

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

**Criterios para la determinación de la prueba ilícita en  
la jurisprudencia penal peruana**

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en  
Ciencias Penales

AUTOR

Hamilton Castro Trigoso

Lima-Perú

2008

**CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA  
JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA**

----oo0oo----

## **DEDICATORIA**

A Nelson y Nelly, mis padres: con la gratitud de quien lo recibió todo.

A Carmen, mi esposa: por su amor y comprensión.

A Luciana, Kimi y Alison, mis hijas, de menor a mayor: por el privilegio de ser su padre.

A Berly, Nelwin y Harold, mis hermanos, de mayor a menor: por todo lo que hemos compartido y seguiremos compartiendo.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
-------------------	---

### CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

<b>1.</b>	<b>DESCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL PROBLEMA</b>	
	1.1. Descripción de la realidad materia de investigación.....	13
	1.2. Justificación e importancia de la investigación.....	14
	1.3. Objetivos y finalidad.....	14
	1.3.1. Objetivos.....	15
	1.3.1.1. Objetivo general.....	15
	1.3.1.2. Objetivos específicos.....	15
	1.3.2. Finalidad.....	15
<b>2.</b>	<b>FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>16</b>
	2.1.- Subproblemas.....	16
<b>3.</b>	<b>HIPÓTESIS Y VARIABLES.....</b>	<b>16</b>
	3.1. Hipótesis.....	16
	3.2. Variables.....	17
	3.3. Indicadores.....	18
<b>4.</b>	<b>MARCO TEÓRICO REFERENCIAL.....</b>	<b>19</b>
<b>5.</b>	<b>UNIVERSO Y MUESTRA.....</b>	<b>20</b>
	5.1. Delimitación del Universo.....	20
	5.1.1. Temporal.....	20
	5.1.2. Espacial.....	20
	5.1.3. Social.....	20
	5.1.4. Física.....	20

<b>5.2. Muestra.....</b>	<b>20</b>
<b>6. MÉTODO UTILIZADO.....</b>	<b>21</b>
<b>6.1. Método.....</b>	<b>21</b>
<b>6.2. Tipo de Investigación.....</b>	<b>22</b>
<b>6.3. Técnicas de Recolección de Información.....</b>	<b>22</b>
6.3.1. Encuesta.....	22
6.3.2. Entrevista.....	22
6.3.3. Análisis documental.....	22
6.3.4. Fichaje de Información Doctrinaria.....	23
6.3.5. Análisis Microcomparativo de Sistemas Jurídicos.....	23

## **CAPÍTULO II**

### **DESARROLLO SISTEMÁTICO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **PRIMERA PARTE**

<b>I.- NOCIONES PRELIMINARES.....</b>	<b>25</b>
<b>1.- El modelo de proceso penal diseñado por la Constitución Política del Estado.....</b>	<b>25</b>
1.1.- Bases ideológicas.....	25
1.2.- Programa procesal penal de la Constitución.....	32
<b>2- Prueba y Constitución.....</b>	<b>38</b>
<b>3.- Concepto jurídico – procesal de prueba.....</b>	<b>41</b>
3.1.- Importancia de la prueba en el proceso penal.....	48
3.2.- Prueba y verdad.....	50
<b>4.- CONCLUSIONES.....</b>	<b>53</b>

#### **SEGUNDA PARTE**

<b>II.- LA PRUEBA ILÍCITA</b>	
1.- Cuestiones generales.....	56
2.- Concepto.....	60
3.- Prueba ilícita y prueba irregular.....	66
4.- Derechos afectados.....	70
5.- Prueba directamente obtenida con afectación de derechos fundamentales.....	75
6.- Prueba derivada o refleja de un acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales.....	77
7.- Consecuencias jurídico – procesales de la prueba ilícita.....	80
7.1.- Exclusión de prueba.....	80
7.2.- Excepciones a la regla de exclusión.....	86
7.2.1.- La fuente independiente.....	87
7.2.2.- El descubrimiento inevitable.....	89
7.2.3.- La buena fe.....	92
7.2.4.- El principio de proporcionalidad.....	95
7.2.5.- La doctrina del “purged taint”o del nexo causal atenuado.....	102
7.2.6.- La infracción constitucional beneficiosa para el imputado.....	105
7.2.7.- La destrucción de la mentira del imputado.....	106
7.2.8.- La teoría del riesgo.....	108
7.2.9.- La renuncia del interesado.....	111
7.2.10.- La “plain view doctrine” y los campos abiertos.....	111
7.2.11.- La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena.....	115
<b>8.- El Tribunal Constitucional, la doctrina nacional y la prueba ilícita.....</b>	<b>116</b>
8.1.- TC y prueba ilícita.....	116
8.2.- Doctrina nacional y prueba ilícita.....	123
<b>9.- Sistema de regulación de las excepciones a la regla de exclusión.....</b>	<b>125</b>
9.1.- Sistema reglado.....	126
9.2.- Sistema jurisprudencial.....	127

