Histórico:	20
1.6.2. Métodos específicos	20
1.6.2.1. El Método de la observación	20
1.6.2.2. El Método estadístico:	21
1.6.3. Técnicas.....	21
1.6.3.1. Documentales o bibliográficas:	21
1.6.3.2. Fichaje:	21

1.6.3.3.	Encuestas:	21
1.6.3.4.	Observación:	21
1.6.4.	Instrumentos.	21
1.6.5.	Análisis estadísticos de los datos.	22
CAPITULO II.....		23
LA PRUEBA PROHIBIDA DESDE LAS PERSPECTIVAS LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.		23
2.1.	Consideraciones preliminares.....	23
2.1.1.	Derecho procesal, fundamentos básicos.....	23
2.1.2.	Derecho Procesal Penal, como producto de dos tendencias históricas.....	26
2.1.3.	El proceso penal y su definición en la doctrina	27
2.1.4.	Los sistemas legales, <i>Common Law</i> y <i>Civil Law</i> y el proceso penal.	29
2.1.5.	Sistemas procesales en relación con el proceso penal.....	32
2.1.6.	Modelos procesales y sus aspectos generales.....	35
2.1.7.	La prueba, como eje central del proceso en general y en particular del ámbito penal. 36	
2.1.8.	Constitucionalización del proceso penal	39
2.1.8.1.	Modelo constitucional	40
2.2.	Teoría de la Prueba Prohibida, fundamentos.....	41
2.2.1.	Origen del término “Prueba Prohibida”.....	41
2.2.2.	Concepciones amplias y restrictivas, doctrina nacional y extranjera	44
2.2.3.	Definición concreta de Prueba Prohibida	45
2.2.3.1.	Precisiones acerca del término y momento de la vulneración	46
2.2.4.	Efectos de la prueba prohibida en el proceso penal, admisión y valoración o inutilizabilidad y exclusión.....	47
2.2.5.	Fundamento de la regla de exclusión, <i>deterrent effect</i> o primacía de los derechos fundamentales.....	49
2.2.5.1.	Alcances de la prohibición probatoria.....	51
2.2.5.2.	¿Cualquier vulneración de derechos fundamentales implica la aplicación de la regla de exclusión?.....	52
2.2.6.	Prueba irregular, su distinción con prueba prohibida y sus efectos.....	53
2.3.	El desarrollo de las excepciones ante prueba prohibida y derivada	56
2.3.1.	Excepciones aplicadas a la regla de exclusión y la teoría del fruto del árbol envenenado	56
2.3.1.1.	Cuando es beneficiosa al imputado, pro reo, in bonam partem o in utilibus. 56	
2.3.1.2.	La buena fe (Good faith exception)	59
2.3.1.3.	La fuente independiente (independent source doctrine)	63

2.3.1.4.	Error inocuo	65
2.3.1.5.	Teoría de la “bandeja de plata”.	67
2.3.1.6.	Descubrimiento inevitable (inevitable Discovery doctrine) o hallazgo inevitable	68
2.3.1.7.	Teoría del riesgo.....	71
2.3.1.8.	La ponderación de intereses o principio de proporcionalidad (balancing test doctrine)	73
2.3.1.9.	Conexión de antijuricidad	78
2.3.1.10.	Nexo causal atenuado o del tinte diluido.	81
2.3.1.11.	Cuando es beneficiosa al imputado.....	82
2.3.1.12.	Destrucción de la mentira del imputado	83
2.3.1.13.	Renuncia del interesado	84
2.3.1.14.	La “plain view doctrine” y los campos abiertos	84
2.3.1.15.	Prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena.....	85
2.3.2.	Otras excepciones	87
2.3.2.1.	Estado de necesidad	87
2.3.2.2.	Testimonios dotados de voluntad autónoma.....	88
2.3.2.2.1.	Seguridad pública:	89
2.3.2.3.	Las excepciones a la regla de exclusión y la protección estatal a la ciudadanía, derecho penal del enemigo	89
2.4.	Alcances de la teoría de la prueba prohibida en el Perú	91
2.4.1.	Precisiones acerca del modelo procesal peruano y la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso.....	91
2.4.1.1.	El derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional como principios rectores del proceso penal.....	96
2.4.1.2.	Rasgos fundamentales, de la prueba, derecho a la prueba y límites constitucionales.	99
2.4.2.	Configuración constitucional y legislativa de la prueba prohibida	103
2.4.3.	La Constitución y la prueba prohibida	104
2.4.4.	Configuración legal en el Código Procesal Penal de 2004.....	106
2.4.4.1.	Fundamento de la regla de exclusión en el Perú	108
2.4.4.2.	La regulación de las excepciones a la regla de exclusión, legislación o jurisprudencia	108
2.4.5.	Desarrollo de la doctrina en el Perú.....	114
2.4.6.	Jurisprudencia nacional al respecto	114
2.4.6.1.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la prueba prohibida	115
2.4.6.2.	Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal - Trujillo	118

2.5.	En el derecho comparado	121
2.5.1.	Prueba Prohibida en España, origen, regulación legal y jurisprudencia relevante 122	
2.5.2.	Prueba Prohibida en Alemania.....	123
2.5.3.	Prueba Prohibida en Argentina, Chile y Colombia.....	124
2.5.4.	Estados Unidos.....	125
CAPITULO III		127
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O PONDERACIÓN ORIENTADO AL ANÁLISIS DE LA PRUEBA PROHIBIDA.....		127
3.3.	Origen del principio de proporcionalidad en el Perú y fundamento constitucional. 127	
3.4.	Precisiones acerca de la ponderación, principio de proporcionalidad y el test de proporcionalidad	129
3.5.	Proporcionalidad, test de proporcionalidad y razonabilidad	131
3.6.	Fases del Test de Ponderación.....	134
3.6.1.	El Sub Principio de Idoneidad:.....	137
3.6.2.	El Sub Principio de Necesidad:	139
3.6.3.	El Sub Principio de Proporcionalidad:	139
3.7.	Los fines del principio de proporcionalidad	140
3.8.	El principio de proporcionalidad, criticas, acerca de su subjetividad	141
3.9.	Derechos fundamentales en el ámbito de la prueba prohibida	142
CAPITULO IV		147
ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JUSTIFICANTES PARA CONFIGURAR LA EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA		147
4.2.	Resultados del análisis jurisprudencial:.....	147
4.2.1.	Sentencias de la Corte Suprema.....	147
4.2.2.	Sentencias del Tribunal Constitucional.....	171
4.3.	Resultados del Análisis de la opinión de operadores jurídicos	179
CAPÍTULO V		186
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....		186
5.1.	DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	186
5.1.1.	Discusión sobre el objetivo: “Conocer la institución jurídico procesal de la prueba prohibida desde las perspectivas legal, jurisprudencial y doctrinal”.....	186
5.1.2.	Discusión sobre el objetivo: “Comprender el principio de proporcionalidad o ponderación orientado al análisis de la prueba prohibida”.	188
5.1.3.	Discusión sobre el objetivo: “Analizar los criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida”.	190
5.2.	RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES	192

5.2.1. Respecto a la Variable independiente: La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación.....	192
5.2.2. Respecto a la Variable dependiente: Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida.	193
5.3. CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS	196
CONCLUSIONES.....	197
RECOMENDACIONES	199
Bibliografía.....	201
Anexos.....	207
1. Cuestionario de encuesta aplicado a 50 operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque	207
2. Cuestionario de la Entrevista : Manuel Miranda Estrampes	209
3. Proyecto de Ley	215

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Análisis de las sentencias obtenidas del sistema de información judicial del Poder Judicial.....	147
Tabla 2: Análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional accedidas a través del portal institucional	171
Tabla 3: Resultado del ítem 1 de la encuesta:	179
Tabla 4: Resultado del ítem 2 de la encuesta.....	180
Tabla 5: Resultado del ítem 3 de la encuesta.....	181
Tabla 6: Resultado del ítem 4 de la encuesta.....	182
Tabla 7: Resultado del ítem 5 de la encuesta.....	183
Tabla 8: Resultado del ítem 6 de la encuesta.....	184
Tabla 9: Contrastación entre la hipótesis inicial y la hipótesis conclusiva	196

INDICE DE GRAFICOS

Ilustración 1: Gráfico porcentual de la Tabla N° 3.....	180
Ilustración 2: Gráfico porcentual de la tabla N° 4	181
Ilustración 3: Gráfico porcentual de la tabla N° 5	182
Ilustración 4: Gráfico porcentual de la tabla N° 6	183
Ilustración 5: Gráfico porcentual de la tabla N° 7	184
Ilustración 6: Gráfico porcentual de la tabla N° 8	185

RESUMEN

La investigación se orienta al análisis de la institución procesal denominada prueba prohibida, partiendo de la existente regla de exclusión y la ausencia de uniformidad de criterios respecto de la aplicación de las excepciones a la regla ya referida, y busca proponer que en los casos en que el órgano jurisdiccional se encuentre ante prueba prohibida (ilícita), se determine su exclusión o valoración en el caso concreto, ineludiblemente a través del test de ponderación, mecanismo ideal para la solución de “conflictos” entre derechos fundamentales, observándose aspectos propios del test, como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, entre el derecho o derechos fundamentales violados y la búsqueda de la verdad; adicionalmente la características del delito como: la complejidad, la lesividad, la gravedad del hecho imputado, su relevancia e intereses públicos en juego, dotándose así, de predictibilidad los criterios asumidos por los tribunales de justicia a la vez que se atenuaría la sensación de impunidad en los ciudadanos, al motivarse la decisión judicial expresamente acerca de los criterios asumidos, predominando el derecho fundamental vulnerado excluyéndose la prueba o valorándola en virtud de la superioridad del interés público en la persecución del delito y búsqueda de la verdad luego de efectuado el test de ponderación en el caso concreto.

Palabras Claves: Test de Proporcionalidad, Regla De Exclusión, Prueba Prohibida, Excepciones a la regla de exclusión.

ABSTRACT

The investigation is oriented to the analysis of the procedural institution called prohibited evidence, starting from the existing rule of exclusion and the absence of uniformity of criteria regarding the application of the exceptions to the aforementioned rule, and seeks to propose that in cases where the court is faced with prohibited evidence (unlawful), its exclusion or assessment is determined in the specific case, inescapably through the proportionality test, ideal mechanism for the solution of "conflicts" between fundamental rights, observing aspects of the test, as the suitability, necessity and proportionality proper, between the right or fundamental rights violated and the search for truth; Additionally, the characteristics of the crime such as: the complexity, the lesividad, the gravity of the imputed fact, its relevance and public interests at stake, thus providing the criteria assumed by the courts of justice, while at the same time attenuating the feeling of impunity. in the citizens, when the judicial decision is expressly motivated by the criteria adopted, the fundamental right predominated, excluding the evidence or valuing it by virtue of the superiority of the public interest in the prosecution of the crime and the search for the truth after carrying out the proportionality test in the specific case.

Key Words: Proportionality Test, Exclusion Rule, prohibited evidence, prohibited proof, exceptions to the exclusion rule.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo y la claridad de las instituciones procesales resultan ser de gran importancia puesto que permiten no solo la debida estructuración de las reglas, sino también, su apropiado entendimiento y correcta aplicación; así entonces, considerando que esta investigación tiene como objeto de estudio la prueba prohibida y la problemática suscitada en cuanto a su aplicación, surge la necesidad de verificar en esta investigación, la actual percepción sobre prueba prohibida en sentido amplio así como en el específico, las teorías que abordan su tratamiento, además, con especial atención la regla de exclusión así como las excepciones a tal regla, entre otros aspectos que facilitarán la comprensión del enfoque de la cuestión.

En ese contexto es que se proyectó esta labor académica siendo el principal cuestionamiento formulado de la siguiente manera: ¿De qué manera la superación del test de proporcionalidad aplicado a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales podría constituirse como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?, la misma que se constituye en el eje del desarrollo de los contenidos y la obtención de resultados y discusión de la tesis hoy presentada.

En base a la interrogante incorporada se ha podido conocer y comprender las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida, tanto las proporcionadas por la jurisprudencia norteamericana y la doctrina extranjera en general, con la finalidad de proponer la existencia de una única excepción a la exclusión de la prueba prohibida para incrementar el desarrollo teórico doctrinario de la prueba prohibida, su incorporación como medio probatorio en un proceso penal y su respectiva valoración por parte del juzgador.

En base a esta puntualización es que se construye la primera postura respecto al tema tomando forma la hipótesis inicial que indica: Si, la superación del test de proporcionalidad justifica que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales sea valorada; entonces, ello servirá de fundamento para su consideración como la única excepción a la regla de exclusión, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el proceso penal.

Siendo la intención de verificar la viabilidad de esta postura *a priori*, se marcaron las metas que debieran servir de guía para la incorporación de la información necesaria y datos de la realidad jurídica que permitieran contrastar la hipótesis planteada, es decir se estructuró la tesis en base a los objetivos específicos que procuraron el destino de cada uno de los capítulos.

En primer lugar, se observa el desarrollo del Capítulo I, cuyo contenido se relaciona estrictamente con el aspecto metodológico que ha seguido la investigación, marcando las pautas que orientaron su desarrollo, haciendo uso de los métodos y técnicas necesarias para conseguir la verificación de la validez de la propuesta.

Seguidamente en el Capítulo II, se ha desarrollado contenidos relacionados con el primer objetivo específico: Conocer la institución jurídico procesal de la prueba prohibida desde las perspectivas legal, jurisprudencial y doctrinal, labor que facilitó la comprensión de esta figura jurídica, concepción que será llevada hacia la discusión a fin de encontrar un encaje correcto con la realidad que se ha logrado apreciar sobre su estructura legal y su utilización.

Luego en el Capítulo III, en base a la meta señalada por el objetivo específico segundo: Comprender el principio de proporcionalidad o ponderación orientado al análisis de la prueba prohibida, la investigación se ha servido de la percepción que otorga la doctrina jurídica a fin de desarrollar un segmento que permita establecer la importancia del análisis desde la perspectiva del equilibrio de las reglas en el ordenamiento jurídico a fin de viabilizar la tarea del control social que le corresponde al Derecho como ciencia.

Ya en el Capítulo IV, la sección de Análisis y Resultados se ha orientado en función al objetivo específico tercero: Analizar los criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida; llegando con ello a observar la realidad jurídica que se aprecia respecto a la valoración de la prueba prohibida en la práctica procesal resultados que han sido puestos en un mismo plano con la información teórica obtenida, surgiendo de este modo la correspondiente discusión sobre cada uno de los objetivos específicos realizada en el Capítulo V referente a la contrastación de la hipótesis dando como resultado una hipótesis final o conclusiva, la cual indica: La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación deberá ser valorada, a fin de suplir la variedad de excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia nacional, pues genera inseguridad jurídica al no coincidir con el esquema procesal penal peruano; posición sobre la cual se ha podido arribar a las conclusiones y recomendaciones que constituyen el aporte de la investigación, lo cual se presenta al criterio evaluador del jurado de tesis.

EL AUTOR.

CAPITULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS.

1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1.1. Planteamiento del problema.

La problemática se enfoca especialmente en el derecho procesal penal, en lo relativo a la denominada prueba prohibida, la regla de exclusión y las excepciones a dicha regla, su aplicación y tratamiento, en el proceso penal peruano.

Inicialmente debe precisarse que, mediante Decreto Legislativo N° 795, promulgado el 28 de julio de 2004 se crea el “nuevo” Código Procesal Penal, introduciéndose en el Perú, un nuevo sistema procesal penal opuesto al que inspirara el anterior Código de Procedimientos Penales de 1940 de corte inquisitivo; introduciéndose uno “acusatorio, contradictorio, predominantemente oral de origen europeo continental, como se definiera en el fundamento jurídico 2.9 del Acuerdo Plenario N° 5-2012; básicamente se trata de un sistema procesal acusatorio en tanto que hay una separación de roles, entre la función persecutoria y decisoria, es decir quien acusa no es más el que condena; contradictorio, que por su parte implica igualdad en las prerrogativas y oportunidades de las partes y sus posiciones dentro del proceso, entre otros rasgos prevalentes que lo caracterizan, como son: el garantismo, la oralidad, adversarialidad, etc.

En razón al sistema procesal adoptado, se concibe la finalidad del proceso penal como la búsqueda de la verdad material –propio del sistema *Civil Low*-, esto es, el esclarecimiento de los hechos como condición *sine qua non* para alcanzar la justicia y no así, la verdad formal en la que se prioriza la solución del conflicto prescindiendo en algunos casos, incluso, del esclarecimiento de los hechos, concepto propio del sistema *Common Low*.

Así, entonces, la prueba dentro del proceso penal se constituye como aquella que gesta en el juez la certeza de haber alcanzado la verdad, declarándose la responsabilidad penal del sometido a la maquinaria estatal u opuestamente su absolución, a su vez que se convierte en la única vía posible para lograr la finalidad del proceso.

Es tal, la importancia de la prueba para fundamentar la decisión judicial, que es considerada como garantía de proscripción de la arbitrariedad en las decisiones judiciales, además que incluso el juez –si lo considera- discrecionalmente puede actuar prueba de oficio. Asimismo, es necesario precisar, que entre los principios que rigen la actividad probatoria que consagra el Nuevo Código Procesal Penal, tenemos: la libertad de prueba, la pertinencia, conducencia, utilidad, necesidad, licitud de los medios probatorios, entre otros.

Por otro lado, también cuenta con límites, si bien nuestro Código Procesal, ampara la libertad probatoria, esta debe ser obtenida lícitamente, lo que implica que para su obtención no se haya vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales *contrario sensu*, se trataría de prueba prohibida, así en la Constitución Política peruana encontramos catalogados expresamente como prueba prohibida, las contenidas en el artículo 2° inciso 10), respecto de los documentos privados que sean abiertos, interceptados, etc. sin autorización judicial motivada, así también, el artículo 2°, inciso 24, literal h), en cuanto a las declaraciones obtenidas por violencia, la tortura o tratos humillantes.

En ese orden, el Código Procesal Penal de 2004 respecto de la prueba prohibida, en los artículos VIII del Título Preliminar y en el artículo 159° se encuentra positivizada la exclusión de toda prueba que se haya obtenido con vulneración a los derechos fundamentales de la persona, no pudiendo además, el juez utilizarla directa o indirectamente, ni así tampoco la que se deriva de ella, que se conoce como la doctrina del fruto del árbol envenenado, lo que implica que nuestro sistema ha asumido la posición de la rígida “regla de exclusión”. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico recoge la institución de la prueba prohibida, como sanción a la obtención de la prueba con vulneración de los derechos fundamentales, siendo así, queda claro, que la verdad judicial no puede ser obtenida a cualquier precio.

No obstante, la jurisdicción nacional ha incorporado, principalmente, de la jurisprudencia norteamericana y también europea, en menor grado, numerosas excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, entre ellas, las establecidas en el Acuerdo plenario de Jueces Superiores de 2004, realizado en la ciudad de Trujillo denominado “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, son: la de buena fe, cuando es beneficiosa al imputado, la de destrucción de la mentira del imputado, teoría del riesgo y la ponderación de intereses.

El acuerdo plenario en cuestión contraviene en líneas generales los preceptos regulados en el Código Procesal Penal, establece también como acuerdo mayoritario que, las excepciones no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser desarrolladas por la jurisprudencia, además, sin considerar que la jurisprudencia desarrollada en sistemas como el norteamericano, distan del sistema eurocontinental que adoptó nuestro ordenamiento jurídico, al igual que su fundamento de concepción.

En ese orden de ideas, se ha emitido variada jurisprudencia nacional a favor de la regla de exclusión, como en los casos Caso Serpost, Caso el Polo I, Caso Petroaudios, entre otros; y jurisprudencia a favor de las excepciones a la regla, entre ellas Caso Vladivideos, Caso Agendas de Nadine, etc. tomando como base los supuestos extraídos de la jurisprudencia extranjera, adoptándose así, líneas jurisprudenciales a favor de las excepciones a la regla, en líneas generales, por ejemplo, resalta en los últimos meses la uniformidad jurisprudencial de la Corte Suprema en cuanto a la prevalencia del interés público sobre el privado; sin embargo, se advierten algunos fallos contradictorios, en casos en los que concurren presupuestos similares, en los que contrariamente al criterio jurisprudencial ya delineado, se ha fallado a favor de la exclusión de la prueba sin mediar reparo alguno.

Verificándose que se está atentando contra el principio de predictibilidad de los pronunciamiento jurisdiccionales, afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que haría necesaria, una regulación distinta de la prueba prohibida, en el ordenamiento jurídico nacional, puesto que al ser las decisiones judiciales fundamentadas en la doctrina ante la expresa regla de exclusión en la ley adjetiva, su exclusión o no, queda sujeta a la absoluta discrecionalidad de los jueces, supuesto que al tratarse de un aspecto medular como lo es el probatorio, aún con vulneración de derechos fundamentales, no puede recaer de ningún modo en la jurisprudencia y doctrina extranjera más aún si esta no es uniforme y pone en peligro la predictibilidad de sus decisiones.

Lo señalado en el párrafo anterior, no solo se atenta contra la seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales, sino, además, zozobra en la ciudadanía a la vez que produce sensación de impunidad e inseguridad, pérdida de credibilidad en el sistema de justicia, incluso también contra el derecho de defensa.

En resumen, el problema surge en tanto no existe un criterio uniforme en el tratamiento de la prueba prohibida, en cuanto a si acogemos la rígida regla de exclusión de la prueba prohibida o nos decantamos por sus excepciones, y si fuera por éstas últimas, por ¿cuál de ellas?, tomando en consideración la pluralidad de excepciones existentes en la jurisprudencia y que son utilizadas por los magistrados e invocadas por los litigantes.

En consecuencia, si bien es cierto que, para alcanzar la justicia, es ineludible que el proceso debe estar orientado a la búsqueda de la “verdad” y ésta, solo debe ser alcanzada a través de prueba legítimamente obtenida. No es menos cierto, que razonablemente, en determinados casos, puede admitirse la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de medios probatorios, no obstante, se verifica la ausencia de un parámetro acorde con el sistema Constitucional de Derecho que adoptamos y también con el modelo procesal de nuestro país, que permita establecer cuándo se procederá a aplicar la regla de exclusión de la prueba prohibida y en qué situaciones se determinará su excepción.

Respecto a ello, debe agregarse que nuestro ordenamiento jurídico incorporó el test de proporcionalidad o de ponderación y ha desarrollado sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicho. La idoneidad exige que la medida a adoptar deba ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos. El de necesidad implica que, en el caso concreto, no se hubiese podido elegir otra medida menos gravosa que tengan la misma efectividad, y el subprincipio de proporcionalidad importa que la intensidad de la lesión sea proporcional a la gravedad de la infracción cometida.

Así también, dentro de las excepciones a la regla de exclusión antes mencionadas, la doctrina alemana ha desarrollado la excepción de ponderación de intereses, ello aplicado a la prueba de prohibida resultaría un filtro adecuado para la admisión de medios probatorios obtenidos con vulneración de derechos fundamentales.

Todo ello, nos lleva a formularnos las siguientes interrogantes: ¿Qué se entiende por derechos fundamentales?, ¿cuáles son los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución política nacional?, ¿Existen límites a los derechos fundamentales?, ¿Qué es un proceso penal?, ¿Cuáles son las etapas del proceso penal?, ¿Qué es la prueba?, ¿Cuántas clases de prueba hay?, ¿Qué entendemos por prueba prohibida?, ¿Es lo mismo prueba prohibida que prueba ilícita?, ¿cuándo una prueba afecta los derechos fundamentales?, ¿Qué son las reglas de exclusión de la prueba prohibida?, ¿en qué consiste la teoría del árbol envenenado?, ¿Existen excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida?, ¿Cuál es el tratamiento doctrinario que existe en el Distrito Judicial de Lambayeque sobre la prueba prohibida?, ¿Cuál es la posición doctrinaria mayoritaria sobre la prueba prohibida?, ¿Cuáles son las teorías que abordan el tratamiento de la prueba prohibida?, ¿Existen procesos

judiciales en el Distrito Judicial de Lambayeque en la que se haya efectuado la prueba prohibida?, ¿En qué consiste el test de ponderación?, ¿Qué es el sub principio de idoneidad?, ¿qué se entiende por el sub principio de necesidad?, ¿en qué consiste el sub principio de proporcionalidad?, preguntas todas que serán absueltas en el desarrollo de la investigación.

1.1.2. Formulación del problema.

¿De qué manera la superación del test de proporcionalidad aplicado a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales podría constituirse como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

1.2.1. Justificación del estudio.

El presente trabajo de investigación se justifica en tanto proporcionará alcances actuales acerca de la prueba en el proceso penal, así como también, la prueba prohibida y su tratamiento como la regla de exclusión y sus excepciones, entre otros aspectos relevantes que se abordarán en el desarrollo de la investigación.

Del mismo modo, se justifica dado que permitirá conocer y comprender las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida, tanto las proporcionadas por la jurisprudencia norteamericana y la doctrina extranjera en general, con la finalidad de proponer la existencia de una única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida e incrementar el desarrollo teórico doctrinario de la prueba prohibida, su incorporación como medio probatorio en un proceso penal y su respectiva valoración por parte del juzgador.

1.2.2. Importancia del estudio.

La investigación es trascendental porque contribuirá a dilucidar la problemática en el tratamiento de la prueba, en especial de la prueba prohibida, su valoración en el proceso penal, máxime en los casos de alcance nacional, sobre todo los delitos de trascendencia y relevancia social, como por ejemplo corrupción de funcionarios, criminalidad organizada, lavado de activos, por la importancia del cargo de las personas que los cometen y porque la justicia nacional al estar en la mira de todos los peruanos, y la resolución de casos, en los que pese a existir pruebas ilícitamente obtenidas que demuestran la responsabilidad de su autor, y estas al ser declaradas pruebas prohibidas se ordena su exclusión de manera obligatoria del proceso penal, la persona procesada queda libre y deja la sensación en la sociedad de impunidad y que la justicia es inexistente en el país, o que la magistratura es corrupta. En consecuencia, genera un clima de inseguridad y poca credibilidad a la administración de justicia.

Es por ello que la investigación pretende establecer un criterio ineludible para determinar la aplicación de la regla de exclusión o *contrario sensu* se estime como una excepción a dicha regla, es decir, como es que una prueba prohibida la superar los criterios del test de ponderación o proporcionalidad a través de sus tres sub principios o juicios como es de idoneidad, necesidad y proporcionalidad pueda ser considera como prueba pertinente y por lo tanto ser valorada por parte del juzgador penal, contribuyendo con ello en la solución de los mencionados procesos de trascendencia nacional, en la actuación ante prueba prohibida.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo General.

Analizar la procedencia de que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales al superar el test de ponderación puede constituirse como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida.

1.3.2. Objetivos Específicos.

1. Conocer la institución jurídico procesal de la prueba prohibida desde las perspectivas legal, jurisprudencial y doctrinal.
2. Comprender el principio de proporcionalidad o ponderación orientado al análisis de la prueba prohibida.
3. Analizar los criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida.

1.4. HIPÓTESIS.

Si, la superación del test de proporcionalidad justifica que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales sea valorada; entonces, ello servirá de fundamento para su consideración como la única excepción a la regla de exclusión, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el proceso penal.

1.5. VARIABLES.

1.5.1. Variable independiente.

La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación

1.5.2. Variable dependiente.

Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida

1.6. Métodos.

1.6.1. Métodos generales:

1.6.1.1. El Método Inductivo:

El método inductivo es aquella orientación que va de los casos particulares a lo general, y que en esta investigación se ha desarrollado con el fin de que los datos o elementos individuales, por semejanza, se sintetizan para llegar a un enunciado general, que explica y comprende a esos casos particulares.

1.6.1.2. El Método Deductivo:

El método deductivo es aquella orientación que va de lo general a lo específico; el cual ha sido utilizado con el fin de lograr desentrañar un enunciado general en partes o elementos específicos

1.6.1.3. El Método Dogmático:

Se ha hecho uso de este método con el fin de suministrar un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis.

1.6.1.4. El Método Histórico:

Está vinculado al conocimiento de las distintas etapas del objeto de estudio, se utilizó para conocer la evolución y desarrollo de dicho objeto de investigación e identificar las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales.

1.6.2. Métodos específicos

1.6.2.1. El Método de la observación

A través del método de la observación se pudo apreciar el proceder y actuar de los operadores del derecho, es decir de los jueces, Fiscales y abogados litigantes del Distrito Judicial de Lambayeque.

1.6.2.2. El Método estadístico:

A través de este método se logró manejar adecuadamente los datos estadísticos obtenidos de la encuesta aplicada a Jueces, Fiscales y Abogados litigantes del Distrito Judicial de Lambayeque, así como también sobre las resoluciones judiciales en las que se haya resuelto sobre pruebas prohibida, regla de exclusión y sus excepciones.

1.6.3. Técnicas

1.6.3.1. Documentales o bibliográficas:

Han sido utilizadas para llevar a cabo la revisión y el análisis de las obras relacionadas con el tema objeto de estudio, siendo aplicable a todas las fases de la presente investigación. La información requerida fue obtenida de las Bibliotecas Especializadas de las Facultades de Derecho locales, páginas Web y de la biblioteca personal del autor.

1.6.3.2. Fichaje:

Para la elaboración del marco teórico, se emplearon las siguientes clases de fichas: Bibliográficas, textuales, resumen, comentario y mixtas; elaboradas a lo largo de las diversas fases de la investigación, incluso desde antes de la elaboración del proyecto de investigación.

1.6.3.3. Encuestas:

De igual forma, se utilizó la técnica indirecta de la aplicación de cuestionarios y obtención de estadísticas que se elaborarán tomando en cuenta las informaciones teóricas.

1.6.3.4. Observación:

Técnica que ha permitido apreciar cómo se desenvuelve el fenómeno estudiado; a través de ella se llega a conocer la cantidad de casos en los que se ha utilizado la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida.

1.6.4. Instrumentos.

Para lograr la confiabilidad y la validez de los resultados que se obtuvieron a través de la aplicación de las técnicas de investigación descritas, se recurrió a dos instrumentos de recolección de datos; por un lado, se hizo uso de las fichas de investigación, cuya técnica es el fichaje, la misma que ha permitido acceder a las diversas teorías y posiciones académicas

expresadas en torno a cada una de los temas de estudio a que se refiere el marco teórico, con lo que se dará sustento al logro del objetivo general y, consiguientemente, a la respectiva conclusión y recomendación; de otro lado, se tiene la ficha de registro, que nos permitirá la extracción de datos relevantes contenidos en el marco teórico desarrollado y por cuyo intermedio se ha logrado plasmar los datos conducentes a la objetivación del marco empírico a desarrollarse, convirtiendo las respuestas de los encuestados en información conducente a la validación de la hipótesis.

1.6.5. Análisis estadísticos de los datos.

La información obtenida y almacenada en la matriz de datos va a ser introducidos a un procesador informático, siendo de uso indispensable también los programas de computadora Microsoft Word y Excel.

CAPITULO II

LA PRUEBA PROHIBIDA DESDE LAS PERSPECTIVAS LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.

En el presente capítulo, como preludeo y con miras a abarcar didácticamente la temática propuesta, inicialmente, se abordarán conceptos previos, tales como: “proceso”, “proceso penal”, “sistema procesal”, “prueba” y afines, que permiten adentrarse en el estudio aplicado de la prueba prohibida como institución procesal, así también la problemática referente a las excepciones de la regla de exclusión, todo ello, según los fines de la investigación será desarrollado, desde las perspectivas doctrinal, legal y jurisprudencial, nacional y extranjera. Permitiendo, por un lado, conocer la institución procesal, para luego inferir, la pertinencia de su regulación en el Perú y proponer potencialmente, un cambio respecto de su tratamiento.

2.1. Consideraciones preliminares

2.1.1. Derecho procesal, fundamentos básicos.

Se hace necesario el tratamiento de aspectos puntuales referidos al derecho procesal, en tanto, la problemática abordada se desarrolla en el marco de un proceso penal, en ese sentido, los lineamientos que determinen su esencia y configuración derivan de los fundamentos del derecho procesal. Debemos precisar, que no ahondaremos en la teoría general del proceso, era de ineludible tratamiento hacer referencia inicialmente a una concepción amplia del derecho procesal como antesala al desarrollo de la presente investigación

En cuanto al concepto de derecho procesal, Davis Echandía, parte de la premisa de la razón de ser del derecho procesal, para quien surge como respuesta, a la problemática derivada de los conflictos sociales, que le son inherentes a la humanidad, depositándose en el Estado, la facultad de solucionarlo (Davis Echandía, 2000, pág. 39).

Así, para el autor, el derecho procesal, es entonces, aquel conjunto de normas cuyo objeto de regulación es la actividad jurisdiccional del Estado, así como, establecer los parámetros y pasos a seguir para la obtención de la actuación del derecho positivo en conflicto y la determinación de reglas de participación de los sujetos procesales que intervienen en aquel

(Davis Echandía, 2000, pág. 41). Concepción que es seguida mayoritariamente por la doctrina.

San Martín (2014), ampliando el concepto, señala: “El Derecho Procesal regula la actividad jurisdiccional del Estado, comprendiendo no solo los requisitos y efectos del proceso, sino también la conformación y actuación de los órganos jurisdiccionales” (pág. 3), en tanto, sostiene que el derecho procesal no solo se compone de normas que regulan el proceso como tal, igualmente forman parte de él, las normas que denomina “orgánicas” que regirán su estructura, funciones, constitución y afines de los órganos jurisdiccionales, distinguiendo en suma, entre derecho procesal propiamente dicho y derecho de organización judicial (San Martín, 2014, p.3), postura seguida también por Faustino Cordon, como cita el autor, a su vez compartida por Hugo Alsina, Echandía y Chioyenda.

Queda claro que en el Estado recae la facultad de solucionar los conflictos a través de la actividad judicial, que además regula, y no solo en el plano del proceso mismo, sino también de sus órganos jurisdiccionales. Si bien, en otras materias existen medidas alternativas distintas al proceso para solucionar las controversias, que podrían opacar la definición esbozada, en tanto alejan del Estado esa facultad; en materia penal, es el Estado el que ejerce el monopolio de la solución de conflictos, dicho esto, procedemos a revisar alguna de las características del proceso.

San Martín (2014), al respecto, destaca: se trata de “un derecho instrumental, autónomo, público y no convencional” (p.4); recogiendo la postura de Cortéz Domínguez, instrumental, en tanto según, sirve para la tutela de los derechos; autónomo en razón a que no está subordinada al derecho material, sino más bien lo tutela (San Martín Castro C. , 2014, págs. 5-6). En el mismo sentido, Ovalle, siguiendo a Calamandrei, agrega al respecto, que el derecho procesal no es un fin en sí mismo, es más bien un medio para efectivizar el derecho sustancial (Ovalle Favela, 2005, pág. 41).

Se trata de un derecho autónomo, según Ovalle, ya que, hoy en día, si bien una de las características como se ha señalado anteriormente es la instrumentalidad, la ciencia procesal, cuenta con sus propios principios, teorías, doctrinas e instituciones, ello gracias al desarrollo teórico de los grandes procesalistas, la ciencia del derecho procesal ha obtenido no solo

autonomía científica, sino legislativa y académica, hoy es una rama independiente, con su propio contenido (Ovalle Favela, 2005, págs. 42-43).

El autor, precisa, es de derecho público, porque regula una actividad del Estado, la jurisdiccional, el proceso, que está revestido adicionalmente de “unilateralidad, imperatividad y coercibilidad” (Ovalle, 2005, p.40). Por su parte, Davis Echandía, H, señala, que se trata de normas de orden público y la autonomía de la voluntad no puede variar sus presupuestos, pues se trata de normas imperativas (Echandía, 2000, p.41), en el mismo sentido, San Martín, acota, que, tienen carácter irrenunciable, en tanto las partes no pueden actuar de modo distinto al establecido por la ley. (San Martín, 2014, p.4).

Es importante destacar, sobre todo, la característica de la no convencionalidad del derecho procesal, como desarrolla, San Martín (2014) citando a Asencio Mellado:

El derecho procesal tiene una naturaleza imperativa, no es convencional, de ahí la vigencia del principio de legalidad procesal y la no aceptación del principio de autonomía de la voluntad. De ello se deducen dos consecuencias: La primera, la exclusión del proceso convencional, de modo que el proceso se rige por normas legales a las cuales deben someterse el órgano jurisdiccional y las partes; la segunda, el carácter no dispositivo de las reglas que regulan el proceso y su actividad que son de aplicación necesaria (pág. 5).

En cuanto a las características del derecho procesal, consideramos que, en efecto, no podrían satisfacerse las pretensiones, ni garantizarse la vigencia de los derechos surgidos de la ley sustantiva, sin un mecanismo que la efectivice, y es ahí, donde el derecho procesal toma protagonismo, como un derecho instrumental, denominación que no implica de modo alguno, que sea un derecho subsidiario o secundario, por el contrario, como hemos referido, se trata de un derecho autónomo, consecuencia del avance de la ciencia procesal, que hoy en día, cuenta con lineamientos independientes que hace el derecho procesal tan igual que el derecho sustantivo.

Respecto del carácter público, se desprende de su propia esencia, en tanto que regula, una actividad del Estado, de naturaleza imperativa y oponible a todos los sujetos. Y finalmente el carácter de no convencionalidad, que consideramos uno de los más trascendentes, pues, establece como pilar fundamental de este derecho, la legalidad procesal, es decir la

prevalencia de las normas que regulan la actividad judicial, que además tienen carácter obligatorio, donde la autonomía de la voluntad no tiene injerencia y que no están dirigidas únicamente a las partes, sino también a los órganos jurisdiccionales. Lo que implica que, la aplicación de las instituciones procesales, y el desarrollo del proceso en general debe estar regulado, caso contrario, se estaría ante la vulneración flagrante de este principio, abriendo paso a una actuación arbitraria por parte de la jurisdicción además de indefensión en las partes, contraviniendo los principios de un Estado de Derecho.

En suma, es innegable la importancia del derecho procesal, puesto que, como señala Davis Echandía (2000), “(...) sin organización jurisdiccional no puede haber orden social ni Estado de derecho, y aquélla no se concibe sin el derecho procesal, así sea incipiente o rudimentario” (pág. 42), agrega también que es gracias al derecho procesal, que la justicia privada es desplazada y es más bien garantizada por el Estado, quien hará posible la solución de los conflictos y en consecuencia permitirá alcanzar la armonía y la paz sociales.

2.1.2. Derecho Procesal Penal, como producto de dos tendencias históricas

Este acápite se ocupará de encontrar una definición, en puridad, de derecho procesal penal, partiendo de las tendencias históricas que lo han inspirado en su discurrir histórico. Es importante resaltar, mucho antes de la definición del derecho procesal penal y el proceso penal como tal, sus orígenes, al respecto, Binder (1999), dice: “Solemos leer en los libros de Derecho procesal penal que éste "sirve a la realización de la ley penal" señala que usualmente se dice sobre el derecho procesal penal: ‘sirve a la realización de la ley penal’” (pág. 41), sin embargo, considera que es una visión bastante limitada y superficial de la función real del derecho procesal penal.

El autor para analizar los orígenes de este derecho, parte de lo sostenido por Karl Mittermaier (1999), quien planteaba:

(...) la necesidad de fundar un sistema de procedimiento criminal que garantizara los intereses de la sociedad en la misma medida que los intereses de la libertad individual, generando seguridad en todos los buenos ciudadanos, al mismo que “inspirando un terror saludable a todos los enemigos del orden público (pág. 56).

Advierte que, para poder entender adecuadamente este derecho, debe considerarse que las concepciones del derecho procesal penal, así como del derecho penal, parten de un conflicto entre dos principales tendencias antagónicas, la primera, que busca la optimización de garantías, así como proteger principalmente la libertad y la dignidad frente al uso de la fuerza estatal y la segunda, fundamentalmente tiene como norte alcanzar la efectivización de la aplicación del poder punitivo, dejando claro que en un Estado de derecho, la eficiencia debe darse en los dos planos, es decir, orientado a un punto de equilibrio entre ambas, y el derecho procesal es un producto de ello (Binder, 1999, págs. 56-57).

Es de ver que las tendencias históricas a las que hace referencia el autor citado reflejan a las dos más importantes que han sido bautizadas por la doctrina como corrientes del derecho penal garantista y eficientista, las mismas que direccionan la percepción del derecho procesal penal.

De ello, podemos advertir que, que estas dos tendencias a las que hace referencia Binder, deben estar presentes, de tal manera que se garanticen los intereses públicos del Estado al igual que los intereses y sobre todo los derechos de las personas sometidas a un proceso de naturaleza penal, considerando además, que es la maquinaria estatal la que recae sobre el procesado, y el resultado del proceso, está vinculado a la privación de derechos de valor supremo, si bien lograr un equilibrio armónico entre estas dos tendencias es una ideal, toda regulación debe estar orientada a alcanzarlo.

Para entender las implicancias de la regulación de una institución procesal como la prueba prohibida, resulta prudente, tener claro, los orígenes, que inspiran la regulación de las instituciones procesales, y ello deviene justamente, de las tendencias esbozadas, las que tendrán distintos enfoques e inclinaciones de acuerdo con el modelo de Estado y forma de gobierno que se adopte, como en su momento precisaremos.

2.1.3. El proceso penal y su definición en la doctrina

Luego del recuento de los aspectos previos referidos al proceso penal, así como la descripción de las tendencias que históricamente lo han pautado, corresponde referirse a algunas definiciones de la doctrina, Neyra Flores (2010), al respecto, señala:

El derecho procesal penal es el conjunto de normas legales, necesarias, para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el derecho penal material. De esta forma, el derecho procesal penal regula la actividad procesal para la determinación en concreto de la responsabilidad penal y la imposición de las penas (pág. 267).

Igualmente, Clariá Olmedo & Vásquez Rossi (2004), recoge entre otras definiciones, la de Jürgen Baumann, para quien, derecho procesal penal "es el conjunto de las normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal" (pág. 36).

De las dos definiciones precisadas, podemos advertir que mantienen la misma línea, si bien existen, numerosas definiciones, la doctrina es uniforme, así, entonces, a efectos prácticos, consideramos más precisa, la recogida por San Martín, quien recurre a la concepción de Gomez Orbaneja, para quién, el derecho procesal penal será aquél conjunto de normas y principios que viabilizan la realización del derecho material penal, establecen las reglas a seguir del proceso mismo y la participación de las partes intervinientes, incluyendo la actividad judicial, que organiza y le establece parámetros de actuación durante todo el proceso (San Martín Castro C. , 2014, pág. 5), postura, seguida también por Clariá Olmedo & Vásquez Rossi

En esa misma línea, es pertinente apuntar entonces, una definición breve, de proceso penal como tal, que ampliaremos en los ítems subsiguientes, a efectos de iniciar formalmente el desarrollo investigativo. Siendo así, partimos de lo sostenido por San Martín (2014):

Podemos definir el proceso penal, desde un punto de vista descriptivo, como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se comprueba, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última (pág. 36).

Podemos notar que, al referimos al derecho procesal y ahora al derecho procesal penal, ambos conceptos al ser derecho, se dice que son un conjunto de normas, y que por su carácter procesal, regulan la actividad jurisdiccional del Estado para resolver conflictos, sin embargo, como ya hemos precisado, en materia penal y procesal penal, a diferencia de otra materia o rama del derecho, por la naturaleza del conflicto y su sanción, el Estado es el único

legitimado para su aplicación, efectivizando la ley penal a través del derecho procesal, exclusivamente a través del proceso, del que cuyo resultado por ser potencialmente lesivo a valores fundamentales, este proceso debe contar con garantías mínimas que amparen al procesado sometido a la maquinaria estatal en búsqueda de la solución del conflicto penal.

Debemos destacar la noción de legalidad existente en materia penal y procesal penal, la sanción a imponerse dentro de un proceso debe derivar de la incursión del procesado en los tipos penales previstos expresa e inequívocamente en la ley penal, en el mismo sentido, al igual que la sanción está prevista en la ley, el procedimiento para su imposición debe estar preestablecido también legalmente, caso contrario, sumiría en la indefensión absoluta a los procesados, erigiendo así, la arbitrariedad judicial como ente rector del ordenamiento jurídico, desnaturalizando la naturaleza del proceso y del Estado de Derecho.

La institución de la prueba prohibida no tiene una regulación precisa en el Perú, como veremos más adelante, sin embargo, ya desde este punto, planteamos, algunos conceptos que rigen el derecho procesal penal, y que deben regir el proceso, y el tratamiento de instituciones procesales en general, que muestran el camino en este estudio procesal que emprenderemos.

2.1.4. Los sistemas legales, *Common Law* y *Civil Law* y el proceso penal.

Ahora bien, la forma de regulación, funcionamiento, fines, y fundamentos del proceso dependerán del sistema legal que se acoja, en ese sentido, es necesario también, precisar algunas características importantes respecto de los sistemas legales, en tanto la institución de la prueba prohibida, la regla de exclusión y las excepciones que devienen de ella, surgen del sistema anglosajón; y el sistema legal nacional al que se ha “incorporado” es más bien, de tradición eurocontinental, en consecuencia, debemos describir puntualmente, entonces, los dos sistemas legales imperantes, *Civil Law*, Romano-Germánico o Ley Civil, y *Common Law*, Derecho Común o angloamericano.

Respecto al sistema *Common Law*, es pertinente tener en cuenta la forma didáctica en que Rabat Celis (2015) lo comenta:

La Ley Común o *Common Law* es aquella que no deriva de la legislación propiamente tal, sino que tiene su origen en las decisiones de los jueces. Se le conoce como la ley no escrita, o aquel cuerpo legal capaz de dar una

solución a cada situación como si simplemente no existiera estatuto alguno. Esto a su vez quiere decir que la Ley Común es decodificada, lo que se traduce en la inexistencia de un compilado de normas legales y estatutos como sucede en la Ley Civil (pág. 23).

Agrega Hernández (2017), al referirse al *stare decisis*:

[...] el derecho es de formación prevalentemente judicial (*judge made law*): rige la regla del *stare decisis*, por la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculado por los precedentes judiciales, o sea, por las sentencias dictadas por otros jueces al decidir casos análogos. Por eso son los jueces, y no el legislador, los que crean el Derecho [...] (pág. 334).

Es decir, los jueces tienen facultades para crear leyes, a partir de las ya existentes, ello a través de los “precedentes”, rasgo fundamental de este sistema, los que son desarrollados por la jurisprudencia y recopilados en compendios para su posterior utilización, convirtiéndose así, en una suerte de leyes de observancia obligatoria para la resolución de casos similares razón, razón por la cual, es denominada *stare decisis doctrine* o “doctrina de la decisión fija” (Rabat Celis, 2015, pág. 22).

No obstante, no podemos dejar de mencionar como señala Hernández (2017), los jueces, también pueden apartarse del precedente, para ello pueden recurrir a “la técnica del *distinguishing*, con la cual establece que, a pesar de las aparentes analogías, el caso sometido a su examen es distinto de los casos examinados anteriormente” (pág. 334).

Otra característica que señala Rabat (2015) es:

[...] el sistema del *Common Law*, a diferencia del *Civil Law*, funciona como un sistema adversarial; esto es, un juicio entre dos partes oponentes seguido ante un juez, en donde un jurado compuesto por gente ordinaria sin experiencia legal resuelve un caso en base a la evidencia presentada. Luego el juez determina la decisión más apropiada de conformidad al veredicto del jurado y al precedente que mejor se adecúa al caso (pág. 22).

Característica que se ve reflejada en los sistemas procesales, actuales, cuya denominación es justamente “adversarial”, que veremos, más adelante.

En concreto, el sistema *Common Law*, predomina la creación de derecho a través de la jurisprudencia, quedando en segundo plano su producción por el poder legislativo, cabe señalar que este sistema carece de códigos legales, siendo el precedente judicial el que impera en la resolución de conflictos jurídicos, es decir, serán aquellos fallos judiciales en

el caso concreto, los que servirán para la resolución de otros casos, aplicándose en aquellos en los que se presenten características análogas obligatoriamente, sin embargo, si no concurriesen, será a través del *distinguishing*, que el juez podrá apartarse del precedente en cuestión; se advierte además, que el juicio se realiza entre las partes litigantes, y que el juez al igual que en el jurado recae un rol pasivo y expectante, únicamente decisor a la luz de lo expuesto por las partes.

Por su parte, el *Civil Law*, Ley civil, *derecho* eurocontinental o romano-germánico, de origen justamente en la antigua Roma, y es gracias a ello que ha logrado un gran alcance, como anota Rabat (2015): “La Ley Civil es el sistema legal más difundido en el mundo [...]” (pág. 23), dice, que ha sido adoptada por diversos países de Latinoamérica, así como también, países de Asia y África.

En el mismo sentido, el profesor universitario de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Rafael Hernández (2017) refiere:

Se entiende por países del *Civil Law*, según la terminología anglosajona, *aquellos países con derecho de origen legislativo, en los cuales las normas jurídicas son de formación política*, y los jueces solo tienen la función de aplicarlas a los casos concretos, deduciendo de aquellas la solución de la controversia sometida a su juicio (pág. 334).

En otras palabras, como señala Rabat(2015):

La Ley Civil, a diferencia de la Ley Común, es codificada, lo que significa que las naciones que han implementado el sistema de la Ley Civil tienen códigos y leyes que contienen todos los asuntos legales capaces de ser llevados frente a una corte, además de los procedimientos legales aplicables, y la sanción respectiva para cada caso. En el sistema de la Ley Civil el juez deberá establecer los hechos del caso y aplicar las disposiciones del código más apropiado (pág. 23).

Lo que implica, una muy diferenciada división de roles en el ámbito de la producción y aplicación e interpretación de las leyes, en el que, el legislativo crea la ley, y el juez debe aplicarla e interpretarla, rigiendo los principios de reserva de ley y de separación de poderes. Todas las normas se encuentran positivizadas, no solo las leyes sustantivas, sino también las referidas al proceso, estando previstas las normas relativas a él, al igual que su forma de actuación. Adicionalmente puede señalarse también que en este sistema el decisor será

únicamente el juez profesional, y en el caso del proceso penal, no tiene un rol expectante, sino más bien un rol bastante activo velando por el cumplimiento de la ley y el respeto de los derechos de las partes.

En términos simples, tenemos por un lado el derecho común, en el que la fuente principal de derecho será la jurisprudencia y el derecho de tradición romano-germánica, en la que, por el contrario, la fuente del derecho primaria es la ley positivizada por el legislador.

Sin embargo, no debe dejar de mencionarse, la tendencia existente en incorporar características de uno a otro sistema, desnaturalizando de cierta manera sus esencias, como bien refiere Hernández (2017):

En los países de derecho judicial se abre camino un derecho de formación legislativa (*Statutory law*); en los países de derecho legislativo, los precedentes judiciales, aunque no vinculantes formalmente, influyen de hecho en los jueces (la eficacia persuasiva del precedente) (pág. 334).

Importa entonces, dar por sentado que el Perú, ha adoptado históricamente, la tradición europea continental, es decir, un sistema, en el que las leyes son dadas por el poder legislativo, y debe quedar claro, que la jurisprudencia a través de sus jueces, de modo alguno puede crearlas, menos aún, normas referidas a la vulneración de derechos fundamentales en asuntos probatorios.

2.1.5. Sistemas procesales en relación con el proceso penal.

Entender adecuadamente el proceso penal requiere de la verificación de sus fuentes, para así lograr determinar si sus instituciones se han recogido adecuadamente y si su aplicación está dentro de los parámetros propios del sistema al que pertenece; por ello se resulta necesaria la puntualización de los dos sistemas más trascendentales; así, conociendo las tradiciones legales imperantes previamente señaladas, es importante precisar, como refiere Jimeno (2013):

Históricamente y desde una perspectiva global puede decirse que coexisten dos sistemas o “tradiciones” legales, al menos en el marco europeo y norteamericano [...] el Derecho Común (*Common Law*) angloamericano y el Derecho Civil romano-alemán. Igualmente cabe afirmar que ambos sistemas han evolucionado a lo que hoy en día se conoce como sistemas procesales penales acusatorio e inquisitivo (pág. 207).

Es notoria la importancia histórica de las tradiciones legales previamente tratadas, pues, han surgido de ellas, los sistemas procesales hoy existentes, los que, además, no se manifiestan en su forma pura, dado que son producto de la convergencia de los sistemas legales, por lo que no se restringen únicamente a sistemas acusatorios o inquisitivos, sino que cada nación ha adoptado un sistema y luego un modelo propio.

Conociendo la definición de sistemas procesales, se deben describir puntualmente; para ello, se recurre a San Martín, quien los precisa didácticamente, así, en cuanto al sistema acusatorio, dice, su esencia recae en el sometimiento de partes procesales iguales a la decisión de un juez para dilucidar el conflicto penal. Agrega también, que, en los orígenes este sistema, se estimó que únicamente el que podía promover la acción y ser acusador sería el directamente afectado por el delito, posteriormente, destaca dos etapas, la primera en la que se consideró como afectada a la sociedad, habilitándose la promoción de la acción y la acusación a los miembros del pueblo, para finalmente, llegar a la etapa en la que el persecutor del delito es el Estado sustentado en el principio de legalidad (San Martín Castro C. , 2014, pág. 38).

Entre las características más importantes del sistema acusatorio, San Martín (2014), en su libro enumera las siguientes:

1. El proceso se pone en marcha cuando un particular formule la acusación. El Juez no procede de oficio.
2. La acusación privada determina los ámbitos objetivo y subjetivo del proceso, es decir, el hecho punible y la persona que se va a procesar.
3. Rige el brocardo “*iuxta allegata et probata*”, es decir, el juzgado no investiga los hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes.
4. El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación
5. El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad. (p.38)

Para mayor abundamiento ha de tenerse en cuenta lo indicado por Neyra Flores, quien con mayor profundidad, refiere que fue el primer sistema existente, muy distinto a las connotaciones actuales, desarrollándose en sus orígenes, en Grecia, Roma y durante la invasión germana, con rasgos distintos, el autor para ello realiza un estudio profundo de cada uno (Neyra Flores, 2015, págs. 44-66).

Respecto del *sistema inquisitivo*, San Martín, refiere que, en contraposición al acusatorio, es el Juez, en quien recae a la vez, el rol de investigador, acusador y decisor de la culpabilidad o inocencia del imputado, lo que trae consigo que la garantía de imparcialidad se vea afectada; el acusado se sitúa en una posición de vulnerabilidad por la desigualdad procesal existente, se estima que la persecución del delito también es de interés público (San Martín Castro C. , 2014, pág. 38).

El mismo San Martín (2014) entre sus características destaca las siguientes:

Características:

1. La iniciación del proceso no depende de un acusador. Rige el brocardo "*procedat iudex ex officio*"
2. El Juez determina subjetiva y objetivamente la acusación.
3. La investigación de los hechos y la fijación de las pruebas a practicar las realiza el juez-acusador
4. No existe correlación entre acusación y sentencia. El juez puede en cualquier momento alterar la acusación
5. No hay contradicción ni igualdad. No hay partes. Los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerte ante él. Lo normal es la detención.

Sobre esa base también surgió la figura del juez profesional, la escritura y el secreto, la denuncia o delación como forma de hacer llegar al juez la *notitia criminis*, la no motivación de las sentencias, la concesión del recurso de apelación en dos efectos (págs. 38-39).

En cuando al sistema *mixto*, el autor comenta, que este sistema surge en la época de la revolución francesa, ideología que además influye en éste, convirtiéndose en un sistema que rompe los esquemas de los tradicionales sistemas acusatorio e inquisitivo, en este sistema el juez no puede ejercer la función acusadora al mismo tiempo que la decisoria, en la persecución del delito dejan de estar legitimados los particulares (San Martín Castro C. , 2014, pág. 39), agrega finalmente, citando a Joan Verguer Grau, que entre sus características más resaltantes, tenemos:

San Martín (2014):

1. La separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al Juez de Instrucción y al tribunal con jurado, respectivamente.
2. Excepto para el Tribunal con jurado, rige el principio de la doble instancia
3. También rige el principio del Tribunal colegiado.
4. La justicia está a cargo de jueces profesionales excepto cuando interviene el jurado.
5. La prueba se valora libremente,
6. La acción penal es indisponible y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irrevocable (pág. 39).

Se advierten las diferencias existentes entre los sistemas procesales estudiados, su importancia radica en que cada sistema replantea las directrices del proceso, los roles y límites de las partes y el órgano jurisdiccional, los caminos para establecer la verdad, los criterios de valoración de la prueba, los principios procesales existentes, la situación del procesado ante la acusación, un proceso con más o menos garantías, el tipo de verdad que se busca y cómo será alcanzada, entre otros rasgos, que permite conocer las inclinaciones de cada sistema y la tendencia procesal de las naciones que lo adopten. Para poder establecer si la regulación de una institución procesal es adecuada, y si es acorde con el sistema que rige en determinado País, es necesario conocer el sistema en que se desenvuelve, en líneas generales, podemos desde ya, tener una idea respecto a ellos.

2.1.6. Modelos procesales y sus aspectos generales

Siguiendo lo expuesto por Binder, los modelos procesales son aquellos conceptos concretos, derivados de los sistemas procesales, en los que también ineludiblemente inciden igualmente las dos fuerzas eficiencia-garantía (Binder, 1999, pág. 56), conceptos que tratamos anteriormente, al referirse al derecho procesal penal.

Binder (1999), acota que, en efecto, para construir un modelo procesal, se debe aspirar a alcanzar un punto de equilibrio entre “(...) una máxima eficiencia, en la aplicación de la coerción penal, con un respeto absoluto por la dignidad humana.” (pág. 64), equilibrio éste, que según esboza el autor, la humanidad no ha podido lograr. Dichas tendencias, no originan un modelo procesal concreto, sino más bien, advierte, cada modelo procesal es en realidad, resultado de la convergencia de ambas tendencias (Binder, 1999, p.57).

Neyra Flores al respecto señala que los modelos procesales, son aquellas manifestaciones que resultan de los sistemas procesales, que fundamentalmente toman rasgos de éstos, para surgir como tales, es decir, citando a Oré Guardia, dice, que se trata de sistemas procesales que se desarrollan en un ordenamiento jurídico específico, con una ideología imperante, dentro de un país (Neyra Flores, 2015, pág. 40).

Lechuga (2018) añade “el modelo procesal adoptado responde en gran medida a la evolución de la sociedad, sobre todo a cuál sensibilizada y comprometida se encuentra un grupo social sobre el respeto de los derechos fundamentales” (pág. 27).

Advertimos entonces, que un modelo procesal será aquella insoslayable convergencia de las corrientes ya esbozadas con miras a alcanzar un equilibrio virtual eficientista-garantista, pues, como se ha señalado alcanzar un equilibrio entre ambas es utópico, el que, además, se encuentra influenciado por las ideologías políticas y sociales de la nación que lo adopta. Así, podemos afirmar que cada país tiene un modelo procesal con características particulares que finalmente se inclina por una de las tendencias y sistema procesal, sobre la base en la que se construyen y rigen las instituciones procesales de los ordenamientos jurídicos. Resulta importante conocer a grandes rasgos los conceptos, a fin de dilucidar si el desarrollo y las bases de la institución procesal objeto de estudio están acordes al modelo procesal penal peruano, modelo procesal que se precisará más adelante.

2.1.7. La prueba, como eje central del proceso en general y en particular del ámbito penal.

Teniendo una idea previa ya, de proceso penal, sistemas y modelos procesales, ahora debemos referirnos a lineamientos generales de la prueba, que ahondaremos más adelante, considerando que la denominada prueba prohibida, es ciertamente, aunque suene tautológico una prohibición de valoración probatoria.

Neyra Flores (2010), parte de la concepción etimológica señalando:

Así, etimológicamente, el término 'prueba' deriva del latín '*probatio probationi*', que a su vez deriva del vocablo *probus* que significa bueno. Luego, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa (pág. 543).

Cafferata Nores (1998), en un sentido amplio, dice que “prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente” (pág. 3), lo que, en su posición, sugiere que en el proceso penal prueba será aquello que permita alcanzar la verdad de los hechos materia del proceso.

San Martín (2014), citando a Ortells Ramos, define la prueba como “la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hechos aportados” (pág. 687).

Agrega que la actividad de verificación de las verdades que las partes aportan es exclusiva del juez. A su vez, precisa que la esencia de la prueba es permitir al juez alcanzar

la convicción acerca de la incertidumbre casuística procesal, es decir, es el medio por el cual, dentro de un proceso se revelará la verdad de los hechos materia de imputación, permitiendo determinar la punibilidad o no de la conducta desplegada, y la realización de la ley penal material, en consecuencia, dilucida la aplicación del *ius puniendi* (San Martín Castro C. , 2014, pág. 688).

Se aprecia entonces, que la prueba es la única senda para alcanzar la verdad de los hechos, el fundamento en la que se funda la imposición de una sanción penal y la resolución judicial que la contiene, pues está proscrita la sola sustentación en aspectos subjetivos y abstractos.

En cuanto a la incorporación de la prueba, San Martín refiere, que no se trata de cualquier prueba, pues requiere de actos procesales que se pueden resumir en tres categorías, citando a Vincenzo Manzini, *producción*, en tanto está orientada a aportar un medio que genere certeza respecto de los hechos, *recepción*, consecuencia posterior a la incorporación de la prueba, implica tomar la información producida, finalmente la *valoración*, actividad propia del juez, de la que extrae las conclusiones de la actividad probatoria a la luz de la libre convicción, emitiendo un pronunciamiento (San Martín Castro C. , 2014, pág. 689).

San Martín(2014), citando a García Valencia, señala también en cuanto a la prueba:

(...) es la base de la administración de justicia, pues sin prueba no es posible reconstruir todos los tópicos que constituyen el objeto del proceso penal (...) 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 (...) da eficacia al ejercicio del derecho de defensa, porque cualquier pretensión procesal no puede afirmarse si no se prueba y en tanto las partes puedan probarla defenderán cabalmente sus derechos (pág. 688).

Castro (2009) adoptando una postura propia, precisa que prueba será:

(...) todo hecho o dato extraprocesal, con aptitud de convertirse en argumento probatorio, que es legítimamente incorporado al proceso, a través de medios o mecanismos preestablecidos, por personas legalmente autorizadas, con la finalidad de iluminar el conocimiento del juzgador y buscar su convicción y certeza sobre los enunciados materia del proceso (pág. 47).

Debemos advertir que la noción de prueba dentro del proceso es el único sustrato en el que se fundamenta la aplicación de la sanción penal por parte del juzgador, lo que la constituye, como acertadamente comenta Neyra Flores (2010) “una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales” (pág. 544).

En efecto, es por y a través de la prueba, que se gesta en el juez la certeza de alcanzar la verdad de los hechos materia de proceso, en consecuencia, lo convierte en el único mecanismo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Nociones todas estas, que llevan a concluir que la prueba, son todos aquellos elementos conexos, que permiten al juez conocer la verdad de los hechos respecto a su importancia, es clara, en tanto la prueba es el único camino que permite la realización del derecho penal material, en el proceso penal, la imposición de una sanción punitiva, en palabras de Ferrajoli(1998): “la hipótesis acusatoria debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de prueba o datos probatorios” (pág. 150) y solo mediando prueba suficiente, se conseguirá enervar la presunción de inocencia que ampara a todo imputado, dictándose una pena, cuyo sustento recae en la prueba que sustenta la acusación y por tanto el amparo de tal pretensión punitiva.

Es preciso entonces, destacar, la relación verdad – prueba, como ya hemos referido, pues será a través de la prueba que se logrará un acercamiento a la verdad, y será la verdad procesal derivada del resultado valorativo probatoria, la que establecerá la verdad definitiva que vinculará a las partes y dilucidará el conflicto.

Sin embargo, el camino es sinuoso, en cuanto a establecer, qué verdad es la que se busca en el proceso, más aún, si consideramos las raíces filosóficas que implica su tratamiento, y las posturas que existen respecto a qué tipo de verdad es la que busca el proceso, una absoluta o relativa, no obstante, debemos hacer mención, que alcanzar una verdad real y plena de lo acontecido a través del proceso, es decir una correspondencia exacta entre lo acontecido y lo que se conoce a través de la prueba, no es viable, no obstante, consideramos que la aspiración del proceso debe ser descubrir dicha verdad, aún si no se lograra, determinar la verdad más cercana a la absoluta.

Ahora, en relación a los modelos procesales, debe precisarse también, que según Castro, existen dos modelos procesales desde la perspectiva de la búsqueda de la verdad, un primer modelo cuyo norte será alcanzar una verdad absoluta a cualquier precio, que tenderá a la lesión de derechos fundamentales para lograr su cometido, propio del sistema inquisitivo, y un segundo en el que más bien se acepta la verdad absoluta es inalcanzable y razonablemente su finalidad será alcanzar una verdad aproximada, relativa, por lo que contrariamente al primer descrito, será respetuoso de los derechos de los derechos fundamentales, un modelo acusatorio garantista (Castro Trigos, 2009, pág. 54).

Este aspecto, pone de manifiesto la importancia de la perspectiva de la búsqueda de la verdad en los modelos procesales, que influye ineludiblemente en la regulación de la institución procesal de la prueba prohibida, y que determinará el mayor o menor flexibilidad para aplicar alguna excepción a la regla de exclusión, como veremos posteriormente.

En ese orden de ideas, cabe resaltar la ineludible importancia de la prueba dentro del proceso penal, como pilar fundamental de la administración de justicia y realización del derecho penal, así también es la fuerza que da vida al derecho de defensa, y entre una de las más importantes como ya se ha dicho, y es deducible de lo vertido en este ítem, que la prueba, es aquel factor argumentativo que sustenta la decisión judicial, es decir dota de seguridad jurídica el ordenamiento jurídico.

Cabe agregar que, la prueba debe ser incorporada siguiendo el debido proceso y las garantías propias del modelo procesal adoptado, respetando los derechos que le asisten al imputado, y sin atentar contra lo consagrado en la Constitución, caso contrario la consecuencia es justamente la prohibición probatoria, pues la verdad no puede ser alcanzada a cualquier precio, como señala la jurisprudencia alemana.

2.1.8. Constitucionalización del proceso penal

Es indiscutible la influencia de la Constitución y el proceso penal, hoy más vigente que nunca, la Constitución establece los lineamientos y bases que dan vida al proceso penal, como anota Castro (2009) “la Carta Fundamental contiene un programa procesal penal que proyecta un determinado modelo procesal” (p.31), así también es de la misma postura Oré Guardia, quien es citado por el mismo autor:

(...) con razón se ha sostenido que la primera declaración de voluntad del Estado en materia penal está en la Constitución y no en los códigos. En todo caso, lo que hace el Código Procesal Penal es desarrollar los principios rectores que contienen la Carta Magna y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos (pág. 31).

No puede dejar de precisarse, como anota Castro recogiendo lo vertido por Gómez Colomer y Tiedemann, que el origen de esta constitucionalización en el sistema eurocontinental, data de la Revolución Francesa, concretamente el artículo octavo de la declaración de 1789, en la que se consagran límites al *ius puniendi*, así como la Constitución de Cádiz de 1812 en España, ambos cuerpos normativos, en los que ya se consagran las garantías y derechos reconocidos, que serían los lineamientos del nuevo proceso penal (Castro Trigos, 2009, pág. 32).

2.1.8.1. Modelo constitucional

Al respecto, debe destacarse, la muy conocida frase de James Goldschmidt (1961), “(...) la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (pág. 10). En el mismo sentido, la también conocida frase de Roxin (2000), citada por innumerables autores, que sirve de introducción, para este apartado: “El derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado” (pág. 10), y según Castro (2009) “el Estado cambia, el proceso penal también” (pág. 21).

Así, entonces, incluso ya desde mucho antes, como anota Castro (2009), Montesquieu advertía la conexión existente entre el orden político y el orden penal, análisis que desarrolla en el Libro VI de su obra “Del espíritu de las Leyes”, donde se ubica una sección destinada a tal fin, bajo el sub título de: “Consecuencias de los principios de los gobiernos en relación con la simplicidad de las leyes civiles y criminales, la forma de los juicios y la imposición de las penas” (pág. 22).

No quedan dudas, al respecto, que el modelo de Estado adoptado, de sociedad a la que se aspira, se verá reflejado en el modelo penal y procesal penal que se acojan. Lo que implica, como ya hemos advertido, en palabras de Binder, la influencia de la política y el ordenamiento constitucional en la estructura del proceso penal.

En ese sentido, como muestra de ello, podemos esbozar que inicialmente, en Estados totalitarios, predominará un proceso penal en donde la búsqueda de la verdad sea obtenida

cualquier precio, donde el imputado no es más que un medio para alcanzar la verdad, menoscabando cualquier garantía que pudiera amparar al imputado, la confesión será la reina de las pruebas, la tortura el camino.

Contrariamente a ello, cuando se incorporan al orden político, las nuevas corrientes filosóficas, principalmente la ilustración, el avance científico, cambios sociales, surge un nuevo proceso penal, la persecución del delito se deslinda de la actividad del juzgador, se instituye el ministerio fiscal como legítimo persecutor del delito, es decir, el juez deja de ser acusador y juzgador a la vez, se reconocen y garantizan derechos al imputado, prima el respeto a la dignidad humana, entre otros.

2.2. Teoría de la Prueba Prohibida, fundamentos

Habiendo desarrollado un marco conceptual previo acerca del derecho procesal penal, el proceso penal, los sistemas legales, los sistemas y modelos procesales, así como algunas precisiones acerca de la importancia de la prueba y la verdad que se busca en el proceso penal, ahora corresponde, adentrarse en el estudio de la institución procesal de la prueba prohibida.

2.2.1. Origen del término “Prueba Prohibida”

Para abordar la temática propuesta, debemos partir por su concepción terminológica, así, al respecto, el jurista español Miranda Estrampes, precisa que el término “*prueba prohibida*” fue utilizado por primera vez en 1903 por Ernst Beling en su obra “*Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung Im Strafprozess*”, traducido como “Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Proceso Penal”, no obstante, Miranda destaca un detalle referido a la terminología, recogiendo lo sostenido por Gómez Colomer, quien en su libro acerca del proceso penal alemán, señala que en la doctrina germana se emplean términos plurales, por lo que el término “prueba prohibida” sería consecuencia de una incorrecta traducción del alemán de “prohibiciones probatorias” (Miranda Estrampes, 2010, pág. 17).

No obstante ello, Miranda Estrampes (2004), destaca las diversas denominaciones que ha recibido, entre ellas “prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso prueba clandestina” (pág. 18).

En esa misma línea, citando la posición de la doctrina española, esboza, dos posiciones acerca de las connotaciones de “prueba prohibida” y “prueba ilícita”, la sostenida por Gimeno Sendra, quien estima que se estará ante “prueba ilícita” cuando la infracción recaer en cualquier norma, sin discriminar su naturaleza fundamental u ordinaria, y ante “prueba prohibida” cuando aquella lesiona derechos fundamentales. De otro lado, lo sostenido por Picó Junoy, quien concibe que la denominación de “prueba prohibida” designa la consecuencia o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración (Miranda Estrampes, 2004, pág. 19). Su postura en cuanto a esta problemática se decanta por el uso de la nominación “Prueba Ilícita” pues estima que delimita mejor su concepto, al igual que Asencio Mellado.

Por su parte, en la doctrina nacional, los Jueces supremos San Martín y Neyra Flores, al igual que Lechuga Espino, Sánchez Córdova y Guevara Vásquez, se inclinan por la denominación de “prueba prohibida” para referirse a aquella prueba vulneradora de derechos fundamentales, mientras que la prueba ilícita o irregular será aquella que infringe normas de rango ordinario. Castro Trigos también autor nacional, por el contrario, denomina prueba ilícita a aquella que vulnera derechos fundamentales y prueba irregular únicamente, a la que vulnera normas de rango ordinario, así también Talavera Elguera. Otra postura es la del Juez Superior Castillo Gutiérrez, quien la denomina indistintamente prueba ilícita o prohibida.

En la jurisprudencia nacional, podemos advertir que no es ajena la imprecisa denominación utilizándose uno u otro término para referirse a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, como precisa Castillo Gutiérrez (2014), que además es en razón a ello que se inclina por denominarla de cualquiera de las dos maneras:

(...) Lastra Quiñones (STC N° 02053-2003-HC/TC) se emplea el término “prueba ilícita” entendida como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal (.. .)”, Químper Herrera (STC N° 00655-2010-PHC/TC) se utiliza el término de

“prueba prohibida” descrito como un derecho fundamental; en la Corte Suprema tenemos la ejecutoria, recaída en el recurso de nulidad R. N° 05-02-2008-Lima de 4 de mayo de 2009, que prescribe: “La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales (...)” Ejecutoria Suprema N° 342-2001-Lima de 17 de setiembre 2004 que consigna: “(...) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; (...)”. Finalmente, en el acuerdo plenario de jueces superiores se plantea que la prueba ilícita o prueba prohibida son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella (...) (págs. 48-49).

Castro, respecto a las imprecisiones terminológicas siguiendo a Fabricio Guariglia, dice, que no se trata únicamente de falta de consenso semántico, sino que demuestra el estado aún difuso acerca del tratamiento de la teoría de la prueba prohibida y sus alcances (pág. 63).

En cuanto al término adecuado, se considera apropiado lo sostenido por Guevara Vásquez (2018):

Asumimos que la nomenclatura que refleja con mayor propiedad a la institución *in comento* viene a ser la de prueba prohibida, por no limitarse a referencias a la ilegalidad o ilegitimidad, por un lado y, por el otro, porque la expresión prueba ilícita se puede interpretar como aquella que se identifica con la comisión de determinados ilícitos, que dicho sea de paso pueden ser también de carácter extrapenal, como los ilícitos civiles o administrativos, lo que no guarda coherencia con la materia que se trata; esto es, dentro de un proceso penal, en donde lo único que interesa es el ilícito jurídico-penal (pág. 17).

Así también a la precisión de Sánchez Córdova (2017): “(...) hasta ahora se usa el término prueba prohibida porque se discute la prohibición de que un Estado pretenda imponer una pena mediante un proceso espurio, inicuo o sin previo procedimiento penal” (pág. 48).

Consideramos que no reviste mayor complejidad, son aceptables, las diversas denominaciones que se le dan, siempre y cuando el significado y la amplitud de ésta, sea la pertinente, no obstante, somos de la posición que el término adecuado, y por el que la doctrina debe optar, es el de prueba prohibida, en tanto creemos que reviste la entidad para referirse a la vulneración de derechos de gran envergadura, como los derechos fundamentales y no así, cualquier norma legal, como pudiera entenderse de la utilización del

término “prueba ilícita”, entre otras imprecisiones, en consecuencia, decantamos por denominar al objeto de estudio, prueba prohibida.

2.2.2. Concepciones amplias y restrictivas, doctrina nacional y extranjera

Precisada la ausencia de un consenso respecto de la terminología, ahora, se ubicarán las concepciones que existen en la doctrina al respecto.

Miranda Estrampes, como ya hemos advertido, se decanta por la denominación “prueba ilícita”, así, demarca algunas perspectivas dentro las concepciones amplias, entre ellas, la de Silva Melero, quien parte de la consideración de la dignidad de la persona, como eje central del concepto de prueba ilícita, en consecuencia, para él, será *prueba ilícita* la que va en contra de la dignidad humana, estableciendo “todo medio de prueba que atente contra la misma [dignidad humana] deviene en inadmisibles” (Miranda Estrampes, 2010, pág. 20).

En suma, las concepciones amplias acerca de la prueba ilícita la definen como aquella que se obtiene vulnerando cualquier norma jurídica.

San Martín (2014), por su parte, en cuanto a las concepciones restrictivas, siguiendo lo dicho por Paz Rubio critica las concepciones amplias en tanto supera el ámbito de lo que realmente implica la prueba prohibida, el autor considera que estamos ante prueba prohibida, cuando para su obtención o práctica, en su origen o desarrollo se lesiona un derecho fundamental, intra o extraproceso. Así también recoge lo sostenido por Ruiz Vadillo, quien, en sus palabras, estaremos ante prueba prohibida cuando se falta en su origen y/o desarrollo a un derecho fundamental (San Martín Castro C. , 2014, pág. 760). En ese contexto también reitera la postura esbozada anteriormente, respecto de que, al tratarse de una limitación al derecho fundamental a la prueba, tiene que tratarse de una lesión del mismo nivel.

Concretamente, las concepciones amplias estiman que prueba prohibida, sería la que infringe cualquier norma, por su parte, las concepciones restringidas, optan por considerar únicamente como prueba prohibida a aquella que es obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y será prueba irregular, la que vulnere normas ordinarias.

2.2.3. Definición concreta de Prueba Prohibida

Ya precisadas, las posiciones de la doctrina al abordar la problemática de las concepciones de prueba prohibida, corresponde definirla, sin embargo, debemos desatacar de inicio, que el origen de la teoría de la prueba prohibida como Neyra Flores señala, radica en la jurisprudencia de EE. UU. y a partir de ahí ha alcanzado un desarrollo tal, que ha influenciado en gran medida en el ámbito europeo-continental a pesar de tener un distinto fundamento, como veremos más adelante.

Entre las definiciones, tenemos, por parte de la doctrina extranjera, la de Asencio Mellado (2008), quien se decanta como lo adelantamos por utilizar el término prueba ilícita, para referirse a la prueba prohibida, y la define como:

(...) por prueba ilícita ha de entenderse la obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento, en fin, en momento distinto de la obtención de la prueba, lo que lleva necesariamente a acudir a otras categorías (...) (pág. 23).

Miranda Estrampes (2010) como ya habíamos adelantado, considera que, “por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales” (pág. 131).

En la doctrina nacional, por su parte, Neyra Flores (2010), señala “nosotros creemos que lo más prudente es partir del concepto restringido, es decir, prueba prohibida: violación de derecho fundamental, pero en el caso de los denominados derechos procesales constitucionales (...) (pág. 651).

Por su parte, Castillo Gutiérrez (2014), recoge las posiciones de San Martín y Rosas Yataco que según dice es la misma, citando a San Martín:

Es aquella prueba que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención, aquella labor tendente a llegar a un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la labor de búsqueda o investigación de la fuente de prueba, cuanto a la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y

extracción de un resultado que en sí mismo viola el contenido esencial del derecho (pág. 47).

Lechuga Espino (2018), por su parte:

Es la prueba inconstitucional, obtenida con evidente violación del contenido esencial de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, generando automáticamente la imposibilidad de su utilización en un proceso penal e invalidando todas aquellas pruebas que derivan de ella (pág. 83).

Advertimos entonces, que no hay mayor debate por la doctrina nacional y extranjera, salvo por la terminología, en cuanto a la definición, desde las concepciones restrictivas, referidas a la prueba prohibida, que en líneas generales es aquella prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. No obstante, es necesario también, conocer los efectos que genera, su fundamento, las distinciones con la denominada prueba irregular a la que hicimos referencia previamente, así también, los efectos que se genera ante uno u otro caso, y los tipos de prueba prohibida que existen.

2.2.3.1. Precisiones acerca del término y momento de la vulneración

Debemos especificar, un concepto que debe ser tomado en cuenta, considerando que se describe la “prueba prohibida” de lo que pudiera entenderse se trata de prueba, y no es así, pues lo que se busca más bien, es evitar que alcance ese estatus.

Al respecto, conviene detallar algunos aspectos, por ejemplo, la diferencia entre actos de investigación y de actos de prueba, los primeros como señala Castillo, refiriéndose a nuestro modelo, se trata de aquellas actuaciones realizadas por el Fiscal y la policía (conducida por el Fiscal), actos que tienen carácter de hipótesis y aspiran a convertirse en prueba, por esa razón en las etapas previas al juicio, únicamente de ellas se infiere probabilidad.

Por su parte, los actos de prueba son aquellos que se producen exclusivamente en juicio, y que están dirigidos al convencimiento del juez y fundan la sentencia (Castillo Gutiérrez, 2014, pág. 46).

2.2.4. Efectos de la prueba prohibida en el proceso penal, admisión y valoración o inutilizabilidad y exclusión

Miranda Estrampes, recoge de la doctrina, dos posturas marcadas, en cuanto a las consecuencias jurídicas, de la prueba prohibida, que debemos partir para analizar la consecuencia que la doctrina mayoritaria hoy en día propugna y que desarrollaremos.

Brevemente, Miranda, sintetiza, la postura doctrinal, para la que la vulneración de derechos fundamentales no produce efecto alguno en el proceso, pues, se inclina por la plena eficacia y validez de la prueba obtenida con vulneración de derechos, sustentándose en que la finalidad proceso es alcanzar la verdad material, y por tanto, todas las actuaciones que tuvieran aptitud para descubrirla, tenían que ser valoradas sin importar la modalidad de su obtención, sin perjuicio de la sanción correspondiente a los que incurran en la vulneración de derechos, es decir una prevalencia absoluta por el descubrimiento de la verdad (Miranda Estrampes, 2004, pág. 55).

Así también, Muñoz Sabate (1997), seguidor de esta corriente:

(...) ciertamente la justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado a propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad, (...) en una escolta avanzada a favor de determinados intereses ajenos al proceso (pág. 80).

Por otro lado, dice Miranda (2004), tenemos aquella postura que se decanta por la “inutilizabilidad de las pruebas obtenidas o producidas con violación de los derechos y libertades fundamentales” (pág. 56), postura que señala hoy está consolidada en la doctrina, básicamente sustentada, en que la verdad solo debe ser obtenida, respetando los derechos fundamentales (Miranda Estrampes, 2004, págs. 55-56), postura ésta que al ser la mayoritaria, procederemos a desarrollar.

Abordaremos los efectos que produce la prueba prohibida, así, Neyra Flores (2010):

(...) la vulneración de derechos fundamentales produce la prohibición de toda clase de valoración, es decir, es ineficaz, teniendo como consecuencia que la inutilización de esta prueba prohibida se extienda a las demás

evidencias que deriven de ella, es decir, se amplía el efecto de la primera en virtud del nexo de causalidad existente entre ellas (pág. 653).

Agrega que, la consecuencia de una vulneración de derechos fundamentales es la inutilización de la prueba, impidiendo su admisión y en caso de que se encuentre ya inmersas en él, no podrán ser valorada en la sentencia (pág. 653). En este último caso Miranda Estrampes (2004) señala:

Para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento, de la práctica de la prueba en fase de juicio oral, la misma no deberá ser tomada en cuenta por el juzgador para dictar sentencia (pág. 101).

Sánchez Córdova (2017) dice:

La vulneración de derechos fundamentales tiene como efecto la prohibición de toda clase de valoración, es decir, es ineficaz. Ello tiene como consecuencia que la inutilización de esta prueba prohibida se extienda a las demás evidencias que deriven de ella, así se amplía el efecto de la primera en virtud del nexo de causalidad que existe entre ellas (pág. 48).

Agrega, que se busca la no incorporación de la fuente de prueba que se consiguió vulnerando derechos fundamentales. Y es por esa razón, que se impide su ingreso al proceso, y en caso ya hayan sido incorporadas se proceda a su exclusión (Sánchez , 2017, pág. 49).

Tal como describía Miranda, la doctrina mayoritaria se inclina por la ineficacia de la prueba prohibida, así podemos advertir también, de la doctrina nacional citada, entonces, concluimos, que la consecuencia jurídica inmediata ante la obtención de prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales es su exclusión, sin embargo, cabe resaltar que tal exclusión, dependerá del fundamento en el que se sustenta.

Concluimos también, que la prohibición probatoria, se constituye un límite al principio de averiguación de la verdad, en palabras de Roxin “la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal”, así, cobra vigencia esa frase que acompaña siempre al tratamiento de la prueba prohibida, *la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio* (Castro Trigos, 2009, págs. 64-65).

2.2.5. Fundamento de la regla de exclusión, *deterrent effect* o primacía de los derechos fundamentales

Para efectos de la investigación, resaltaremos los dos fundamentos imperantes que sustentan la prueba prohibida.

Es conocido, que la regla de exclusión surgió en Norteamérica, bajo el fundamento de ser un elemento disuasivo de las actuaciones o conductas violentadoras de derechos fundamentales dirigida principalmente a personal policial, es decir tener un efecto preventivo, conocido originalmente como *deterrent effect*.

Como ya hemos adelantado, en primer término, aquella que motiva su nacimiento, el fundamento norteamericano, Miranda Estrampes (2010) dice:

(...) en su origen la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EEUU (caso Boyd vs. US., 116 US 616, 1886; y Weeks vs. US, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable y las autoincriminaciones involuntarias (pág. 134).

No obstante, dice el autor, con posterioridad a esos pronunciamientos la Corte Suprema de ese país, estableció que la finalidad real de la regla de exclusión era generar un efecto disuasorio en los miembros de la policía a fin de que éstos no realicen actividades investigativas ilícitamente, es decir, en la obtención de las pruebas, consagrándose jurisprudencialmente en los casos “Calandra vs U.S. (1974) y Janis vs. U.S. (1976)” (pág. 134).

Agrega, en cuanto al Caso “Janis vs. US.” (1976):

«el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas» y más adelante añade que «la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como

expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...» (p.134).

En ese sentido, advierte, siguiendo a Díaz Cabiale y Martín Morales, que la doctrina norteamericana cuestiona la regla de exclusión, pues:

(...) al no estar comprobado empíricamente que la misma tenga realmente la eficacia disuasoria de conductas violatorias de derechos fundamentales que se le atribuye. Es cierto que con este fundamento se produce, como efecto indirecto, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional, sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental (...) (pág. 134).

Un aspecto importante que debe ser tomado en cuenta, es, que la regla de exclusión no resulta aplicable a la prueba obtenida por terceros, por ejemplo, en los casos *Burdeau vs. Mc. Dowell* (1921), o incluso si es obtenido por personal policial de otras naciones, como en el caso *Verdugo-Urquidez vs. U.S.* (1990), ni tampoco cuando los miembros de la fuerza policial actúen mediando buena fe (Miranda Estrampes, 2010, pág. 134), pues el fundamento de la regla de exclusión, esto es, el efecto disuasivo no se presenta, en el primer caso, en tanto no se trata de fuerzas policial, y en el segundo, en razón a que la policía actúa creyendo en que actúa lícitamente, cabe agregar además, que ambas fungen de excepciones a la regla de exclusión que más adelante desarrollaremos.

Así, también Castro (2009), refiriéndose al caso *Elkins vs U.S.* (1960), la Suprema Corte de Estados Unidos, respecto de la regla de exclusión señala: “la regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir -imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible- mediante la remoción del incentivo para ignorarla” (pág. 104). De lo que podemos concluir, como señala Castro, que, si no se produce el efecto disuasivo, la prueba deberá ser valorada, y al mismo tiempo también, que, si la regla de exclusión únicamente tiene la función de disuadir, puede ser reemplaza por otro mecanismo

Así, tenemos entonces que, si bien inicialmente la jurisprudencia norteamericana se inclinó por una postura constitucional, finalmente ha establecido que el fundamento de la regla de exclusión radica en el efecto preventivo-disuasorio dirigido a la policía, a fin de que no se valgan de actos ilícitos en la investigación del delito.

De otro lado, el fundamento de la regla de exclusión en la tradición europeocontinental, según San Martín, recae en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la supremacía que la Constitución les concede (San Martín, 2014, p.769).

Miranda (2010), siguiendo a Ferrajoli:

El propio reconocimiento del Estado de derecho (...) caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas (pág. 135).

Bastan estas dos ideas para percibir que, la regla de exclusión en el ámbito europeocontinental es constitucional, se ampliará en los capítulos subsiguientes, para referirse a algunos países que siguen esta tradición; en busca del entendimiento de las razones que justifican la regla de exclusión, las cuales adelantando un poco el criterio habrán de referirse a la protección de los derechos fundamentales sin dejar de lado el control social que ejerce el Estado respecto a la comisión delictiva, lo cual por su naturaleza ha de tener un tratamiento adecuado para otorgar garantías suficientes; siendo importante resaltar por otro lado la posibilidad de ubicar como fundamento adecuado el hecho de que la exclusión sirva mas bien como el control a través de la disuasión de quienes tienen a su cargo la persecución del delito o más bien la ejecución de tal potestad estatal, entendida esta como la razón misma de la prueba prohibida; todo lo que habrá de ser determinado según la descripción a realizar.

2.2.5.1. Alcances de la prohibición probatoria

Si bien la prueba obtenida directamente por vulneración de derechos fundamentales debe ser excluida e inutilizada, debe advertirse que su efecto acoge igualmente a la que se deriva de ella. Esta doctrina de origen estadounidense ha sido denominada *Fruit of the Poisonous Tree, fruit doctrine* o “fruto del árbol envenenado”, la doctrina española por su parte, la denomina efecto reflejo de la prueba prohibida.

Talavera (2009), dice, refiriéndose a los efectos reflejos de la prueba prohibida: “los efectos reflejos de la prueba ilícita se conocen también como pruebas ilícitas por derivación, o sea aquellas pruebas en sí mismas lícitas, pero a las que se llega por intermedio de

información obtenida por la prueba lícitamente recogida” (pág. 153). Se entiende pues como el efecto que provoca la forma en que se ha obtenido la prueba misma, conforme opina Castro (2009): “si la prueba originaria es ilícita, la ilicitud se proyecta a las que se deriven de ella” (pág. 96).

Se reconoce pues, la misma base o razonamiento que posiblemente conllevó a elucubrar la teoría del árbol envenenado, que en cuanto a su origen jurídico Talavera (2009), se remonta a los *casos Silverthorne Lumber Co. V. United States* (1920) Y *Nardone vs. U.S.* (1939), así dice:

Silverthorne Lumber Co. V. United States (1920) en el que se entregó documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Posteriormente, en *Nardone v. United States* (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se hubiera llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones (pág. 53).

Se puede asumir entonces, que se trata de una cuestión relacional la que sustenta tal teoría, la misma que habrá de identificarse como lo indica Neyra Flores (2010), siguiendo a Fidalgo Gallardo, señala que es preciso: “(...) esclarecer cuando la ilegalidad primera es condición *sine qua non* y motor de la obtención posterior de las pruebas derivativas, que no hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria” (pág. 673).

Se puede concluir entonces, que estaremos ante prueba derivada, refleja o el fruto del árbol envenenado, siempre y cuando existe un nexo de causalidad suficiente, de dependencia y carencia de autonomía de la prueba derivada en relación con la prueba directa obtenida vulnerando derechos fundamentales.

2.2.5.2. ¿Cualquier vulneración de derechos fundamentales implica la aplicación de la regla de exclusión?

Considerando la finalidad de la regla de exclusión, podemos advertir, dos grandes posturas, por un lado, aquellos que aplican a plenitud la regla de exclusión recurriendo para ello en argumentos de orden constitucional y respeto a la dignidad humana, declarándola inutilizable, no pudiendo esta prueba ser apreciada de modo alguno, Muñoz Sabaté (1997), agrega:

Bajo nuestra concepción fenoménica de la prueba es indudable que el único modo de materializar las tesis de aquellos que reclaman la aplicación absoluta de la regla de exclusión, su aplicación rígida, es centrando su control en la fase de admisión, pues de otro modo, una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de cual razonamiento legal, y una vez más se verá obligado el juzgador, a fin de no violentar su conciencia, a revestir con argumentos de otras fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada (Muñoz Sabaté, 1997, pág. 79).

Importante resulta, tener en cuenta la importancia de la aplicación del criterio rígido de la exclusión, dado que la etapa inicial o de admisión resulta muy importante puesto que una vez adquiridos los efectos, regresar distorsiona la fase, lo cual conduce a pensar también en un riesgo de impunidad o manejo de ella, tal cual lo indica Asencio Mellado (2008) “(...) puede conducir a fraudes provocados por los mismos imputados para conseguir su impunidad” (pág. 26).

En razón de ello surge la duda respecto a qué tan apropiada resulta la aplicación rígida, puesto que la razón de ser de alcanzar la verdad está relacionada con la consecución de intereses como el social que conforme lo indica López de Quiroga, citado por Lechuga (2018): “(...) junto al interés social de la averiguación de la verdad coexisten otros intereses que incluso en ocasiones son de superior valor y llevan necesariamente a impedir esa búsqueda absoluta de la verdad” (pág. 116).

Concluyendo, “es decir, debe valorarse los fines del proceso y en general, los objetivos del Estado y del sistema de administración de justicia” (Lechuga, 2018, pág. 116).

2.2.6. Prueba irregular, su distinción con prueba prohibida y sus efectos

Miranda Estrampes, al respecto, dice que se trata de una modalidad de prueba ilícita (desde su concepción amplia), y que se produce cuando se infringe la formalidad o procedimiento previstos por la ley ordinaria, para la obtención y práctica de la prueba, sin afectar los derechos fundamentales (Miranda Estrampes, 2010, pág. 48).

San Martín, citando a Asencio Mellado, distingue la noción de prueba prohibida de la denominada “prueba irregular o ilícita”, estimando que esta última, es aquella en la que se vulneran normas de rango ordinario o infraconstitucional, que regulan su obtención o práctica, así la consecuencia de dicha vulneración es la declaración de nulidad del acto procesal en cuestión, más no, la prohibición de la valoración, como en el caso de la ya mencionada, prueba prohibida. En cuanto a sus efectos es de la posición de que, al tratarse de actos de naturaleza irregular, subsanables, éstos, no son afectados por ineficacia, por lo que la nulidad afectará únicamente al acto de prueba irregular (San Martín Castro C. , 2014, págs. 761-762).

Castro (2009), agrega al respecto, una ejemplificación de López Barja de Quiroga, quien además la denomina como “prueba defectuosa”, ilustra el alcance de esta prueba, en el caso del reconocimiento en rueda, si “(...) 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 (...)” (pág. 72). Concluyendo que, en el caso planteado, se ha infringido la norma infraconstitucional que establece las formalidades para la práctica del reconocimiento en rueda, no afectando los derechos fundamentales. En sus palabras, según la cita de Castro, se trata de “(...) aquellos casos en los que la ley reglamenta o disciplina concretamente como debe procederse a la práctica de una prueba (...)” (pág. 72), realizándose de manera defectuosa.

Acota en el mismo sentido, que a diferencia de los efectos de la prueba ilícita (prohibida para nosotros), la consecuencia de la prueba irregular, citando a Gálvez Muñoz: “(...) 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” (Castro Trigoso, 2009, pág. 72).

Debe precisarse, que, en el presente trabajo, se hace referencia a “prueba irregular, ilícita o defectuosa”, cuando se trate de una vulneración de leyes ordinarias, o -a decir de Neyra Flores- (2010) “una garantía establecida en el Código Procesal Penal a la cual se llamaría prueba ilícita o irregular” (pág. 652), a efectos de diferenciarla de la denominada, “prueba prohibida.

Lechuga Espino (2018), en el mismo sentido, dice que la prueba ilícita o ilegal, es aquella “obtenida con la violación del ordenamiento infraconstitucional y de las garantías procesales, genera la posibilidad de cuestionar la validez de la prueba postulada en el proceso (...)” (pág. 90), que, sin embargo, pueden ser finalmente vigentes y válidas, después de subsanada la ilegalidad.

Como hemos advertido, en suma, la prueba irregular, será aquella que lesiona normas procesales ordinarias, y el efecto que genera, es el de nulidad procesal, que será subsanable, y solo en casos en como señala Lechuga, en que la garantía legal afectada tenga vinculación directa con el contenido esencial de un derecho fundamental, será de carácter insubsanable. Así mismo cabe precisar que a diferencia de los efectos de la prueba derivada de una prueba prohibida, en el caso de la derivada de una prueba irregular, no se contamina con la ilicitud, pudiendo subsanarse a través de ella u otros medios, incluso mediante nueva actuación o incorporación (Lechuga, 2018, págs. 91-92).

Castro (2009), citando a Hairabedián, precisa, las diferencias de la nulidad de la prueba irregular con el efecto de la 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 la exclusión probatoria tienen su origen expreso o implícito en la Constitución.

c) La nulidad exige la aplicación del principio *locus regis 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 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 (págs. 100-101).

Sánchez Córdova (2017), en el mismo sentido, amplía:

La nulidad procesal es un instrumento procesal que consiste en evaluar y valorar la adecuación entre un acto procesal o varios actos procesales, en relación directa con las normas legales que regulan su proceso de formación, esto es, las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una

infracción, actúan las consecuencias jurídicas previstas por la ley en cada caso, que oscilarán, dependiendo de la gravedad de la infracción, entre la subsanación del acto y la eliminación del mismo como si nunca hubiera existido (pág. 50).

Considerandos que dejan en claro, la distinción de la nulidad y la exclusión probatoria, en tanto cada una goza de autonomía y sus presupuestos, tienen fundamento propio.

2.3. El desarrollo de las excepciones ante prueba prohibida y derivada

Como ya se ha desarrollado, la consecuencia inmediata ante prueba prohibida es la aplicación de la regla de exclusión, no obstante, en la doctrina se ha venido desarrollando y se ha convertido en una tendencia, la admisión de excepciones a la regla ya referida, así como también a su prueba derivada, es decir, excepciones a la doctrina del fruto del árbol envenenado, dando prevalencia a la búsqueda de la verdad por fundamentos distintos a costa de derechos fundamentales vulnerados.

2.3.1. Excepciones aplicadas a la regla de exclusión y la teoría del fruto del árbol envenenado

La decadencia de la *exclusionary rule*, comienza, como anotan Fidalgo Gallardo, Neyra Flores, Sánchez Córdova entre otros, con el Caso *Calandra vs. EE.UU.* (1974), pues al establecerse que el fundamento real de la regla de exclusión era meramente el *deterrent effect*, surgen masivamente las excepciones que aquí recogeremos, aun cuando inicialmente se estimaban como garantías de origen constitucional.

Previamente es preciso indicar que de entre el prolijo catálogo de excepciones a la regla de exclusión se ubican como tal aquellas cuyo origen es norteamericano, sin embargo, como se podrá observar, en razón a la naturaleza de su fundamento existen otras excepciones con un origen distinto.

2.3.1.1. Cuando es beneficiosa al imputado, pro reo, in bonam partem o in utilibus.

Como se puede apreciar, la nominación de esta excepción está constituida por un principio constitucional, siendo precisamente lo que le atribuye la validez para actuar como límite a la regla de exclusión, así, lo señala Sánchez (2017):

“Parte de un fundamento ético: si una persona que puede ser declarada culpable se le exime de pena si es que no hay prueba plena de su culpabilidad, con mayor razón, ante la existencia de prueba de prueba de la inocencia del imputado repugnaría que fuera condenado por no admitirse, a pesar de ser prueba viciada” (pág. 134).

Se reconoce el fundamento de la excepción en una cuestión basada en el principio de presunción de la inocencia del imputado, ello garantiza no sólo el ejercicio de este derecho sino también el beneficio de la duda en razón a la imposibilidad de probar el origen legal de la prueba; bondad que se convierte en su justificación jurídica.

En otras palabras, como precisa Neyra Flores (2010): “(...) en este caso no debe excluirse la prueba prohibida, ya que, si se prefiere exculpar a un culpable por falta de pruebas que condenar a un inocente, es aún más irracional penar a un inocente, sabiendo que es inocente” (pág. 684).

Será entonces aquella excepción en la que, pese a la existencia de una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental en la obtención de la prueba, la carga probatoria, no acredita la responsabilidad del sujeto, sino más bien su inocencia, no pudiendo ser de modo alguno prueba prohibida, pues se atentaría contra principios básicos del ordenamiento jurídico, principalmente contra los propios derechos, pues sería contradictorio que sustentándose en la protección de los derechos fundamentales, pese a que la prueba favorece al imputado, ésta no sea valorada, gestándose un daño aún mayor.

Entre sus fundamentos puede apreciarse claramente la importancia de la presunción de inocencia como sustento de esta “excepción”, así, Lechuga (2018), siguiendo a Gálvez, destaca la importancia de la presunción de inocencia:

La gran importancia que tiene en el ordenamiento jurídico el derecho a la presunción de inocencia hace inevitable admitir la prueba inconstitucional que favorezca al reo, es decir, aquella que coopere a la exculpación de la persona imputada, procesada o incluso condenada (pág. 117).

Por su parte, Armenta Deu (2011), recogiendo posturas del derecho comparado, refiere que también se sustenta en el derecho de defensa: “(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Scheichelbauer vs. Austria, valoró que la grabación ilícita de un

coimputado podía incorporarse al proceso en atención al respeto a su derecho de defensa por sustentar su coartada” (pág. 82).

Ahora bien, ampliando la referencia, y considerando que el objeto de estudio planteado está inclinado a la utilización de la proporcionalidad como ente determinante de la valoración o no de una prueba ilícita, cabe destacar lo precisado por Neyra Flores (2010) siguiendo a Pellegrini Grinover, brinda otro enfoque, ligado también al derecho de defensa: “(...) se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad, en la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente asegurado, y de modo prioritario en el proceso penal, basado íntegramente en el principio *‘pro reo’*” (pág. 684) , postura que también sigue Fernández Entralgo, según Miranda (2004), que se requiere “una adecuada ponderación de los intereses y circunstancias en juego que asegure, en todo caso, que ningún inocente sea condenado” (pág. 107).

En el mismo sentido, Armenta Deu (2011), agrega: “En Brasil, la doctrina defiende la aplicación de la prueba ilícita *pro reo* como aplicación del principio de proporcionalidad desde la óptica del derecho de defensa” (pág. 82).

De lo que podemos concluir, que en efecto el conflicto de la prohibición probatoria en virtud de la lesión de algún derecho fundamental queda reducida a un conflicto de principios, en el caso concreto, partiendo de la base del derecho de defensa y la presunción de inocencia y el derecho fundamental violado.

En esa misma línea, reforzando nuestra posición, la doctrina ha sostenido que esta “excepción” se justifica en tanto que el extremo del contenido de la prueba a valorar esté referido a acreditar únicamente la inocencia del imputado, al respecto, Miranda (2004) dice:

No se trata de reconocer plena eficacia a la prueba de descargo ilícita, que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigiría inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso (pág. 107).

Si bien hemos sostenido que deberá ser valorada siempre que acredite la no responsabilidad del procesado, la doctrina advierte un supuesto en el que no debiera valorarse, así, Miranda (2004) dice: “el único límite a la admisibilidad de la prueba ilícita *in bonam partem* vendría representado por aquellos supuestos en que la ilicitud hubiera sido provocada a propósito por el propio imputado o acusado con la finalidad de impedir y neutralizar el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado” (pág. 109), que en el caso concreto deberá determinarse.

Sin embargo, a nuestro parecer la excepción bajo estudio no tiene una calidad de tal, como anota Sánchez (2017): “esta regla antigua que no nace en el proceso penal, sino en la doctrina de los derechos humanos, en el sentido de que no se puede subvertir las garantías establecidas para las personas usándolas en su contra”. (p.135), basándose en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Considerando, además, que la problemática respecto de su valoración no reviste mayor análisis, únicamente bajo el supuesto que acreditase la inocencia del imputado, pues bastaría una interpretación *favor libertatis o pro reo*, derivada de la interpretación del artículo VIII, del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 tercer párrafo: “La inobservancia de cualquier 52 regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio” (Código Procesal Penal Peruano, 2004).

En suma, esta “excepción” pese a no ser como ya hemos señalado una excepción propiamente, se ha establecido como tal, sin embargo, su fundamento debe ser dilucidado, y a tenor de lo ya expuesto, concluimos que su naturaleza deviene de una interpretación a favor del procesado, de sus derechos, pues resulta inaudito que, en virtud de una supuesta vulneración del derecho fundamental en la obtención de la prueba, pese a acreditar la no responsabilidad del imputado, no sea utilizada.

2.3.1.2. La buena fe (Good faith exception)

De origen norteamericano, surge del caso “*León Vs. EE. UU. (1984)*”, en el que, como comenta Lechuga (2018) “(...) la policía efectuó un allanamiento (registro domiciliario) basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente un Tribunal

Superior concluyó que se había violado la IV Enmienda pues había sido emitido sin concurrir causa probable” (pág. 118). No obstante, la Suprema Corte de EE. UU., no aplicó la regla de exclusión, considerando que la policía obró de buena fe, creyendo que su actuar estaba sustentado en un mandato legal legítimo.

Entre los votos destaca el argumento del Juez White, del que se puede apreciar el sustento de la excepción, como señala Sánchez (2017):

La regla de exclusión está impuesta para disuadir conductas de la policía que deniegan a los acusados sus derechos constitucionales. Donde la policía actúa de buena fe, bajo la autorización de un magistrado imparcial y neutral, el propósito de la fuerza de disuasión no tiene aplicación (pág. 126).

El fundamento, como se puede observar, y como resume Talavera (2009), radica en que: “(...) no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a Derecho” (pág. 158), así también, como resalta Miranda (2004) “(...) no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales de carácter ilícito” (p.103), es decir el ya descrito *deterrent effect*.

Gascón Abellán, por su parte, dice que, su aplicación se ha ido desarrollando, en casos como el de “Illinois vs. Krull” de 1987, caso en el que también se aplica la excepción, al amparo de una ley que posteriormente es declarada inconstitucional se realiza un registro, igualmente en el caso “Arizona vs. Evans” (1995), en el que se extiende a situaciones en las que el personal policial actúa bajo yerros cometidos por personal jurisdiccional de apoyo. Casos en los que se reitera que el fundamento de la regla de exclusión no se presenta, es decir carece de eficacia preventiva o disuasoria de las actuaciones policiales, por lo que no cabe su exclusión y en consecuencia debe ser valorada (Gascón Abellán M. F., 2005).

No podemos dejar de mencionar, la existencia de excepciones que se aplican a esta excepción, tal y como advierte Fidalgo Gallardo (2003): “(...) estas excepciones a la excepción son más propiamente supuestos en los que la jurisprudencia considera *a priori* que ese hipotético agente de Policía bien entrenado no podría razonablemente pensar de buena fe que la autorización de registro era válida” (pág. 448), excepciones que son reseñadas por Fidalgo Gallardo, según Sánchez (2017), todas ellas referidas al

“(…)incumplimiento de requisitos básicos de las autorizaciones de registro: a) magistrado neutral; b) declaración jurada; c) indicios reales de criminalidad; y, d) precisión de la extensión del apoderamiento conferido” (pág. 128) .Lo que no solo pone de manifiesto la problemática en su aplicación, sino la oscuridad y subjetividad no solo en el fundamento de la excepción sino en su aplicación, considerando además que el sustrato de la excepción bajo estudio, no tiene asidero en nuestro ordenamiento jurídico, como puntualizaremos más adelante.

Por su parte, Castro, destaca que, esta excepción recae en prueba directa, y que la tendencia existente en generalizar la aplicación de la excepción bajo estudio atenta contra la vigencia misma de la regla de exclusión, dado que ello habilita la incorporación masiva de excepciones que inutilizarían la regla de exclusión convirtiendo sus excepciones, contrariamente, en la regla, más aún, si consideramos el grado de subjetividad de las creencias del agente policial, que serían las que finalmente establecerían si medio o no la buena fe, quebrantando la seguridad jurídica, pues, en cualquier caso, podría alegarse que se actuó bajo el concepto de buena fe, a pesar de que se tratase de actuaciones flagrantemente vulneradoras de derechos fundamentales, siendo útil más bien, para justificar estos actos, incluso a efectos de eludir acciones disciplinarias por su actuar. Agrega también, que hasta en Estados Unidos, su aplicación es cuestionada, en razón a que licenciaría la vulneración de derechos fundamentales por las fuerzas del orden, como había advertido el Juez Brennan en el caso que dio origen a esta excepción, aunado a que estados como Nueva Jersey y Utah no admiten su aplicación (Castro Trigoso, 2009, pág. 117).

En efecto, si bien no podemos desestimar plenamente la vigencia de esta excepción, ya que, ciertamente, pueden darse casos en que la buena fe sea legítima, la problemática yace en establecer cuándo se trataría en efecto, de tal calidad, sin embargo, como señala el autor precedente, la actitud no deja de ser lesiva, aunque medie buena fe, pero considerando el fundamento que la sustenta en la jurisprudencia norteamericana, esto es, el efecto disuasorio, es válida, y ahí justamente, radica la diferencia con el sistema peruano y los países eurocontinentales, donde el fundamento radica en la prevalencia de los derechos fundamentales.

Como bien señala Miranda (2004):

Desde la perspectiva del modelo continental europeo, dicha excepción resulta, *prima facie*, inadmisibles, pues la regla de exclusión se configura como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente que ostentan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables (pág. 103).

Adicionalmente, en cuanto al argumento de la actuación en la creencia de los agentes, Miranda, según Sánchez (2017):

(...) las creencias subjetivas no son relevantes, sino la constatación objetiva de la vulneración o no de los derechos fundamentales, resulta difícil la apreciación y acreditación del dato de la creencia del agente policial, pues es un dato que permanece oculto en la psique del policía” (p.130).

En el mismo sentido, la doctrina nacional, recogiendo lo vertido por el exfiscal de la Nación José Peláez Bardales, Lechuga (2018), dice: “un medio probatorio no deja de ser menos lesivo a los derechos fundamentales del procesado por el hecho de que su ilicitud proviene de actos aparentemente lícitos” (pág. 119).

Debe mencionarse la posición adoptada por nuestra jurisprudencia nacional, que se ve reflejada de alguna forma en el Acuerdo Plenario de Jueces Superiores de 2004, en el que se define como aquella que “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” (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004).

Acordándose mayoritariamente que, se admite la excepción de la buena fe solamente:

[...]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”. (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004)

De lo que concluimos que, el acuerdo plenario acoge plenamente la excepción, restringiéndose al caso de flagrancias y adaptándose al modelo procesal, proponiendo un control por parte del Ministerio Público y el órgano decisor, además que señala la forma de razonamiento para determinar la existencia o no de la buena fe y la consecuencia inmediata

de ello, su valoración o expulsión del proceso, sin embargo, es evidente que, relativiza la prohibición probatoria por vulneración de derechos fundamentales, pues como ya se ha precisado, se manifiesta subjetividad en extremo en su determinación.

Al respecto se ha dicho, a diferencia de la norteamericana respecto a la buena fe, en España y Perú, ya no se basaría en la legitimidad del mandato judicial o la ley que inducía al error policial, sino, como señala Sánchez (2017): “(...)se aplica únicamente con base en el error del policía, claro, en un contexto de intervención sin autorización judicial, es decir, la excepción se basa únicamente en el error o ignorancia del agente policial acerca de su proceder” (p.132).

Por nuestra parte, no consideramos que, en sí, ésta sea una diferencia medular, en tanto recurrimos nuevamente a la subjetividad del policía, incidir nuevamente en el error o ignorancia del agente, como determinante para acreditar la buena fe de su actuar, lo que como hemos precisado líneas arriba, resulta de difícil probanza, lo que sí es innegable, es que aún cuando se esté ante buena fe, la vulneración de derechos está presente y debería sustentar la aplicación de la regla de exclusión, salvo, que se alegue para evitar sanciones disciplinarias, como señala Hernández Rodríguez, según Sánchez (2017), “solo podrá ser alegada para no ser pasible de algún proceso disciplinario o penal en su contra (...), no para convalidar la actuación vulneradora de derechos, pues este es un dato incontestable” (pág. 132).

2.3.1.3. La fuente independiente (independent source doctrine)

Tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, surge en el caso *Bynum vs. Estado Unidos* de 1960, en el que, según narra Neyra (2010):

(...) se excluyeron las huellas dactilares de un detenido ilegalmente. En el momento de la detención se le tomaron las huellas dactilares que tras la oportuna prueba pericial coincidían con las tomadas en el lugar del robo. No obstante, esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener causa razonable. A pesar de ello, la policía presentó con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con la recogida tras la detención

ilegal. La Corte Suprema acepto esta nueva prueba pericial al considerarla independiente y no relacionada con el arresto ilegal (pág. 676).

Su fundamento lo podemos apreciar más claramente, en el caso *Nix vs Williams* 1984, como señala, Gascón (2005):

El interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la Policía en la misma posición, no en una posición peor, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia (...). Cuando las pruebas cuya admisibilidad se acata proviene de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en las que hubiese estado en ausencia de error o violación (pág. 81).

Entonces, será aquella que, como señala Castro (2009), que “(...) deriva de una fuente independiente respecto de la prueba primigenia obtenida mediante lesión de derechos fundamentales” (pág. 110), concretamente se presentan en forma simultánea, prueba lícita e ilícita; sin embargo, para que opere como excepción, no debe existir vínculo causal entre la inicial prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales y la prueba denominada independiente, es decir, ésta última, debe ser autónoma y haber sido legítimamente obtenida, razón por la que se admite su valoración y se configura como una excepción a la regla de exclusión.

No obstante, debe precisarse, que, según Gascón, no se trataría como tal, de una excepción a la regla de exclusión, en tanto no entra en su ámbito de protección, pues no existe vinculación causal entre esta prueba y la vulneración de algún derecho fundamental ni deriva de prueba prohibida, menos aún con, le es aplicable la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que le haga correr la misma suerte y sea excluida, porque según afirma procede de un árbol, más bien, perfectamente sano (Gascón Abellán M. F., 2005, pág. 75).

En el mismo sentido San Martín Castro, según Sánchez (2017) señala:

(...) la ruptura del nexo causal en este supuesto es manifiesta, por lo que en propiedad no es una excepción. Es decir, estamos ante una prueba distinta y sin conexión (causal o jurídica) con la inicial prueba viciada; por tanto, esta no es una excepción, sino es una situación que se deriva de la propia lógica de prohibición de la regla de exclusión, pues si no existe nexo causal no existe prueba derivada que sea considerada fruto del árbol envenenado (pág. 156).

Debe agregarse que, existe una aplicación distinta a la descrita anteriormente, por ejemplo, como dice Castro, en el caso *Segura vs. U.S.* (1984), en el que, personal policial efectúa un allanamiento domiciliario sin orden judicial, en el que se detienen a sus habitantes y se halla cierta cantidad de droga, y esperan en el lugar, a que se emita la autorización judicial correspondiente, para su incautación. En ese sentido, la jurisprudencia norteamericana estima como válido el hallazgo e incautación en tanto proceden del allanamiento ejecutado por orden judicial, y no así del primer acto ilícito, situación que pone en discusión la existencia de vinculación causal entre el primer y segundo acto, sin embargo, debe quedar claro, que, para determinar la concurrencia de una fuente independiente, primará la desvinculación causal existente entre el acto vulnerador de derechos fundamentales y la prueba obtenida (Castro Trigos, 2009, pág. 112).

Se aprecia entonces que la excepción estudiada, no reviste tampoco la entidad de una excepción a la regla de exclusión como tal, pues, como se advierte de las posiciones recogidas, la supuesta prueba prohibida no solo no tiene vinculación alguna con la prueba obtenida con la vulneración del derecho fundamental en concreto, tratándose más bien de un acto de prueba independiente y en la que no subyace obstáculo alguno para su valoración siempre y cuando se cumpla con los requisitos propios de su naturaleza jurídico procesal, en ese sentido no tratándose de un supuesto de excepción, no tiene sustento ni mérito para ser considerada ni acogida por el ordenamiento jurídico nacional.

2.3.1.4. Error inocuo

Sánchez (2017), señala que surge en EE. UU., vinculada a la regla 52 del procedimiento civil, con la finalidad de evitar anulaciones por formalismos de escasa relevancia:

Según esta regla, los errores y defectos sin relevancia práctica sobre los procedimientos judiciales o de cualquier otro tipo no constituyen causa de anulación del procedimiento en su conjunto ni de la decisión final si hubiese certeza de que el resultado habría sido el mismo de no haberse producido el error en cuestión” (pág. 157).

Es decir, el autor señala que estos errores serán aquellos que carecen de trascendencia procesal, y además, no motivan cambio alguno en la decisión judicial final, en tal sentido también se manifiesta el jurista Neyra (2010), cuando al referirse a la improcedencia de la anulación de una sentencia en razón del origen de la prueba coincidente con un error, cuando

dice: “no procederá la anulación de la sentencia por esa causa cuando el defecto sea considerado por el tribunal de apelación irrelevante para el resultado final del caso” (pág. 677); entendiéndose de ello la inocuidad de la característica y desde luego la ausencia de efecto por lo que carecería de sentido ocuparse de la excepcionalidad.

En el caso *Chapman vs. California*, podemos ver uno de los primeros antecedentes de aplicación, como señala Sánchez (2017): “(...) la Corte Suprema señaló que un Tribunal de Apelación podría considerar un error como inocuo si tuviese certeza más allá de duda razonable de que el error no influyó en la condena” (pág. 158).

Por otro lado, en el Caso *Arizona vs. Fulminante* de 1991, Sánchez destaca:

(...) había que considerar dos tipos de errores: errores procesales y errores estructurales. La doctrina del error inocuo se aplicaría a la primera, pues estos errores pueden ser aislados y su influencia real en la condena valorada por el Tribunal de Apelación como una simple cuestión probatoria. En el segundo caso, estos defectos permean todo el mecanismo procesal, siendo que el efecto no podría ser aislado por viciar el proceso judicial de principio a fin, pues afectan la fiabilidad misma del proceso penal, ejemplo de esto sería la exclusión de jurados de la raza del acusado, negación del derecho a la autorrepresentación en juicio o violación al derecho a un juicio público, no facilitar abogado de oficio, designar abogado de oficio en conflicto de intereses con el acusado, juez parcial, jurado seleccionado por juez incompetente” (pág. 158).

Esta doctrina no ha sido acogida en España. En el caso peruano, tampoco ha sido recogida por el acuerdo plenario de jueces superiores, sin embargo, Neyra, en su libro precisa que sí ha sido utilizada por nuestra jurisprudencia, entre ellas, la del Tribunal Constitucional en su STC: 2053-2003-HC/TC y destaca el siguiente fundamento: "Se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito y su responsabilidad penal, en cuya merituación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación que el accionante impugna obtenida con violación de derechos fundamentales, según el demandante" (Neyra Flores, 2010, pág. 678).

También señala, que, se ha pronunciado usándola, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el expediente 11-2001, resaltando el siguiente fundamento, según Neyra (2010):

Tanto en la fecha, circunstancias y secuencias en que se ha desarrollado según se ha expuesto en los precedentes considerandos, dicha prueba ha sido valorada como medio indiciario, confirmado por las demás declaraciones y testimoniales ya referidas, todas las que, meritadas en su conjunto, han llevado a la convicción de los integrantes de la Sala Penal Especial que lo juzga, respecto a que ha quedado probada la comisión de los delitos materia de acusación, así como la responsabilidad penal del encausado, resultando por lo tanto irrelevante para el presente caso, el origen y modo de obtención de esta prueba (pág. 678).

La aplicación de esta figura dependerá, de la relevancia del acto en la decisión final del juzgador, consideramos que nuevamente se hace presente la proporcionalidad, como método para establecer, cuándo se estará o no ante un error inocuo.

2.3.1.5. Teoría de la “bandeja de plata”.

A decir de Sánchez, la regla de exclusión, surge como teoría en el caso *Weeks vs. EE.UU.*, pues la esencia de esta excepción subyace en el alcance de la Cuarta enmienda en la actuación de los agentes policiales, esto es, si es aplicable a los agentes federales y también a los estatales, considerando que el caso reseñado participaron agentes no solo federales sino también del estado de New York, en un primer momento se consideró que la cuarta enmienda estaba dirigida únicamente a agentes federales, estimándose válidas para el estado de New York, en razón a que la Cuarta enmienda, no tiene rango de derecho fundamental, pues, se trata más bien de una garantía contra las actuaciones del gobierno federal, y no así de los estados, posición aceptada en razón al precedente *Twining Vs. New Jersey*, en la que se declara, según comenta el autor, que las enmiendas están dirigidas a las instituciones federales, al menos las primeras ocho (Sánchez , 2017, págs. 159-160).

Justamente, aprovechándose de esta interpretación, los agentes federales cuando obtenían pruebas prohibidas se las entregaban “en bandeja de plata” a los agentes estatales, y viceversa, a fin de que éstas tuvieran eficacia.

Sin embargo, como el autor refiere, en casos posteriores, como el caso *Elkins vs. EE.UU.* se equipararon los alcances de las enmiendas, anulándose la condena por la obtención ilícita de comunicaciones por parte de agentes estatales, bajo el argumento en el caso *Wolf vs.*

Colorado, en el que se señala que las proscripciones previstas en la Constitución federal, son aplicables no solo a los agentes federales sino también a los estatales. Finalmente, con el caso *Mapp vs. Ohio*, esta excepción queda superada, pues se deja por sentado que las enmiendas (cuarta, quinta y sexta) son aplicables a todos los estados (Sánchez , 2017, págs. 159-160).

Esta excepción ha sido superada, como se ha referido. En el caso peruano, encontramos una referencia a esta doctrina, en la sentencia del expediente N° 21-2001 de la Sala Penal Especial (Caso: Estado peruano contra José Ramos García Marcelo, 2003), no obstante, solo se trata de una referencia superficial, donde simplemente se la menciona de modo impreciso. En conclusión, podemos afirmar que, no existe manifestación alguna de la aplicación de esta excepción, en tanto nuestro modelo de organización de Estado es distinto al norteamericano, igualmente, considerando que en el modelo eurocontinental, las excepciones a la regla de exclusión se fundan en la prevalencia de los derechos fundamentales, esta excepción no tiene cabida y no es aplicable.

2.3.1.6. Descubrimiento inevitable (inevitable Discovery doctrine) o hallazgo inevitable

Es aceptado por la doctrina, como señala San Martín, que esta excepción, también procedente de la jurisprudencia norteamericana, surge en el caso “*Nix vs. William*” (1984), referente a la confesión obtenida vulnerando derechos fundamentales, en la que se reveló el lugar en el que se encontraba la víctima de un asesinato, sin embargo, ya un grupo de doscientos voluntarios estaba en su búsqueda, en el área que incluía el paradero señalado por el confeso, concluyéndose que tal prueba se habría obtenido de todas formas (San Martín Castro C. , 2014, págs. 778-779).

Sánchez advierte que, de inicio esta excepción es aplicable a la prueba derivada, no así, a la obtenida directamente de la vulneración de derechos fundamentales, no obstante, dice, en la jurisprudencia se ha utilizado incluso para excepcionar prueba prohibida directa, por ejemplo, en los casos como el *Andrade vs. EE.UU.* y la sentencia 974/1997 del Tribunal Supremo Español, en el primero, caso en el que se determinó que si bien se habría vulnerado

la intimidad de una persona al registrársele y haberse encontrado droga, no obstante, ineludiblemente por ser un procedimiento regular por estar en calidad de detenido, hubiera sido registrado y alcanzado el mismo hallazgo, en el segundo, se trató de una intervención telefónica ilegal en la que se determina la implicancia de una persona en un ilícito de drogas, sin embargo, ya era pasible de un proceso alternativo en el que se le hacía seguimiento y vigilancia, plenamente legítimos por lo que en cualquier caso, se hubiera descubierto igualmente su actuar delictivo (Sánchez , 2017, pág. 162).

Castro, advierte que, algunos consideran similares la doctrina de la fuente independiente y la del descubrimiento inevitable, no obstante, estima que, son perfectamente diferenciables, pues en el primer caso, se verifica la desvinculación causal de la prueba obtenida el acto vulnerador inicial, siendo la prueba legítima por independiente, en cambio, en el segundo, se trata más bien de una valoración de una prueba ilegítima obtenida con vulneración de derechos fundamentales, que se admite en razón a que hipotéticamente se habría obtenido inevitablemente de forma lícita, por lo que es valorada a pesar de ser vulneradora de derechos fundamentales. Y es por ello, que también señala que no deja de ser una prueba obtenida ilegítimamente, y la hipótesis de la probable obtención de manera lícita, no es más que eso, una conjetura potencial, sin comprobación, en tanto, finaliza, por ejemplo en el caso *Nix vs Williams*, no puede afirmarse indubitablemente, que las personas que ejecutan la búsqueda, inevitablemente hubiesen encontrado el cadáver, aún sí el área de búsqueda incluía la señalada por el confeso, dado que existen muchos factores que pudieron variar su desarrollo, y haber hecho imposible haber hallado el cuerpo (Castro Trigoso, 2009, págs. 112-115).

Debe diferenciarse también, de la prueba indiciaria, como bien señala Sánchez (2017):

(...) en la prueba indiciaria se tiene como base hechos demostrados mediante prueba obtenidas legalmente, las mismas que a través del razonamiento lógico hacen llegar a una única conclusión posible que es la acreditación de un hecho de la imputación, de ahí que la prueba indiciaria se base en hechos reales, probados para llegar a otros reales y probados (págs. 164-165).

Situación distinta, la de esta excepción, está claramente alejada de cualquier sustento argumentativo o racional, pues, es resultado de la vulneración de derechos fundamentales.

En el mismo sentido, recurriendo a la presunción de inocencia, y considerando que el sustento de esta excepción radica en meras conjeturas, Miranda (2004) dice:

(...) la excepción del “descubrimiento inevitable” autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales (pág. 129).

Por lo que esta excepción, se muestra excesivamente flexible y subjetiva, en tanto que, podría alegarse fácilmente este supuesto; y como hemos referido líneas arriba, esta suerte de hipótesis es de plano una justificación falaz para la admisión de una vulneración de tal magnitud, que además abre la puerta a un abuso indiscriminado que serviría para validar las vulneraciones de derechos, y terminar por legitimarlas. Si consideramos lo señalado por Hairabedián, según Sánchez (2017) “el uso de esta excepción requiere la demostración de certeza del acaecimiento del descubrimiento” (pág. 151), hace aún más inaplicable la excepción, dado que la determinación de esa “certeza” es improbable.

En el caso peruano, podemos verificar que, en el acuerdo plenario de jueces superiores de Trujillo, se desarrolla, sin embargo, si bien no se admite, se le hace referencia en el sentido:

(...) 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 (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 81)

Es evidente, como se ha referido, la tendencia de las excepciones es relativizar la regla de exclusión basándose en supuestos tomados de la realidad tal cual se viene reseñando en función a la jurisprudencia de Norteamérica, sobre lo cual y teniendo en cuenta la descripción de la teoría del descubrimiento inevitable, se puede hacer el cuestionamiento

que indica ¿qué relación se puede establecer entre la teoría del fruto del árbol envenenado y la excepción denominada descubrimiento inevitable?, ello con el fin de justificar lo que pareciese ser una búsqueda de obsolescencia y regresar a un proceso penal en que la finalidad última sea la verdad material y ésta se tenga que obtener a toda costa, a cualquier precio.

2.3.1.7. Teoría del riesgo

También de origen norteamericano, se puede apreciar la referencia el caso Hoffa VS. EE.UU., en el que, según dice Neyra (2010):

(...) se diferencia ‘entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones deseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza que estos no revelarán su delito (pág. 682).

Básicamente, es aquella que consistente en una revelación hecha por el procesado acerca de sus actividades ilícitas a una tercera persona, corriendo el riesgo de ser delatada, y es ahí, donde yace su fundamento.

Esta excepción, es acogida también, por mayoría, en el Acuerdo Plenario de Jueces Superiores de (2004), en su considerando décimo:

(...) 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. (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, págs. 80-81).

Recayendo su justificación, en que la propia persona voluntariamente es quien asume el *riesgo* de ser delatado.

Igualmente se deja por sentado:

Acuerdo Plenario de Jueces Superiores de (2004):

“(...)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 (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, págs. 83-84).

Por su parte, Castro (2009), citando a Asencio Mellado, dice: “(...) es evidente que quien comunica a otro una cosa libremente corre el riesgo cierto de que este último la revele” (pág. 134), anota también, que para entender esta excepción deben diferenciarse dos situaciones:

Castro (2009):

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 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 (pág. 135).

Al respecto, agrega que, no habría lesión al derecho a la intimidad, pues, el rango de protección está referido a la intromisión por parte de terceras personas, contrario a ello, en la teoría del riesgo, es ofrecida por uno de los intervinientes, la prueba es producto de su autodeterminación, además debe considerarse la exposición al riesgo, de quien narra su actuar delictivo a otro, quien fácilmente puede delatarlo, salvo en caso de secreto profesional o afines, adicionalmente advierte que:

Castro (2009):

(...)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 ligada a través de dichos medios no supone lesión alguna de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (pág. 137).

Como señala Sánchez, ello, en el caso de particulares. En el caso en que la obtención sea por parte de terceros, deberá hacerse en el marco de una investigación y con autorización judicial, a efectos de que no sea declarada prohibida, igualmente en el caso de agentes encubierto (Sánchez, 2017, págs. 153-154).

De lo que se puede advertir que no es una excepción como tal, pues no se aprecia vulneración a algún derecho fundamental, en razón a que es ofrecido por uno de los intervinientes, por lo que se trataría de prueba plenamente legítima.

2.3.1.8. La ponderación de intereses o principio de proporcionalidad (balancing test doctrine)

Tiene sus orígenes también en Norteamérica, Según Neyra (2010), “(...) nace en EE.UU. con el Balancing Test, cuya regla es: si ponderamos que con la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se logrará el efecto disuasorio, entonces no tiene sentido excluir la prueba prohibida” (pág. 679). Sin embargo, en el sistema europeocontinental, como bien señala el autor, tiene distinto fundamento, considerando la prevalencia de los derechos fundamentales, la aplicación de la ponderación entre los derechos afectados (Neyra Flores, 2010, pág. 680).

Respecto a la doctrina alemana, Herrera (2015), dice: “En Alemania, la doctrina de la ponderación (*Abwägungslehre*) concreta los intereses a ponderar, tomando en cuenta la gravedad del hecho imputado y la infracción al derecho fundamental o garantía procesal” (pág. 37).

También referido a Alemania, Roxín, citado por Sánchez (2017), señala, “(...) se pondera, con razón, entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, de modo tal que, si se trata de delitos muy graves, la valoración es admisible” (pág. 142), postura que es confirmada por el jurista Hurtado Pozo (2001): al aseverar que se ha de ponderar entre “intereses individuales (respeto de los derechos fundamentales de la persona) e intereses públicos (reprimir los delitos para proteger los bienes jurídicos de las personas)” (pág. 74).

Castro, al respecto, señala que, la ponderación como excepción a la regla de exclusión, parte de la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, subprincipios que deben concurrir para estimar si se trata de una medida justificada, *contrario sensu*, se trataría de una desproporcionada (Castro, 2009, p.120).

La aplicación de este principio con la finalidad de optimizar la aplicación del derecho penal respecto a la valoración de la prueba ha recibido muchas críticas en relación a su aplicación, se tiene, entre ellas, las siguientes posturas:

La postura de San Martín es recogida por Talavera (2009):

(...) ha sostenido que, tratándose de la lesión de un derecho fundamental material, no hay necesidad de acudir a juicio de ponderación alguno. Refiere que ello es así —con cita de PEDRAZ PENALVA— en la medida en que la doctrina de la exclusión de la prueba prohibida se construye en nuestro ordenamiento en términos absolutos. En cambio, cuando se trata de derechos fundamentales de naturaleza procesal, resulta esencial el juicio de ponderación o la concepción del ámbito jurídico (pág. 158).

De otro lado, Sánchez (2017), en cuanto a la utilización de la proporcionalidad, señala:

La proporcionalidad cumple un papel importante en todo, en el ordenamiento jurídico y también en la regla de exclusión. Por ello, en Europa y sobre todo en Alemania, se ha desarrollado el principio de proporcionalidad para determinar cuan intensa debe ser la injerencia en los derechos, sobre todo fundamentales (pág. 145).

Sin embargo, el autor, no considera que deba ser catalogada como una excepción, pues por sí misma, la proporcionalidad no puede establecer si es o no prohibida una prueba, sino más bien, debe ser utilizada como criterio para valorar si la decisión tomada se ajusta a derecho y es proporcional (Sánchez , 2017, pág. 146).

La presente investigación adopta la postura de considerar una contradicción respecto a ello, en tanto en su mismo libro señala el mismo Sánchez (2017) al referirse a la proporcionalidad:

(...) Si bien la proporcionalidad se utiliza cuando se hace necesario afectar un derecho fundamental, pues este principio establece criterios claros y definidos para afectar de forma constitucional el derecho fundamental y no caer en la vulneración del mismo, está también se puede utilizar en los demás actos del proceso penal (...) (págs. 83-84).

Castro por su parte, también, esboza las críticas que ha realizado la doctrina respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad como excepción, entre ellas las que estiman que la ponderación, según Guariglia, no sería más que un criterio subjetivo, en tanto, que

finalmente facultaría a los jueces a resolver los casos, valiéndose de subjetividades de diversa índole (Castro Trigoso, 2009, pág. 124).

Guariglia según Herrera (2015), también en cuanto a, dice:

Es sin duda correcta la afirmación de que la discusión en torno a las prohibiciones de valoración probatoria tiene un fuerte carácter valorativo. Es una trampa ingeniosa, sin embargo, el presentar como “valores en juego” a la capacidad funcional del sistema penal, por un lado, y a la protección de intereses individuales, por otro. Esta tensión, en verdad, constituye una de las características fundamentales del derecho procesal penal y la armonización de valores en pugna, uno de los desafíos principales del Estado de Derecho. (pág. 41).

Lo interesante del uso de la ponderación como una posibilidad o herramienta para conseguir la excepcionalidad de la regla de exclusión de la prueba prohibida, esta en el hecho de que se trata como lo dice la cita anterior de un juego de valoración, calificado así en razón del ejercicio interpretativo que ha de realizar el juzgador para lograr los argumentos válidos que motiven su decisión de excepcionar la regla indicada.

Tal circunstancia se encuentra estrechamente ligada con el análisis valorativo que se desarrolla al ejercer la facultad del control difuso que le corresponde al juzgador puesto que se analiza el efecto de la regla en función a la garantía que supone la aplicación de los principios constitucionales y por ende los derechos fundamentales; en base a lo cual se puede componer el cuestionamiento de si resultaría apropiado el ejercicio de este control para cuando se trate de limitar el ius puniendi del Estado contenido en el artículo 159 del Código Procesal Penal.

Esta apreciación se ha discutir en razón de los efectos o el alcance que provocaría al aplicarse sobre la regla indicada, lo cual desde ya se puede establecer como un efecto incompleto puesto que bajo las reglas de interpretación del control difuso sólo se podría controlar la constitucionalidad de la excepción de la regla para casos específicos en forma directa; sin embargo lo que se busca con la aplicación de la ponderación para tal excepción es crear la orientación de dicho criterio de control para que surta efectos *erga omnes* a través de la positivización de esta última opción, debiendo recurrir a ella ineludiblemente en todos los casos para determinar la valoración o no de la prueba, en el caso concreto.

La sugerencia de la incorporación normativa se basa además en la necesidad de evitar colisión con el principio de legalidad y seguridad jurídica, puesto que bien podría sugerirse como una variación del criterio establecida en un acuerdo plenario, lamentablemente ello no tendría la injerencia de una regla y pues la normativización se constituye como la única

forma de contrarrestar las posturas que se oponen a la ponderación como la de Guariglia que a continuación se recoge resumida por Herrera (2015), bajo la siguiente construcción:

A nuestro juicio, con esta acotación, se evidencia que Guariglia se opone a la ponderación de intereses fundamentalmente por una razón formal: el respeto a la legalidad, y también por motivos de seguridad jurídica. Consideramos que son fundamentos válidos, pero no suficientes para rechazar esta teoría. Simplemente nos encontramos frente a aspectos conceptuales que son susceptibles de perfeccionamiento y concreción (págs. 41-42).

Otra de las posturas que se oponen a la aplicación de la ponderación como un medio para alcanzar la excepción de la regla estudiada se encuentra en la postura de Konrad Hesse, que en palabras de Castro (2009) consiste en:

(...) que los operadores no deben optar por uno de los bienes jurídicos protegidos en conflicto a costa de otro, puesto que dicha metodología vulnera el principio de la unidad de la Constitución, más bien propone resolver este tipo de situaciones a través del principio de concordancia práctica por el que ‘los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos conserven su entidad’” (pág. 124).

Esta apreciación se puede criticar en razón del verdadero efecto del aplicar la proporcionalidad el mismo que no se ocupa de menoscabar o tergiversar el contenido del derecho fundamental o del principio, siendo el único resultado de aplicar la ponderación ante el conflicto elegir cuál de ellos ha de aplicarse, no se trata de un vencimiento que altera el sentido de ninguno de los dos; por lo mismo que no sugiere la pérdida de identidad de los mismos.

Se tiene de otro lado, las posturas a favor, entre ellas, en el dictamen acerca de los “Vladivideos”, Asencio Mellado (2008) respecto a esta excepción o, mejor dicho, principio, dice:

La existencia de una infracción de derechos fundamentales y su incidencia en la investigación penal queda sujeta a un análisis de proporcionalidad o, lo que es lo mismo, a una ponderación, caso por caso, de los hechos, los sujetos, los delitos presuntamente cometidos, la capacidad de investigación y la de los intervinientes en su ocultación (págs. 24-25).

Así también la de Gálvez Muñoz y los tribunales de justicia de Canadá, recogidas por Talavera (2009):

El profesor español GÁLVEZ MUÑOZ , ha postulado un conjunto de criterios para operativizar la ponderación: a) la gravedad o entidad objetiva de la infracción; b) la intencionalidad del infractor; c) la naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado por el infractor; d) la dificultad probatoria; e) la naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental afectado; f) la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos; y g) las consecuencias de la aplicación de la regla de exclusión sobre otros bienes y valores dignos de protección.

La justicia canadiense también ha esbozado algunos criterios para ponderar la decisión de aplicar o no la regla de exclusión: a) si la decisión afecta el resultado del juicio; b) la gravedad del delito; c) el efecto que la decisión tendrá sobre la reputación de la administración de justicia; d) la buena fe de la policía; e) la existencia de factores exigentes; f) si la policía pudo haber obtenido las pruebas sin violar la ley; g) el nivel de violación del derecho a la intimidad; h) el nivel de expectativa de privacidad en el área que es objeto del registro; e i) la importancia de la prueba para el caso del fiscal (pág. 159).

Rogall, férreo defensor alemán de la doctrina de la ponderación, citado por Mercedes Herrera (2015), postula:

(...) que a fin de valorar si estamos o no frente a una prohibición probatoria deben considerarse diversos factores: a) en primer lugar la gravedad de la infracción procesal, b) la intensidad de la infracción a la norma, c) la concreta afectación al sujeto protegido por la norma (pág. 39).

Herrera (2015) por su parte, también partidaria de la ponderación dice:

Habrà que atender en cada caso concreto, tal como postula la teoría de ponderación de intereses al ámbito del derecho vulnerado, a su gravedad, a la concreta afectación para el particular, a la gravedad de la conducta presuntamente delictiva y a los medios con los que cuenta el Estado para perseguir el delito en concreto. Así, por ejemplo, no se adecua al principio de proporcionalidad valorar una fuente de prueba adquirida vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones aun cuando se trate de un delito grave cuando el Estado tiene otros medios para conseguir esos elementos de convicción. En este ejemplo no se cumpliría con el subprincipio de necesidad (pág. 41).

La autora, propone: “ (...) a nuestro juicio, la ponderación ha de aplicarse sobre todo para la admisión y valoración de pruebas en casos graves como los de corrupción o los delitos cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada” (pág. 44).

En el caso peruano, se ve reflejado en el Acuerdo Plenario de Jueces Superiores (2004), ya referido en ítems precedentes, que se adopta esta excepción, que inicialmente se define en el considerando quinto, como:

(...) 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) (...) 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” (pág. 80).

Acordando por mayoría luego, admitir esta doctrina denominada como ponderación de intereses, pues en concreto se trata de la prevalencia de un interés sobre otro, agregando en su parte final:

Acuerdo Plenario de Jueces Superiores (2004):

(...) 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 por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja (pág. 85).

Como bien señala Sánchez: “esta excepción es una de las más usadas en la jurisprudencia peruana” (p.143), existen numerosos pronunciamientos, entre los que cita el autor, Exp. 21-2001, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, así como el Exp. R.N. 4826-2015 también de la Corte Suprema, así también señala el Exp. 1694-2008-60 de la Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad, entre otros (Sánchez , 2017, págs. 143-144).

2.3.1.9. Conexión de antijuricidad

De origen español, es aplicada a la prueba derivada, sin embargo, como veremos, de una tendencia a eliminar los efectos reflejos de la prohibida o como diría Sánchez (2017): “lo que en realidad se busca es un sustituto a la teoría del árbol prohibido” (p.172).

Algunos antecedentes, respecto de su creación según Díaz Cabiale (2002):

Desde 1984 a 1998 la exclusión de las pruebas ilícitas es absoluta en nuestro país, en adecuada consonancia con la naturaleza de la garantía que se había reconocido. Sin embargo, en 1998 el TC decide que resulta excesivo excluir todas las pruebas ilícitas. Opta, en definitiva, por recortar el alcance de la garantía. Un recorte que sólo se podía llevar a cabo alterando la naturaleza de la misma debido a la formulación taxativa, absoluta y cerrada que de su contenido se había hecho hasta ese momento. En otras palabras, y aunque no se reconozca expresamente en la jurisprudencia -sí se empieza a aludir a ello en la doctrina-, se constata la existencia de una presión social que exigiría reformular la naturaleza de la garantía para dar cabida a ciertas excepciones. ¿Y qué excepciones o qué aspectos de la garantía debían someterse a una cruenta operación de cirugía? Indudablemente, aquel flanco de la garantía más débil: el efecto reflejo o las pruebas ilícitas indirectas, porque, a todas luces, al TC le parecía excesivo acordar, de repente, la admisión de pruebas ilícitas directas (pág. 41).

En cuanto a la idea de la que parte esta excepción, Gascón (2011) señala:

Esta tesis parte del presupuesto de que no toda prueba obtenida a partir de la lesión de un derecho ha de ser considerada ilícita y, por tanto, excluida. Lo será sólo en determinadas circunstancias, y de esas circunstancias da cuenta justamente la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” (pág. 68).

Así, Gascón siguiendo a Díaz Cabiale, advierte que, en efecto, el Tribunal Constitucional español, a través de ella, pretende justificar la inaplicación de la regla de exclusión creando excepciones, como respuesta a la presión social ante el aumento de criminalidad existente y la implicancia de la exclusión de material probatorio derivado de vulneración de derechos fundamentales, sin embargo, la aplicación de la teoría aún recae únicamente en la prueba derivada no directa (Gascón Abellán M. , 2011, pág. 68).

Así, también dando algunos alcances, en cuanto su fundamento, Miranda (2004) dice:

Según esta doctrina, para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita, sino que es necesaria además la existencia de una “conexión de antijuridicidad” cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (pág. 130).

Miranda, señala que, se advierte de ello una tendencia a seguir los fundamentos del *deterrent effect*, propio del fundamento norteamericano, y dejando de lado el fundamento constitucional que caracteriza europacontinental. La crítica que le hace a esta excepción radica en su formulación, la que, deja un gran margen a la discrecionalidad, que genera inseguridad jurídica (Miranda Estrampes, 2004, pág. 131).

Para referirse a estos dos aspectos, el autor recoge el fundamento 4º de la S.T.C. 81/1998 del Tribunal Constitucional español, en la que se dice:

Miranda Estrampes (2004):

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole 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 tramite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla (...) también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (pág. 130).

En síntesis, deberán verificarse dos factores, como destaca Neyra (2010), la “índole y características de la vulneración del derecho (...) en la prueba originaria y su resultado transmite su inconstitucionalidad a la prueba derivada. “Necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho (...) exige” (pág. 679).

Debemos entender por ello, como señala Sánchez (2017):

a. Índole y características de la vulneración del derecho en la prueba originaria y su resultado que transmite su inconstitucionalidad a la prueba derivada. ¿Qué debemos entender de esto?; ¿cuándo es o no grave la violación al derecho fundamental? Y dependiendo de esto debemos de analizar si esta gravedad puede ser de tal entidad que puede traspasar sus efectos a la prueba derivada. Definitivamente, una posición así no puede ser sostenida en un Estado democrático de derecho, donde lo que se busca proteger son los derechos fundamentales, no ver cuál es más o menos importante en grado de afectación, pues para eso podemos hacer un test de proporcionalidad que es más serio que esta propuesta. Esta se complementa con la aplicación de las

excepciones nacidas en Estados Unidos, pues romperían la conexión de antijuridicidad, como la excepción de confesión voluntaria del inculpado, la excepción de fuente independiente, ilicitud probable, mínima dosis psicoactiva y la excepción de buena fe, lo que en definitiva implica destruir el anclaje constitucional de la regla de exclusión, más aún cuando se analiza la dudosa independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado.

b. Las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exige, es decir, acá vemos qué tan importante es el derecho fundamental, por lo cual le es aplicable el comentario arriba esbozado (págs. 173-174).

Concluye, con base en ello, comentándola, que se aspira a reemplazar el conocido nexo causal entre prueba prohibida directa y derivada por un criterio valorativo, cuya flexibilidad tendería a dejar de lado el respeto a los derechos fundamentales (Sánchez , 2017, pág. 174).

2.3.1.10. Nexos causal atenuado o del tinte diluido.

Llamado también *purged taint*, o doctrina del tinte diluido, que es aquella, aplicada a prueba derivada, de prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, en que la relación causal que lo vinculaba al acto vulnerador, se ha debilitado, por ciertos factores, como el tiempo, la espontaneidad de alguna declaración, etc.

En cuanto a su origen, también es norteamericano, surge en el caso *Wong Su vs. EE.UU.*, caso en el que, conforme narra Neyra (2010):

(...) se produce una detención ilegal que conlleva a la detención de A, quien acusa a B de haberle vendido droga. Se encuentra droga a B, quien a su vez implica a C, quien es detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después de haber salido en libertad bajo fianza, C lleva a cabo una confesión voluntaria (pág. 684).

Sin embargo, como señala el propio Neyra, al respecto, si bien la teoría señala que esta confesión, es un acto autónomo, que sanearía la ilicitud en la que se ha incurrido, aunado a que no se configura el efecto disuasorio propio de la regla de exclusión, no obstante, es innegable que la cadena de la que deviene tal confesión es un acto vulnerador de derechos, por lo que el nexo causal subsiste (pág. 684).

Por otro lado, Lechuga (2018), dice “esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado - atenuado- que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada” (pág. 134). No obstante, como señala Castro (2009), “por más debilitada que se considere la causalidad en mención es innegable que nos encontramos frente a una prueba derivada de una fuente ilícita” (pág. 129).

En el Perú, podemos verificarlo en el acuerdo plenario de Jueces Superiores de Trujillo, en el considerando décimo primero definida de la siguiente manera:

(...) 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 (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 81)

2.3.1.11. Cuando es beneficiosa al imputado

Esta excepción, en el ordenamiento procesal peruano procede del artículo VIII, del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 tercer párrafo: “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

Castro (2009), la denomina infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, y la ejemplifica de la siguiente manera:

(...) 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 de domicilio es una garantía constitucional establecida a favor del procesado (pág. 130).

Así, estima que considerando el fundamento de la exclusión probatoria es la prevalencia de los derechos fundamentales, ésta, tendría un efecto adverso si se excluyese material probatorio que, más bien acredite la inocencia del procesado. Sin embargo, advierte que

existen posturas doctrinarias, que refieren que casos en los que el mismo imputado genera la ilicitud para hacerla valer a su favor, no debería ser aplicada la excepción.

2.3.1.12. Destrucción de la mentira del imputado

Debemos partir de sus orígenes para poder realmente entender la dimensión de esta excepción, al respecto Sánchez (2017) señala refiriéndose al sistema norteamericano “en aquel sistema se hace necesario que el acusado, al momento de declarar, si es que desea hacerlo, jure decir la verdad, así como los testigos; por tanto, no tienen el derecho de relatar hechos distintos a los reales (mentir)” (pág. 146). Continúa el autor, que la finalidad de esta excepción es impedir el abuso de la regla de exclusión por parte del acusado, evitar principalmente que mienta al tribunal (Sánchez, 2017, pág. 146).

Es definida por Castro (2009), en la que se admitirá la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, “únicamente para destruir o desvirtuar la declaración del imputado en el juicio, más no para acreditar su culpabilidad” (pág. 132).

Es recogida también por el Acuerdo Plenario de Jueces Superiores de 2004, en el considerando IX, de la siguiente manera:

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 (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 80).

Acordándose por mayoría, en base al fundamento que dicha prueba prohibida, servirá para acreditar que el procesado está mintiendo, más no para declarar su culpabilidad.

Sin embargo, Castro critica esta excepción, pues, estima que no es compatible con el modelo procesal peruano, sino más bien, lo contraviene, dado que en nuestro modelo:

(...) se reconoce la primacía de la presunción de inocencia por la cual corresponde a la acusación demostrar la culpabilidad del imputado quien, por

el contrario, no está obligado a probar su inocencia y, por tanto, se le reconoce su derecho a negar la imputación e inclusive a mentir (pág. 133).

Agrega que no puede permitirse que se recurra al uso de prueba prohibida para establecer que el procesado miente, caso distinto por ejemplo - dice- que el modelo norteamericano, cuando el procesado declara, éste lo hace bajo juramento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de perjurio, es decir, no puedo mentir, y en donde sí sería posible, admitir aplicación de la excepción.

2.3.1.13. Renuncia del interesado

Según Castro (2009), se trata de “la renuncia del propio interesado a la protección de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a no auto incriminarse” (pág. 137), así, precisa, que en la doctrina existen posiciones contrapuestas en relación con la irrenunciabilidad o no, del derecho a la inviolabilidad del domicilio, conflicto que se genera en ordenamientos que no tienen una regulación específica.

Igualmente, el autor, advierte, que, la situación es distinta en el caso peruano, en el que la disposición referida al derecho en cuestión se desprende del artículo 2 inciso 9, que señala (...) Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...) (Constitución Política del Perú, 1993), no obstante, dice que el problema más bien yace, en el consentimiento, si éste debe ser expreso o tácito, estimando desde su posición, que dependerá del caso concreto, y agrega que, en caso de duda acerca del consentimiento se entenderá que no ha sido autorizada.

2.3.1.14. La “plain view doctrine” y los campos abiertos

También de origen norteamericano, Castro (2009) la describe como aquella que:

(...) es aplicada para validar secuestros de objetos o efectos que 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 (pág. 140).

A lo que agrega que, lo discutible de la excepción no es la ilegalidad del allanamiento, pues, no se transgrede el derecho a la inviolabilidad del domicilio, dado que existe una orden judicial, sino la amplitud de la autorización, es decir, aquel ámbito que no es abarcado por el mandato judicial. Lo ejemplifica, de la siguiente manera:

Castro (2009)

(...) si la policía ya logró el secuestro de los efectos materia del mandato judicial, pero no obstante ello continua en la búsqueda, inclusive ingresando en ámbitos privados, dicha actuación excesiva ya no es razonable y, por lo tanto, puede dar lugar a la ilicitud de las pruebas obtenidas en tales circunstancias (pág. 141).

2.3.1.15. Prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena

En cuanto a su origen, surge en el caso *Janes vs. EE.UU.*, y se esgrime el siguiente argumento, según cuenta Neyra (2010) “sólo quien ha sido víctima de un allanamiento o secuestro ilegal en el sentido de ser aquel contra quien se ha dirigido el procedimiento (tiene legitimación para cuestionar el mismo)” (pág. 677).

Ampliando el fundamento, Castro (2009), dice:

El fundamento de esta verdadera excepción a la regla de exclusión es la inexistencia de identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el tercero contra quien se hace valer la prueba así obtenida, lo que implica una desconexión entre la vulneración del derecho y la condena (pág. 141).

Refiere también, que ha sido recogida por la jurisprudencia norteamericana bajo la denominación “standing” sin embargo, precisa que no es aceptada por todos los estados, en el mismo sentido agrega que también el Tribunal Supremo Alemán, la ha desarrollado, denominándola *rechtskreis theorie*, “teoría del ámbito de derechos”, describiéndola en sus palabras como “la validez de la prueba obtenida con lesión de prohibiciones de producción depende de si dicha lesión afecta esencialmente el ámbito de derechos del interesado o solamente de una importancia secundaria o sin importancia alguna en realidad, para ello da un ejemplo: “sería posible valorar una prueba que ha sido obtenida vulnerando un derecho fundamental de “A” para condenar a “B” puesto que la lesión o afectación no incide en el ámbito de derechos de este último” (Castro Trigoso, 2009, pág. 142).

Castro (2009), concluye señalando que, la doctrina alemana, critica duramente esta teoría, pues, siguiendo según dice, a “le asiste al imputado el derecho a que se cumplan las normas reglamentarias que garanticen la regularidad del proceso, aun cuando en el caso concreto no sirviera exprofeso para su protección” (pág. 142), en la misma línea sigue a Guariglia, y señala “en tal sentido resulta irrelevante para la valoración de la prueba ilícita que el derecho lesionado corresponda a un tercero” (pág. 142). Finalmente, precisa, que “el Estado de Derecho, quedaría seriamente debilitado si se admitiera la validez sin más de prueba obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, solo porque en el caso concreto tales derechos pertenecen a un tercero” (pág. 142)

En la jurisprudencia nacional, podemos apreciar que es recogida por el acuerdo plenario de jueces superiores de Trujillo, en el fundamento sétimo:

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 coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena” (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 79)

Para finalmente ser acordado por mayoría, resumidamente, bajo el argumento “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)” (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 83). En clara contravención al fundamento que sostiene la regla de exclusión en nuestro sistema, a los principios del Estado de Derecho y a la prevalencia de los derechos fundamentales, en tanto que, independientemente de la titularidad del derecho vulnerado, se está ante una lesión a un derecho fundamental cuya transgresión es atentatoria, como ya hemos dicho al ordenamiento constitucional en general.

Como señala JAUCHEN, según Neyra (2010):

la incautación probatoria ilícita implica una vulneración al orden público que importa una situación indivisible para todos aquellos directa o indirectamente afectados, aunque no sean titulares de la garantía conculcada. Así, el fruto de la ilegalidad es inescindible para todas las partes (pág. 677).

2.3.2. Otras excepciones

Además de las excepciones ya descritas y en su mayoría tomadas de la experiencia norteamericana, también se pueden tomar como referencia aquellas referenciadas por el investigador Lechuga, quien las recoge muy sucintamente.

2.3.2.1. Estado de necesidad

Recogida por Lechuga (2018), que según señala, recurriendo a Gálvez Muñoz:

(...) el derecho debe admitir por evidentes motivos de justicia, la validez de la prueba inconstitucional obtenida por una persona que ha actuado impulsada por una clara situación de necesidad, es decir, que no tenía vías lícitas para probar sus pretensiones y que la prueba obtenida le sirva para evitar un mal propio o ajeno de superior entidad al que tiene el derecho fundamental vulnerado (pág. 119).

Consideramos que, como tal, es recogida del derecho penal sustantivo, aplicado a materia probatoria, nosotros estimamos que se trata de una manifestación de la ponderación de intereses, pues tendría que determinarse qué valor debería primar.

Pensemos en el caso de que A secuestró a B, a quien ha mantenido capturado por 6 meses y se encuentra al borde de la muerte, sin embargo, no hay prueba lícita que lo incrimine, no obstante, C, familiar de B, tiene ligeras sospechas de que A es autor del acto criminal, ingresa a su domicilio sin autorización judicial y encuentra la casaca que le hizo personalmente a B, signo inequívoco que A está vinculado al hecho, recurre con este medio probatorio y lo acusa ante las autoridades; deberá estimarse si la lesión al derecho fundamental podría permitir en el caso concreto, que se excluya el material probatorio que daría luces acerca del paradero de una persona que potencialmente moriría si no se admitiera y se actuase de inmediato.

Su aplicación sería específicamente a delitos muy graves, que pongan en riesgo a un valor superior, que, sin embargo, deberá ser analizada a la luz de la ponderación.

2.3.2.2. Testimonios dotados de voluntad autónoma

Esta excepción, según, Talavera (2009):

La prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse éstas dotadas de voluntad autónoma, admiten mayores posibilidades de atenuación de la regla (caso *Radford*). Por último, el grado de libertad de quien declara no es irrelevante para evaluar la libertad con que hizo sus manifestaciones, de modo que la exclusión requiere, en estos supuestos, un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material. La Corte argentina se inspiró en el caso *Ceccolini v. United States* (1978), en el cual se hizo exactamente esa diferenciación. Allí, un oficial de policía había llevado a cabo el registro de un comercio sin orden judicial previa, secuestrando ciertos sobres que halló en un mostrador. En uno de los sobres había evidencias de la realización de pruebas ilegales. El policía preguntó al empleado del comercio a quién pertenecía el sobre en cuestión. El empleado suministró el nombre del acusado, quien era un cliente del referido comercio. Durante el proceso el acusado buscó la supresión, como prueba, tanto del sobre conteniendo la documentación incriminatoria como del testimonio del empleado del comercio. La Corte estadounidense, en votación dividida, consideró al testimonio del empleado como una prueba válida para justificar por qué se aceptaba la exclusión del sobre, pero no la de la declaración del empleado (pág. 157).

Por su parte, también refiriéndose a ella de Lechuga (2018):

Se aplicaría esta excepción a los casos en los que la prueba proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse estas dotadas de voluntad autónoma, admiten mayores posibilidades de atenuación a la regla, pese a que esta declaración se de en un contexto en el que se producía una prueba ilícita, por ejemplo, la declaración o confesión de una persona en medio de un allanamiento sin orden judicial (pág. 112).

Se trata de una manifestación del nexo causal atenuado, que ya hemos tratado, debe resaltarse al respecto que, el nexo causal subsiste, pues si no se hubiera realizado el primigenio acto ilícito no se hubiese obtenido esa prueba, que no es más ni menos prohibida, pues la vulneración existe.

2.3.2.2.1. Seguridad pública:

De origen norteamericano, como señala Talavera (2009):

En algún caso se ha admitido una excepción a la exclusión automática de prueba obtenida ilegalmente, cuando la “seguridad pública” requería acción inmediata por parte de la policía. En el caso *Quarles v. New York* (1984), oficiales de la policía habían localizado en un supermercado a un sospechoso por una violación recientemente denunciada. El sospechoso intentó escapar, pero fue detenido. Al palparlo de armas, los policías advirtieron que portaba una cartuchera vacía. El sospechoso fue interrogado, sin ser advertido previamente de sus derechos, acerca del lugar donde estaba el arma. En tales circunstancias admitió haberla escondido entre unas cajas en el supermercado, lugar donde fue localizada. Durante el juicio el procesado objetó la validez de su admisión inculpativa y del arma así encontrada. Llegado el caso a la Corte Suprema, ésta —en votación sumamente dividida— declaró tales pruebas admisibles. Consideraciones sobre la “seguridad pública” —sostuvo el tribunal— justificaban hacer lugar a una “pequeña excepción” a los principios de exclusión de prueba obtenida en violación de los derechos de los imputados. La Corte estadounidense fue cuidadosa, sin embargo, al remarcar que éste no era un caso en el cual la policía hubiese forzado a un procesado a autoincriminarse (pág. 158).

Respecto a su fundamento, Lechuga (2018), dice:

Se fundamenta básicamente en que consideraciones sobre la seguridad pública justificaban hacer una pequeña excepción a los principios de exclusión de la prueba obtenida con violación de los derechos de los imputados. Este es el argumento que suele aplicarse en los procesos de delitos especialmente graves para la seguridad pública como el terrorismo, TID, crimen organizado, entre otros (pág. 122).

2.3.2.3. Las excepciones a la regla de exclusión y la protección estatal a la ciudadanía, derecho penal del enemigo

Es incuestionable la primacía de los derechos fundamentales partiendo desde la norma suprema y de ahí en todo el ordenamiento jurídico, en consonancia con el Estado constitucional y de derecho que se adopte, aún más, en el ámbito procesal penal, por su naturaleza tan represiva y por tratarse del despliegue de la maquinaria del Estado sobre el imputado.

Sin embargo, este garantismo, una suerte de protección al imputado incluso antes de que sea pasible de tal condición, genera cierto rechazo por parte de la ciudadanía, que es de mayor notoriedad cuando estamos ante casos de alta gravedad o que generan un impacto social severo.

Así, en el caso de la prueba prohibida, tenemos que se trata de una prueba que, potencialmente incriminará y podría sustentar la tesis acusatoria fiscal, no obstante, no podrá ser valorada, pues, ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales, por lo que no obstante la existencia del hecho ilícito, la prueba será ineficaz, por regla general y en particular en virtud de la regla de exclusión, pues deben preservarse los principios que cimentan el ordenamiento no solo nacional sino vigentes en normas internacionales, con mayor razón ante la vulneración de derechos fundamentales.

Castro (2009), al respecto, dice que la problemática derivada del concepto prueba prohibida, sobrepasa lo jurídico, pues su tratamiento tiene íntima correspondencia con la relación Estado – Ciudadanía, así, anota, que es una exigencia que el Estado vele y establezca mecanismos que garanticen la seguridad de la ciudadanía, hoy en día la progresión de la criminalidad organizada es tal, que no solo ha traspasado fronteras, sino ha sofisticado su modo de actuación, siendo cada vez más violenta, ello ha traído consigo una tendencia a la limitación de derechos fundamentales, que se acrecienta cada vez más y atenta contra toda el desarrollo constitucional, la propia universalidad de los derechos fundamentales, las bases del Estado de Derecho y las garantías penales sustantivas y adjetivas (Castro Trigos, 2009, pág. 62).

Destaca también, un aspecto interesante en cuanto al tratamiento de los derechos fundamentales ante esta tendencia, pues señala que éstos, serán derechos únicamente de la ciudadanía, más no, a todas las personas, lo que implica una diferenciación entre miembros de la sociedad *con derechos fundamentales* y las que denomina *no personas* “(...) 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 (...)” (Castro Trigos, 2009, pág. 62).

Develando así, la vigencia del derecho penal del enemigo, a partir de las que habrían surgido, en opinión del mismo Castro (2009), las diversas excepciones a la regla de exclusión, y que, para Zaffaroni, equivaldría a la “(...) renuncia al principio de estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía (...)” (pág. 62), por lo que, en su consideración, ninguna excepción estaría legitimada.

Si bien la vulneración de derechos fundamentales justifica la aplicación de la regla de exclusión, se aprecia la tendencia a relativizar la aplicación de la regla de exclusión, que incluso se denota en el ya referido Acuerdo Plenario de Jueces Superiores de 2004, que no sería más que, una respuesta, como señala Castro (2009):

(...) al acuciante reclamo de amplios sectores sociales por niveles adecuados de seguridad frente al crecimiento constante del fenómeno delictivo y la necesidad de generar mecanismos que potencias la persecución penal, aún a costa de la vulneración de los derechos de los individuos (págs. 94-95).

2.4. Alcances de la teoría de la prueba prohibida en el Perú

2.4.1. Precisiones acerca del modelo procesal peruano y la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso.

Debemos partir del análisis del modelo procesal, tenemos entonces, lo señalado por Landa (2014):

(...) en todo estado constitucional democrático, la potestad de administrar, justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto es así porque la Constitución, a partir del derecho de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala (págs. 9-10).

Como se ha referido, la constitucionalización del derecho procesal penal imperante, no es ajena a la realidad peruana, así tenemos, como señala Castro, que muestra de ello, son las disposiciones constitucionales que han sido recogidas por el Código Procesal Penal, como el principio acusatorio, la separación de roles, entre el Ministerio Público y el Poder Judicial,

se desprenden de los artículos 138, 143, 158, 159 de la Constitución Política del Perú (Castro Trigos, 2009, pág. 33).

Así el autor, dice al respecto:

Las dos primeras disposiciones consagran la potestad de administrar justicia y su ejercicio por el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que establezca su Ley Orgánica. Los dos últimos artículos, en cambio, consagran como un órgano autónomo al ministerio público, asignándole la tarea de conducir desde su inicio la investigación del delito y la de ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, así como la de participar activamente en el proceso penal (Castro Trigos, 2009, pág. 33).

En esa misma línea, el autor, destaca también, el artículo 139, inciso 14 y 16 de la Constitución Peruana de 1993 (Castro Trigos, 2009, pág. 34)., en el que se erige un principio primordial, sin el que el proceso en sí mismo, sería más que un avasallador demolidor de garantías y vulnerador de derechos, el derecho fundamental a la defensa, que en palabras de Ferrajoli (1995), refiriéndose a éste derecho “es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consiste precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes (pág. 613), es decir una condición *sine qua non* para la existencia del proceso penal, del que deriva a su vez, el principio de contradicción.

Castro, destaca otros principios, también que se derivan de la Constitución, entre ellos el principio de no ser pasible de sanción penal sin un proceso judicial que proviene del artículo 139° inciso 10, concepto que ya hemos desarrollado, es solo sí y a través de un proceso penal con todas las garantías de un debido proceso mediante la cual se podrá imponer una sanción penal, igualmente el principio de publicidad, de la disposición del artículo 139 inciso 4 (Castro Trigos, 2009, pág. 34), que en palabras de Couture citado por el magistrado español Valera (1990) se refiere a la publicidad, como “el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores, ya que ‘en último término, el pueblo es el juez de los jueces’” (Varela Castro, 1990, pág. 37).

Es ilustrativo, recordar también lo dicho por Mirabeau ante la Asamblea Nacional cuando expresaba -recogido también por Valera (1990) en su artículo-: “Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrupto, incluso mi enemigo, si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público” (pág. 37), de lo que advertimos, a diferencia del modelo inquisitivo, en el que predomina el secretismo de las actuaciones judiciales, la publicidad en nuestro sistema se erige como instrumento de control por parte de la sociedad, principio que ha sido consagrado en nuestro igualmente en nuestro Código Procesal Penal.

Lo que, en suma, permite concluir, que nuestro proceso penal también ha sido participe del fenómeno de constitucionalización, partiendo desde la dignidad humana como valor fundamental, en consonancia, con el Estado constitucional de derecho del que somos parte, en el que se consagran las garantías y derechos fundamentales, que han sido acogidos, inspiradores y configuradores de nuestro modelo proceso penal, código procesal penal y ordenamiento procesal en general. Es visible en nuestro Código Procesal Penal vigente, en tanto podemos advertir que, en él, se han recogido expresamente los derechos y garantías procesales consagradas en la Carta Magna, en otras palabras, las garantías existentes en la Constitución han sido recogidas por el Código Procesal Penal, y nuestro modelo procesal penal en general.

Ahora, precisiones legales, en cuanto al modelo procesal, debe considerarse al modelo procesal adoptado por el Perú, en ese sentido, partimos de algunas precisiones vertidas en el Código Procesal Penal, entre ellas, la del artículo I, del Título Preliminar, inciso 2, que dice: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio”. Así también, en su inciso 3:

Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia

Por otro lado, igualmente, el Acuerdo Plenario N° 5-2012/CJ-116 del 29 de enero de 2013, en su fundamento 9° al referirse al proceso penal peruano y el modelo adoptado, señala:

9º El sistema del Código Procesal Penal puesto en vigencia por Decreto Legislativo N° 957 es acusatorio, contradictorio, predominantemente oral de origen europeo continental; por lo que al igual que en el Código de Procedimientos Penales de 1940, el órgano judicial debe proveer justicia y obtener la verdad, basándose en un equilibrio entre garantías y eficiencia. Este Código se encuentra vigente desde julio del 2006 en Perú, y sigue la tendencia de los Códigos acusatorios de América Latina. Divide sus etapas en tres muy marcadas: 1) De investigación preparatoria. 2) Intermedia. 3. Juicio oral.

El Código Procesal Penal en concordancia con el Acuerdo Plenario, precisan, algunos rasgos, entre ellos, podemos enumerar, acusatorio oral, público y contradictorio y que nuestro modelo, tiene origen europeocontinental; al respecto Salinas (2014) afirma:

Desde la vigencia de la Constitución Política del Estado de 1993, nuestro sistema procesal penal se fundamenta en los pilares ideológicos del modelo acusatorio [...] En esa línea, sostenemos desde el inicio que el legislador nacional ha optado por un modelo acusatorio garantista con ciertos rasgos adversariales (pág. 4).

Es decir, recapitulando, en tanto, ya hemos desarrollado este punto en ítems precedentes, nuestro modelo, entre sus características más importantes, y como precisa el autor, será entonces, acusatorio, en razón a que existe división de roles, a grandes rasgos, juez (decide, juzga), fiscal (investiga, acusa), y abogado defensor (defender los intereses del procesado), se destaca la importancia de una pretensión fiscal, a través de la acusación se hará viable el juzgamiento. En cuanto al garantismo, se dice que el juez será el que velará porque las garantías y derechos que le asisten a las partes, fiscal, procesado y parte civil o agraviado, razón por la cual, como anota el autor, nuestro sistema no es acusatorio puro o adversarial, si no más bien, cuenta con rasgos adversariales, y ello, porque este rasgo en nuestro modelo solo sale a la luz en el juicio, y en algunas audiencias previas, no durante todo el proceso. Finalmente se destaca la diferencia con los sistemas de origen en el *Common Law*, en donde el juez solo es arbitro del proceso en el que existen partes adversas, y en el modelo peruano, el juez cumple una función dinámica e imparcial, orientado en todo momento a alcanzar la verdad de los hechos, para fallar en justicia, pudiendo recurrir incluso a la prueba de oficio (Salinas Siccha, 2014, págs. 4-5).

En cuanto a unas de las finalidades más importantes del proceso penal, hemos adelantado, algunas referencias acerca de la búsqueda de la verdad, en las nociones preliminares; debemos decir en este punto, que, en cuanto a la regulación procesal peruana, consideramos que está orientada a alcanzar la verdad material y uno de los fundamentos a considerarse es la facultad de actuación de prueba de oficio, por esa misma razón, así también, lo sostenido por Sánchez Velarde, comentado por Salinas (2014):

(...) la verdad material constituye un requisito fundamental para la decisión final del juzgador, pues no se podrá sancionar a la persona que tiene la calidad de acusado sin haberse probado que es culpable. No debemos obviar que son las pruebas y no los jueces, las que condenan, ésta es la garantía frente a la arbitrariedad punitiva (pág. 8).

En el mismo sentido, las reflexiones de Taruffo (2012): “(...) ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente [...] un procedimiento en el cual los tribunales ni siquiera tratan de llegar a la verdad es, de manera manifiesta, un procedimiento injusto” (pág. 22).

No podemos dejar de mencionar la Sentencia de la Corte Suprema N° 22-2009- La Libertad, a la que hace mención Salinas (2004), la que, en su fundamento décimo tercero, aclara:

Sin duda una de las garantías específicas, compatibles con el principio de justicia material que exigen los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro de la Constitución y se incardina en la garantía genérica del debido proceso (artículo ciento treinta y nueve, inciso tres, de la Ley Fundamental), es la averiguación lícita de la verdad que garantiza una sentencia justa -el derecho material se realiza comprobando la verdad material-, lo que en modo alguno se cumple cuando se asume una concepción de mera “justicia de procedimiento”, esto es, que se limite a garantizar la justicia de las condiciones de combate entre las partes (pág. 6).

De todo ello, consideramos al igual que Salinas, que la finalidad del proceso penal peruano conforme ha sido legislado, corresponde aspirar a obtener la verdad material o real de los hechos, una aproximación lo más cercana a ella, obtenida a través de la prueba actuada en juicio, obtenida legítimamente, pues no podemos admitir en un Estado de Derecho, la imposición de penas, más aún si para su imposición se requiere un grado de certeza (tómese en cuenta el principio *in dubio pro reo*), una verdad, meramente formal, como en el caso de los modelos derivados del *Common Law*, donde el Juez está restringido a lo vertido por las partes y prima la resolución del conflicto sobre el descubrimiento de la verdad de los hechos,

como ya hemos precisado. Concluimos entonces, que el modelo procesal adoptado por el Perú es *sui generis*, sin punto de comparación con otro modelo procesal, compartiendo rasgos mixtos, manteniendo rasgos inescindibles como el de su origen eurocontinental y el ser acusatorio, con las particularidades propias de nuestro modelo, ya descritas.

2.4.1.1. El derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional como principios rectores del proceso penal

Antes de tomar el estudio de la configuración de la institución de la prueba prohibida, debemos conocer las concepciones constitucionales de los derechos que circundan el desarrollo del proceso, así como de la prueba, en ese orden de ideas, debemos precisar lo siguiente respecto a la tutela jurisdiccional y el debido proceso, que es explicado magistralmente por Castillo Córdova (2013):

Sobre la tutela jurisdiccional ha dicho el Tribunal Constitucional que “supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia”; mientras que sobre el debido proceso ha manifestado que “significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”. De estas declaraciones del Supremo intérprete de la Constitución es posible concluir que la tutela jurisdiccional y el debido proceso como derechos fundamentales se configurarían en etapas distintas del procesamiento.

La primera estaría destinada a asegurar el inicio y el fin del procesamiento, a través del acceso a la justicia y la ejecución de la decisión; mientras que el segundo estaría llamado a proteger el desarrollo del procesamiento mismo. Así, la posibilidad de acceder a un órgano que administre justicia de modo institucionalizado, sería manifestación de la tutela jurisdiccional y no el debido proceso; mientras que toda la secuencia de etapas procesales a partir de que se ha accedido al órgano que administra justicia y hasta la dación de la sentencia en instancia final, sería manifestación del debido proceso y no de la tutela jurisdiccional; y, finalmente, la ejecución de la sentencia firme vendría a ser sólo manifestación de la tutela jurisdiccional (pág. 5).

Queda claro entonces que por tutela jurisdiccional entendemos a aquel derecho a acceder al órgano jurisdiccional y que lo resuelto en la sentencia final sea eficaz; por su parte el debido proceso, será aquel derecho continente, que a través de las garantías que lo conforman, se desarrollará el proceso garantías sin las cuales el proceso, sería flagrante transgresor del ordenamiento constitucional, ampliando el concepto, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este derecho, en concreto, Landa (2012) dice:

El derecho al debido proceso resulta, entonces, un derecho implícito del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que supone tanto la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, como de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso. Este derecho contiene un doble plano pues, además de responder a los elementos formales o procedimentales de un proceso (juez natural, derecho de defensa, plazo razonable, motivación resolutoria, acceso a los recursos, instancia plural, etc.), asegura elementos sustantivos o materiales, lo que supone la preservación de criterios de justicia que sustenten toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, etc.) (pág. 16).

Entre sus dimensiones, Castillo Córdova (2013), señala:

En lo que respecta a la dimensión formal, el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido. En este sentido, esta dimensión procedimental tiene que ver con las formalidades estatuidas en un proceso, y supone tomar en consideración “las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc)”. A esta dimensión corresponden todas las concreciones que anteriormente desde el artículo 139 se han concluido como garantías del debido proceso (págs. 10-11).

Es decir, entonces, que el derecho al debido proceso, está conformado a su vez, por los derechos entre otros, el de defensa, instancia plural, cosa juzgada, juez natural, al plazo razonable, a los recursos, presunción de inocencia, a la motivación de resoluciones, a un proceso establecido por ley, a la prueba, etc.

En cuanto a la dimensión sustantiva el Tribunal Constitucional en el caso Servicios Postales en el Exp. N.º 03433-2013-PA/TC en su fundamento jurídico 3.3.2.:

[...] el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”.

Apreciamos entonces, que los criterios de proporcionalidad y razonabilidad forman parte de la dimensión material del debido proceso, lo que implica que las decisiones judiciales deben ajustarse a esos principios, considerándose, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en cuanto a ellos, en el caso Gonzalo Antonio Costa Gómez, en el expediente N.º 2192-2004-AA /TC, en su fundamento jurídico décimo quinto:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

No profundizaremos en cuanto a estos principios, en tanto lo trataremos dentro de un capítulo, recogiendo todas las precisiones que ha desarrollado el Tribunal Constitucional, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la aplicación del principio de proporcionalidad está presente en todo el ordenamiento jurídico y debe ser un criterio obligatorio por parte del órgano decisor.

Podemos afirmar, que en tanto la materialización del *ius puniendi* del Estado, es decir, la imposición de una pena tiene como única vía el proceso penal, por su naturaleza represiva y ser potencialmente lesiva al valor fundamental de la libertad humana, este proceso debe contar con garantías mínimas que amparen al imputado sometida a la maquinaria estatal en búsqueda de la solución del conflicto penal, radicando ahí la importancia del debido proceso.

2.4.1.2. Rasgos fundamentales, de la prueba, derecho a la prueba y límites constitucionales.

Esta descripción se restringirá al ordenamiento jurídico nacional, estimando que no existe una regulación expresa en nuestra Constitución acerca de la prueba, recurriremos al desarrollo efectuado por nuestro Tribunal Constitucional en cuanto al derecho a la prueba, para ello se toma de la jurisprudencia específicamente al caso Marcelino Tineo y más de cinco mil ciudadanos, recaído en el EXP. N.º 010-2002-AI/TC, en el que en su fundamento jurídico céntesimo cuadragésimo octavo:

En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú. (Marcelino Tineo y más de cinco mil ciudadanos, 2003)

El derecho a la prueba entonces, está contenido en el derecho al debido proceso, y tiene reconocimiento constitucional, concretamente en el inciso del artículo que refiere la cita. Igualmente se dice en el expediente N° 1014-2007-PHC/TC, en el Caso Luis Federico Salas Guevara Shultz en su fundamento jurídico octavo:

(...) se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales –límites extrínsecos–, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión –límites intrínsecos (pág. 14).

Podemos establecer de ello, que el derecho a la prueba no solo está implícita en el derecho al debido proceso, sino que además forma parte de su contenido esencial, y que ciertamente como todo derecho, está sujeto a límites, de naturaleza intrínseca y extrínseca, así tenemos también, en cuanto a sus límites, el fundamento centésimo cuadragésimo noveno y centésimo quincuagésimo del caso Marcelino Tineo y más de cinco mil ciudadanos, recaído en el EXP. N.º 010-2002-AI/TC antes citado:

Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en

ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión.

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

Podemos ver, que el Tribunal Constitucional desarrolla un concepto más amplio, sobresale un aspecto interesante en cuanto a los límites, concretamente, distintos a la pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud, como podemos apreciar de la propia jurisprudencia:

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita.

Como expresa San Martín Castro (1999):

En cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel (pág. 61).

En el que podemos ver, concretamente, que la fundamentación de los otros límites radica en la armonización o protección de bienes y derechos del mismo rango, igualmente, se hace referencia a la utilización de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, siempre que no se afecte su contenido esencial, este último ha sido precisado por el Tribunal Constitucional en el caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, desarrollado en el EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, que en su fundamento décimo quinto:

Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por

escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, 2005).

Identificado su contenido, ahora, en cuanto a sus dimensiones y características, en la sentencia recaída en el expediente EXP. N.º 1014-2007-PHC/TC se puede advertir del fundamento jurídico décimo, décimo primero y décimo segundo, respectivamente:

Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal.

Apreciamos que se le cataloga de derecho fundamental, y se destacan dos dimensiones, la subjetiva y objetiva, en cuanto a la primera, aquella que recae en los justiciables, facultándolos a producir el material probatorio correspondiente para sustentar sus pretensiones o, en su caso, su defensa; respecto a la segunda, recae más bien, en el juez, y su actuación en relación a la prueba, acciones cuya finalidad es la más cercana aproximación a la verdad, en virtud de la que motivará sus decisiones, siendo únicamente a través de la prueba que se impondrá una sanción penal (Caso Luis Federico Salas Guevara Shultz, 2007).

En cuanto a sus características, el fundamento jurídico décimo segundo señala:

Por ello, la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (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, la cual 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; (3) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada (Caso Luis Federico Salas Guevara Shultz, 2007).

Entonces, resumidamente, cuatro de las características más importantes, son veracidad, constitucionalidad, utilidad y pertinencia, el que debemos resaltar es la constitucionalidad, desde donde parte la idea de prueba prohibida, considerando que la prueba tiene que tener un origen legítimo, sin mediar alguna violación de derechos fundamentales, en específico de su contenido esencial, de lo contrario no podría ser utilizable por el juez.

Estamos de acuerdo con Castro, en cuanto señala, el derecho a la prueba tiene, un reconocimiento no solo constitucional sino, un rango de derecho fundamental, derivado del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política peruana, igualmente advierte que puede inferirse el referido derecho, del artículo 2 inciso 24 literal e) del mismo cuerpo normativo, que consagra la presunción de inocencia, -que además, como señala García Valencia, citado por Castro, le sirve como fundamento constitucional-, en tanto es únicamente ante prueba suficiente a favor de la tesis de imputación, a través de la que se enervará tal presunción, en consecuencia será pasible de una sanción penal, carga de la prueba ésta, que en nuestro modelo procesal, recae en el denominado -por la Constitución Política- persecutor del delito, titular de la acción penal, es decir el Ministerio Público, en los delitos del ejercicio público de la acción penal (Castro Trigoso, pág. 40).

2.4.2. Configuración constitucional y legislativa de la prueba prohibida

En cuanto a la regulación, los tribunales supranacionales, ante esta institución, han referido, por un lado, que debe ser regulada por el ordenamiento interno de cada país, y en otros casos, mencionan que su competencia de pronunciamiento se referirá a si el proceso fue o no justo, y a partir de ahí, desarrollan sus argumentos, así tenemos entonces:

Al respecto debemos recoger lo sostenido por Palacios Meléndez (2011) en cuanto a la regulación de la regla de exclusión:

Cabe resaltar que esta consecuencia no se deriva de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, porque ha quedado establecido por jurisprudencia supranacional, que la consecuencia procesal que se aplica en el caso de obtención de pruebas mediante la violación de derechos fundamentales debe ser decidido por cada Estado debido a que este es un “asunto que corresponde a la jurisdicción interna (pág. 81).

Así podemos advertir del fundamento 174 del Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú* la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de noviembre de 2004, como señala la autora, refiriéndose a prueba prohibida “[...]Desde luego, la Corte no se pronuncia acerca de la eficacia de dichas pruebas en el caso concreto, asunto que corresponde a la jurisdicción interna”

Por su parte el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como anota Costa (2012):

(...) abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual, “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la Ley, que decidirá los litigios de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella” (pág. 144).

Así como de la Corte Interamericana, también citadas por otros autores, entre ellos el caso *Schenk contra Suiza* del 12 de julio 1988, en el que como comenta Palacios Meléndez (2011)

(...) se admite una grabación telefónica incriminatoria obtenida sin previa autorización judicial y en consecuencia se le condenó. El ETD –en una decisión en mayoría– consideró que el proceso había sido justo en su conjunto ya que al admitirse la prueba no se vulneró el derecho de defensa del procesado ya que se le otorgó la posibilidad de contradicción (pág. 81).

En suma, el ordenamiento supranacional legitima que cada ordenamiento interno de cada nación regule la institución, no emitiendo un pronunciamiento al respecto.

2.4.3. La Constitución y la prueba prohibida

Si bien el desarrollo de la teoría de la prueba prohibida es reciente *data*, en el Perú, ya existían disposiciones que hubiesen permitido se adelante su incorporación en el ordenamiento peruano, como recoge Palacios Meléndez (2011) :

Así tenemos que en 1834 –aproximadamente 80 años antes que su consagración jurisprudencial en Estados Unidos– esta fue recogida directamente por nuestra Constitución, cuando señaló: “Artículo 156.- Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal”. De esa forma encontramos que se privaba de efectos legales a la obtención de pruebas mediante la violación del secreto de las comunicaciones (pág. 77).

Tendencia que fue mantenida por las Constituciones posteriores, siendo ampliada por la Constitución de 1933 y las siguientes, así tenemos en el artículo 57° de la Constitución de 1933 en el que se extiende a las declaraciones obtenidas con violencia: Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia.

Entonces podemos afirmar que el origen de la prueba prohibida en el Perú tiene un origen más antiguo (ochenta años antes) y distinto al de Estados Unidos y España, considerando que en el territorio nacional ya estaba prevista Constitucionalmente esbozos de la regla de exclusión desde 1834, y en EE.UU. surge hasta 1914 en su jurisprudencia, y en España hasta 1985 a través de su Ley Orgánica, como anota también Palacios.

En cuanto a prueba prohibida, en concreto, en la Carta Magna Peruana vigente de 1993, encontramos, dos referencias específicas de prueba prohibida, dentro de su Título I, Capítulo I, artículo 2° inciso 10, que reza “Artículo 2°, Toda persona tiene derecho: 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados (...) Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal (...)” (Constitución Política Del Perú, 1993).

Y el previsto en el inciso 24, literal “h”, “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. (...) Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad” (Constitución Política Del Perú, 1993).

Al respecto, afirma Castro, que la causa de que en la constitución se encuentren dos referencias específicas a prueba prohibida, entre ellas, la relacionada con el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, y la que deviene de la violencia moral, física o psíquica; sería en razón a que los constituyentes, estimaron que estos derechos tenían mayores posibilidades de ser afectados (pág. 77).

No obstante, como señala Palacios Meléndez (2011),

(...) también regula supuestos en los cuales, para poder tener injerencia en algunos derechos fundamentales señalados, es necesario cumplir ciertos requisitos; es el caso de la inviolabilidad de domicilio, secreto bancario y libertad ambulatoria. Por otro lado, también regula otros supuestos de protección de derechos fundamentales. En estos casos, a pesar de no tener establecida expresamente la regla de exclusión en su aspecto procesal, en la actualidad, se puede afirmar que también tiene aparejada la mencionada consecuencia por su carácter de derechos fundamentales (pág. 80).

Como hemos adelantado, en el Perú ha sido verdaderamente donde la prueba prohibida ha surgido en la Constitución, partiendo desde la de 1834 hasta la hoy Constitución de 1993, que si bien expresamente no están recogidas las prohibiciones probatorias en toda su amplitud, es a través del Código Procesal Penal de 2004 en el que se manifiesta totalmente la regla de exclusión abarcando a todos los derechos fundamentales.

Considerando que es la vulneración de derechos fundamentales, específicamente de su contenido esencial, aquella causa de la prohibición probatoria, debemos entonces precisar lo siguiente:

Los derechos fundamentales, en la constitución, los hallamos en el capítulo primero “derechos fundamentales de la persona”, del título primero “derechos de la persona”, en el que se catalogan una lista de derechos, entre ellos:

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

Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público (...) (Constitución Política Del Perú, 1993).

Sin embargo, debe precisarse también lo señalado por el artículo 3° de la Constitución:

Artículo 3°.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (Constitución Política Del Perú, 1993).

En tanto, encontramos que se ha previsto una regulación de *numerus apertus*, en relación con los derechos fundamentales, por lo que no se encuentran restringidos a los mencionados expresamente en la norma suprema, sino que también serán fundamentales aquellos, derivados de la dignidad humana, y demás principios acordes con el estado y forma de gobierno adoptado.

2.4.4. Configuración legal en el Código Procesal Penal de 2004

Entre las disposiciones legales vigentes en el Código Procesal Penal, tenemos inicialmente en el título preliminar en su artículo VII, referido a la legitimidad de la prueba:

Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:

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

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

3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio (Código Procesal Penal Peruano, 2004).

Artículo del que advertimos, que el procedimiento para la obtención e incorporación de los medios de prueba debe ser “constitucionalmente legítimo”, es decir respetando los derechos fundamentales, así como las garantías constitucionales de naturaleza procesal, se precisa, en el mismo sentido, que aquellas prueba que se obtengan vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales, serán ineficaces, esta disposición se aplica a las que sean obtenidas de modo directo e indirecto.

Así también, lo previsto en el libro segundo “la actividad procesal”, sección segunda “la prueba”, título primero, “preceptos generales”, artículo 159: “Utilización de la prueba. 1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona” (Código Procesal Penal Peruano, 2004).

De nuestro Código Procesal Penal de 2004, puntualmente de las dos disposiciones en las que se hace referencia a prueba prohibida, se advierte la expresión “directa o indirectamente”, lo que implica que nuestro modelo procesal acoge, tanto la regla de exclusión como la doctrina del fruto del árbol envenenado o del efecto reflejo de la prueba prohibida.

Se aprecia de igual modo, que legislativamente se adoptó rígidamente la aplicación de la regla de exclusión, y la teoría del efecto reflejo de la prueba prohibida, en tanto no, se verifica regulación expresa alguna de excepciones, a lo dispuesto por el artículo reseñado.

Salvo, por denominada excepción *in bonam parte*, como ya hemos precisado, que, sin embargo, no se trata de una excepción propiamente, sino más bien, forma parte de los principios propios del proceso penal y deriva del artículo VIII, del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 tercer párrafo: “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”, como se aprecia se trata más bien de una garantía.

2.4.4.1. Fundamento de la regla de exclusión en el Perú

A diferencia del modelo norteamericano, en el que como hemos señalado el fundamento en el que se sustenta la regla de exclusión y los efectos reflejos de la prueba prohibida, es el efecto disuasorio o *deterrent effect* el que está dirigido a los agentes policiales a fin de que estos no cometan actos ilícitos en la investigación de delito, es decir meramente preventivos de las conductas policiales ilegítimas, teorías desarrolladas por la jurisprudencia, considerando el sistema legal que acoge Estados Unidos, así en el caso *Calandra vs. EE.UU.* (1974) se dice, como Palacios Meléndez (2011): “(...) Es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la cuarta enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho Constitucional de la parte agraviada (...)”¹ (pág. 74).

En el caso peruano, Castro, niega la posibilidad de que opere el mismo fundamento, pues, en el Perú, la naturaleza de la regla de exclusión yace en el privilegio y rango constitucional de los derechos fundamentales, no está orientada al solo hecho de disuadir al cuerpo policial o a los demás órganos persecutores del delito, aun cuando pueda lograr este último objetivo por añadidura, dado que, resulta total incompatible con los principios del Estado de Derecho (Castro Trigos, 2009, pág. 105).

Respecto de su naturaleza, en nuestro derecho de tradición eurocontinental, dice San Martín (2014) “La naturaleza jurídica de dicha institución, que en el derecho eurocontinental puede considerarse, sin mayores fisuras, como una garantía constitucional de naturaleza procesal, derivada del art. 2°.24. ‘e’ de la Constitución, esto es, del derecho a la presunción de inocencia” (pág. 757).

2.4.4.2. La regulación de las excepciones a la regla de exclusión, legislación o jurisprudencia

Como hemos precisado hasta este punto, la regulación de la prueba prohibida, en el Perú, tiene origen Constitucional, los constituyentes optaron por regular dos supuestos expresos

¹ Texto original: “(...) The rule thus operates as “a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved.” *United States v. Calandra*, supra, at 348 (...)”

de prueba prohibida y consecuente regla de exclusión en razón a que pudieron considerar esos supuestos como los más concurrentes, ello no implica, que únicamente sean esos dos supuestos en los que se aplica la regla de exclusión, pues, en nuestro Código Procesal Penal, se advierte ya, la extensión de la regla de exclusión hacia todos los derechos fundamentales, y del propio texto legal se verifica que se adopta una regla de exclusión rígida así como la doctrina del árbol envenenado, no estando reguladas excepciones algunas, por supuesto, siempre y cuando se vulnere el contenido esencial del derecho.

Al respecto, estimando que no contamos con una regulación acerca de las excepciones a la regla de exclusión, así, señala Castro (2009), se pueden advertir dos sistemas de regulación de las excepciones a la regla de exclusión, el reglado y el jurisprudencial, respecto del primero dice, es aquel en el que “(...) el legislador quien decida en qué casos la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales puede ser valorada por el juzgador” (pág. 153), ello en base a que, siguiendo a Guariglia “la noción de que los jueces puedan legislar y crear por sí solos normas afectando o limitando los derechos de los ciudadanos es simplemente inaceptable en un Estado de Derecho” (pág. 153).

Castro (2009), agrega que:

(...) en la tradición europeo-continental rigen los principios de reserva de ley y división de poderes que serían pasados por alto si es que se reconoce a los jueces la facultad de admitir y valorar prueba obtenida ilícitamente. Si el juez aplica una excepción a la regla de exclusión para valorar una prueba que es prohibida por vulnerar derechos fundamentales se convierte en legislador, puesto que el Estado de Derecho las injerencias estatales en dicho ámbito, requieren necesariamente de la existencia de una norma potestativa escrita [...] (pp.153-154).

El autor, destaca aspectos de vital importancia, y que sustentan también nuestra posición, entre ellas, las implicancias de dejar en las manos de los jueces, es decir, a su plena discrecionalidad, el criterio de aplicar o no, alguna excepción, no bastante ello, que además establezcan, también a su libre criterio, cuál de las excepciones creadas por la jurisprudencia comparada acogerán para resolver el caso concreto.

Más aún, si consideramos que, como ya ha quedado claro, la prueba prohibida, es entendida como la vulneración de derechos fundamentales, -según nuestra regulación-, de su contenido esencial, que por su naturaleza conlleva su exclusión; y la aplicación de las

excepciones por su parte, que significaría que una prueba que deviene de la vulneración de tales derechos, a pesar de su mácula, sea valorada, mediando el solo criterio del juzgador, en tanto no contamos con regulación expresa, es decir fungiendo el juzgador de legislador, lo que es incompatible con nuestro sistema procesal.

Se aprecia claramente que estamos transgrediendo los principios del Estado de Derecho, permitiendo al juzgador decidir acerca de la violación de derechos fundamentales, sin mediar norma escrita que los autorice, yendo en contra del principio de reserva de ley, en asuntos vinculados a valores supremos consagrados en la Constitución, así como probatorios, que al menos en el proceso penal, definen una condena o una absolución.

Posición que resume Castro (2009), recogiendo lo sostenido por Guariglia: “la posición contraria socaba por completo el contenido democrático del principio de reserva de ley...y entraña una usurpación de las facultades legislativas por parte de la justicia” (pág. 159), refiriéndose a una regulación jurisprudencial.

En cuanto al segundo, la regulación jurisprudencial, es aquella que, según señala Castro, contrariamente a la primera, recaerá en el juez la potestad de establecer en el caso concreto la excepción a la regla de exclusión.

Al respecto debemos señalar que es esta postura la acogida por el plenario de Jueces Superiores, ciertamente de modo contradictorio, pues parten de la idea inicial, de su considerando décimo tercero que dice:

(...) 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 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. (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004).

No obstante, de admitir que se trata de una regulación absoluta de la regla de exclusión y la doctrina del fruto del árbol envenenado, y además que la redacción de nuestro Código Procesal Penal es incompatible con la doctrina y jurisprudencia comparada, lo que suscribimos, pues, en efecto, no se alude a alguna excepción -como tal-, salvo aquella *in bonam parte*, que propiamente no es una excepción. Acuerdan lo siguiente:

(...) 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. (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004).

No comentaremos esta parte, en tanto y en cuanto, ya hemos referido, una postura al respecto, líneas arriba. Cabe señalar, que Castro (2009), respecto de la postura adoptada por nuestro plenario, dice:

(...) el tenor del artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 del que no parece vislumbrarse la posibilidad de establecer excepciones a la prueba ilícita, salvo la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam parte*, de acuerdo con lo prescrito en el artículo VIII.3 del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo (pág. 154).

Agrega en el mismo sentido, los que se suman a esta última postura, se sustentan también en:

Castro (2009):

(...) la idea de superación de la idea de supremacía del Parlamento sobre los demás poderes del Estado para asumir, por el contrario, un concepto de equilibrio de poderes y la asunción por los jueces de amplias facultades de interpretación y de redimensionamiento del ordenamiento jurídico en el entendido que la producción normativa no se agota en la labor legislativa sino que se completa y culmina por los órganos jurisdiccionales en la aplicación normativa que es concebida como una verdadera fase de creación del Derecho (pág. 155).

Postura que no suscribimos, pues, si bien es válida, y trascendental la interpretación y desarrollo jurisprudencial que se hace de las instituciones procesales, una temática referida a vulneración de derechos fundamentales y los efectos que de ello devienen en el proceso, no puede dejarse de modo alguno a la libre discrecionalidad del juzgador, debemos ser enfáticos en que nuestro sistema judicial, a diferencia del norteamericano, es *Civil Low*, la

jurisprudencia no pueden invadir el ámbito legislativo y regular excepciones y presupuestos referidos a ellas, como sucede en el sistema *Common Law*, por lo que resulta incompatible una regulación de tales características, como ya hemos referido también líneas arriba.

Esta investigación comparte la postura de Castro (2009), quien acertadamente, para adoptarla, parte de los orígenes de la prueba prohibida y las excepciones a la regla de exclusión, en tanto, surgen del sistema anglosajón, concretamente de la jurisprudencia norteamericana, premisa de la infiere, que, al ser acogida por el ordenamiento nacional, ésta debe serlo en consonancia con nuestra realidad y de ningún modo imponerse como tal, más aún si se estima que el desarrollo jurisprudencia que ha alcanzado la regla de exclusión y las excepciones han sido acordes con un modelo en el que, justamente el desarrollo de las instituciones es una de las facultades de los jueces, completa la idea:

Castro (2009):

(...) No sucede lo mismo en nuestro país donde, en materia de prueba ilícita, asistimos a la génesis de una evolución que parte de la Constitución y específicamente de las reglas contenidas en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, En este orden de ideas, 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 (pág. 156).

En el mismo sentido dice, que, si bien ya no es admisible sostener, que el juez es *boca de la ley*, la creación de derecho debe ser ejercida con prudencia y en armonía con sistema jurídico que se adopta, en nuestro caso, el sistema romano germánico, sugiriendo que sean legisladas excepciones como las de:

Castro (2009):

(...) infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam parte*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de sus interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la '*plan view doctrine*' y los campos abiertos (pág. 157).

Y lo que es más importante para esta propuesta, Castro (2009), señala que atendiendo a la facultad jurisdiccional y la libertad de criterio del juzgador lo más prudente sería que la técnica jurídica de proporcionalidad sea usada para solventar los problemas conflictivos

entre derechos fundamentales pero agrega que debe darse esta situación: “(...) siempre y cuando la prueba haya sido regularmente pero el legislador ha excluido su valoración de modo expreso o se produzca una colisión con otros valores o bienes constitucionalmente, de igual o superior rango” (pág. 157).

Así, Castro (2009), desde su posición, logra según señala, ir en correspondencia con el sistema Romano-germánico, equilibrando por un lado las facultades legislativas para establecer las excepciones y por el otro, admitir a los jueces, facultades para la aplicación del criterio de proporcionalidad. No bastando ello, propone una *lege ferenda* para el artículo 159° del Código Procesal Penal de 2004 en su inciso 2):

2.- Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de derechos fundamentales de la persona, a menos que se trate de infracción constitucional beneficiosa para el imputado.

2.1. En la valoración de la prueba los jueces podrán considerar los siguientes criterios: la fuente independiente, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones propias o consentidas por uno de los interlocutores, la *plan view doctrine* y los campos abiertos y el principio de proporcionalidad; en este ultimo caso siempre que la prueba haya sido regularmente obtenida y se hubiese producido conflicto entre bienes o valores constitucionalmente protegidos de igual o superior rango (pág. 158).

En ese sentido, se coincide con lo sostenido por el autor, pues en efecto, apreciamos una cultura jurídica nacional de importación de instituciones, doctrina, legislación, entre otras de origen extranjero, de realidades radicalmente distintas, que pretenden ser incorporadas como tales, produciéndose en consecuencia, una problemática seria en torno a su aplicación, más aún si no existe una regulación clara y la interpretación se deja a libre discrecionalidad de los jueces, contraviniendo muchas veces las bases constitucionales y los principios del Estado de Derecho.

Es importante tener en cuenta la postura de su *lege ferenda*, no obstante, estimamos que no sería necesario establecer legislativamente, las excepciones a la regla de exclusión, pues, como él mismo ha señalado, no se tratan propiamente de excepciones a la regla.

Acogemos el criterio de proporcionalidad, pero no compartimos la restricción planteada por el autor, pues, inicialmente debemos precisar que, la regla de exclusión como tal, garantiza la primacía de los derechos fundamentales ante el poder punitivo del Estado, por

lo que, como tal, no debería haber excepción alguna. No obstante, lo que sí debería establecerse legislativamente es la admisión del criterio de proporcionalidad, y jurisprudencialmente, los criterios para determinar en qué casos, independientemente del delito, en los que se admitirá alguna excepción, que sería, únicamente el principio de proporcionalidad.

2.4.5. Desarrollo de la doctrina en el Perú

Del panorama actual, en nuestra doctrina nacional, entre los autores que han incidido en la teoría de la prueba prohibida, tenemos desde el Juez Supremo César San Martín Castro, quien la aborda en unos de sus capítulos sucintamente, así también el actual Fiscal de la Nación, Pablo Sánchez Velarde, el Fiscal Hamilton Castro Trigoso, hemos recogido igualmente las posturas del actual Juez Superior, Luciano Castillo Gutiérrez.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar tampoco la obra del asesor del Observatorio Judicial y del Gabinete de asesores de la Presidencia del Poder Judicial, Juan Sánchez Córdova, en el mismo sentido, la reciente publicación del exviceministro de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia y exdirector general de la academia del a Magistratura, Ernesto Lechuga Pino, entre otros numerosos artículos de las revistas especializadas nacionales, autores entre los que destacan Mercedes Herrera Guerrero, Elky Villegas Paiva, etc. todo ellos debidamente referidos en el presente trabajo, sin embargo de todos los trabajos podemos precisar que aún es bastante difusa la concepción, iniciando desde la terminología aplicada hasta la aplicación de las excepciones.

2.4.6. Jurisprudencia nacional al respecto

Haremos mención a algunos fallos en los que se ha tratado acerca de la institución procesal referida, sin embargo, ahondaremos en el capítulo correspondiente.

2.4.6.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la prueba prohibida

Debemos advertir, que, en el Perú, la institución de la prueba prohibida y sus excepciones no ha sido desarrollada en la misma medida que la jurisprudencia o doctrina comparada, no obstante, la importancia que reviste, y los efectos que genera, más aún, hoy en día, con el avance del crimen y la sofisticación de su actuar, que han dejado sin armas jurídico procesales y de investigación al Estado, presentándose numerosos casos en los que se debate entre la vulneración de derechos fundamentales del procesado y el fin supremo de la búsqueda de la verdad y la persecución del delito, no existiendo una postura ni jurisprudencial, ni doctrinal propios, que vinculen a los operadores jurídicos respecto de su tratamiento.

Si bien, no tenemos un desarrollo jurisprudencial a diferencia del Norteamérica y España, el Tribunal Constitucional Peruano, así como la Corte Suprema, si se han referido a ella, no de modo uniforme (en cuanto a las excepciones), en algunos casos dándonos alcances acerca de su tratamiento, esbozaremos ciertas referencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, en tanto las desarrollaremos en el capítulo respectivo.

Entre ellas tenemos, el que sería uno de los primeros pronunciamientos de prueba prohibida como tal, se hace referencia pues, al caso Edmi Lastra Quiñones desarrollado en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC- LIMA, en su fundamento tercero “La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable” (Caso Lastra Quiñones, 2003); del que podemos advertir una primera definición de la jurisprudencia acerca de la prueba prohibida, es importante mencionar el fallo, en tanto se recoge un excepción a la que hemos hecho mención, el error inocuo, que lo advertimos en el mismo fundamento tercero:

Ahora bien, en el proceso penal impugnado ha quedado desvirtuado el alegato del recurrente (que las entrevistas y la investigación que cuestiona hayan determinado el sentido del fallo en su contra), pues se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito y su responsabilidad penal, en cuya merituación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación que el accionante impugna.

Es ineludible no hacer referencia al Caso Serpost S.A. vs Rafael Francisco García (2004), que devino de un despido por falta grave, que es motivado por una intervención de la empleadora en la computadora del trabajador sin su autorización, en la que se verificó que el este último remitió material pornográfico a su compañero de trabajo, ante lo que el Tribunal verifica la lesión al derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, previsto en el artículo 2º inciso 9 de la Constitución Política, estableciendo que la relación laboral existente, no implica que el empleador pueda arrogarse la titularidad de las comunicaciones y de los atributos de la persona, como puede verse en su fundamento décimo octavo.

Precisa, el Tribunal Constitucional, en consecuencia, que:

(...) 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 (Caso Serpost S.A. vs. Rafael Francisco García, 2004).

De lo que podemos advertir, que, como señala Castro (2009):

(...) el tribunal ha fijado jurisprudencialmente dos cuestiones fundamentales: a) 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 b) 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 (pág. 148).

Finalmente, cabe destacar también, el caso Marcelino Tineo y más de cinco mil ciudadanos, recaído en el expediente 00010-2002-AI, que para el presente trabajo resulta en extremo importante, en tanto se verifica la postura que planteamos, en su fundamento jurídico centésima quincuagésima

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no pueden establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los

principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase de aquel que se limita.

De lo que Castro (2009), da cuenta que:

(...) el Tribunal Constitucional se ha referido específicamente a la posibilidad de utilizar criterios de proporcionalidad y ponderación para limitar el derecho a probar. Esto significa que sería válido restringir este derecho cuando exista la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionales de igual o mayor jerarquía (...) No ha existido aún un desarrollo jurisprudencial al respecto por parte de nuestro Tribunal Constitucional, no obstante que el principio de proporcionalidad y ponderación ha sido aplicado reiteradamente a otro tipo de situaciones. Sin embargo, esta posibilidad siempre está latente habida cuenta del prestigio que ha logrado en nuestro medio dicho criterio (...) (págs. 148-149).

Es decir, el Tribunal Constitucional, ha adelantado de cierta manera, la potencialidad del criterio de proporcionalidad como límite del derecho a la prueba, en tanto es innegable que el principio de proporcionalidad se irradia a todo el ordenamiento jurídico y no se restringe solo a la actividad probatoria, y que además debe agregarse que, este criterio de proporcionalidad ha sido desarrollado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional en diversas materias, por lo que no debe menospreciarse su utilidad, más aún en un asunto en el que fundamentalmente están en discusión dos valores fundamentales, la preeminencia del derecho fundamental ante su violación y el derecho a la verdad y la persecución del delito.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el Caso Quimper Herrera, recaído en el Exp. EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, en el que el Tribunal Constitucional le da rango de derecho fundamental a la prueba prohibida, en su fundamento jurídico sétimo:

(...) No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud (Caso Alberto Quimper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, 2010).

Cabe mencionar, que, serán analizadas en su momento las resoluciones pertinentes, no solo del Tribunal Constitucional, sino también, de la Corte Suprema y la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

2.4.6.2. Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal - Trujillo

En el Perú, una de las primeras manifestaciones de *prueba prohibida*, en la jurisprudencia nacional, la hallamos en el caso Rafael García Mendoza vs. Serpost (2004), un proceso de amparo de origen laboral, resuelto por el Tribunal Constitucional, de lo que podemos deducir que la prueba prohibida no está restringida al procesal penal, como anota Castro (2009):

(...) la actividad probatoria judicial abarca diversos ámbitos del ordenamiento jurídico procesal, a lo que agrega lo sostenido por Grophe “nuestro sistema de pruebas depende en principio, de la naturaleza del hecho que haya de ser probado, y no de la índole de la jurisdicción ante la cual se deba sustanciar el caso (pág. 59).

Queda claro entonces, que la prueba prohibida no solo es un fenómeno existente en el proceso penal, en tanto se manifestará en procesos de cualquier naturaleza, en razón a que la prueba no es exclusiva del proceso penal, además debe precisarse que la prueba prohibida al derivarse de una vulneración de derechos fundamentales tiene sustento en la Constitución razón por la cual, el rango de protección alcanza a todo el ordenamiento jurídico

Este pleno nacional que contó con la participación de jueces superiores integrantes de las Salas penales de diversas partes del territorio nacional fue celebrado en la ciudad de Trujillo en el año 2004, en él, se trataron entre otros, la problemática entorno a la prueba ilícita y la prueba prohibida cuyo asunto reza:

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 (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 76).

Así, se observa, que, dentro de sus consideraciones, parte de la concepción histórica, hasta plantear, algunas precisiones, entre ellas, en la primera, estima como sinónimos los términos “prueba ilícita y prueba prohibida”, se le define como ya lo hemos hecho, como aquella obtenida de la vulneración de derechos fundamentales, ante la cuál será de aplicación la regla de exclusión, así también, que cuando se esté ante la prueba derivada de la prueba prohibida, operará la doctrina del árbol envenenado.

Se desarrolla también, en la segunda, la ya esbozada diferencia entre prueba prohibida y la denominada prueba irregular, que se produce por violación a reglas procesales e inobservancias de las formalidades previstas, que puede ser subsanada, situación contraria, su efecto será al igual que la prueba prohibida, la exclusión de dicha prueba con la diferencia en que, ante prueba derivada de prueba irregular, ésta no será alcanzada por los efectos de la exclusión, siempre que no se haya lesionado algún derecho.

En esa línea, precisa, que será en la obtención de la prueba vulnerando derechos fundamentales en donde se incurrirá en prueba prohibida y ante la incorporación de prueba vulnerando formalidades procesales se estará ante prueba irregular. Se hace referencia también a los derechos fundamentales que usualmente son afectados, entre ellos: “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” (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 78).

No obstante, citando a Diaz Cabiale, que también son objeto de prohibición probatoria, aquellos derechos constitucionales procesales, como el derecho de defensa, la no autoincriminación, etc.

Continúa, en el considerando tercero, ahora en relación la regla de exclusión esboza los cuestionamientos que ha tenido esta regla, entendido como favorable para los culpables, los efectos procesales que genera su aplicación, citando a MAXIMILIANO HAIRABEDIAN, el plenario señala que, genera “costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento de sistema de justicia” (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 78).

Ello, ha traído como consecuencia la flexibilización de la regla, importándose de la doctrina extranjera, americana y europea, diversas excepciones, que recaen no solo en la prueba prohibida sino en la prueba derivada, “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” (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 79).

En cuando al momento de la producción de prueba prohibida, se dice al respecto que la mayor incidencia será en la investigación, no obstante, también puede darse intraproceso. Finalmente, ya en el considerando quinto, se desarrollan las excepciones a la regla de exclusión tales como: doctrina de la buena fe, infracción benéfica al imputado, de la eficacia de la prueba ilícita frente a terceros, de la ponderación de intereses, de la destrucción de la mentira del imputado y la teoría del riesgo. Respecto a las excepciones de la prueba derivada, se recogen entre ellas, las teorías de la fuente independiente, del hallazgo inevitable y la del nexo causal atenuado (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, págs. 79-81).

Un aspecto aún más relevante y cuestionable, tratado en este acuerdo plenario, es la técnica de regulación que se plantea, si se trataría de un sistema reglado o uno jurisprudencial, para ello parten del análisis del dispositivo contenido en el título preliminar del Código Procesal Penal, específicamente el artículo octavo, en el que se hace referencia a que únicamente la prueba podrá ser valorada, siempre y cuando su obtención o incorporación haya sido constitucionalmente legítima, dejando por sentado que carecen de efectos legales aquellas pruebas vulneradoras de derechos fundamentales directas o derivadas, concluyendo en el considerando décimo tercero del acuerdo plenario bajo comentario, que:

Al parecer esta redacción 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 (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 82).

Sin embargo, al establecer el acuerdo, contrariamente a lo sostenido en la parte considerativa, se señala en la primera disposición plenaria, a la que se arribó por mayoría “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.” (Pleno jurisdiccional superior nacional penal, 2004, pág. 82), lo que denota ir en contra de lo inicialmente planteado y lo consagrado en el Código Procesal Penal, aspecto éste, que más adelante ampliaremos.

En las conclusiones subsiguientes, desde de la segunda a la séptima, se admiten como excepciones: La doctrina de la buena fe, cuando sea beneficiosa al imputado, cuando se trata de prueba ilícita para terceros, la ponderación de intereses, destrucción de la mentira del imputado y la teoría del riesgo. Para culminar con las conclusiones octava y novena, refiriéndose a las diferencias entre prueba prohibida e irregular, y sus efectos.

2.5. En el derecho comparado

Las características que destacan respecto de la prueba prohibida en el derecho comparado se pueden clasificar en dos, en el caso de países europeos y el estadounidense, siguiendo a Armentadeu (2011):

Caracteriza a los países europeos, incluyendo a la Gran Bretaña, la conexión de la doctrina sobre la ilicitud probatoria con la búsqueda de la verdad y los límites a que debe acogerse la misma, ya sea enfatizando la rigurosa aplicación del principio de legalidad, los fines del proceso penal o la tensión existente entre los diversos fines esenciales de la sociedad, ya sea la persecución de los delitos y la protección de los derechos individuales (pág. 22).

Comenta también, que el aspecto subjetivo, es decir, el aleccionador dirigido a los agentes públicos en el desarrollo de la investigación en la búsqueda de la prueba, es un aspecto que no reviste tal intensidad, como en el *adversaryal system* estadounidense, en la que la regla de exclusión, se sustancia en ello, es decir en la contención o prevención de actuaciones abusivas en la persecución del delito y el desarrollo de la investigación que vulneren derechos de las personas (Armenta Deu, 2009, pág. 22).

2.5.1. Prueba Prohibida en España, origen, regulación legal y jurisprudencia relevante

Ya habiéndose referido al ordenamiento español previamente al tratar acerca de la conexión de antijuricidad, no obstante se tendrá en cuenta su configuración legal actual, para ello se tiene en consideración al primer antecedente a la regla de exclusión de la prueba prohibida, como señala Castro, que surge de un proceso laboral, sobre despido, a partir de la sentencia 114/1984 expedida por el Tribunal Constitucional español el 29 de noviembre de 1984 (Castro Trigos, 2009, pág. 160), sentencia en la que esta suprema instancia, por primera vez declara la preeminencia de los derechos fundamentales, declarando la interdicción de la prueba que los vulnerase.

En esa misma línea, señala Miranda (2004) que destaca de la sentencia lo siguiente:

(...) aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícita adquirida -téngase en cuenta que todavía no existía el artículo 11.1 L.O.P.J. – hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de ‘inviolables’ (art. 101 de la Constitución la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental (...)) (pág. 66).

Así se advierte, como el mismo autor señala, “en un primer momento, para el T.C. el fundamento de la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no descansaba en el efecto disuasor de las conductas ilegales de los agentes policiales (*deterrent effect*)” (pág. 67), sino más bien en la prevalencia de los derechos fundamentales.

En razón a ese pronunciamiento, se regula legalmente la regla de exclusión en España se encuentra positivizada en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 del 1 de julio de ese año, modificada en el 2015, en el que se dice en su artículo 11º, inciso 1º “(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (Ley Orgánica del Poder Judicial de España, 1985)

Posterior a ello, se han ido acogiendo las excepciones a la regla de exclusión de la jurisprudencia norteamericana, inicialmente aquellas referidas a prueba derivada, para más adelante ya, específicamente a partir de la STC 81/98 del 2 de abril, crear su propia línea

jurisprudencial, surgiendo la denominada “conexión de antijuridicidad” (Caso Juan S. D. D contra España, 1998), que como ya hemos analizado, recurre a recoger la postura norteamericana del *deterrent effect*, cambiando su inicial postura, de la prevalencia de los derechos fundamentales, si bien aparentemente solo sería de aplicación esta excepción a la prueba derivada, se ha hecho extensible a la prueba directa .

2.5.2. Prueba Prohibida en Alemania

Es del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), la histórica frase, que resume una postura acerca de la prueba prohibida, la encontramos en la sentencia del 14 de junio de 1960, recogida por Herrera (2015): “BGHS 14,358, 365) no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación del a verdad a cualquier precio” (pág. 30).

En razón a ello el ordenamiento jurídico alemán hace una diferenciación clasificando la prohibición que limita la valoración de la prueba lo cual es resumido en palabras de Herrera (2015), en cuanto a las distinciones entre “prohibiciones de producción de pruebas (*Beweisserhebungsverbote*) y prohibiciones de utilización de pruebas (*Beweisverwertungsverbote*). Las primeras limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas conciernen al uso judicial de las pruebas ya obtenidas” (págs. 33-34).

Es importante destacar, que ante la existencia del parámetro de exclusión de la prueba prohibida, también en este ordenamiento se tiene en cuenta a la ponderación como única regla que exceptúa las exclusiones antes citadas, así lo señala Armenta Deu (2011): “La doctrina de la ponderación de intereses admite la existencia de una colisión entre las prohibiciones de prueba y el principio de investigación” (pág. 55).

Comentando ello, Armenta Deu, dice, que los criterios que se toman en cuenta para decidir, son principalmente la gravedad del hecho y la intensidad de la infracción procesal. Entre otras teorías, tenemos la teoría del entorno jurídico o del ámbito de derechos, referida a la obtención de prueba con lesión de derechos fundamentales de terceros (Armenta Deu, 2009, pág. 56)..

2.5.3. Prueba Prohibida en Argentina, Chile y Colombia

Es importante mencionar, países de tradición eurocontinental, entre ellos Argentina, en los que no se cuenta con una regulación positiva referida a la regla de exclusión, no obstante, pueden ser derivadas de su Constitución, y en el caso de algunas provincias, en cambio sí existe regulación, el autor cita, por ejemplo la Constitución Provincial de Córdoba, en la que se encuentra ciertamente, prevista en el artículo 41, “Los actos que vulneran garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria (...)” (Constitución de la Provincia de Córdoba, 2001), igualmente en el artículo 194, del Código Procesal Penal provincial de Córdoba de 1991, en su capítulo 9 “Medios de Prueba”, sección primera “reglas generales”:

Exclusiones Probatorias. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella (Código Procesal Penal Provincial de Córdoba, 1991).

En el caso chileno, tenemos que, en su Código Procesal Penal del 2000, en su artículo 276 se verifica que se hace referencia “Exclusión de pruebas para el juicio oral”:

El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseara acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal. *Del mismo modo, 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.* Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral (Código Procesal Penal Chileno, 2000).

Así también, debe decirse que, al igual que la regulación peruana, la regla de exclusión se basa y deriva de la Constitución Política, en el caso chileno, evidenciándose en su segundo párrafo del artículo 1°:

(...)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 (...) (Constitución Política de Chile, 1980).

En el caso colombiano, inicialmente su Constitución Política en su artículo 29°, al referirse al debido proceso y otras diversas garantías procesales dice en su quinto párrafo “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” (Constitución Política Colombiana, 1991), a partir de ahí, a través de la ley 906 de 31 de agosto de 2004, se introduce el Código Procesal Penal de 2004, iniciando su vigencia en 2005, se trata de una regulación al igual que la nuestra, consagrada en la su norma adjetiva, concretamente en su artículo 23°:

Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia (Código de Procedimiento Penal colombiano, 2004).

Así también reguladas las excepciones a la regla de exclusión, sin embargo, solo referidas a la prueba derivada, en el título VI “Ineficacia de los actos procesales”, en el artículo 455, *Nulidad derivada de la prueba ilícita*. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios, el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley (Código de Procedimiento Penal colombiano, 2004).

2.5.4. Estados Unidos

La prueba, como en nuestro sistema, es de vital importancia para el derecho norteamericano (entiéndase, estadounidense), rigen las *Federal Rules of Evidence* , sin embargo, el desarrollo de las instituciones, sobre todo las bajo estudio, han surgido de las

líneas jurisprudencias emanadas por sus órganos jurisdiccionales, por lo que para adentrarnos en el estudio de la prueba prohibida, la regla de exclusión y las excepciones a la regla, debemos recurrir a su jurisprudencia.

No se aborda en este subcapítulo en tanto, se ha recurrido a ella a lo largo del desarrollo de la teoría de la prueba prohibida, se puede esbozar el origen y desarrollo de la prueba prohibida siguiendo a Armenta Deu (2011), de la siguiente manera:

El fundamento inicial es constitucional, de tutela de los derechos contenidos en diversas Enmiendas, concretamente: la cuarta (derecho a no sufrir registros y confiscaciones irrazonables); la quinta (derecho a no declarar contra sí mismo); la Sexta (derecho a estar asistido de letrado) y la Decimocuarta (Derecho al debido proceso) (pág. 30).

Posteriormente surge la tendencia a relativizar la regla de exclusión admitiéndose diversas excepciones, la cual es importante y como dato curioso, que los atentados del 11 de septiembre del 2001 marcaron un hito, pues, tal tendencia ha crecido exponencialmente, bajo la excusa de la lucha contra el crimen, siguiendo a Gascón Abellán, se ha denominado *Freedom of prof* (libertad de prueba), tendencia que además ha alcanzado a los ordenamientos del *Civil Law*, entre ellos el Perú.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O PONDERACIÓN ORIENTADO AL ANÁLISIS DE LA PRUEBA PROHIBIDA.

Siendo la finalidad de este capítulo el análisis de la prueba prohibida desde la perspectiva del principio de proporcionalidad corresponde iniciar su desarrollo con la puntualización conceptual del mismo para que sobre su entendimiento se pueda elaborar la estructura que permita el análisis que termina siendo el objetivo del capítulo.

3.3. Origen del principio de proporcionalidad en el Perú y fundamento constitucional.

Bajo el entendimiento de que el principio de proporcionalidad resulta ser una herramienta adecuada para conseguir optimizar la aplicación del derecho, específicamente para el caso de la valoración de la prueba prohibida, será prudente desarrollar tanto el origen como el fundamento a fin de esclarecer la relación que tiene con el ordenamiento jurídico que rige poniéndolo en una posición de ventaja frente al uso de otro tipo de evaluación de derechos como lo es aquel aplicado en los Estados Unidos.

En cuanto al origen histórico, Barak (2017) dice, “las raíces históricas de la proporcionalidad como estándar del derecho público se encuentran en el derecho administrativo alemán decimonónico” (pág. 207), comenta también, que fue Carl Gottlieb Suarez, quien viabilizó el desarrollo de la noción de proporcionalidad, desde una perspectiva social incluso sin denominarla *proporcionalidad* (Barak, 2017, pág. 207).

Sin embargo, agrega:

La proporcionalidad como concepto jurídico positivo —opuesto a la noción social ideal de Suarez— comenzó a aparecer en el derecho administrativo prusiano en la segunda mitad del siglo XIX. El término proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) aparece en la doctrina del derecho administrativo alemán hacia finales del siglo XVIII. En aquel tiempo, se discutió la proporcionalidad en el contexto del derecho policial (*Polizeirecht*), que servía como marco general al derecho administrativo prusiano. No obstante, el concepto mismo fue desarrollado principalmente por el Tribunal Supremo Administrativo de Prusia (pág. 208).

Es a partir de ahí que migra a la Unión Europea, la CEDH, Canadá, Asia, África y así sucesivamente, llegando finalmente a España desde donde se han inspirado los ordenamientos latinoamericanos (Barak, 2017, págs. 213-232).

Así tomando en consideración lo indicado por Marcial Rubio, quien sostiene que el test de proporcionalidad en el Perú ve la luz a inicios del siglo XXI; en su obra realiza un estudio acerca del origen del test de proporcionalidad, la cual se esboza sucintamente, dice que la primera referencia data de agosto del 2002, recae en el expediente 0649-2002-AA-TC, en el que ya se advierte un camino hacia el planteamiento de un test, que en líneas generales, recoge lo planteado por el Tribunal Constitucional español de 1995, igualmente se puntualiza la vinculación con la noción de igualdad. Así también precisa que, se confunde al test de proporcionalidad, denominándolo de racionalidad, mostrando aún desconocimiento en su aplicación por parte del Tribunal Constitucional peruano, posteriormente se emiten pronunciamientos en los que también se hace alusión al test de proporcionalidad, así como a la razonabilidad de modo indistinto (Rubio Correa, 2011, págs. 11-13).

Al respecto también Rubio (2011) dice: “es importante recordar que en los inicios del test de proporcionalidad en nuestra jurisprudencia estuvieron directamente ligados al derecho de igualdad (...) Esto conduce a que el primer elemento tenga que ver específicamente con este derecho” (pág. 22). Sin embargo, acota que los primeros literales (“a” y “b”) son aplicados en escasos procesos, en pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional posteriores, se hace referencia únicamente a que, el test está conformado por los literales “d” al “f”, indica finalmente que, la parte sustantiva del test de proporcionalidad está compuesto por los literales del “c” al “f” (Rubio Correa, 2011, pág. 22).

En razón a lo descrito se puede establecer que la proporcionalidad que se hubo aplicado en el Perú tenía la orientación proteccionista basada en la garantía de la igualdad ante la Ley, lo cual sin ser una limitación ha fundamentado la evolución de su ejercicio hasta la verificación del contenido esencial de los derechos a fin de hacer prevalecer un derecho sobre otro en determinadas circunstancias jurídicas y coyunturales, argumento que servirá de refuerzo a la construcción de la propuesta de esta investigación.

3.4. Precisiones acerca de la ponderación, principio de proporcionalidad y el test de proporcionalidad

Ante la percepción del criterio jurisdiccional que aplica figuras correspondientes a un ordenamiento jurídico distinto, el americano, es preciso realizar una crítica de la forma como se aplica el principio de proporcionalidad en los Estados Unidos, ello con el fin de establecer la ausencia de conexión con la forma de la aplicación del principio.

Debemos precisar, que la ponderación aplicada en Estados Unidos o la ponderación como tal, es distinta del principio de proporcionalidad de Europa continental (Europa y Latinoamérica), que además la comprende; esta última será materia de análisis, sin embargo, es menester referirse a la ponderación estadounidense, a efectos de contrastarla puntualmente, considerando que se trata de una problemática difusa, pues estos dos conceptos son considerados equivalentes por algunos, otros por su parte las consideran como parte-todo, entre otras posturas.

Así tenemos, que la ponderación, como señala Aleinikoff (2015), en cuanto a sus orígenes en norteamérica, señala, “como método explícito de interpretación constitucional apareció primero en las opiniones mayoritarias de finales de la década de 1930 y a comienzos de la década de 1940” (pág. 32), es desarrollada en pronunciamientos de la Corte Suprema estadounidense, y que hoy en día, como señala Bernal Pulido, en la parte introductoria del libro de Aleinikoff, en la actualidad es un criterio ineludible en la aplicación de las enmiendas de la Constitución estadounidense (Bernal Pulido, 2015, pág. 9).

Refiere también, Aleinikoff (2015), que una decisión que deviene de la ponderación es aquella “(...) que analiza una cuestión constitucional identificando los intereses implicados en el caso y llega a una decisión” (pág. 23), pues como él mismo señala, algunos estiman que la ponderación es un método para resolver cualquier clase de conflicto entre valores.

Asimismo, dice, que, usualmente se piensa que la ponderación implica un conflicto entre intereses individuales y los del gobierno, sin embargo, precisa que también sucede entre intereses del gobierno, en el caso de dos entidades gubernamentales o sin que medie participación del gobierno, es decir entre particulares. Agrega que, existen dos clases de

ponderación, la definitoria y la *ad hoc*, la primera de ellas, cuyo resultado final establecerá un principio de alcance general no siendo necesaria efectuar ponderación en los casos subsiguientes; y la segunda, que se realiza en el caso concreto y solo para esos efectos (Aleinikoff, 2015, págs. 26-29).

Por su parte, Sánchez Gonzáles, dice que el *balancing* o ponderación, surge del realismo jurídico (*legal realism*), movimiento en contra de la jurisprudencia denominada “mecánica”, formal, silogística, de nula capacidad de adaptación del derecho al cambio social, inclinándose así a establecer márgenes flexibles y amplios, abriéndose paso la utilización de técnicas como la ponderación (Sánchez Gonzáles, 2003, págs. 354-355).

Continúa Sánchez (2003), reseñando los fundamentos del magistrado norteamericano Harlan Fiske Stone, que sentó las bases de su aplicación en 1936:

Expresaré sucintamente –escribía-, la que considero la tendencia resultante de nuestro pensamiento legal. Estamos percibiendo cada vez de forma más completa que el Derecho no es un fin en si mismo, sino un instrumento para la protección y el control adecuados de aquellos intereses, sociales y económicos, que son de la incumbencia del gobierno y, por lo tanto, del Derecho; que ese propósito debe alcanzarse mediante el acomodo razonable del Derecho a las cambiantes necesidades económicas y sociales, sopesándolas con la necesidad de continuidad de nuestro sistema legal y con la experiencia anterior de la que han nacido sus precedentes; que dentro de los límites existentes entre el mandato de las leyes de una parte, y las restricciones de precedentes y doctrinas considerados vinculantes, de la otra, el juez tiene libertad de elegir la norma que aplica, y que su elección dependerá justamente de los pesos relativos de las ventajas económicas y sociales que, finalmente, inclinarán, el platillo de la balanza del juicio en favor de una norma en vez de otra. En este ámbito, el juez desempeña esencialmente la función del legislador, y en un sentido real, elabora Derecho (pág. 355).

A partir de allí, e incluso mucho antes, se desarrolló numerosa jurisprudencia, reduciendo las controversias a la ponderación de dos intereses en pugna. Las objeciones a la ponderación han sido recogidas por Bernal Pulido, la primera, en la que se destaca que la ponderación no cuenta con conceptos claros, ni una estructura definida, por lo que las decisiones que se basan en ella carecen de objetividad, siendo, por el contrario, sustentada en criterios subjetivos propios del juzgador, pudiendo obtenerse resultados distintos, considerando que la “balanza” que pondera responde a los criterios internos del juzgador. La segunda, en la que se estima que los valores no son comparables ni medibles, por lo que no podría

establecerse un criterio de ponderación; finalmente, la tercera, en la que se esboza, la irracionalidad de la ponderación pues, de modo alguno pueden predecirse sus resultados, por lo que dependería del caso concreto, afectándose la certeza del derecho (Alexy, y otros, 2010, págs. 39-40).

No obstante, el autor, sugiere que el ordenamiento estadounidense debería aplicar el principio de proporcionalidad en toda su integridad, y superar la sola ponderación, pues estimando la controversia de la aplicación de esta última, si bien se ha tratado de desarrollar diversos test, como el de escrutinio estricto, racional e intermedio, a decir de Bernal Pulido, éstas no garantizan la protección de los derechos, pues son absolutamente discrecionales (Bernal Pulido, 2015, pág. 17). Finaliza diciendo en su introducción al libro de Aleinikoff:

Bernal Pulido (2015):

(...) el principio de proporcionalidad permitiría al juez llevar a cabo el control de constitucionalidad sin verse constreñido a elegir un tipo de escrutinio a aplicar. Este efecto haría que el control de constitucionalidad fuese más sistemático y transparente. Frente a este respecto, quizás el derecho constitucional norteamericano tenga una lección que aprender de la práctica de las cortes constitucionales europeas y latinoamericanas (pág. 18).

3.5. Proporcionalidad, test de proporcionalidad y razonabilidad

Las categorías jurídicas que se han de detallar en esta sección tienen una connotación que se circunscribe a la aplicación jurisdiccional del derecho sugerida por el Tribunal Constitucional que las desarrolla en el marco de su interpretación.

Definiciones que, en la discusión de esta tesis, permitirán entender la razón por la que se habría de sugerir la no aplicación de figuras incongruentes, puesto que servirá para adquirir el argumento base de la propuesta.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional peruano, ha utilizado los términos test de proporcionalidad, proporcionalidad y razonabilidad indistintamente, así entonces, debemos precisar, siguiendo las definiciones puntuales que esboza Marcial Rubio (2011), en cuanto al principio de razonabilidad:

Exige que los actos que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias, cumplan con el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante. Dichos actos deben estar

sostenidos en argumentos de razonamiento objetivos y no subjetivos, en valores y principios aceptados. Debe haber tratamiento imparcial de las personas y, cuando sea pertinente, se debe aplicar la regla “donde hay la misma razón, hay el mismo derecho” (pág. 20).

Teniendo en cuenta la descripción de Rubio, hablar de razonabilidad es concebir una aceptación del actuar cognitivo que se desencadena en una decisión, la misma que ha de seguir el parámetro objetivo guiado por las directrices que incorpora el mismo derecho.

El mismo autor que critica la postura del Tribunal, selecciona como definición la proporcionalidad a lo siguiente:

El principio de proporcionalidad mide la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos (o de elementos con relevancia jurídica) comparativamente entre sí, de manera que no haya un exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro en base a las consideraciones que se hacen en relación a cada tiempo y lugar (pág. 20).

Conociendo la finalidad de los principios como una labor de optimización del derecho respecto a su aplicación, siendo esta categoría señalada como uno de ellos, ha de comprenderse lo indicado por Rubio, como la descripción de la función del mismo; es decir, indica la pauta que como directriz sugiere para el ejercicio del control jurídico de del razonamiento que inspiran las decisiones jurisdiccionales.

Conocedores de la forma en que se origina y como se aplica el principio de proporcionalidad en sus orígenes, será apropiado reconocer la forma en que se concibe dicho principio a fin de trasladar tal concepto a la operación jurídica que permitirá establecer en que situaciones debiera valorarse la prueba que haya sido catalogada inicialmente como prohibida.

Bernal Pulido (2015), en su estudio preliminar de la obra de Aleinikoff, dice:

(...) la ponderación es un elemento del llamado principio de proporcionalidad, un concepto de procedencia germana que los tribunales constitucionales de América Latina han acogido. En concreto, este principio es un concepto que aparece en la jurisprudencia constitucional de Alemania, España y muchos otros países (lista en la que, aunque resulte un tanto paradójico, no se encuentra en Estados Unidos), como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes públicos el uso de este principio se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas, administrativas y judiciales sobre todos los derechos fundamentales, en las que sobre todo su tercer elemento: la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible (pág. 9).

Se aprecia pues que la aplicación del principio de proporcionalidad resulta ser bastante útil en diferentes sectores, puesto que como ya se ha dicho antes su utilización no se limita a los derechos que ofrece el catálogo de los derechos fundamentales, sino se amplía a otros derechos, por ello resulta apropiado la utilización del mismo para la verificación de cuan prudente resulta la valoración de la prueba prohibida ante la posibilidad de ponderar su actuación frente al ejercicio social de los derechos de interés público.

Sobre el cómo habrá de aplicarse este principio, el mismo autor citado anteriormente agrega, indicando a la ponderación como la herramienta que permitirá determinar la viabilidad de la prevalencia de un determinado derecho sobre otro:

Aleinikoff (2015):

La aplicación del principio de proporcionalidad, en general y de la ponderación, en particular; parte del supuesto de que los derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario (pág. 12).

Habiendo comprendido la relación entre la razonabilidad y el principio de proporcionalidad toda vez que la primera se considera como una percepción general de orden jurídico y lo segundo resulta ser la directriz que la orienta, es prudente ahora señalar la forma en que se ha diseñado la ejecución del principio, es decir la herramienta jurídica que permite efectivizarlo para la identificación del criterio que deba imperar por su característica razonable, a lo cual se ha nominado test de proporcionalidad.

Para hablar sobre el test de proporcionalidad, se recurre nuevamente a lo indicado por Rubio (2017) quien indica: “(...) tiene razón de ser como un procedimiento metodológico para casos determinados, que aporta luz en ciertas circunstancias a la razonabilidad y la proporcionalidad en una determinada concurrencia de la realidad” (pág. 21) , precisamente al hablar de un procedimiento metodológico otorga la postura que advierte al test de proporcionalidad como el mecanismo u herramienta jurídica que facilitará el control del razonamiento objetivo que sugiere la directriz de la proporcionalidad como principio.

Resulta apropiado tener en cuenta lo acotado por Bernal Pulido (2015), en la reseña de la obra de Alinikoff, en cuanto a la proporcionalidad dice:

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional. Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando los tribunales constitucionales lo aplican, indagan si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, los tribunales verifican si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquella que reviste por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúan si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad (págs. 11-12).

Dicho ello, se puede establecer como criterio de comprensión el hecho de que el test de proporcionalidad constituye un medio que permite la evaluación de cierto aspecto de la realidad individualizado en función de la aparente controversia de dos planteamientos jurídicos basados en los principios, derechos o normas que los inspiran, siendo así, adquiere importancia la necesidad de observar la forma en que esta herramienta jurídica alcanza su finalidad.

3.6. Fases del Test de Ponderación.

Para comprender la manera en que cumple su fin se debe reconocer la estructura de su actuación en las fases que la doctrina ha señalado.

Barak (2017), en cuanto al test de proporcionalidad, al que él denomina “proporcionalidad” dice:

La proporcionalidad es una construcción jurídica. Ella es un instrumento metodológico. La proporcionalidad está compuesta por cuatro componentes; el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios y la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental (este último componente se denomina también “proporcionalidad *en sentido estricto*” (ponderación)) (pág. 159).

El autor dice que, es gracias a los componentes enumerados anteriormente, que la noción de proporcionalidad se concretiza y se viabiliza en la práctica, precisa adicionalmente que algunos ordenamientos, flexibilizan el test, considerando tres componentes, por otro lado, otros ordenamientos que solo estiman los componentes como recomendaciones y no requisitos. Sin embargo, el autor destaca que, es necesaria que se cuente con una estructura, dado que así se dota de contenido a la proporcionalidad y se garantiza la protección de los derechos (Barak, 2017, pág. 160).

Prieto Sanchís (2002), dice que básicamente, la ponderación cuenta con cuatro fases, la primera diciendo:

(...) que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho, pues si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación” (pág. 145)

Prieto Sanchís (2002), en cuanto a la segunda fase dice: “En segundo lugar, la máxima de la ponderación requiere acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada” (pág. 146); es así como define una cualidad del segundo momento o nivel del ejercicio ponderativo.

En esencia lo desarrollado genera la opción de poder utilizar esta herramienta como un mecanismo de análisis respecto del cumplimiento exacto de la rigidez constitucional, ergo la constitucionalización del Derecho Penal, así indica el objeto de análisis:

(...) la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Si esa actuación no es adecuada para la realización de lo prescrito en una norma constitucional, ello significa que para esta última resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión; y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención (pág. 146).

A este nivel, se entiende que la discusión sobre la idoneidad de los derechos que participan de la ponderación, busca resolver el conflicto entre ellos; para el caso estudiado el ejercicio analítico de esta fase estará orientada a justificar la razón de ser que orille el criterio valorativo, como resultado del examen de los derechos en particular, por lo que sirve

de sustento a la postura que establece a la proporcionalidad como la mejor vía de excepción a la regla de exclusión.

Prieto Sanchís (2002), en cuanto a la segunda, dice: “Ello significa que sí la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna” (pág. 145).

Entender a la ponderación como el camino más apropiado para resolver el conflicto que surge respecto de la valoración de la prueba prohibida, precisa de la unificación de los criterios que la determinen, así observada la realidad, seleccionar a la ponderación como la más apropiada medida, se justifica jurídicamente en lo indicado por el autor de la referencia al mencionar la decisión que comporte seleccionar aquella que resulte menos lesiva, acción que únicamente podrá desarrollarse en razón de la aplicación de este principio.

Así, se puede advertir la necesidad de alcanzar cierto grado de exigencia positiva, que provoque en los operadores jurídicos como son los jueces o fiscales una sola dirección que determine sus criterios a favor de la predictibilidad del derecho, dada la importancia de su participación tal cual lo reseña Prieto (2002):

No cabe duda que el juicio de ponderación requiere aquí, de los jueces, un género de argumentación positiva o prospectiva que se acomoda con alguna dificultad al modelo de juez pasivo propio de nuestro sistema, pues no basta con constatar que la medida enjuiciada comporta un cierto sacrificio en aras de la consecución de un fin legítimo, sino que invita a "imaginar" o "pronosticar" si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva (...) (págs. 145-146).

El ejercicio que importa la ponderación requiere que el análisis supere todas sus fases a fin de que la superposición de los intereses se justifique jurídicamente, que para el caso de la utilización de la prueba prohibida permitirá o no su valoración, así resulta de importancia reconocer las características de esta última pero no menos importante fase, esto es la proporcionalidad en sentido estricto, tal cual lo indica Prieto:

(...)la ponderación se completa con el atinado juicio de proporcionalidad en sentido estricto que, en cierto modo, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto a las interferencias públicas como a las conductas de los particulares. En pocas palabras, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un

particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna (p.147).

Bernal Pulido (2015), también en el estudio preliminar de la obra de Aleinikoff dice:

el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad, y la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de los subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias deben ser enunciadas y reconocidas de la siguiente manera:

3.6.1. El Sub Principio de Idoneidad:

Según la construcción de los subprincipios de la proporcionalidad generada por Bernal Pulido (2015), lo puntualiza como una suerte de primer nivel del ejercicio que representa el análisis de la ponderación:

(...) toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la adecuación de la medida examinada. En cuanto a la primera exigencia, para que una medida no sea legítima, debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (pág. 10).

Es importante tener en cuenta otro tipo de posturas que se refieren a fases previas a esta sección de la división *in constructo*, así se puede ubicar a Barak (2017), quien refiere que la proporcionalidad tiene como componentes previos a la necesidad reseñada por Benal Pulido, al fin adecuado en primer lugar y luego a la conexión racional, tales componentes bien pueden equipararse con el sub principio de idoneidad; para luego continuar el autor señalando en tercer lugar a la necesidad y la necesidad en sentido estricto (la ponderación) (Barak, 2017, págs. 276-278).

Con el fin de percibir con mayor claridad la similitud advertida, es que se recoge lo indicado por Barak (2017), en cuanto a la primera fase de este modo:

(...) una de las principales características de las democracias constitucionales se encuentra en el hecho de que la autorización jurídica para la restricción un derecho fundamental no es suficiente. Desde el punto de vista jurídico tener dicha autorización no equivale a tener legitimidad. Por el contrario, una democracia constitucional requiere, que la restricción del derecho fundamental para ser válida no sólo sea legal, sino que se encuentre justificada. En otras palabras, se exige el componente de la legitimidad. Este elemento está compuesto por el fin adecuado y los medios para alcanzar tal fin, los cuales deben restringir el derecho fundamental de manera apropiada. En este capítulo se discute acerca del primero de estos componentes: el componente de la proporcionalidad relativo al fin adecuado.

El elemento del fin adecuado refleja un componente con carga axiológica. Él refleja la noción según la cual no todo fin puede justificar una restricción de un derecho fundamental. Una de las características únicas de un derecho fundamental es que él puede ser restringido solo con el objeto de alcanzar aquellos fines que pueden justificar una restricción a tal derecho. Los fines que justifican restringir un derecho fundamental se derivan de los valores en los que se funda la sociedad. En una democracia constitucional, estos valores corresponden a los valores democráticos. De hecho, un fin adecuado es aquél que se adapta a los valores de la sociedad en una democracia constitucional (págs. 276-278).

Es importante también tomar la descripción al segundo examen que es denominado como el fin adecuado, que se circunscribe únicamente a establecer si lo que se busca con la medida, se justifica con el fin que se desea alcanzar, es decir, básicamente, se analiza la finalidad de la medida. Respecto de la conexión racional, que en palabras del propio Barak (2017):

(...) el requisito de la conexión racional exige que los medios usados por la medida restrictiva se ajusten a (o estén conectados racionalmente con) el fin para el cual la medida restrictiva ha sido diseñada a cumplir (...). Por consiguiente, se requiere que los medios escogidos sean pertinentes para la realización del fin, en el sentido de que la medida restrictiva incremente la probabilidad de su realización. En consecuencia, si la realización del medio no contribuye a la realización del fin de la medida, el uso de tales medios no será proporcional (pág. 337).

3.6.2. El Sub Principio de Necesidad:

El carácter de idoneidad reseñado anteriormente, mediante el cual se pretende alcanzar el carácter legítimo de la protección propuesta, condiciona la siguiente fase marcada por el sub principio de necesidad, que como bien señala Bernal Pulido (2015):

(...) toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza: (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental (págs. 10-11).

De igual modo se encuentra la postura de Barak (2017), quien en cuanto a la necesidad (test de necesidad), dice:

El test de necesidad (Erforderlichkei). También se conoce este test como el requisito de “los medios menos restrictivos”. De acuerdo con este test, el legislador debe escoger —de todos los medios que pueden promover el propósito de la medida restrictiva— aquel que menos restrinja el derecho humano en cuestión” (pág. 351).

Esto es, dice que el fin que se espera debe ser únicamente alcanzado por ese medio y no otro alternativo, que pudiese restringir menos el derecho en cuestión, en consecuencia, es a través de este test, en el que se determina el medio a utilizar para lesionar en menor medida el derecho fundamental.

3.6.3. El Sub Principio de Proporcionalidad:

Finalmente, según la construcción ahora recogida, se ubica a la proporcionalidad como sub principio, el mismo que se aplica sobre una realidad conflictiva ya analizada que ha superado los dos principios anteriores, el de idoneidad y de necesidad, así lo indica el investigador Bernal Pulido (2015):

(...) en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación de derecho fundamental. Mediante esta comparación, por ejemplo, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan solo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico (págs. 10-11).

De otro lado siguiendo la secuencia reseñada por Barak (2017) sobre las fases estudiadas, se tiene la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, que, según el autor, sería:

De acuerdo con la proporcionalidad *en sentido estricto*, con el objeto de justificar una restricción a un derecho fundamental, debe existir una relación adecuada (“proporcional” en el sentido estricto del término), entre los beneficios que se obtienen del cumplimiento del fin y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin (pág. 375).

Así también dice que, “pondera los beneficios y la vulneración al derecho fundamental. Este test requiere una congruencia adecuada entre los beneficios y la vulneración del derecho fundamental” (pág. 375). Por otro lado, comenta:

Él se aplica si el fin de la medida restrictiva es el de proteger otro derecho fundamental o si el fin de la misma es el de proteger el interés público. Toda medida restrictiva de un derecho protegido a nivel constitucional debe cumplir el test de proporcionalidad *en sentido estricto* (pág. 337).

En concreto señala que la ponderación es un proceso “analítico” en el que se colocan sobre la balanza, por un lado, la finalidad de la medida restrictiva y al otro lado el derecho fundamental que se pretende restringir.

3.7. Los fines del principio de proporcionalidad

Aquella finalidad que se puede desprender de lo recogido líneas arriba respecto a su definición, permite establecerla en razón de los alcances que operan sobre el criterio que determinará la prevalencia de un de un derecho, norma o principio sobre otro, tal cual lo indica Prieto Sanchís (2002) cuando hace referencia a la ponderación, señalándola como una “acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas” (pág. 128).

Así en este contexto se puede asumir que el principio de la proporcionalidad incorpora a la ponderación como una útil herramienta que permite determinar: “la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor” (pág. 129); por lo mismo que surge la necesidad de conocer si la finalidad del principio se alcanza con su aplicación directa o si esta requiere de una estructura que la compone como un orden.

En razón de lo señalado, se puede advertir respecto de la finalidad que se pretende graficar sobre el principio de proporcionalidad, tiene una relación directa con la ponderación y su efecto; así la finalidad de la ponderación es establecer en el caso concreto, la prevalencia de un derecho, norma o principio sobre otro, preservándose abstractamente cada uno, pues el resultado de la aplicación de la ponderación deriva del caso bajo análisis, y es por esa razón que tal resultado, no es vinculante a todo el ordenamiento jurídico.

Tal cual se reseña en el desarrollo de su finalidad se puede establecer que definitivamente se precisa de tal orden para su concreción, por lo mismo que se procederá a desarrollarlo.

3.8. El principio de proporcionalidad, críticas, acerca de su subjetividad

La búsqueda del fundamento para la propuesta que inspiró esta investigación, ha permitido revisar la estructura de la proporcionalidad, en cuya labor hasta ahora se ha ubicado una característica esencial que se relaciona con la objetividad que requiere la razonabilidad que se presume recoge este principio y cuyo control ejecuta mediante el test de proporcionalidad; resulta interesante la postura que advierte la subjetividad en cierta porción del principio de proporcionalidad, por lo cual se recogen algunas versiones sobre esta apreciación.

Prieto (2002), dice, refiriéndose a todas las fases de la proporcionalidad, calificándolas positivamente al decir: “No creo que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación(...)”, más luego de explicar la estructura que permite aplicar el principio, puntualiza sobre un defecto al señalar que: “(...) la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación "coste beneficio" resulta casi inevitable” (págs. 147-148).

Tal pareciera que esta postura desarrolla una crítica ácida al efecto del control que supone el principio en estudio; sin embargo, siguiendo la reseña de Prieto, se encuentra otro comentario que tal vez sirve de aclaración a su postura cuando señala:

(...) tampoco significa que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo

caso práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna (págs. 148-149).

Siendo evidente la intención de criticar el efecto del principio de proporcionalidad en razón de su carácter aparentemente subjetivo, queda por decir, el hecho de que la ciencia jurídica como tal, marca pautas que estructuran un orden lógico de ejecución, así para el principio estudiado se han configurado una suerte de fases que diseñan un procedimiento metodológico valorativo, lo que garantiza la objetividad del resultado, en tanto se cumpla con aplicarlo.

3.9. Derechos fundamentales en el ámbito de la prueba prohibida

En esta sección se tratarán aspectos puntuales acerca de los derechos fundamentales, concretamente sobre su contenido esencial, en tanto que la vulneración generadora de prueba prohibida resulta afectándolos; todo ello con la finalidad de justificar el uso de la proporcionalidad como herramienta para justificar la valoración de pruebas que tienen el carácter de prohibidas en determinados casos; esto es que tal ejercicio permitirá excepcionar la regla de exclusión de la prueba prohibida sólo cuando se encuentre justificación para superar la garantía de los derechos fundamentales del imputado prevaleciendo otros derechos fundamentales que obedecen a intereses colectivos.

En el caso peruano, al ser derechos de corte constitucional, su desarrollo ha sido gracias a la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional, partiendo de los alcances de la disposición constitucional prevista en el primer artículo de la Carta Magna, referido al valor supremo, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.

En ese orden de ideas, se debe precisar, que los denominados derechos fundamentales los encontramos, bajo esa connotación en la Constitución Política, específicamente en el capítulo primero, del primer título “de la persona y la sociedad”. No obstante, debe concordarse con lo establecido en el artículo tercero de la misma norma suprema:

Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (pág. 5)

Ello permite advertir, que los derechos fundamentales no están restringidos a los expresamente redactados en la Constitución, sino todos aquellos que aún sin estarlo se encuentran implícitos, análogamente, se derivan de la dignidad humana, o de los principios consagrados en la Constitución. Consideración ésta, que como puede verse de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución ha venido desarrollando y reconociendo derechos fundamentales, además de precisar su alcance y contenido; que para esta labor académica tal protección se contempla en la estructura normativa de la prueba prohibida, ocupándose de evitar la afectación de su contenido esencial.

El concepto de *contenido esencial* tiene su origen en la Constitución alemana de 1949 (2010), donde se plasma la prohibición de afectar tal contenido, la encontramos regulada en su artículo 19° inciso 2: “...En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (pág. 29), en la misma línea, la Constitución española en su artículo 53° inciso 1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...” (pág. 29321).

En el caso peruano, no contamos con una norma expresa que haga referencia al *contenido esencial*, sin embargo, como se señala en la resolución N° 014-2002-AI/TC, del Tribunal Constitucional, se dice en su fundamento 94:

(...) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente(...) (Caso: Colegio de Abogados del Cuzco contra LEY N° 27600, 2003)

Ahora bien, existen tres teorías dominantes, en cuanto al *contenido esencial*, así tenemos, la teoría absoluta, relativa y la institucional, el Tribunal Constitucional, las ha definido didáctica y puntualmente, en el caso Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de Cinco mil Ciudadanos c/ Congreso de la República, proceso de inconstitucionalidad de fecha 3 de junio de 2005:

(...) Según la teoría relativa, el contenido esencial no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, por lo que será todo aquello que queda después de una ponderación. No existe, pues, en esta teoría un contenido esencial preestablecido, sino que este debe ser determinado mediante la ponderación. La teoría absoluta, por el contrario, parte del presupuesto de que en cada derecho fundamental existan dos zonas: una esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial -y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada- y otra parte accesorio o no esencial, en el cual son admisibles las intervenciones del legislador, pero a condición de que no sean arbitrarias, sino debidamente justificadas. Para la teoría institucional, el contenido esencial de los derechos fundamentales, por un lado, no es algo que pueda ser desprendido de 'por sí' e independientemente del conjunto de la Constitución y de los otros bienes constitucionalmente reconocidos también como merecedores de tutela al lado de los derechos fundamentales; y, de otro, que el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites, que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad (...) (Caso: Colegio de Abogados del Cuzco contra CONTRA LA LEY 28449, 2005).

Tal parece que la puntualización del contenido esencial no se puede ubicar en una regla específica, por lo mismo que resulta necesario un análisis adecuado de la norma a fin de encontrar la esencia de protección que cubre el derecho fundamental, sobre esto narra Salazar Laynes (2008) en su artículo jurídico titulado: *El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos*, cuando indica:

(...) los límites posibles a un derecho fundamental deben inferirse, antes que nada, del texto de la propia Constitución, en el marco de una interpretación sistemática; en la que se tomen en cuenta los criterios axiológicos y teleológicos internos y externos de la norma constitucional misma (pág. 147).

En ese sentido, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha desarrollado tales conceptos, en el expediente N° 1042-2002-AA, dice en el fundamento 2.2.4., definiendo el contenido esencial de los derechos fundamentales:

El contenido esencial de un derecho fundamental es constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada (Caso: Sindicato Único de Trabajadores de la Municipalidad del Rimac, 2003).

Así también, en la sentencia N° Exp. 1417-2005-AA/TC, en el caso Manuel Anicama Hernández, en el fundamento jurídico 20, refiriéndose al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, citando a Medina Guerrero, sostiene:

(...) en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales (...) (Caso Manuel Anicama Hernández contra ONP, 2005)

Entonces podemos decir, que el contenido esencial de los derechos fundamentales es aquella zona infranqueable, que le da al derecho fundamental su razón de ser, su sustento existencial.

En cuanto a los derechos de naturaleza procesal en el caso peruano, no los encontramos ubicados en la Constitución dentro del catálogo de derechos fundamentales, así denominados en la norma suprema, sino, por ejemplo, en el artículo 139° referida a la función jurisdiccional, con la excepción de la presunción de inocencia, que sí tiene expresamente rango de derecho fundamental, no obstante, como ya hemos mencionado, el artículo 3° de la Constitución permite a través de la cláusula *numerus apertus* determinar otros derechos fundamentales, siempre y cuando tengan como base la dignidad humana y los principios que se precisan, como la soberanía, la forma de Estado, etc.

Por lo que, según señala Castro, podrían estimarse como derechos fundamentales otros derechos aún sin estar dentro de los taxativamente expuestos, incluyendo también entonces, los de naturaleza procesal, como el debido proceso, la no autoincriminación, entre otros,

aspecto este último que, si bien buscaría maximizar la protección de los derechos fundamentales, esta regulación extensiva, puede generar cierto peligro, en cuanto a la determinación si se trata de una norma constitucional referida a derechos fundamentales o no, y la consecuencia inmediata de su vulneración en tema probatorio para determinar la aplicación de la regla de exclusión, dejando su determinación a criterio del operador jurídico, pudiendo desnaturalizar la racionalidad institución de la prohibición probatoria, o, dado que traería consigo que su utilización sea en desmedro del principio de averiguación de la verdad, más aún, por la experiencia procesal de los operadores jurídicos nacionales en cuanto a la aplicación de instituciones procesales de modo inadecuado, por lo que recomienda se efectúe un examen reflexivo en cada caso en concreto, así como que se utilice el principio de proporcionalidad a fin de que se ponderen los intereses en conflicto (Castro Trigos, 2009, pág. 81).

Pues bien, según lo hasta aquí construido como parte del capítulo que se ocupa de la descripción del principio de proporcionalidad, se ha podido reconocer su importancia en base a la recopilación de los datos que describen su origen y fundamentos, para luego pasar por la descripción de las fases que corresponden a su análisis como método para conseguir la determinación de prevalencia de un derecho, norma o regla sobre otra; siendo ello la única justificación, dese el punto de vista de la investigación, que deba tenerse en cuenta para propiciar la excepción de la regla de exclusión de la prueba prohibida y asegurar la garantía de los intereses sociales que el Estado debe proteger a fin de lograr el control social.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JUSTIFICANTES PARA CONFIGURAR LA EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA

Teniendo en cuenta la estructura del análisis proyectado sobre esta investigación, se debe indicar que el mismo se desarrollará en función a la discriminación de los datos obtenidos según la población y la muestra diseñadas.

Siendo que la población se hubo delimitado como la observación de los criterios doctrinarios respecto a la percepción de la prueba prohibida y sus excepciones, en función a ello la muestra se ha diseminado en tres dimensiones que permitirán identificar la concepción desde las perspectivas de la Corte Suprema de la República, el Tribunal Constitucional y por último de la percepción de los operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque.

4.2. Resultados del análisis jurisprudencial:

Según lo detallado líneas arriba respecto a la determinación de la muestra, la perspectiva a observarse se puede determinar en dos aspectos uno jurisprudencial que engloba la concepción de los tribunales como son la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, de cuyas resoluciones se han tomado como muestra estimada la cantidad de 10 documentos que permitan establecer un análisis comparativo de la puntualización del concepto de prueba prohibida.

4.2.1. Sentencias de la Corte Suprema

Tabla 1: Análisis de las sentencias obtenidas del sistema de información judicial del Poder Judicial

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA		
CASO	ARGUMENTO	FALLO
RECURSO NULIDAD N.0 817- 2016/LIMA PONENTE: CÉSAR SAN MARTIN CASTRO	UNDÉCIMO. Que, de otro lado, la correcta valoración de la prueba - de todo el material probatorio pertinente, conducente y útil, excluido lo ilícito, si lo hubiere, en tanto forma parte de la garantía de defensa procesal en orden al derecho a la valoración de la prueba	Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: I. Declararon NULA la sentencia de fojas veintiún mil novecientos treinta y

	<p>pertinente- requiere el examen individual de los medios de prueba y, luego, su análisis conjunto. La apreciación aislada de cada medio de prueba o la sola valoración conjunta de los mismos no permite, de un lado, un correcto juicio de fiabilidad de los medios de prueba y, de otro, un entendimiento coherente e interrelacionado de los hallazgos probatorios -los unos no se explican sin los otros- dicho proceso no podía ser declarado desierto, sino que correspondía otorgar la buena pro al postor que presentó la oferta válida.</p>	<p>cinco, de veintinueve de enero de dos mil dieciséis, que absolvió a Edwin Antonio Leiva Herrada y Zoila Milagros Campos Loo (autores), y a José Domingo Cariola Santa María, Jaime Raúl Yzaguirre Seminario, Esly Arturo Salinas Chávez, Jaime Orlando Cutimanco Panduro, Carlos César Munares Tapia y Jorge Luis Maldonado Taipei (cómplices primarios) de la acusación fiscal formulada contra ellos or delito de colusión en agravio del Estado. 11. ORDENARON se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, a la que deberá solicitar el laudo firme vinculado a la nulidad de la licitación cuestionada, la concurrencia de Teodosio Wilfredo Leiva Herrada, las declaraciones y prueba documental materia del Informe del Congreso de la República, así como</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>dar lectura y debatir los correos electrónicos encontrados en la firma Automotores Gildemeister. III. PREVINIERON para el nuevo juicio oral tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 298, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales. IV. DISPUSIERON se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley. HÁGASE saber a las partes personadas en esta sede suprema.</p>
<p>SALA PENAL TRANSITORIA</p> <p>R. N. N° 1589_2013</p> <p>LIMA</p> <p>SEIS DE AGOSTO DE DOS MIL TRECE.</p>	<p>DECIMO. Que en estas circunstancias se tiene que La ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado-prueba originaria-y las pericias realizadas sobre el particular -prueba derivada- no sea utilizable. esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete, aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del</p>	<p>Por estas razones, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de fojas novecientos treinta y cuatro del treinta de enero · de dos n mil trece, en cuanto condenó a AURIMAS BRASAS O TOMAS BUTKUS Y MA RTINAS BAMBALAS O DARIUS</p>

	<p>intervenido en una .acta policial para afirmar su eficacia procesal , pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legal mente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba-requisito incumplido en esta causa-.En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el artículo 301º, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.</p>	<p>KRUDAUSKAS como autores del delito de tráfico i lícito de drogas en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad , trescientos días multa y expulsión del país. así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil; con los que al respecto contiene.</p> <p>Reformándola: los ABSOLVIERON de la acusación fiscal formulada contra ellos por el referido delito en agravio del estado. ORDENARON se archive el proceso definitivamente en este extremo y se ANULEN sus antecedentes policiales y jurídicas como consecuencia de presente proceso. DISPUSIERON la inmediata libertad que se ejecutara siempre y cuando no exista contra ellos mandato de detención emanada de</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>autoridad competente, cursándose las comunicaciones correspondientes.</p> <p>MANDARON se remitan los autos al tribunal Superior por los fines legales correspondiente. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.</p>
<p>PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA</p> <p>R.N. N.º 2839-2016 LIMA NORTE</p>	<p>QUINTO. Que no es del caso insistir en la licitud de la comunicación telefónica entre Atencio Gonzales y Vilchez Vilcapoma, a instancia de la autoridad, pues así lo declaró la Ejecutoria Suprema de fojas mil seiscientos veintidós, de veintiséis de abril de dos mil dieciséis. Primero, no se trató de una interceptación telefónica -prohibida sin orden judicial-, pues no se efectuó de espaldas a los dos interlocutores -se coordinó con el denunciante, quien aceptó efectuar y grabar la conversación telefónica-. Segundo, el pedido de la autoridad para la realización de esa conversación no vulnera la cláusula de no incriminación -el imputado decidió, sin presión alguna, conversar con el agraviado y</p>	<p>Por estas razones, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil setecientos veintiséis, de trece de setiembre de dos mil dieciséis en cuanto condenó a DANNY GABRIEL ATENCIO GONZÁLES como autor del delito de tráfico de influencias en agravio del Estado y de Fernando Vilchez Vilcapoma a cinco años de pena privativa de libertad. II. Declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo</p>

	<p>ratificar lo que le había indicado a su coencausado Doig Sánchez- pues este derecho guarda relación con las declaraciones prestadas ante la policía, la fiscalía o los jueces (STSE 28.3.1998), ni, por consiguiente, es ilícita -cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones secretas a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente - a los que escuchan, los cuales, podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico (STSE de 1.3.1996)-. Incluso no se trata de un delito provocado -la idea criminal y los pasos referidos a la exigencia de dinero ya se habían desarrollado cuando se efectuó la llamada telefónica, que solo tenía un carácter ratificadorio de lo denunciado.</p>	<p>que fijó cinco mil soles por concepto de reparación civil; reformándolo: FIJARON en dos mil soles dicho monto. III. Declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. IV. DISPUSIERON se reinita la causa al Tribunal Superior para que se inicie ante el órgano jurisdiccional competente la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. HÁGASE saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.</p>
<p>SALA PENAL TRANSITORIA R.N.N° 2076-2014 LIMA NORTE Prueba prohibida en grabación de conversación telefónica</p>	<p><i>SEXTO.</i> Que, de otro lado, se ha desestimado el mérito de la conversación telefónica entre Doig Sánchez y Atencio Gonzáles [actas de transcripción de audio de fojas setecientos cincuenta y nueve y setecientos sesenta y uno: su contenido, por lo demás, es inequívocamente delictivo). La Sala</p>	<p>Por estas razones, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon NULA la sentencia de fojas mil quinientos setenta y siete, de cinco de junio de dos mil catorce, en cuanto por</p>

	<p>Superior mencionó que es una prueba inducida, sin autorización judicial y la transcripción no cuenta con la presencia de un defensor.</p> <p>Sin embargo, no se está ante una prueba prohibida (i) tanto porque se trató de una conversación entre dos personas, una de las cuales era el interlocutor que aceptó efectuar esa llamada -no intervino un tercero ajeno a la conversación. por lo que no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. y el contenido de la conversación no era íntimo o privado (véase: STCE cincuenta y seis diagonal dos mil tres. de veinticuatro de marzo)-, (ii) cuanto porque se está ante un delito de tracto sucesivo -una línea reiterada de conductas tendentes a la obtención de dos mil quinientos dólares americanos con el objetivo. presumidamente simulado, de influenciar ante un juez que tiene un caso a su cargo-, por lo que no se indujo al imputado a delinquir -la idea criminal no se introdujo artificialmente: no se trata, en suma, de un delito provocado-.</p> <p>(iii) Tratándose de una conversación entre dos personas -una de las cuales aceptó la grabación-, no se necesitaba</p>	<p>mayoría absolvió a Danny Gabriel Atencio Gonzáles de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de tráfico de influencias en agravio del Estado; con lo demás que contiene. En tal virtud: ORDENARON se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado.</p> <p>DISPUSIERON se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene el señor juez supremo José Neyra Flores por licencia del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>autorización judicial -la espontaneidad de uno de los interlocutores no está en discusión-. (iv) No es ilícito, por lo demás, que la autoridad inste a uno de los imputados a tener una conversación con otro de los partícipes en el delito y que esa conversación se grabe (STSE de veinte de febrero de dos mil seis). (v) A los efectos de la transcripción judicial, no es constitutiva de su eficacia procesal la intervención del defensor; además, los testigos de cargo corroboran la intervención delictiva de Atencio Gonzáles.</p> <p><i>SÉPTIMO.</i> Que, en consecuencia, esa transcripción se erige como otra prueba de cargo válida; y, con ella, constan los testimonios de los denunciantes y, además, la conformidad procesal a la que se sometió Doig Sánchez. Es de aplicación el artículo 301° <i>in fine</i> del Código de Procedimientos Penales.</p>	
<p>SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N ° 591 - 2015 HUÁNUCO</p>	<p>Vigésimo Tercero. De una lectura de la resolución N. ° 07, en el fundamento 11: -jurídico cuarto; -se -especificó que las actas de intervención fueron excluidas por no cumplir con los presupuestos</p>	<p>I. INFUNDADO el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa legal de los encausados José Luis López Urbano y Víctor</p>

<p>DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE</p>	<p>establecidos en el artículo doscientos diez, del Código Procesal Penal. En este sentido, se señala:</p> <p>(...) se puede advertir que no cumple con tales presupuestos a fin de garantizar la formalidad he dicho medio probatorio obtenido por policiales, toda vez, que, de la revisión de los medios probatorios se advierte que dicha acta de registro personal habría sido realizada en las instalaciones de las oficinas de la OFINTE-PNP- HCO, conforme se expresa del documento del Acta de Registro Personal, esto con fecha treinta de diciembre del dos mil trece, pero</p> <p>en dicha acta, no se precisa que los efectivos policiales habrían solicitado a dichos investigados que exhiban el arma de fuego o los bienes que tendrían en su poder, además de ello, no se advierte que los efectivos policiales hayan precisado a los investigados, a fin de que estos puedan ser asistidos en ese acto por una persona de su confianza; además en el acta de registro personal realizada a la persona de José Luis López Urbano, se verifica que el intervenido se negó a firmar, pero no se expone las razones por la cual dicho</p>	<p>Aguirre Solórzano contra la sentencia de vista, del veintiuno de julio de dos mil quince, de fojas trescientos sesenta y siete, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, del trece de abril del dos mil quince, de fojas doscientos noventa, que los condenó como autores del delito contra la Seguridad Pública- Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior, por tal razón, impusieron a José Luis López Urbano siete años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva e impusieron a Víctor Aguirre Solórzano ocho años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva y el</p>
----------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>investigado se negó a firmar dicha acta de registro personal en consecuencia se puede concluir entonces que dichas actas de registro personal, se han dado inobservando las reglas de las garantías constitucionales, establecidas a favor del procesado, por lo cual esta Judicatura como juez de garantía, no puede amparar tales excesos realizados en las diligencias preliminares, por parte de los efectivos policiales, toda vez que dicho medio probatorio, han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento inconstitucionalmente ilegítimo (sic.) (...)"</p> <p>Del razonamiento del juez de investigación preparatoria se puede concluir, primero, que no vincula la alegada inobservancia de garantías constitucionales a ningún derecho fundamental en específico y, segundo, las causas que motivaron su decisión se sustentaron en la inobservancia de aspectos formales derivados de una norma procesal.</p> <p>Vigésimo Sexto. Así mismo, en el presente caso no es viable analizar la intensidad de la afectación de otros derechos fundamentales, pues</p>	<p>pago de dos mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberán abonar cada uno de los condenados favor a la parte agraviada.</p> <p>II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los Fundamentos jurídicos décimo sexto al vigésimo segundo de la presente Sentencia Casatoria</p> <p>III. DISPUSIERON que se dé lectura de la presente sentencia de casación en audiencia pública, se notifique a todas las partes procesales, incluso a las no recurrentes, y se publique en el diario oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en los incisos uno y tres, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del código procesal penal.</p> <p>IV. MANDARON que, cumplidos estos</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>tanto en la resolución N.º 07, materia de análisis, como lo argumentado por la defensa legal, durante todo el transcurso del proceso no se ha precisado el derecho fundamental específico que se habría visto afectado y si bien los derechos fundamentales tienen una naturaleza compatible con mandatos de optimización, ello no implica que cualquier inobservancia de una norma procesal implique una intensa afectación de un derecho fundamental.</p>	<p>trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación. Hágase saber. Intervino la Señora Jueza Suprema Chávez Mella por periodo vacacional del Señor Juez Supremo Calderón Castillo.</p>
<p>SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA R. N. N. 2900-2016 PODER JUDICIAL LIMA</p>	<p>Décimo: De lo expuesto se concluye que el allanamiento de la vivienda no fue realizado con las garantías de ley, por el contrario se realizó vulnerando derechos fundamentales -esto es, la inviolabilidad del domicilio-, por ende el hallazgo de droga en dicho domicilio no tiene valor probatorio; y por el contrario ello constituye una prueba ilegal. La prueba ilícita o ilegal como institución procesal ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 010-2002-AI/TC Lima [Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos) y N.º 1126-</p>	<p>DECISIÓN: Por estos fundamentos, POR MAYORÍA declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de folios 739/749, emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 21 de septiembre de 2016, que condenó al acusado Yeirzon Alminco Ramírez, como coautor del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas</p>

	<p>2004-HC/ TC Lima [Vladimir Carlos Villanueva], entre otros, prescribiendo que: "[...] Las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso [...] solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso [...] .La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales 1 ". Si bien existe la necesidad de perseguir el delito, ello debe realizarse respetando los derechos fundamentales, la persecución del delito y la investigación de la verdad poseen límites necesarios derivados de la necesidad de respeto a la dignidad de la persona humana y la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho; de otro modo se correría el riesgo de socavar valores colectivos, institucionales e individuales .Tan importante como averiguar la verdad es respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías mínimas de la dignidad de la persona humana. Como ha</p>	<p>agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de libertad; y, a doscientos cuarenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2), 4) y 5) del Código Penal; así como, al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar de forma solidaria a favor del ente agraviado; con lo demás que contiene; y, REFORMÁNDOLA, lo ABSOLVIERON de la acusación fiscal por el delito y agraviado en mención; ORDENARON su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente; y, MANDARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso, y el</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>señalado el Tribunal Constitucional alemán: "La averiguación de la verdad no puede lograrse a cualquier precio". El combate eficaz contra la delincuencia no es irreconciliable con el respeto de las garantías constitucionales, peor aun cuando ambas premisas constituyen pilares normativos ideológicos de un Estado Constitucional de Derecho.</p> <p>Décimo Primero: Asimismo, se entiende por pruebas ilícitas aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la Ley, en cuanto al medio mismo, o al procedimiento para obtenerlo, o que atenten contra la moral y las buenas costumbres, o contra la dignidad y la libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución; entendiéndose por obtención, para el caso, a toda labor tendiente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, incluyendo supuestos de práctica de prueba, comprendiendo la búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto violen derechos fundamentales; y a la valoración, como la utilización del resultado de la prueba en el momento de su</p>	<p>archivo definitivo de la presente causa, OFICIÁNDOSE vía fax o medio idóneo a la Sala Superior correspondiente para tal efecto; y, los devolvieron.- Interviene el señor Juez Supremo Iván Sequeiros Vargas por licencia de la señora Jueza Suprema Iris Pacheco Huancas.</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>ponderación. La prueba prohibida radica desde la perspectiva jurídica en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibile en el procedimiento probatorio; en tanto, desde el punto de vista de la política legislativa, en la disyuntiva entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados; respecto a los cuales cuando se defiende la necesidad de rechazar la prueba prohibida no se hace en defensa de un interés privado sino en resguardo de la personalidad humana; que, por lo tanto la finalidad de la prohibición de la prueba es la de garantizar la pureza del proceso y la superioridad moral del Estado; la encrucijada se presenta al enfrentar la prueba prohibida con los intereses del Estado, con un efectivo procedimiento, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales.</p> <p>Décimo Segundo: Se debe precisar además que es deber del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y del otro, proteger a la población de las amenazas contra su</p>	
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p>seguridad, conforme lo prescribe el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, lo dicho no hace sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, las mismas que se presentan con mayor intensidad en el proceso penal. La razón estriba en que el proceso penal persigue la realización de la pretensión punitiva mediante el descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores, para lo cual limitan en la práctica derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo necesario que despliegue tal actividad respetando el contenido esencial de los derechos, garantías y principios constitucionales.</p> <p>Décimo Tercero: En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas es evidente que atribuir eficacia probatoria al Acta de Registro Domiciliario, realizado por la policía sin la participación del Ministerio Público, sin autorización de la propietaria del inmueble, doña Vidalina Medina Taboada, y sin la acreditación de un escenario de flagrancia, supone afectar la</p>	
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p>funcionabilidad del proceso penal, tanto en un aspecto formal, como en una perspectiva material; más aún, cuando la prohibición de la obtención y valoración de la prueba no solo se encuentra justificada en las decisiones que se instauran en una etapa avanzada del proceso penal; o en el procedimiento de apelación o de nulidad de la sentencia. Ella rige como mandato constitucional y legal para todos los órganos de persecución penal, llámese Ministerio Público o Policía, y en todas las etapas del proceso en la que se averigüe la verdad. Abarca, por lo tanto, a la investigación preliminar, prisión provisional, la apertura del proceso penal, en particular en la determinación de los indicios o sospecha inicial, o a la hora de fundamentar la acusación. Es así que los agentes estatales como la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial tienen la obligación de cumplir con el mandato constitucional de respeto a los derechos fundamentales. Por tanto, considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho y dado el carácter de elemento esencial del proceso de los</p>	
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	medios probatorios, resulta pertinente señalar que la prueba fundamenta l que dio origen al presente caso es ilegal, pues no cumple con los presupuestos de licitud para que este produzca certeza y convicción en el juzgador respecto a los hechos sometidos a decisión, en tal sentido corresponde absolver al acusado.	
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA R. N. N° 2900-2016 LIMA	Décimo: De lo expuesto se concluye que el allanamiento de la vivienda no fue realizado con las garantías de ley, por el contrario se realizó vulnerando derechos fundamenta les -esto es, la inviolabilidad del domicilio-, por ende el hallazgo de droga en dicho domicilio no tiene valor probatorio; y por el contrario ello constituye una prueba ilegal. La prueba ilícita o ilegal como institución procesal ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 010;;;2002-AI/TC Lima [Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos] y N.0 1 126-2004-HC/TC Lima (Vladimir Carlos Villanueva], entre otros, prescribiendo que: "[...] Las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba,	Por estos fundamentos, POR MAYORÍA declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de folios 739/749, emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 21 de septiembre de 201 6, que condenó al acusado Yeirzon Alminco Ramírez, como coautor del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de libertad; y, a doscientos cuarenta y

	<p>pero la nulidad del proceso (...) solo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir. la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso (...).La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales"• Si bien existe la necesidad de perseguir el delito, ello debe realizarse respetando los derechos fundamentales, la persecución del delito y la investigación de la verdad poseen límites necesarios derivados de la necesidad de respeto a la dignidad de la persona humana y la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho; de otro modo se correría el riesgo de socavar valores colectivos, institucionales e individuales. Tan importante como averiguar la verdad es respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías mínimas de la dignidad de la persona humana. Como ha señalado el Tribunal Constitucional alemán: "Lo averiguación de la verdad no puede lograrse a cualquier precio". El combate eficaz contra la</p>	<p>cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2) , 4) y 5) del Código Penal; así como, al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar de forma solidaria a favor del ente agraviado; con lo demás que contiene; y, REFORMÁNDOLA, lo ABSOLVIERON de la acusación fiscal por el delito y agraviado en mención; ORDENARON su inmediata libertad, que se ejecutara y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente; y, MANDARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso ,y el archivo definitivo de la presente causa, oficiándose vía fax o medio idóneo a la sala superior correspondiente para tal efecto; y, los</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>delincuencia no es irreconciliable con el respeto de las garantías constitucionales, peor aun cuando ambas premisas constituyen pilares normativos ideológicos de un Estado Constitucional de Derecho³.</p> <p>Décimo Primero: Asimismo, se entiende por pruebas ilícitas aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la Ley, en cuanto al medio mismo, o al procedimiento para obtenerlo, o que atenten contra la moral y las buenas costumbres, o contra la dignidad y la libertad de la persona humana, o que violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución;</p> <p>entendiéndose por obtención, para el caso, a toda labor tendiente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, incluyendo supuestos de práctica de prueba, comprendiendo la búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto violen derechos fundamentales; y a la valoración, como la utilización del resultado de la prueba en el momento de su ponderación. La prueba prohibida radica desde la perspectiva jurídica en la investigación respecto de la</p>	<p>devolvieron interviene el señor juez supremo IVAN SEQUEIROS VARGAS por licencia de la señora jueza suprema IRIS PACHECO HUANCAS</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>relación entre lo ilícito y lo inadmisible en el procedimiento probatorio; en tanto, desde el punto de vista de la política legislativa; en la disyuntiva entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados; respecto a los cuales cuando se defiende la necesidad de rechazar la prueba prohibida no se hace en defensa de un interés privado sino en resguardo de la personalidad humana; que, por lo tanto la finalidad de la prohibición de la prueba es la de garantizar la pureza del proceso y la superioridad moral del Estado; la encrucijada se presenta al enfrentar la prueba prohibida con los intereses del Estado, con un efectivo procedimiento, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales.</p> <p>Décimo Segundo: Se debe precisar además que es deber del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y del otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, conforme lo prescribe el artículo 44 de la Constitución Política del Estado, lo dicho no hace</p>	
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p>sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, las mismas que se presentan con mayor intensidad en el proceso penal. La razón estriba en que el proceso penal persigue la realización de la pretensión punitiva mediante el descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores, para lo cual limitan en la práctica derechos fundamentales de los ciudadanos, siendo necesario que despliegue tal actividad respetando el contenido esencial de los derechos garantías , y principios constitucionales.</p> <p>Décimo Tercero: En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas es evidente que atribuir eficacia probatoria al Acta de Registro Domiciliario, realizado por la policía sin la participación del Ministerio Público, sin autorización de la propietaria del inmueble, doña Vidalina Medina Taboada, y sin la acreditación de un escenario de flagrancia, supone afectar la funcionabilidad del proceso penal, tanto en un aspecto formal, como en una</p>	
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p>perspectiva material; más aún, cuando la prohibición de la obtención y valoración de la prueba no solo se encuentra justificada en las decisiones que se instauran en una etapa avanzada del proceso penal; o en el procedimiento de apelación o de nulidad de la sentencia. Ella rige como mandato constitucional y legal para todos los órganos de persecución penal, llámese Ministerio Público o Policía, y en todas las etapas del proceso en la que se averigüe la verdad. Abarca, por lo tanto, a la investigación preliminar, prisión provisional, la apertura del proceso penal, en particular en la determinación de los indicios o sospecha inicial, o a la hora de fundamentar la acusación. Es así que los agentes estatales como la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial tienen la obligación de cumplir con el mandato constitucional de respeto a los derechos fundamentales. Por tanto, considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho y dado el carácter de elemento esencial del proceso de los medios probatorios, resulta pertinente señalar que la prueba</p>	
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p>fundamental que dio origen al presente caso es ilegal, pues no cumple con los presupuestos de licitud para que este produzca certeza y convicción en el juzgador respecto a los hechos sometidos a decisión, en tal sentido corresponde absolver al acusado.</p>	
<p>Segunda sala penal transitoria</p> <p>R. N. N.º 2900-2016</p> <p>LIMA</p> <p>LA SECRETARIA DE LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, QUE SUSCRIBE, CERTIFICA QUE EL VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ IVAN SEQUEIROS VARGAS, ES COMO SIGUE:</p>	<p>1.- El artículo 159 del Código Procesal Penal, determina que es prueba prohibida aquella que se obtiene con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, descripción normativa que nos remite al contenido esencial de la norma constitucional referido a derechos fundamentales</p> <p>.- No todo exceso en una intervención policial, constituye necesariamente vulneración de derecho fundamental, siendo necesario distinguir entre un flagrante abuso y una irregularidad, pues se incurre en el fácil argumento de relacionar los derechos fundamentales y su protección, con ilícitos o irregularidades que, sin perjuicio del necesario correlato y correspondencia constitucional, debido a la pirámide normativa, donde todos los ilícitos normativos inferiores, necesariamente tienen</p>	<p>Estando a los fundamentos expuestos: MI VOTO es porque se declare: NO HABER NULIDAD en la sentencia emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima, de fecha 21 de Setiembre del 2016, que condena a Yeirzon Alminco Ramirez, como autor del delito contra la salud Publica, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de la libertad, con lo demás que contiene y los devolvieron.</p> <p>SEQUEIROS VARGAS</p>

	<p>repercusión constitucional, pero no por eso implican ineludiblemente atentados materiales a la constitución, siendo tarea fina del juzgador distinguir estos dos ámbitos que para el caso en concreto se denomina, prueba ilícita o prueba irregular. Si nos ubicamos en el extremo de considerar prueba ilícita las que se obtienen con vulneración constitucional y legal, incurrimos en extremismo y rigurosidad sin sentido que determina generalmente restricción extrema en la obtención de las fuentes de prueba, razón suficiente para ser cautos y razonables en la determinación de la prueba ilícita.</p> <p>7.- El tribunal europeo de los derechos humanos, (sentencia de 12 de julio de 1988 caso Schenk contra Suiza), abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho justo consagrado en el artículo 6.1 del convenio europeo de derechos humanos, según el cual, <i>«toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido en la ley, que decidirá</i></p>	
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p><i>los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter cívico sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra él. El tribunal optó en la sentencia por una solución intermedia entre aquellos que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión</i></p>	
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

4.2.2. Sentencias del Tribunal Constitucional

Tabla 2: Análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional accedidas a través del portal institucional

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL		
CASO	ARGUMENTO	FALLO
<p>SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</p> <p>Exp. N.º 1 100-2000-M/TC</p> <p>Lima</p> <p>Aurelio Julio Pun Amat</p>	<p>1. Que, tales consideraciones no quedan enervadas por el hecho de que con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley N.º 25446, el Congreso Constituyente Democrático dictara la Ley Constitucional de fecha doce de marzo de mil novecientos noventeros, por virtud del cual se creó el Jurado de Honor de la Magistratura con el objeto de que en dicha sede se resolvieran los problemas derivados de la aplicación de la referida norma con</p>	<p>REVOCANDO</p> <p>la Resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas doce del cuaderno de nulidad, su fecha veintiocho de abril</p>

	<p>fuerza de ley, pues como consta del sello de recepción de la demanda, obrante a fojas cuatro, antes de la expedición de dicha Ley Constitucional, el demandante ya había interpuesto la presente Acción de Amparo con el fin de restablecer el ejercicio de sus derechos constitucionales, por lo que no era exigible su tránsito, como indebidamente ha sostenido la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica</p>	<p>de dos mil, que declaró no haber nulidad en la sentencia que declaró improcedente la demanda y, reformándola declara FUNDADA la Acción de Amparo ; en consecuencia, dispone la no aplicación, para el caso concreto del demandante, del artículo 4° del Decreto Ley N.° 25446 y del artículo 2° del Decreto Ley N.° 25454; Ordena se reincorpore a don Aurelio Julio Pun Amat en el cargo de Fiscal Titular Provincial del Callao. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		devolución de los actuados.
EXP. N.º 2053-2003-HC/TC LIMA EDMI LASTRA QUIÑONES SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	<p>La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable. Ahora bien, en el proceso penal impugnado ha quedado desvirtuado el alegato del recurrente (que las entrevistas y la investigación que cuestiona hayan determinado el sentido del fallo en su contra), pues se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito y su responsabilidad penal, en cuya meditación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación sigue el accionante impugna. De ello se desprende que su real pretensión es que en sede constitucional se efectúe un reexamen de una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Por tal razón, de acuerdo con los artículos 6º, inciso 2) de la Ley N.º 23506, modificada por la Ley N.º 27053 16º, inciso c), in fine, de la Ley N.º 25398, Complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, concordantes con el artículo 139º, inciso 2), de la Constitución Política vigente, debe desestimarse la demanda.</p>	
EXP. N.º 01601 - 2013-PHC/TC	21. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio	1.Declarar INFUNDADA la

<p>GIUSEPPE BALLETA BUSTAMANTE LIMA</p> <p>SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</p>	<p>del 1, derecho fundamental a la prueba. A este respecto, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es</p> <p>decir que no «pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico», pues se trata de «supuestos de prueba prohibida». En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que «el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho».</p> <p>22. La Constitución Política del Perú prevé supuestos de pruebas expresamente prohibidas. Así, en el inciso 1O) del artículo 2° establece que no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado; y en el literal h del inciso 24) del artículo 2° reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas mediante la</p>	<p>demanda respecto a las afectaciones de los derechos a la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la prueba.</p> <p>2.Declarar IMPROCEDENTE la demanda respecto a la irresponsabilidad penal del procesado y al cuestionamiento de los actos del Ministerio Público.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>violencia moral, psíquica o física, la tortura y los tratos humillantes o denigrantes.</p> <p>23. Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional también ha puntualizado que en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal (Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC).</p>	
<p>EXP. N.º 00655-2010-PHCC</p> <p>LIMA</p> <p>ALBERTO QUIMPER HERRERA</p> <p>SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</p>	<p>FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS</p> <p>En cuanto al segundo párrafo del fundamento 23 , estimo que si bien existen límites a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información que ejercen los medios de comunicación, pues no pueden vulnerar derechos fundamentales de otras personas, también considero que no resulta pertinente Jo expresado en dicho párrafo, pues en mi concepto, el Derecho Penal constituye el último mecanismo que debe utilizar el Estado para impedir que se manifiesten conductas nocivas para la sociedad, siendo por el contrario, que antes de invocarse la utilización del</p>	<p>Declarar IMPROCEDENTE la demanda.</p> <p>Publíquese y notifíquese.</p>

	<p>Derecho Penal, debe exhortarse a la Materialización del autocontrol de los medios de comunicación o el control por órganos privados que asocien a tales medios, de modo que sólo ante la inacción o deficiente control de tales mecanismos se acuda a los respectivos órganos jurisdiccionales. La libertad de expresión constituye uno de los principales baluartes de la democracia y la defensa de los derechos de las personas, por lo que todos tenemos la obligación de promoverla, defenderla, criticarla constructivamente y siempre preservarla en cada caso concreto.</p> <p>FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI</p> <p>21. evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario este Tribunal Para considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.</p>	
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p>Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso Schenk vs. Suiza, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede "excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente" porque sólo "le corresponde averiguar si el proceso" considerado "en su conjunto fue un proceso justo".</p> <p>22. Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, ha enfatizado que:</p> <p>a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y 147].</p> <p>a. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11º de la Convención Americana</p>	
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

	<p>sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento (párr. 147].</p> <p>a. La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [pág. 158].</p> <p>22. En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 1O) del artículo 2° de la Constitución dispone que las "comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez," con las garantías previstas en la ley".</p> <p>Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado</p> <p>que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.</p>	
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

4.3. Resultados del Análisis de la opinión de operadores jurídicos

Habiendo desarrollado la observación de la forma en que se concibe la prueba prohibida y sus excepciones desde el punto de vista de la jurisprudencia, corresponde ejecutar el análisis del aspecto ejecutivo de la muestra, es decir tomar la opinión de quienes aplican en forma directa las reglas que proporcionan tanto la normativa cuanto la doctrina y jurisprudencia, para ello se ha tenido en cuenta la opinión de 50 individuos entre los que se ubican jueces, especialistas jurisdiccionales y abogados litigantes, dando como resultado el que se muestra en las siguientes tablas y gráficos.

Tabla 3: Resultado del ítem 1 de la encuesta:

1. Para usted, la prueba prohibida es:	
a) Aquella obtenida directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales.	35
b) Una prueba que vulnera la legalidad del procedimental.	5
c) La que se obtiene en base a la inferencia de circunstancias de la investigación.	10
TOTAL	50

Ilustración 1: Gráfico porcentual de la Tabla N° 3

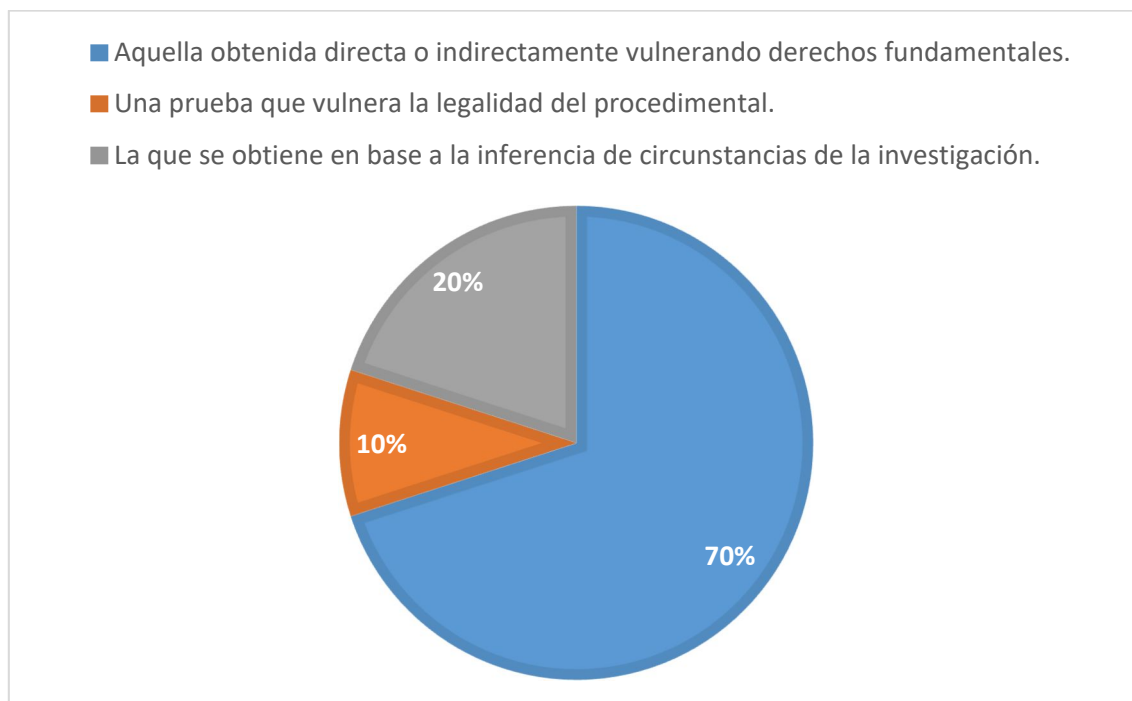


Tabla 4: Resultado del ítem 2 de la encuesta

2. Considerando que la prueba prohibida, es aquella que es obtenida violando derechos fundamentales, y según el Código Procesal Penal de 2004, ante ella, existe una regla de exclusión rígida (es decir, no podrá ser usada dicha prueba, sea obtenida directa o indirectamente, según el artículo 159), pues legislativamente no se ha regulado excepción a dicha regla, ninguna prueba de esa naturaleza será valorada, usted, opina que:

a) No es justo, pues habría impunidad.	8
b) Estoy de acuerdo, deben primar los derechos fundamentales.	11
c) Considero que debería analizarse en el caso concreto.	31
TOTAL	50

Ilustración 2: Gráfico porcentual de la tabla N° 4

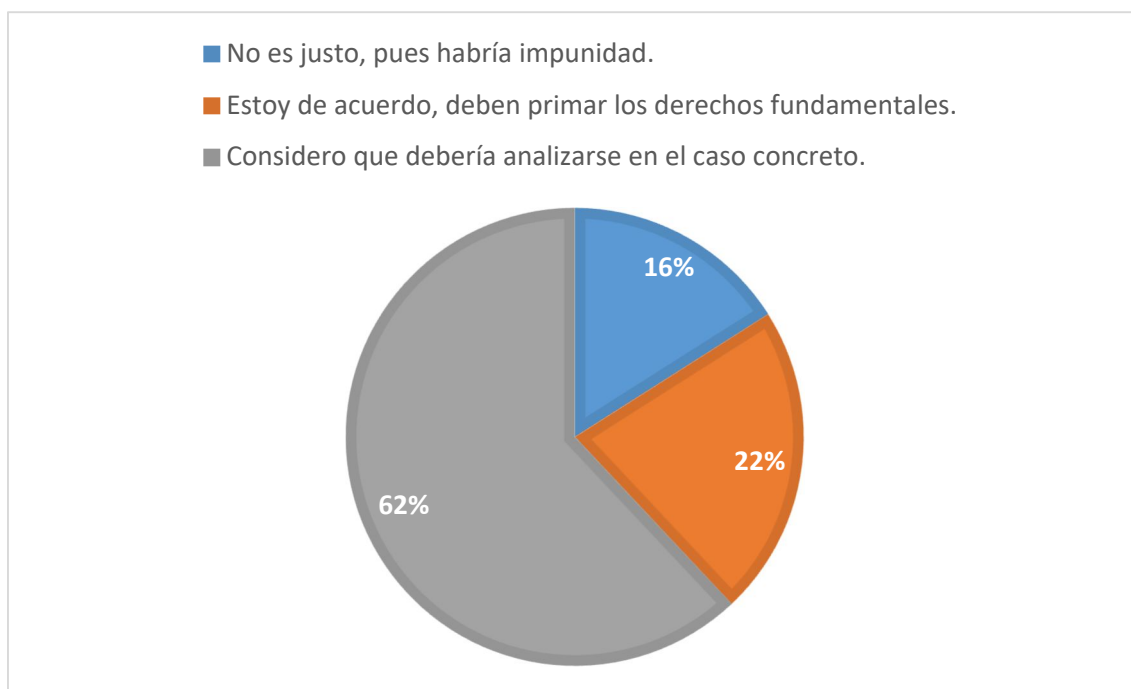


Tabla 5: Resultado del ítem 3 de la encuesta

3. Estimando la difusa regulación legal actual de la Prueba Prohibida. Usted opina que, ¿Bastaría la utilización del test de proporcionalidad para evaluar la viabilidad jurídica de exclusión o no de la prueba?	
a) Sí, el test de proporcionalidad determina constitucionalmente en qué casos deberá ser valorada la prueba, la cual se resume a un conflicto entre derechos fundamentales individuales y la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal.	36
b) No, porque las vulneraciones de derechos fundamentales no pueden admitirse en un Estado Constitucional y de Derecho.	10
c) Considero que la regulación actual vigente es la más adecuada y en cuanto a las excepciones, deben ser recogidas las múltiples desarrolladas por el derecho comparado.	4
TOTAL	50

Ilustración 3: Gráfico porcentual de la tabla N° 5

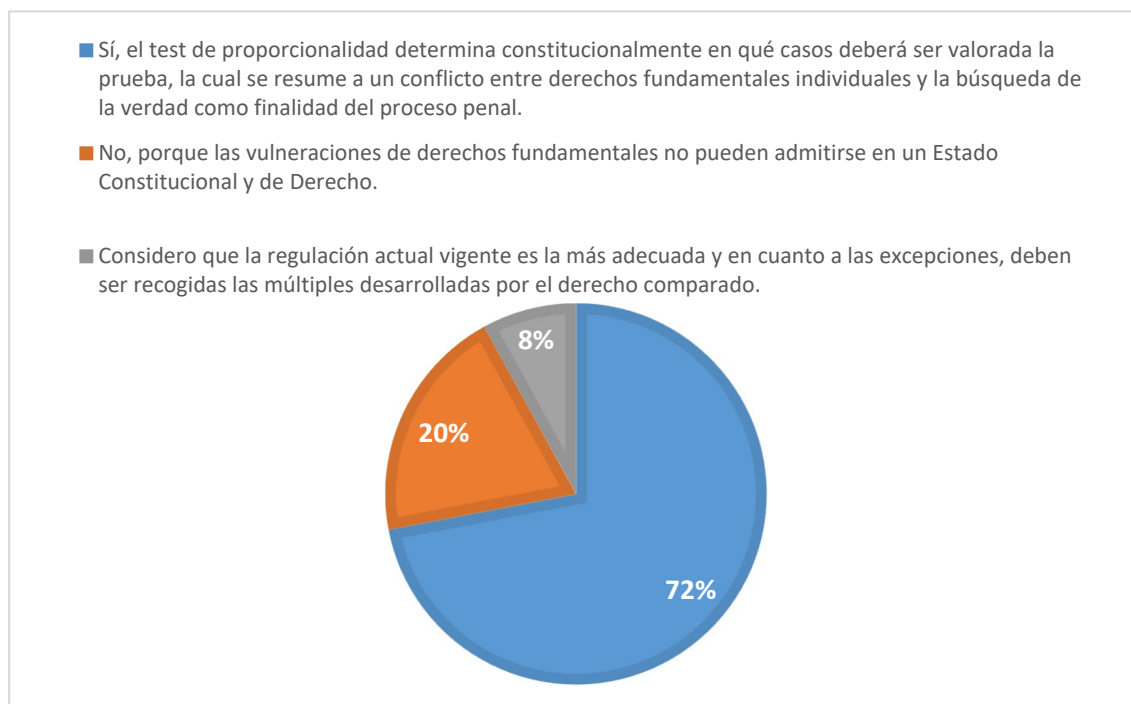


Tabla 6: Resultado del ítem 4 de la encuesta

4. En correlación con la anterior pregunta. Estimando la existencia de excepciones desarrolladas por el derecho comparado, qué opina de su aplicación en el Perú:	
a) Deben ser aplicadas en el Perú.	12
b) No tengo conocimiento amplio de las excepciones.	6
c) No deberían ser aplicadas en forma exacta sin antes analizar el fundamento que las inspira.	32
TOTAL	50

Ilustración 4: Gráfico porcentual de la tabla N° 6

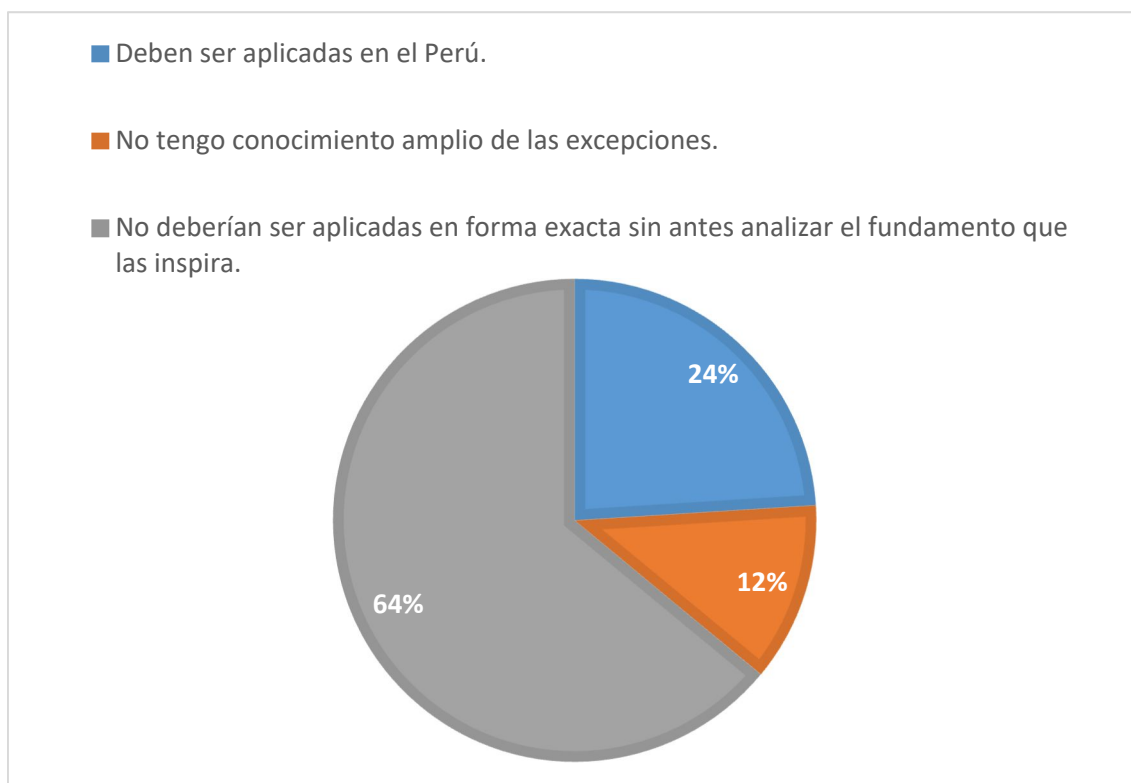


Tabla 7: Resultado del ítem 5 de la encuesta

5. Qué opinión le merece que los jueces decidan la aplicación de la regla de exclusión (expulsión del proceso de la prueba prohibida -supuesto regulado en el Código Procesal Penal- y en otros casos se decanten por la aplicación de excepciones a la regla que no se encuentran reguladas en el ordenamiento procesal penal.	
a. Las excepciones deberían ser reguladas según la necesidad del imputado.	13
b. Si existieran excepciones deberían ser reguladas en forma específica a fin de garantizar la seguridad jurídica.	31
c. No deben existir excepciones porque resquebrajan la estructura del proceso penal.	6
TOTAL	50

Ilustración 5: Gráfico porcentual de la tabla N° 7

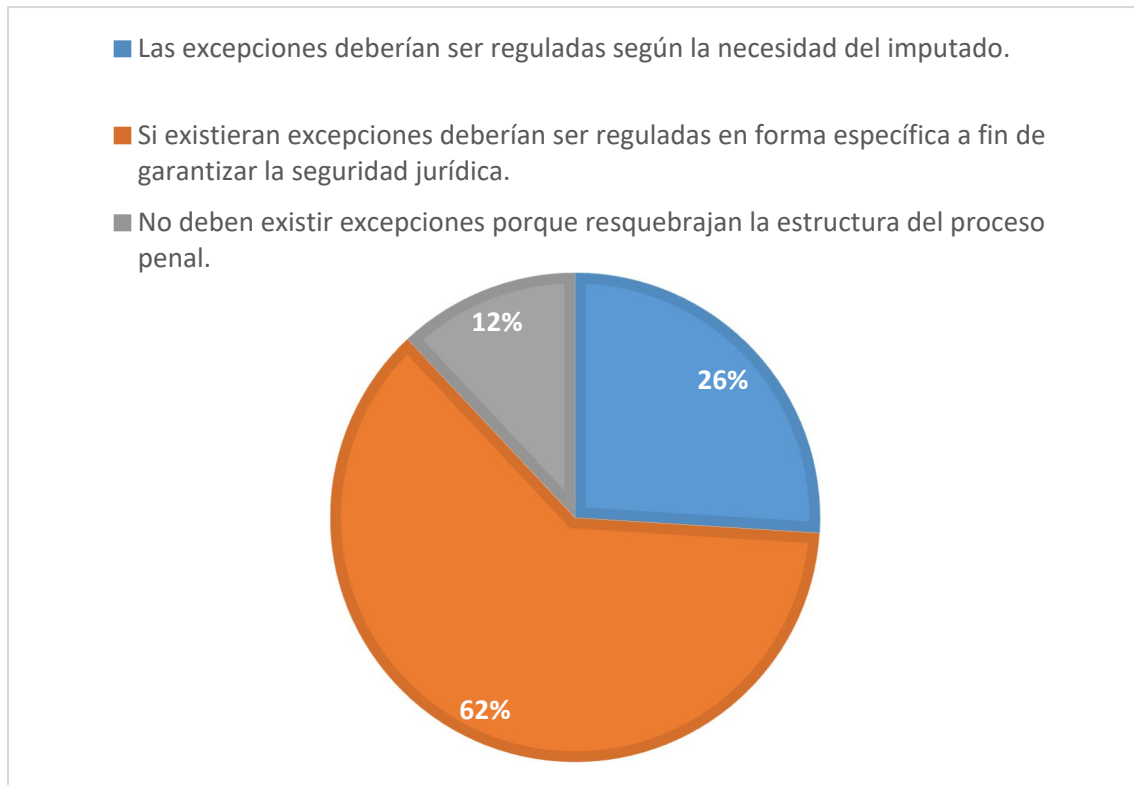
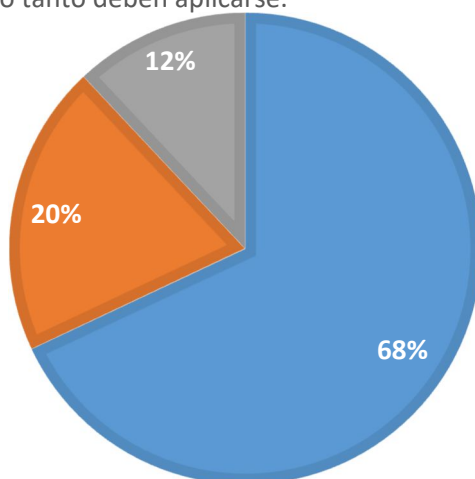


Tabla 8: Resultado del ítem 6 de la encuesta

6. Qué opinión le merece la aplicación de excepciones a la regla de exclusión por parte de los juzgadores, no obstante la regulación del Código Procesal Penal de 2004 (art. 159)	
a) Considero que es correcta la aplicación porque se condice con el principio de legalidad.	34
b) Considero que para aplicarse una excepción, debe establecerse un criterio que lo dirija.	10
c) Las excepciones aseguran el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales del imputado por lo tanto deben aplicarse.	6
TOTAL	50

Ilustración 6: Gráfico porcentual de la tabla N° 8

- Considero que es correcta la aplicación porque condice con el principio de legalidad.
- Considero que para aplicarse una excepción, debe establecerse un criterio que lo dirija.
- Las excepciones aseguran el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales del imputado por lo tanto deben aplicarse.



CAPÍTULO V

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

5.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Corresponde a esta sección la discusión de los resultados obtenidos con el sentido que representan las metas trazadas por los objetivos específicos, con el fin de verificar su validez y finalmente conseguir.

¿De qué manera la superación del test de proporcionalidad aplicado a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales podría constituirse como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?

5.1.1. Discusión sobre el objetivo: “Conocer la institución jurídico procesal de la prueba prohibida desde las perspectivas legal, jurisprudencial y doctrinal”

Respecto del primer objetivo específico teniendo en cuenta la formulación del problema que origina la presente investigación se debe indicar que

¿Qué criterios jurídicos existen para definir la prueba prohibida?

En suma, existen dos concepciones, de las cuales se puede catalogar como amplia aquella que se ocupa de la prueba ilícita definiéndola como aquella que se obtiene vulnerando cualquier norma jurídica; encontrando por otro lado la concepción restrictiva que se sirve del límite que opera en función a la garantía de los derechos fundamentales, es decir que sería concebida la prueba prohibida en tanto su obtención los vulnere.

¿Cuán apropiados resultan los criterios jurídicos para definir la prueba prohibida?

A manera de hacer una crítica respecto a las concepciones, se deberá indicar que sobre el sentido amplio de percibir la prueba prohibida, pesa una característica contraproducente, originada por la confusión que genera la terminología que la conceptualiza, así la percepción amplia dificulta la determinación correcta de su naturaleza jurídica, constituyéndose en una consecuencia errática sobre la calificación de la prueba; por tales fundamentos esta concepción resulta inapropiada para tal efecto.

Luego de ello resulta lógico criticar positivamente la concepción restrictiva de la prueba prohibida, puesto que de lo recogido en la investigación se puede determinar que la principal

ocupación de que debe caracterizar a esta institución procesal es la garantía de los derechos que asisten al ser humano que discurre en el proceso penal.

Siendo así, la única forma de poder establecer que esta última postura sea la más apropiada, es provocar una estructura normativa basada en la operatividad que proporciona la doctrina y la jurisprudencia sobre el sentido restrictivo para la identificación de la prueba prohibida, apuntalando lo ya establecido en el Código Procesal Penal con un sentido coercitivo que permita la unificación del criterio que delimite las excepciones en forma puntual.

¿Cuál es el fundamento jurídico que solventa el límite a la valoración de la prueba prohibida en el proceso penal?

De suyo importante resulta la descripción del esquema procesal penal que caracteriza a nuestro ordenamiento, puesto que sólo entendiendo su configuración se podrá establecer el fundamento de la limitación cuestionada.

Bajo la concepción de que el sistema jurídico que rige el proceso penal peruano se ha configurado sobre los cimientos del esquema euro continental, se deberá orientar la búsqueda del fundamento para limitar la prueba prohibida en la investigación penal; por lo mismo que el análisis de su concepción primero y su configuración después habrán de tener como guía a la estructura garantista que caracteriza a este modelo.

En ese sentido se debe recoger la concepción del sistema aludido que se basa en la estructura constitucional basada en sus principios inspiradores, de los cuales se desprenden como base ejecutiva a los derechos fundamentales, siendo la garantía de estos lo que sustenta el límite de la valoración de la prueba prohibida.

¿Cuál será el fundamento más apropiado para crear una excepción a la regla limitativa de la valoración de la prueba prohibida?

Es en base a lo percibido respecto de la concepción de prueba prohibida, se puede presumir que la excepción al límite señalado, deberá ser entendido desde el esquema garantista del sistema euro continental y con la característica esencial de la legalidad en su ejecución; por tanto, siendo el test de proporcionalidad parte esencial de la formulación del problema planteado, corresponderá al análisis de su viabilidad el hecho de observar si cubre las características del sistema garantista sobre el que ha de aplicarse.

A manera de resumen, existen dos concepciones sobre la prueba prohibida, una amplia y otra restrictiva, esta última que se sirve del límite que opera en función a la garantía de los derechos fundamentales, por lo mismo que resulta apropiado el acomodo de la estructura normativa basada en la operatividad que proporciona la doctrina y la jurisprudencia sobre el sentido restrictivo para la identificación de la prueba prohibida, apuntalando lo ya establecido en el Código Procesal Penal con un sentido coercitivo que permita la unificación del criterio que delimite las excepciones en forma puntual.

La concepción de que el sistema jurídico que rige el proceso penal peruano se ha configurado sobre los cimientos del esquema euro continental, se deberá orientar la búsqueda del fundamento para limitar la prueba prohibida en la investigación penal; por lo mismo que el análisis de su concepción primero y su configuración después habrán de tener como guía a la estructura garantista que caracteriza a este modelo.

Es en base a lo percibido respecto de la concepción de prueba prohibida, se puede presumir que al test de proporcionalidad corresponderá al análisis de la viabilidad de la postura, por el hecho de que permite observar si cubre las características del sistema garantista sobre el que ha de aplicarse.

5.1.2. Discusión sobre el objetivo: “Comprender el principio de proporcionalidad o ponderación orientado al análisis de la prueba prohibida”.

Sobre la comprobación de validez de este objetivo específico conviene recordar lo desarrollado en la investigación al manifestar que

¿Cuál es la definición más apropiada para entender el principio de proporcionalidad o ponderación?

Para la comprensión más cercana a la proporcionalidad, se debe iniciar por la percepción de la finalidad de los principios que resultan tener un carácter optimizador de las cuestiones jurídicas, siendo así, este principio busca establecer un criterio identificador de razones que permitan la superposición temporal de un razonamiento jurídico sobre otro.

¿De qué manera sirve el principio de proporcionalidad o ponderación para analizar la prueba prohibida?

Ha de tenerse en cuenta que la concepción de la prueba prohibida tiene como finalidad establecer el límite de su valoración, por lo mismo que el análisis sugerido habrá de hacer

sobre este carácter restrictivo. Así el principio de proporcionalidad servirá para reconocer los efectos que produce tal limitación, por tanto, su participación como regla de optimización sobre la valoración positiva de la prueba, permitirá establecer la posibilidad de concebir una excepción a la regla discutida.

Teniendo en cuenta la característica de legalidad procesal que orienta al modelo procesal penal peruano ¿Cómo se justifica la utilización del principio de proporcionalidad o ponderación para analizar la prueba prohibida?

Únicamente se puede establecer una justificación para el uso de este principio basándose en la concepción restrictiva de la prueba prohibida, a la cual esta investigación se ha adherido, puesto que su fundamento está orientado a la garantía de los derechos fundamentales; así, siendo que la proporcionalidad o ponderación como principio optimizador es una herramienta constitucional, creada para la resolución de conflictos categóricos, servirá pues para determinar cuándo corresponde o no la valoración de una prueba del corte estudiado.

Basándose en esta justificación, los límites que se han identificado como necesarios para incluir en la normatividad, serán posibles de aplicar bajo el criterio de la ponderación, puesto que logrará el carácter unificador de los criterios que se han observado como diversos en los resultados del análisis respecto a la posición de los tribunales en nuestro país.

A manera de conclusión de este acápite se ha de decir que la finalidad de los principios tiene un carácter optimizador de las cuestiones jurídicas, siendo así, este principio busca establecer un criterio identificador de razones que permitan la superposición temporal de un razonamiento jurídico sobre otro; siendo que para el caso de la prueba prohibida tiene como finalidad establecer el límite de su valoración, por lo mismo que el análisis sugerido habrá de hacer sobre este carácter restrictivo.

Únicamente se puede establecer una justificación para el uso de este principio basándose en la concepción restrictiva de la prueba prohibida, a la cual esta investigación se ha adherido, puesto que su fundamento está orientado a la garantía de los derechos fundamentales.

Basándose en esta justificación, los límites que se han identificado como necesarios para incluir en la normatividad, serán posibles de aplicar bajo el criterio de la ponderación, puesto que logrará el carácter unificador de los criterios que se han observado como diversos en los resultados del análisis respecto a la posición de los tribunales en nuestro país.

5.1.3. Discusión sobre el objetivo: “Analizar los criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida”.

Habiendo llegado a comprender las bases teóricas que se han desarrollado en función a la configuración de la prueba prohibida, así como a la protección de los derechos fundamentales en un proceso penal garantista como el que rige, resulta apropiado con tales bases, generar la discusión sobre la ubicación adecuada de los criterios justificantes de la excepción que se pretende configurar como propuesta de esta investigación.

¿Qué criterios justificantes existen en la jurisprudencia nacional peruana para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida?

De la observación analítica realizada sobre la jurisprudencia nacional se ha podido identificar que existen criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida, los mismos que se dividen en dos, unos adquiridos de la interpretación jurisprudencial y otros originados desde la interpretación legal.

Siendo que los primeros están orientados hacia el reconocimiento de figuras que no necesariamente corresponden a nuestro sistema jurídico procesal penal, habiéndose identificado una suerte de recopilación de excepciones trasladadas del sistema norteamericano, lo cual resulta harto criticable, no sólo por lo descrito sino también por el hecho de que en base a ello se han tornado múltiples criterios, lo cual se podría entender como el origen de un carácter de inseguridad jurídica.

Así mismo, se puede decir del segundo criterio adoptado, que a pesar de que según la postura de esta la investigación resultaría apropiado, el carácter rígido de su aplicación también tiene un efecto contraproducente, por lo mismo que la salida jurídica adecuada se la ubica en el uso de la razonabilidad como principio del cual se ha de servir la excepción de la regla que impide la actuación de una prueba a consecuencia de la fuente que la origina.

Tal criterio permitirá la justificación que excepcione la exclusión de la prueba prohibida en base a la ponderación de los derechos que ante la circunstancia de este tipo de pruebas se justifique proteger; sólo así se podrá garantizar la seguridad jurídica que en la anterior descripción de interpretación jurisprudencial se han evidenciado, pues estaría encaminada la optimización del derecho en razón de proteger los derechos de interés categórico.

¿Cuál es el origen de los criterios para excepcionar la regla de exclusión de la prueba prohibida, asumida por la jurisprudencia nacional?

Teniendo en cuenta que el origen de los criterios de la excepción estudiada esta basado en la garantía de los derechos fundamentales, se puede inferir, en razón del análisis de la jurisprudencia nacional, que todas las acciones tomadas tiene por fin perseguir tal garantía; así útil resultaría la absorción de todas las excepciones aplicadas en la jurisprudencia bajo estudio, en su mayoría recogidas de un sistema con fundamento distinto, por un solo principio que permita la optimización de tal figura.

Se hace referencia al principio de razonabilidad que mediante la ponderación permitirá una aplicación proporcional del derecho que mejor garantice el carácter proteccionista de la constitución; por lo mismo que se encuentra justificada tal acción en la valoración razonable de los derechos.

De la observación analítica realizada sobre la jurisprudencia nacional se ha podido identificar que existen criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida, los mismos que se dividen en dos, unos adquiridos de la interpretación jurisprudencial y otros originados desde la interpretación legal.

Siendo que los primeros están orientados hacia el reconocimiento de figuras que no necesariamente corresponden a nuestro sistema jurídico procesal penal, habiéndose identificado una suerte de recopilación de excepciones trasladadas del sistema norteamericano, lo cual resulta harto criticable, no sólo por lo descrito sino también por el hecho de que en base a ello se han tornado múltiples criterios, lo cual se podría entender como el origen de un carácter de inseguridad jurídica.

Así mismo, se puede decir del segundo criterio adoptado, que a pesar de que según la postura de esta la investigación resultaría apropiado, el carácter rígido de su aplicación también tiene un efecto contraproducente, por lo mismo que la salida jurídica adecuada se la ubica en el uso de la razonabilidad como principio del cual se ha de servir la excepción de la regla que impide la actuación de una prueba a consecuencia de la fuente que la origina.

Tal criterio permitirá la justificación que excepcione la exclusión de la prueba prohibida en base a la ponderación de los derechos que ante la circunstancia de este tipo de pruebas se justifique proteger; sólo así se podrá garantizar la seguridad jurídica que en la anterior descripción de interpretación jurisprudencial se han evidenciado, pues estaría encaminada la optimización del derecho en razón de proteger los derechos de interés categórico.

Teniendo en cuenta que el origen de los criterios de la excepción estudiada está basado en la garantía de los derechos fundamentales, se puede inferir, en razón del análisis de la jurisprudencia nacional, que todas las acciones tomadas tiene por fin perseguir tal garantía; así útil resultaría la absorción de todas las excepciones aplicadas en la jurisprudencia bajo estudio, en su mayoría recogidas de un sistema con fundamento distinto, por un solo principio que permita la optimización de tal figura.

Se hace referencia al principio de razonabilidad que mediante la ponderación permitirá una aplicación proporcional del derecho que mejor garantice el carácter proteccionista de la constitución; por lo mismo que se encuentra justificada tal acción en la valoración razonable de los derechos.

5.2. RESULTADO DE VALIDACIÓN DE VARIABLES

En lo que corresponde a esta variable se deben recoger las ideas que han surgido en mérito a la discusión sobre los objetivos que se enmarcan en cada una de ellas con la finalidad de verificar su validez y poder construir la hipótesis conclusiva la cual será comparada con la hipótesis que inicialmente se proyectó y así obtener como resultado la contrastación de esta, así tenemos el siguiente desarrollo:

5.2.1. Respecto a la Variable independiente: La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación.

Inicialmente debe dejarse clara la función de esta variable, afirmación que ha recibido la nominación de Independiente dada la ubicación dentro de la problemática como la causa que origina el cuestionamiento que señala el problema que generó la investigación, dicho de otro modo, se verificará si existen justificaciones que hagan presumir su validez como causa del problema.

Dada la construcción de esta variable ha de comprenderse que su finalidad es verificar la existencia de dos concepciones sobre la prueba prohibida, una amplia y otra restrictiva, esta última que se sirve del límite que opera en función a la garantía de los derechos fundamentales, por lo mismo que resulta apropiado el acomodo de la estructura normativa basada en la operatividad que proporciona la doctrina y la jurisprudencia sobre el sentido

restrictivo para la identificación de la prueba prohibida, apuntalando lo ya establecido en el Código Procesal Penal con un sentido coercitivo que permita la unificación del criterio que delimite las excepciones en forma puntual.

La concepción de que el sistema jurídico que rige el proceso penal peruano se ha configurado sobre los cimientos del esquema euro continental, se deberá orientar la búsqueda del fundamento para limitar la prueba prohibida en la investigación penal; por lo mismo que el análisis de su concepción primero y su configuración después habrán de tener como guía a la estructura garantista que caracteriza a este modelo.

Es en base a lo percibido respecto de la concepción de prueba prohibida, se puede presumir que al test de proporcionalidad corresponderá al análisis de la viabilidad de la postura, por el hecho de que permite observar si cubre las características del sistema garantista sobre el que ha de aplicarse; por lo mismo que, la variable en estudio se valida mediante la siguiente afirmación:

La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación deberá ser valorada.

5.2.2. Respecto a la Variable dependiente: Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida.

Al igual que en el trabajo efectuado sobre la variable independiente como la causa del problema, es menester sobre esta afirmación verificar su validez como efecto principal del problema, es decir, se determinará si existe realmente una afectación jurídica que respalde la investigación realizada.

Así ha de tenerse en cuenta que según lo recopilado en la validación de la variable independiente se puede determinar que la justificación de excepcionar la exclusión de la prueba prohibida para todas las modalidades aplicadas obedece a un fin común el cual es la garantía de los derechos fundamentales, ello visto desde la perspectiva de acción de la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y el resto de la jurisprudencia nacional; partiendo de

ello será entonces necesario el reconocimiento del principio de proporcionalidad o ponderación dirigido al análisis de la valoración positiva o negativa de la prueba prohibida.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que la proporcionalidad como principio tiene un carácter optimizador de las cuestiones jurídicas, que permite identificar razones que justifiquen la superposición temporal de un razonamiento jurídico sobre otro; siendo que para el caso de la prueba prohibida tiene como finalidad establecer el límite de su valoración, por lo mismo que el análisis sugerido habrá de hacer sobre este carácter restrictivo.

Únicamente se puede establecer una justificación para el uso de este principio basándose en la concepción restrictiva de la prueba prohibida, a la cual esta investigación se ha adherido, puesto que su fundamento está orientado a la garantía de los derechos fundamentales.

Basándose en esta justificación, los límites que se han identificado como necesarios para incluir en la normatividad, serán posibles de aplicar bajo el criterio de la ponderación, puesto que logrará el carácter unificador de los criterios que se han observado como diversos en los resultados del análisis respecto a la posición de los tribunales en nuestro país.

De la observación analítica realizada sobre la jurisprudencia nacional se ha podido identificar que existen criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida, los mismos que se dividen en dos, unos adquiridos de la interpretación jurisprudencial y otros originados desde la interpretación legal.

Siendo que los primeros están orientados hacia el reconocimiento de figuras que no necesariamente corresponden a nuestro sistema jurídico procesal penal, habiéndose identificado una suerte de recopilación de excepciones trasladadas del sistema norteamericano, lo cual resulta harto criticable, no sólo por lo descrito sino también por el hecho de que en base a ello se han tornado múltiples criterios, lo cual se podría entender como el origen de un carácter de inseguridad jurídica.

Así mismo, se puede decir del segundo criterio adoptado, que a pesar de que según la postura de esta la investigación resultaría apropiado, el carácter rígido de su aplicación también tiene un efecto contraproducente, por lo mismo que la salida jurídica adecuada se

la ubica en el uso de la razonabilidad como principio del cual se ha de servir la excepción de la regla que impide la actuación de una prueba a consecuencia de la fuente que la origina.

Tal criterio permitirá la justificación que excepcione la exclusión de la prueba prohibida en base a la ponderación de los derechos que ante la circunstancia de este tipo de pruebas se justifique proteger; sólo así se podrá garantizar la seguridad jurídica que en la anterior descripción de interpretación jurisprudencial se han evidenciado, pues estaría encaminada la optimización del derecho en razón de proteger los derechos de interés categórico.

Teniendo en cuenta que el origen de los criterios de la excepción estudiada está basado en la garantía de los derechos fundamentales, se puede inferir, en razón del análisis de la jurisprudencia nacional, que todas las acciones tomadas tiene por fin perseguir tal garantía; así útil resultaría la absorción de todas las excepciones aplicadas en la jurisprudencia bajo estudio, en su mayoría recogidas de un sistema con fundamento distinto, por un solo principio que permita la optimización de tal figura.

Se hace referencia al principio de razonabilidad que mediante la ponderación permitirá una aplicación proporcional del derecho que mejor garantice el carácter proteccionista de la constitución; por lo mismo que se encuentra justificada tal acción en la valoración razonable de los derechos; por lo mismo que la variable en estudio se valida mediante la siguiente afirmación:

La variedad de excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia nacional, genera inseguridad jurídica pues no se condice con el esquema procesal penal peruano.

5.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para alcanzar la contrastación de la hipótesis se procederá a elaborar una hipótesis conclusiva, construida por la unión de las afirmaciones resultantes de la validación de variables, resultado que será confrontado con la hipótesis inicial, operación que a continuación se desarrolla:

Hipótesis conclusiva:

La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación deberá ser valorada, a fin de suplir la variedad de excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia nacional, pues genera inseguridad jurídica al no coincidir con el esquema procesal penal peruano.

Tabla 9: Contrastación entre la hipótesis inicial y la hipótesis conclusiva

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	
HIPÓTESIS INICIAL	HIPÓTESIS CONCLUSIVA
Si, La superación del test de proporcionalidad justifica que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales sea valorada; entonces, ello servirá de fundamento para su consideración como la única excepción a la regla de exclusión, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el proceso penal.	La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación deberá ser valorada, a fin de suplir la variedad de excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia nacional, pues genera inseguridad jurídica al no coincidir con el esquema procesal penal peruano

Del cuadro comparativo se puede apreciar que la hipótesis inicial ha sido contrastada positivamente, pues la hipótesis conclusiva ratifica el planteamiento inicial, dando por sentado que efectivamente existe un problema respecto de la forma en que se aplican las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, puesto que tal acción al hacer uso de diversos supuestos importados de otro ordenamiento, generan una incertidumbre jurídica que deja en el limbo incluso a la predictibilidad de las resoluciones judiciales, siendo esta la justificación de proponer la sola aplicación de la ponderación como única excepción a la regla in comento

CONCLUSIONES

PRIMERA:

Del desarrollo doctrinario respecto de la prueba prohibida se puede concluir que existen dos concepciones sobre la misma, una amplia y otra restrictiva, esta última que se sirve del límite que opera en función a la garantía de los derechos fundamentales, por lo mismo que resulta apropiado el acomodo de la estructura normativa basada en la operatividad que proporciona la doctrina y la jurisprudencia sobre el sentido restrictivo para la identificación de la prueba prohibida, apuntalando lo ya establecido en el Código Procesal Penal con un sentido coercitivo que permita la unificación del criterio que delimite las excepciones en forma puntual.

SEGUNDA

Se ha logrado determinar desde la perspectiva legal que ésta debiera orientarse en función al sistema jurídico euro continental que rige el proceso penal peruano, dirigiendo la búsqueda del fundamento para limitar la prueba prohibida en la investigación penal; así, al test de proporcionalidad corresponderá el análisis de la viabilidad de la postura, por el hecho de que permite observar si cubre las características del sistema garantista sobre el que ha de aplicarse.

TERCERA:

Luego de comprender la importancia del principio de proporcionalidad, se puede establecer una justificación para su aplicación basándose en la concepción restrictiva de la prueba prohibida, a la cual esta investigación se ha adherido, puesto que su fundamento está orientado a la garantía de los derechos fundamentales, bajo la aplicación de límites que se han identificado como necesarios para incluir en la normatividad, con lo que se logrará el carácter unificador de los criterios que se han observado como diversos en los resultados del análisis respecto a la posición de los tribunales en nuestro país.

CUARTA:

Se ha podido identificar como justificación para aplicar el principio de proporcionalidad, la realidad observada en la jurisprudencia nacional, pues los criterios justificantes para configurar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida están orientados hacia

el reconocimiento de figuras que resultan siendo una recopilación de excepciones trasladadas del sistema norteamericano, lo cual resulta harto criticable; multiplicidad de criterios que se entienden como el origen de un carácter de inseguridad jurídica al colisionar con la estructura legal que se configura en el Código Procesal Penal y la Constitución Política del Perú.

RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Se sugiere que, en razón de la importancia de la doctrina para determinar conceptos jurídicos, ésta debiera desarrollar una puntualización exacta respecto a la definición de prueba prohibida y sus pares conceptuales, orientándose al sentido restrictivo para la identificación de la prueba prohibida, a fin de evitar colisiones con lo establecido en el Código Procesal Penal, buscando como consecuencia la unificación del criterio que delimite las excepciones en forma puntual.

SEGUNDA

Se recomienda que la postura adoptada por los más altos tribunales deba evitar seguir la corriente importadora de figuras de ordenamiento y fundamento distinto a nuestra realidad jurídica procesal penal, a fin de evitar colisiones con la estructura del sistema de justicia.

TERCERA:

Se propone la incorporación normativa del límite específico para identificar la excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida, el cual este señalado como el principio de proporcionalidad ante la necesidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales a través de un criterio unificado; así útil resultaría que el criterio jurisdiccional desestime las excepciones hasta ahora observadas en su ejercicio, en su mayoría recogidas de un sistema con fundamento distinto, debiendo incorporar a su motivación el uso del principio de proporcionalidad como herramienta para la valoración de una prueba en tanto prohibida, con el fin de excepcionar la regla de exclusión, dada la existencia de un conflicto constitucional.

CUARTA:

La incorporación normativa sugerida aplicará sobre el artículo 159° del Código Procesal Penal, adicionando una frase condicional a su estructura, la cual permita unificar el criterio hacia la aplicación del principio de proporcionalidad a través del uso del test que determine la valoración del derecho fundamental que ha de prevalecer; acción que operará a través de la creación de un proyecto de ley que puntualice lo siguiente:

REGLA ACTUAL

Artículo 159° Utilización de la prueba:

1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

REGLA MODIFICADA

Artículo 159° Utilización de la prueba:

1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; salvo que en el caso concreto supere el test de proporcionalidad, excepción que no exime de las responsabilidades que, de acuerdo a ley, corresponde a quien lesionó derechos fundamentales.

Bibliografía

- Aleinikoff, T. A. (2015). *El derecho constitucional en la era de la ponderación* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.
- Alexy, R., Bernal Pulido, C., Juan Moreso, J., Prieto Sanchís, L., Clérico, L., Lopera Mesa, G., . . . Grandez Castro, P. (2010). El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. En C. Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*. Lima: Palestra editores.
- Armenta Deu, T. (2009). *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons.
- Asencio, M. J. (2008). Prueba Ilícita y lucha anticorrupción: El caso del allanamiento y secuestro de los "vladivideos". Lima: Grijley.
- Asencio Mellado, J. M. (1997). *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2015). Estudios preliminares. En A. Aleinikoff T., *El Derecho constitucional en la era de la Ponderación* (págs. 7-18). Lima: Palestra Editores.
- Binder, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Penal* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L.
- Cafferata Nores, J. I. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Caso Alberto Químper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional 27 de Octubre de 2010). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>
- Caso Juan S. D. D contra España, STC 81/1998 (Tribunal Constitucional de España 2 de Abril de 1998). Obtenido de <https://tc.vlex.es/vid/sstc-h-1988-117-atc-15354899>
- Caso Lastra Quiñones, 2053-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 15 de Septiembre de 2003).
- Caso Luis Federico Salas Guevara Shultz, 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 5 de Abril de 2007). Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.pdf>
- caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, EXP. N.º 6712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de Octubre de 2005). Obtenido de [http://www.justiciaytransparencia.pe/sentencias/datos_expediente/desarrollo.php?SECTION_ID=548&ELEMENT_ID=1242&SEARCH_R=/sentencias/datos_expediente/resultados.php?arrFilter_ff\[NAME\]=6712](http://www.justiciaytransparencia.pe/sentencias/datos_expediente/desarrollo.php?SECTION_ID=548&ELEMENT_ID=1242&SEARCH_R=/sentencias/datos_expediente/resultados.php?arrFilter_ff[NAME]=6712)
- Caso Manuel Anicama Hernández contra ONP, 1417-2005 AA/TC (Tribunal Constitucional 12 de Julio de 2005). Obtenido de <http://168.121.236.167/buscador/public/resolucionjur?filtro=S&search=en+cuanto+integrantes+del+contenido+constitucionalmente+protegido%2C+cabr%C3%ADa+distinguir%2C+de+un+lado%2C+un+contenido+no+esencial%2C+esto+es%2C+claudicante+ante+los+l%C3%ADmites+prop>
- Caso Serpost S.A. vs. Rafael Francisco García, 1057-2004-AA/TC (El Tribunal Constitucional 18 de Agosto de 2004).
- Caso: Colegio de Abogados del Cuzco contra CONTRA LA LEY 28449, 09-2005 AI/TC (Tribunal Constitucion 06 de junio de 2005). Obtenido de <http://168.121.236.167/buscador/public/resolucionjur?filtro=S&search=Seg%C3%ADBAn+la+teor%C3%ADa+relativa%2C+el+contenido+esencial+no+es+un+elemento+estable+ni+una+parte+aut%C3%ADB3noma+del+derecho+fundamental%2C+por+l+o+que+ser%C3%AD1+todo+aquello+que+queda+de>

- Caso: Colegio de Abogados del Cuzco contra LEY N° 27600, 014-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 25 de Enero de 2003). Obtenido de <http://168.121.236.167/buscador/public/resolucionjur?filtro=S&search=aunque+la+Constituci%C3%B3n+de+1993+no+tenga+una+cl%C3%A1usula+semejante+a+la+que+existe+en+los+ordenamientos+de+Espa%C3%B1a+o+Alemania%2C+&demandante=&demandado=&numexpediente=00014&ano>
- Caso: Estado peruano contra José Ramos García Marcelo, 21-2001 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República 3 de Julio de 2003). Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/37ac43004bc965949ce6dd40a5645add/A.V.+21-2001+-+03.07.2003.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=37ac43004bc965949ce6dd40a5645add>
- Caso: Sindicato Único de Trabajadores de la Municipalidad del Rimac, 1042-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 19 de Setiembre de 2003). Obtenido de <http://168.121.236.167/buscador/public/resolucionjur?filtro=S&search=El+contenido+esencial+de+un+derecho+fundamental+esa+constituido+por+aquel+n%C3%BAcleo+m%C3%ADnimo+e+irreductible+que+posee+todo+derecho+subjetivo+reconocido+en+la+Constituci%C3%B3n+deman>
- Castillo Córdova, L. (2013). *Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional*. Lima: Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Recuperado el 1 de Marzo de 2018, de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2132/Debido_proceso_tutela_jurisdiccional.pdf;sequence=1
- Castillo Gutiérrez, L. (2014). *La prueba prohibida, su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Castro Trigoso, H. (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal peruano* (Primera ed.). Lima: Jurista Editores.
- Clariá Olmedo, J. A., & Vásquez Rossi, J. E. (2004). *Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Código de Procedimiento Penal colombiano. (2004).
- Código Procesal Penal Chileno. (2000).
- Código Procesal Penal Peruano. (2004).
- Código Procesal Penal Provincial de Córdoba. (1991).
- Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de Cinco mil Ciudadanos c/ Congreso de la República (Tribunal Constitucional 3 de Junio de 2005). Recuperado el 1 de Marzo de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>
- Constitución Alemana . (1949).
- Constitución de la Provincia de Córdoba. (14 de Setiembre de 2001). Constitución de Córdoba. *Constitución de la provincia de Córdoba*. Córdoba, Argentina, Argentina: Secretaría General. Juzgado Electoral Provincial. Obtenido de <https://argentina.justia.com/provinciales/cordoba/constitucion-de-cordoba/>
- Constitución Española. (29 de diciembre de 1978). Constitución Española del 31 de octubre de 1978. *Boletín Oficial del Estado. Gaceta de Madrid*. Madrid, España, España: Gaceta de Madrid. Obtenido de <https://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf#page=1>
- Constitución Política Colombiana. (1991).
- Constitución Política de Chile. (1980).

- Constitución Política Del Perú. (Agosto de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993*. Lima, Perú, Perú: Congreso de la República del Perú. Obtenido de <http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucionparte1993-12-09-2017.pdf>
- Costa Torné, M. C. (2012). La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones. *Revista de Derecho UNED*, 137-161. Recuperado el 02 de Marzo de 2018, de <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11128/10656>
- Davis Echandía, H. (2000). *Teoría General del Proceso* (Tercera ed.). Buenos Aires: Universidad.
- Díaz Cabiale, J. A., & Martínez Morales, R. (2002). La teoría de la conexión de antijuricidad. *Jueces para la democracia*(43), 39-49.
- Díaz Cabiale, J. A., & Martínez Morles, R. (2001). La teoría de la conexión de antijuricidad. *Jueces para la democracia*(43), 39-49. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/28951>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. Recuperado el 03 de Marzo de 2018, de <http://observatorio.sdhjgd.gob.hn/biblioteca-virtual/documentos/derechos-penales/64-derecho-y-raz%C3%B3n-teor%C3%ADa-del-garantismo-penal/file>
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Tercera ed.). Madrid: Trotta.
- Fidalgo Gallardo, C. (2003). *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón Abellán, M. (2011). Estudios sobre la prueba. En J. Ferrer Beltrán, M. Gascón Abellán, D. Gonzáles Lagier, & M. Taruffo, *Fredoom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita* (págs. 47-88). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gascón Abellán, M. F. (2005). ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria. *Jueces para la democracia*(52), 74-86. Obtenido de <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2005/03/revista-52-marzo-2005.pdf>
- Goldschmidt, J. (1961). *Principios Generales del Proceso* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Guevara Vásquez, I. P. (2018). La prueba prohibida: Ocaso o replanteamiento de sus bases a partir del interés público. En *La Prueba en el Proceso Penal*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Hernández Canelo, R. (2017). *Derecho Comparado* (Primera ed.). Lambayeque: Jurista Editores E.I.R.L.
- Herrera Guerrero, M. (Diciembre de 2015). Prueba Prohibida y ponderación de intereses. *Actualidad Penal*, 18, 30-49.
- Hurtado Pozo, J. (2001). Vladivideos e ilegalidad. *Revista del Instituto de Defensa Legal*, 74-75. Obtenido de <http://www.idl.org.pe/idlrev/revistas/140/pag74.htm>
- Hurtado Pozo, J. (setiembre de 2001). Vladivideos e ilegalidad de la prueba. *Ideele*(140), 74-74. Obtenido de <http://www.idl.org.pe/idlrev/revistas/140/indice.htm>
- Jimeno Bulnes, M. (2013). El proceso penal en los sistemas de common law y civil law los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI. *Justicia: revista de derecho procesal*(2), 207. Recuperado el 1 de 03 de 2018, de https://www.researchgate.net/profile/Mar_Jimeno_Bulnes/publication/297702354_El_proceso_penal_en_los_sistemas_del_Common_Law_and_Civil_Law_los_mode

- los_acusatorios_e_inquisitivo_en_pleno_siglo_XXI/links/56e0644408aec4b3333d0ad6/El-proceso-penal-en-los-sist
- Landa Arroyo, C. (2012). *Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Primera ed., Vol. I). Lima: Academia de la Magistratura.
- Landa Arroyo, C. (2014). Bases Constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. En C. Landa Arroyo, A. Oré Guardia, M. Bermúdez Tapia, & N. Millones Palmadera, *Nuevo Código Procesal Penal Comentado* (Vol. I, págs. 9-26). Lima: Legales Ediciones.
- Lechuga, P. E. (2018). *La prueba inconstitucional* (Primera ed.). Lima: A&C Ediciones.
- Levene, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Segunda ed., Vol. I). Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Ley Fundamental de la República Federal Alemana. (octubre de 2010). Ley Fundamental de la República Federal Alemana. 23 de mayo de 1949. *Ley Fundamental de la República Federal Alemana*. Berlín, Alemania, Alemania: Deutscher Bundestag. Obtenido de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Ley Orgánica del Poder Judicial de España. (2 de Julio de 1985). Ley Orgánica del Poder Judicial. *LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL*. Madrid, España, España. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/07bce58046e11d949bfa9b44013c2be7/Ley+Organica+del+Poder+Judicial.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=07bce58046e11d949bfa9b44013c2be7>
- Luis Federico Vs. Salas Guevara Shultz, EXP. N.º 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 5 de Abril de 2007). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>
- Marcelino Tineo y más de cinco mil ciudadanos, 00010-2002-AI (Tribunal Constitucional 3 de Enero de 2003).
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (Segunda ed.). Barcelona: J.M. BOSH EDITOR.
- Miranda Estrampes, M. (Mayo de 2010). La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista catalana de Seguretat Pública*, 131-151. Recuperado el 04 de 1 de 2018, de <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389>
- Muñoz Sabaté, L. (1997). *Técnica Probatoria: Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Praxis S.A.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del proceso penal & de litigación oral*. Lima: Idemsa.
- Neyra Flores, J. A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Primera ed., Vol. I). Lima: Idemsa.
- Ovalle Favela, J. (2005). *Colección de textos jurídicos universitarios: Teoría General del Proceso* (Sexta ed.). Ciudad de México: Oxford University Press.
- Pérez Arroyo, M., Palacios Meléndez, R., Rueda Borrero, Á., Bonifacio Mercado, C. P., & Sánchez Córdova, J. H. (2011). La prueba en el PROCESO PENAL. En R. Palacios Meléndez, *La regla de exclusión en el marco de la teoría de la prueba* (págs. 53-91). Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/345454819/la-prueba-en-el-proceso-penal-pdf>
- Pleno jurisdiccional superior nacional penal. (10 y 11 de Diciembre de 2004). *Poder Judicial del Perú*. Recuperado el 31 de 03 de 2018, de pleno nacional penal 2004- Trujillo: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/72b7478046d47810a53fa544013c2be7/C>

- 7POLT.JUR.1PLENONAC.PRES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=72b7478046d47810a53fa544013c2be7
- Prieto Sànc̃his, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderaci3n judicial* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.
- Rabat Celis, J. D. (Diciembre de 2015). Civil Law y Common Law ¿Son tan distintos? *Revista del abogado*(65), 22-24. Recuperado el 2 de Marzo de 2018, de http://abogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=cat_8&campo=c_archivo&id=68
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Rubio Correa, M. (2011). *El test de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano* (Primera ed.). Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Cat3lica del Per3.
- Salazar Laynes, J. U. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Foro Jur3dico*(8), 142-152. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18503/18743>
- Salinas Siccha, R. (14 de Enero de 2014). Modelo acusatorio recogido en el C3digo Procesal Penal de 2004. *Jur3dica - Suplemento de an3lisis legal de El Peruano*, p3gs. 4-5. Recuperado el 02 de Marzo de 2018, de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd20278044a7ce5986d0ff1252eb7eb2/D_Nuevo_Proceso_Penal_080714.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd20278044a7ce5986d0ff1252eb7eb2
- Salinas Siccha, R. (s.f.). El modelo acusatorio recogido y desarrollado en el Nuevo C3digo Procesal Penal de 2004. *El modelo acusatorio recogido y desarrollado en el Nuevo C3digo Procesal Penal de 2004*. Lima. Recuperado el 3 de Marzo de 2018, de http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3761_05modelo_acusatorio_recogido_y_desarrollado_cpp_2004.pdf
- San Mart3n Castro, C. (1999). *Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Lima: Grijley.
- San Mart3n Castro, C. (2014). *Derecho Procesal Penal* (Tercera ed.). Lima: Grijley.
- S3nchez , C. J. (2017). *La prueba prohibida y nulidad de actuados en el proceso penal peruano*. Lima: Gaceta Jur3dica S.A.
- S3nchez Gonz3les, S. (2003). De la imponderable ponderaci3n y otras artes del Tribunal Constitucional. *Teor3a y Realidad Constitucional*, 351-382. Recuperado el 2 de Marzo de 2018, de <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6631/6329>
- Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba en el Nuevo Proceso Penal, Manual de derecho probatorio y de valorizaci3n de las pruebas en el proceso penal com3n*. Lima: AMAG.
- Taruffo, M. (2012). *Teor3a de la prueba* (Primera ed.). Lima: Ara Editores.
- UNITED STATES v. JANIS, No. 74-958 (United States Supreme Court 6 de Julio de 1976). Obtenido de <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/428/433.html>
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUT3NOMA DE M3XICO. (1 de 04 de 2018). Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusi3n de la prueba il3cita. En M. G. Abell3n, & I. d. UNAM (Ed.), *Estudios sobre la prueba* (Primera ed.). M3xico, M3xico. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1971/2.pdf>
- Varela Castro, L. (1990). Proceso penal y publicidad. *Jueces para la democracia*(11), 37-44. Recuperado el 26 de 3 de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2527976>

Anexos

1. Cuestionario de encuesta aplicado a 50 operadores jurídicos en el distrito judicial de Lambayeque



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS

“EL TEST DE PONDERACIÓN COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL PERUANO”

CUESTIONARIO DE ENCUESTA

Es grato dirigirnos a vuestra persona, con la intención de saludarlo y a la vez requerir de su valioso tiempo para la absolución de los cuestionamientos que se le presentan a continuación, cuyos resultados se tomaran como un aporte importante para la investigación académica que realizamos.

I. La prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, que supera el test de ponderación

1. Para usted, la prueba prohibida es:

- a) Aquella obtenida directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales.
- b) Una prueba que vulnera la legalidad del procedimental.
- c) La que se obtiene en base a la inferencia de circunstancias de la investigación.

2. Considerando que la prueba prohibida, es aquella que es obtenida vulnerando derechos fundamentales, y según el Código Procesal Penal de 2004, ante ella, existe una

regla de exclusión rígida (es decir, no podrá ser usada dicha prueba, sea obtenida directa o indirectamente, según el artículo 159) , pues legislativamente no se ha regulado excepción a dicha regla, ninguna prueba de esa naturaleza será valorada, usted, opina que:

- a) No es justo, pues habría impunidad**
- b) Estoy de acuerdo, deben primar los derechos fundamentales**
- c) Considero que debería analizarse en el caso concreto**

3. Estimando la difusa regulación legal actual de la Prueba Prohibida. Usted opina que, ¿Bastaría la utilización del test de proporcionalidad para evaluar la viabilidad jurídica de exclusión o no de la prueba?

- a) Sí, el test de proporcionalidad determina constitucionalmente en qué casos deberá ser valorada la prueba, la cual se resume a un conflicto entre derechos fundamentales individuales y la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal.
- b) No, porque las vulneraciones de derechos fundamentales no pueden admitirse en un Estado Constitucional y de Derecho
- c) Considero que la regulación actual vigente es la más adecuada y en cuanto a las excepciones, deben ser recogidas las múltiples desarrolladas por el derecho comparado.

II. Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida

4. En correlación con la anterior pregunta. Estimando la existencia de excepciones desarrolladas por el derecho comparado, qué opina de su aplicación en el Perú

- a) Deben ser aplicadas en el Perú.**
- b) No tengo conocimiento amplio de las excepciones.**
- c) no deberían ser aplicadas en forma exacta sin antes analizar el fundamento que las inspira.**

5. Qué opinión le merece que los jueces decidan la aplicación de la regla de exclusión (expulsión del proceso de la prueba prohibida -supuesto regulado en el Código Procesal

Penal- y en otros casos se decanten por la aplicación de excepciones a la regla que no se encuentran reguladas en el ordenamiento procesal penal.

- a. Las excepciones deberían ser reguladas según la necesidad del imputado.
- b. Si existieran excepciones deberían ser reguladas en forma específica a fin de garantizar la seguridad jurídica.
- c. No deben existir excepciones porque resquebrajan la estructura del proceso penal.

6. Que opinión le merece la aplicación de excepciones a la regla de exclusión por parte de los juzgadores, no obstante la regulación del Código Procesal Penal de 2004 (art. 159)

- a) Considero que es correcta la aplicación porque se condice con el principio de legalidad.
- b) Considero que para aplicarse una excepción, debe establecerse un criterio que lo dirija.
- c) Las excepciones aseguran el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales del imputado por lo tanto deben aplicarse.

2. Cuestionario de la Entrevista : Manuel Miranda Estrampes

En enero de 2012, se publica “AEQUITAS – AÑO III N° 05”, revista institucional de la Corte Superior de Justicia de Piura, en mérito a la conmemoración de los tres años de vigencia del Nuevo Código Procesal Penal de 2004. Resulta relevante para nuestro objeto de estudio, fragmentos de la entrevista le realiza la Jueza Superior Elvira Rentería Agurto a Manuel Miranda Estrampes y es transcrita en las páginas 9,10 y 11; que si bien trata acerca de la prueba indiciaria, afortunadamente su cauce se ve derivado al tratamiento de la prueba prohibida, desde la opinión llana del reconocido procesalista así tenemos:

Doctor, si bien el derecho a la prueba como integrante del debido proceso tiene reconocimiento constitucional. Sin embargo, sabemos que como todo derecho de esta naturaleza no puede ser catalogado como derecho ilimitado en la búsqueda de la verdad material. Como ya se ha dicho la verdad no puede indagarse a cualquier precio, sino que existen límites contenidos en la propia constitución. Dentro de este contexto tenemos como limitaciones, la denominada “prueba prohibida” y la “prueba ilícita”. ¿Cuál es la diferencia entre ambas? Ya que a veces en doctrina o jurisprudencia se usan indistintamente como si fuesen sinónimos

Quizá el concepto de prueba prohibida sea más amplio que el de prueba ilícita, por- que no solo una prueba ilícita es una prueba prohibida, hay otro tipo de prohibiciones probatorias que están incorporadas expresamente en el código. Pero lo cierto es que la prueba ilícita en cuanto obtenida como obligación de derechos fundamentales es una prueba prohibida, porque no puede surtir efectos en el proceso, no puede ser admitida, ni valorada; es decir, una prohibición de admisión, una prohibición de valoración y una prohibición de incoación de una investigación sobre la base de una fuente probatoria obtenida de forma ilícita.

La prueba prohibida varía más bien referencia a las consecuencias procesales y la ilicitud haría referencia al origen inconstitucional en cuanto vulnerador de contenidos de derechos fundamentales según el artículo octavo de título preliminar del código del 2004.

Teniendo en cuenta que la obtención de la prueba ilícita colisiona con derechos fundamentales, por tanto, como regla general no puede ser admitida ni valorada. ¿Es posible que haya una excepción y pueda ser valorada esta prueba en algún caso?

Según el modelo en que nos situemos. Norteamericanos aceptan excepciones a la propia aplicación directa de la regla de exclusión y a la propia eficacia derivada o indirecta.

En el modelo peruano para situarnos, hay excepciones, el artículo octavo, en principio no parece introducir una excepción porque dice: “No surtirán efecto o carecerá de efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales”. Por tanto, positiviza la regla de exclusión tanto con efectos directos como utilizando el término indirectamente, las pruebas derivadas lícitas también se les alcanzará la regla de exclusión. Deja margen de maniobra cuando utiliza el concepto de contenido esencial, de tal manera, que hay los tribunales los que tendrían que determinar cuando la aceptación al derecho fundamental ataca ese contenido esencial o cuando no ataca ese contenido esencial. Pero en principio para ser el único margen en maniobra que está dejando el artículo octavo en el modelo peruano.

Esto contrasta con los acuerdos Trujillo del 2004, en donde ahí se reclamaba un modelo jurisprudencial de creación de excepciones a la propia regla de exclusión tanto su vertiente directa como derivada. Yo creo que ese no es el modelo por el que ha optado el legislador peruano, los acuerdos Trujillo estarían en contradicción del propio artículo octavo. Y luego la segunda incoherencia es que los acuerdos Trujillo prácticamente admiten todas las excepciones que ha creado la Corte Suprema Federal Norteamericana.

Cuando el modelo es radicalmente distinto porque en Norteamérica, el fundamento de ser de la regla de exclusión es la finalidad de disuadir a la policía de llevar a cabo situaciones contrarias a la cuarta, quinta y sexta enmienda. En cambio, en Perú, el fundamento es inconstitucional de la regla de exclusión.

En el caso Quimper, el Tribunal Constitucional Peruano nos ha dicho que la exclusión de las pruebas obtenidas como acumulación de derechos fundamentales es un derecho fundamental autónomo; elevando a categoría de derecho constitucional, aunque no esté reconocido expresamente en la constitución.

El modelo norteamericano y el peruano no son compatibles porque la razón de ser y fundamento es distinto. La regla de exclusión debería tener carácter absoluto, probablemente en su eficacia derivada no, probablemente habría que valorar la existencia de algún tipo de excepciones, sobre todo en los casos en el que el nexo causal estuviera muy atenuado, obviamente los casos de fuente independiente, cuando la prueba derivada fuera independiente de la prueba ilícita originaria.

Mayores problemas se plantean los de la aplicación directa, yo ahí sería más radical, que en aquellos supuestos en los que realmente se ha constatado la vulneración de un derecho fundamental, la consecuencia inevitablemente tiene que ser la exclusión de la prueba. Porque lo que tratamos es proteger los derechos fundamentales del ciudadano y el Estado tiene un límite en la persecución y la investigación penal que son los derechos fundamentales. La única excepción sería admitir la prueba ilícita en favor del imputado.

Con ello podríamos decir que si en la obtención de la prueba se vulneró un derecho fundamental pero esta prueba le es favorable al imputado. En este caso, ¿Se podría valorar?

Se podría valorar si acreditara la inocencia del imputado para absolverle. Pero si esa prueba a su vez nos indicara otro posible sospechoso; en ese segundo aspecto no podría utilizarse. Lo utilizaríamos para absolver al imputado, pero si de esa prueba resulta la eventual culpabilidad de un tercero no podríamos utilizarla para perseguir a ese tercero.

¿Aunque el caso del tercero no se le haya lesionado un derecho fundamental?

Eso plantea el dilema si la ilicitud solo es predicable respecto del que es titular del derecho fundamental. Yo entiendo que es indiferente la titularidad del derecho fundamental, porque en el fondo lo que es una lesión objetiva, aunque el tercero no sea titular del derecho fundamental, yo creo que no se puede utilizar esa prueba.

En eso nos diferenciaríamos de los norteamericanos que solo la admiten cuando el imputado es el titular del derecho fundamental.

Hay un hecho que acontece con mucha frecuencia en la actualidad es la interceptación de llamadas telefónicas, como acá en Perú se le denomina “chuponeo”. Resulta que a través de esto se descubren actos delictivos generalmente delitos contra la administración pública de funcionarios públicos. ¿Qué tratamiento se le debería dar a este tipo de prueba?

Si la grabación la lleva acabo uno de los interlocutores no hay vulneración del derecho, porque éste solo se predica de terceros. Imaginemos una conversación telefónica, y Ud. me estuviese grabando sin yo tener conocimiento, no estaría vulnerado el secreto a las comunicaciones porque ese secreto a las comunicaciones no es predicable de quién participa en la comunicación, es predicable de terceros. El tercero no puede inmiscuirse en la comunicación.

Partiendo de esto, si yo grabo una participación sin el conocimiento del interlocutor, no estoy afectando ese derecho fundamental. Si en esa conversación aparecen hechos que pueden ser delictivos, yo puedo usar esa grabación para perseguir esos hechos delictivos. Cuestión distinta que en esa grabación aparezcan datos que afecten a la privacidad de uno de los comunicantes. Si difundo esa grabación, puedo afectar al derecho a la intimidad. Pero el derecho a la intimidad no se afecta en sí por la grabación sino por el acto posterior de la difusión de la grabación.

¿Qué opina Ud. de la doctrina de ponderación de bienes o intereses en la obtención y valoración posterior a una prueba ilícita?

La teoría de la ponderación de intereses, que en el fondo es una teoría creada por la jurisprudencia alemana creo que plantea un riesgo que son los riesgos de fijar un doble estándar de exclusión de pruebas. Porque la teoría dice que hay que tener en cuenta, por un lado, el tipo de infracción que se haya cometido y la gravedad del hecho delictivo.

¿Qué riesgos asumimos ahí? Que, frente a delitos graves, la ponderación de intereses acaba no excluyendo la prueba ilícita; precisamente, en función de la gravedad del hecho delictivo o su afectación a intereses sociales. Y en cambio en delitos menos graves, mediante la aplicación de la ponderación de intereses, se acabe excluyendo la prueba.

El riesgo del doble estándar existe. Hay unos ejemplos en la jurisprudencia donde se hace incorporar. Es una manera de hacer “trampas” porque yo creo que, en el fondo,

¿Cuándo un Estado de derecho se pone a prueba? En los casos graves; es ahí donde los valores están en permanente tensión, y es ahí donde creo que el Estado de derecho debe ser sometido a prueba.

Lo otro me da mucha insatisfacción desde el plano de un Estado de derecho democrático. Pero parece que vamos camino de esto.

En Norteamérica acaban de aplicar la nueva sentencia del año 2006: la metodología de los costes y beneficios en la regla de exclusión. Diciendo que en estos momentos la exclusión de la prueba ilícita presenta unos costes más elevados que los beneficios que se obtienen de la misma. Eso va a determinar la práctica desaparición de la exclusión de la prueba ilícita, sobre todo en delitos graves: terrorismo, narcotráfico, criminalidad organizada. Porque los costes sociales que eso genera son muchísimos más elevados que los beneficios; en el fondo es la muerte de la regla de exclusión. Y ese modelo de análisis, se está aplicando ya en otros países que yo creo que al final va a ser un mito eso de las pruebas ilícitas.

(...)

Doctor Miranda, muchísimas gracias por su valioso tiempo y por los aportes que nos ha dado que nos serán de mucha utilidad.

3. Proyecto de Ley

Proyecto de Ley N°

.....
“INCORPORACIÓN DEL TEST DE
PROPORCIONALIDAD COMO EXCEPCIÓN A
LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA
PROHIBIDA EN EL ARTICULO 159° DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL”

El Bachiller en Derecho que suscribe **HENRY ANDRÉS RUIZ ZAVALA**, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente Proyecto de Ley:

“INCORPORACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL ARTICULO 159° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL”

I. FÓRMULA LEGAL

Artículo 1°.- Objeto de Ley

La presente Ley tiene por objeto incorporar como única excepción a la rígida regla de valoración de la prueba en el proceso penal, que deba indicar la forma en que se ha de efectivizar el control constitucional sobre tal evaluación, haciendo uso del test de proporcionalidad cuya superación determine la valoración de la prueba, favoreciendo la actividad de investigación del delito.

Artículo 2°.- De la estructura de la incorporación.

REGLA ACTUAL

Artículo 159° Utilización de la prueba:

1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

REGLA MODIFICADA

Artículo 159° Utilización de la prueba:

4. 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; salvo que en el caso concreto supere el test de proporcionalidad, excepción que no exime de las responsabilidades que, de acuerdo a ley, corresponde a quien lesionó derechos fundamentales.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- Deróguense o déjense sin efecto las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

2.1. ASPECTOS GENERALES

El presente proyecto de ley encuentra su motivación, en tanto proporcionará, mayores alcances acerca del conocimiento actual sobre la prueba, así como también la prueba prohibida, las teorías que abordan su tratamiento como la regla de exclusión por vulneración de derechos fundamentales y la teoría del árbol envenenado, entre otros aspectos relevantes en el desarrollo de la investigación.

Asimismo, se justifica porque permitirá conocer y comprender las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida, tanto las proporcionadas por la jurisprudencia norteamericana y la doctrina extranjera en general, con la finalidad de proponer la existencia de una única excepción a la exclusión de la prueba ilícita para incrementar el desarrollo teórico doctrinario de la prueba prohibida, su incorporación como medio probatorio en un proceso penal y su respectiva valoración por parte del juzgador.

La incorporación sugerida contribuirá a dilucidar la problemática en el tratamiento de la prueba, en especial de la prueba prohibida, su valoración en el proceso penal, máxime en los casos de alcance nacional, sobre todo los delitos de trascendencia y relevancia social, como por ejemplo corrupción de funcionarios, criminalidad organizada, lavado de activos, por la importancia del cargo de las personas que los cometen y porque la justicia nacional al estar en la mira de todos los peruanos, y la resolución de casos, en los que pese a existir pruebas ilícitamente obtenidas que demuestran la responsabilidad de su autor, y estas al ser declaradas pruebas prohibidas se ordena su exclusión de manera obligatoria del proceso penal, la persona procesada queda libre y deja la sensación en la sociedad de impunidad y que la justicia es inexistente en el país, o que la magistratura es corrupta. En consecuencia, genera un clima de inseguridad y poca credibilidad a la administración de justicia.

Lo que se pretende es fomentar un criterio ineludible para determinar la aplicación de la regla de exclusión o *contrario sensu* se estime como una excepción a dicha regla, es decir, como es que una prueba prohibida la superar los criterios del test de ponderación o proporcionalidad a través de sus tres sub principios o juicios como es de idoneidad, necesidad y proporcionalidad pueda ser considera como prueba pertinente y por lo tanto ser valorada por parte del juzgador penal, contribuyendo con ello en la solución de los mencionados procesos de trascendencia nacional, en la actuación ante prueba prohibida.

2.2. PROBLEMÁTICA EXISTENTE

La problemática se enfoca especialmente en el derecho procesal penal, en lo relativo a la denominada prueba prohibida, la regla de exclusión y las excepciones a dicha regla, su aplicación y tratamiento, en el proceso penal peruano.

Inicialmente debe precisarse que, mediante Decreto Legislativo N° 795, promulgado el 28 de julio de 2004 se crea el “nuevo” Código Procesal Penal, introduciéndose en el Perú, un nuevo sistema procesal penal opuesto al que inspirara el anterior Código de Procedimientos Penales de 1940 de corte inquisitivo; introduciéndose uno “acusatorio, contradictorio, predominantemente oral de origen europeo continental, como se definiera en el fundamento jurídico 2.9 del Acuerdo Plenario N° 5-2012; básicamente se trata de un

sistema procesal acusatorio en tanto que hay una separación de roles, entre la función persecutoria y decisoria, es decir quien acusa no es más el que condena; contradictorio, que por su parte implica igualdad en las prerrogativas y oportunidades de las partes y sus posiciones dentro del proceso, entre otros rasgos prevalentes que lo caracterizan, como son: el garantismo, la oralidad, adversarialidad, etc.

En razón al sistema procesal adoptado, se concibe la finalidad del proceso penal como la búsqueda de la verdad material –propio del sistema Civil Law-, esto es, el esclarecimiento de los hechos como condición sine qua non para alcanzar la justicia y no así, la verdad formal en la que se prioriza la solución del conflicto prescindiendo en algunos casos, incluso, del esclarecimiento de los hechos, concepto propio del sistema Common Law.

Así, entonces, la prueba dentro del proceso penal se constituye como aquella que gesta en el juez la certeza de haber alcanzado la verdad, declarándose la responsabilidad penal del sometido a la maquinaria estatal u opuestamente su absolución, a su vez que se convierte en la única vía posible para lograr la finalidad del proceso.

Es tal, la importancia de la prueba para fundamentar la decisión judicial, que es considerada como garantía de proscripción de la arbitrariedad en las decisiones judiciales, además que incluso el juez –si lo considera- discrecionalmente puede actuar prueba de oficio. Asimismo, es necesario precisar, que entre los principios que rigen la actividad probatoria que consagra el Nuevo Código Procesal Penal, tenemos: la libertad de prueba, la pertinencia, conducencia, utilidad, necesidad, licitud de los medios probatorios, entre otros.

Por otro lado, también cuenta con límites, si bien nuestro Código Procesal, ampara la libertad probatoria, esta debe ser obtenida lícitamente, lo que implica que para su obtención no se haya vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales contrario sensu, se trataría de prueba prohibida, así en la Constitución Política peruana encontramos catalogados expresamente como prueba prohibida, las contenidas en el artículo 2° inciso 10), respecto de los documentos privados que sean abiertos, interceptados, etc. sin autorización judicial motivada, así también, el artículo 2°, inciso 24, literal h), en cuanto a las declaraciones obtenidas por violencia, la tortura o tratos humillantes.

En ese orden, el Código Procesal Penal de 2004 respecto de la prueba prohibida, en los artículos VIII del Título Preliminar y en el artículo 159° se encuentra positivizada la exclusión de toda prueba que se haya obtenido con vulneración a los derechos fundamentales de la persona, no pudiendo además, el juez utilizarla directa o indirectamente, ni así tampoco la que se deriva de ella, que se conoce como la doctrina del fruto del árbol envenenado, lo que implica que nuestro sistema ha asumido la posición de la rígida “regla de exclusión”. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico recoge la institución de la prueba prohibida, como sanción a la obtención de la prueba con vulneración de los derechos fundamentales, siendo así, queda claro, que la verdad judicial no puede ser obtenida a cualquier precio.

No obstante, la jurisdicción nacional ha incorporado principalmente de la doctrina, como fuente formal del derecho, principalmente de la jurisprudencia norteamericana y también europea, en menor grado, numerosas excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, entre ellas, las establecidas en el Acuerdo plenario de Jueces Superiores de 2004, realizado en la ciudad de Trujillo denominado “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, son: la de buena fe, cuando es beneficiosa al imputado, la de destrucción de la mentira del imputado, teoría del riesgo y la ponderación de intereses.

El acuerdo plenario en cuestión contraviene en líneas generales los preceptos regulados en el Código Procesal Penal, establece también como acuerdo mayoritario que, las excepciones no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser desarrolladas por la jurisprudencia, además, sin considerar que la jurisprudencia desarrollada en sistemas como el norteamericano, distan del sistema eurocontinental que adoptó nuestro ordenamiento jurídico, al igual que su fundamento de concepción

En ese orden de ideas, se ha emitido variada jurisprudencia nacional a favor de la regla de exclusión, como en los casos Caso Serpost, Caso el Polo I, Caso Petroaudios, entre otros; y jurisprudencia a favor de las excepciones a la regla, entre ellas Caso Vladivideos, Caso Agendas de Nadine, etc. tomando como base los supuestos extraídos de la doctrina, adoptándose así, líneas jurisprudenciales a favor de las excepciones a la regla, en líneas generales, por ejemplo, resalta en los últimos meses la uniformidad jurisprudencial de la Corte Suprema en cuanto a la prevalencia del interés público sobre el privado; sin embargo, se advierten algunos fallos contradictorios, en casos en los que concurren presupuestos

similares, en los que contrariamente al criterio jurisprudencial ya delineado, se ha fallado a favor de la exclusión de la prueba sin mediar reparo alguno.

Verificándose que se está atentando contra el principio de predictibilidad de los pronunciamiento jurisdiccionales, afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que haría necesaria, una regulación distinta de la prueba prohibida, en el ordenamiento jurídico nacional, puesto que al ser las decisiones judiciales fundamentadas en la doctrina ante la expresa regla de exclusión en la ley adjetiva, su exclusión o no, queda sujeta a la absoluta discrecionalidad de los jueces, supuesto que al tratarse de un aspecto medular como lo es el probatorio, aún con vulneración de derechos fundamentales, no puede recaer de ningún modo en la jurisprudencia y doctrina extranjera más aún si esta no es uniforme y pone en peligro la predictibilidad de sus decisiones.

Lo señalado en el párrafo anterior, no solo se atenta contra la seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales, sino que se genera también, zozobra en la ciudadanía a la vez que produce sensación de impunidad e inseguridad, pérdida de credibilidad en el sistema de justicia, incluso también contra el derecho de defensa.

En resumen, el problema surge en tanto no existe un criterio uniforme en el tratamiento de la prueba prohibida, en cuanto a si acogemos la rígida regla de exclusión de la prueba prohibida o nos decantamos por sus excepciones, y si fuera por éstas últimas, por ¿cuál de ellas?, tomando en consideración la pluralidad de excepciones existentes en la doctrina y que son utilizadas por los magistrados.

En consecuencia, si bien es cierto que, para alcanzar la justicia, es ineludible que el proceso debe estar orientado a la búsqueda de la “verdad” y ésta, solo debe ser alcanzada a través de prueba legítimamente obtenida. No es menos cierto, que razonablemente que, en determinados casos, puede admitirse la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de medios probatorios, no obstante, se verifica la ausencia de un parámetro acorde con el sistema Constitucional de Derecho que adoptamos y también con el modelo procesal de nuestro país, que permita establecer cuándo se procederá a aplicar la regla de exclusión de la prueba prohibida y en qué situaciones se determinará su excepción.

Respecto a ello, debe agregarse que nuestro ordenamiento jurídico incorporó el test de proporcionalidad o de ponderación y ha desarrollado sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicho. La idoneidad exige que la medida a adoptar deba ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos. El de necesidad implica que, en el caso concreto, no se hubiese podido elegir otra medida menos gravosa, que tengan la misma efectividad, y el sub principio de proporcionalidad importa que la intensidad de la lesión sea proporcional a la gravedad de la infracción cometida.

Así también, dentro de las excepciones a la regla de exclusión antes mencionadas, la doctrina alemana ha desarrollado la excepción de ponderación de intereses, ello aplicado a la prueba de prohibida resultaría un filtro adecuado para la admisión de medios probatorios obtenidos con vulneración de derechos fundamentales.

Todo ello, nos lleva a formularnos las siguientes interrogantes: ¿Qué se entiende por derechos fundamentales?, ¿cuáles son los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución política nacional?, ¿Existen límites a los derechos fundamentales?, ¿Qué es un proceso penal?, ¿Cuáles son las etapas del proceso penal?, ¿Qué es la prueba?, ¿Cuántas clases de prueba hay?, ¿Qué entendemos por prueba prohibida?, ¿Es lo mismo prueba prohibida que prueba ilícita?, ¿cuándo una prueba faceta los derechos fundamentales?, ¿Qué son las reglas de exclusión de la prueba prohibida?, ¿en qué consiste la teoría del árbol envenenado?, ¿Existen excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida?, ¿Cuál es el tratamiento doctrinario que existe en el Distrito Judicial de Lambayeque sobre la prueba prohibida?, ¿Cuál es la posición doctrinaria mayoritaria sobre la prueba prohibida?, ¿Cuáles son las teorías que abordan el tratamiento de la prueba prohibida?, ¿Existen procesos judiciales en el Distrito Judicial de Lambayeque en la que se haya efectuado la prueba prohibida?, ¿En qué consiste el test de ponderación?, ¿Qué es el sub principio de idoneidad?, ¿qué se entiende por el sub principio de necesidad?, ¿en qué consiste el sub principio de proporcionalidad?, preguntas todas que serán absueltas en el desarrollo de la investigación.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El efecto de la norma propuesta será que ante la existencia de una prueba prohibida se haga necesaria su valoración adecuada

CONCORDANCIA CON EL ACUERDO NACIONAL 2016-2021

Existe concordancia con el citado acuerdo nacional, toda vez que coincide con las políticas criminales que se ejecutan con respecto a la constitucionalización del proceso penal.

IV. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto de ley no ocasiona gastos al Estado, debido a que no generará un presupuesto adicional a ninguna entidad.