9.3. Nuestra posición.....	128
<b>10.- La prueba ilícita en el Derecho Comparado.....</b>	<b>130</b>
10.1.- Estados Unidos.....	130
10.2.- España.....	133
10.3.- Alemania.....	136
10.4.- Argentina.....	137
10.5.- Chile.....	138
10.6.- Colombia.....	140
<b>11. CONCLUSIONES.....</b>	<b>143</b>

### CAPITULO III

#### PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

<b>1. CONTRASTACIÓN EMPIRICA DE LAS HIPÓTESIS. ....</b>	<b>149</b>
<b>Trabajo Operacional</b>	
1.1.- Contrastes relacionados con los datos obtenidos a través del examen de las sentencias.....	149
1.2.- Contrastes con los datos obtenidos a través del instrumento encuesta dirigido a jueces, fiscales y abogados.....	153
<b>2.- DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>158</b>
2.1.- Hipótesis de la investigación.....	158
2.2- Resultado final.....	161
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>163</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>167</b>
<b>PROPUESTA DE LEGE FERENDA.....</b>	<b>168</b>

#### BIBLIOGRAFÍA.

#### ANEXOS

## INTRODUCCIÓN

Es por todos reconocida la importancia de la prueba en el quehacer jurídico en general y en el proceso en particular, al punto que sin ella no es imaginable el funcionamiento del sistema de impartición de justicia, en orden a resolver el conflicto puesto en su conocimiento. Sin embargo, en el Estado Constitucional de Derecho resulta inadmisibles que los agentes de la persecución del delito desplieguen una actividad de búsqueda e incorporación de la evidencia incriminatoria que vulnere abiertamente el plexo de derechos fundamentales reconocidos en favor de los ciudadanos. En otras palabras: la búsqueda y obtención de la prueba en una investigación o proceso penal de ningún modo deben ser realizadas “a cualquier precio”. Además de ello, para el juzgador siempre representará un problema decidir en el caso concreto la posibilidad de admitir excepciones a la regla que prohíbe valorar aquel material probatorio obtenido en tales condiciones.

El presente proyecto de tesis, intitulado “Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana”, está referido precisamente a la cuestión precedentemente esbozada. En efecto, nos ocuparemos de la problemática planteada por aquellas situaciones de orden procesal en las que los operadores jurídicos, especialmente quienes tienen la misión constitucional de impartir justicia penal, se ven enfrentados al dilema de consagrar la verdad material valorando determinada prueba obtenida o incorporada con violación de derechos fundamentales o hacer prevalecer la vigencia irrestricta de estos últimos expulsando del proceso la prueba obtenida en tales condiciones. Y es que en el proceso penal están en juego la libertad y la dignidad del ser humano pero también la necesidad de descubrir la verdad para el ejercicio eficaz del *ius puniendi*. O dicho de otro modo, asistimos al eterno conflicto entre libertad y seguridad que buscará resolverse de acuerdo con el momento histórico y el modelo de proceso derivado de la Constitución Política.

La lucha contra la delincuencia, principalmente en la hora actual que se caracteriza por la incursión en el escenario social de verdaderas organizaciones criminales que inclusive llegan a poner en jaque al propio Estado, exige



ciertamente una acción eficaz por parte de las agencias del sistema penal, azuzadas por una cada vez más acuciante presión del colectivo social que exige legítimamente que el Estado garantice niveles adecuados de seguridad.

Sin embargo, por otro lado, el devenir histórico de las sociedades ha colocado al individuo en una situación de preeminencia y protección frente a la represión ilimitada y el ejercicio extremo del *ius puniendi*. Esta evolución histórica se encuentra plasmada en las garantías procesales consagradas en la Constitución Política del Estado, derivadas de la dignidad de la persona humana que es el axioma rector a partir del cual se reconocen los demás derechos fundamentales. Es por ello que la idea según la cual la búsqueda y obtención de la prueba en una investigación penal de ningún modo debe ser realizada “a cualquier precio”, resume correctamente la cuestión precedentemente planteada.

En nuestro país esta problemática ha cobrado palpitante actualidad como consecuencia de la instauración de un conjunto de procesos penales vinculados con la actuación delictiva de una serie de ex funcionarios gubernamentales del régimen político que gobernó durante la década 1990-2000, así como la situación generada por la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de algunas normas contenidas en la legislación antiterrorista dictada durante el referido régimen, lo que tuvo como efecto inmediato la anulación de los fallos dictados por el Fuero Militar y la consiguiente instauración de nuevos procesos penales ante la Justicia Ordinaria. No obstante lo dicho y al margen de la mayor actualidad que cobra el instituto objeto de investigación debido a las dos circunstancias precedentemente mencionadas, debe convenirse en que la regla de exclusión de la prueba ilícita es de perfecta aplicación en cualquier proceso penal, independientemente de su relevancia político – social.

A pesar de la importancia y actualidad de la cuestión planteada, ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional han desarrollado orgánicamente los criterios que permitan afrontar con eficacia dicha problemática. Es por ello que nos hemos propuesto ocuparnos de tan trascendente tema con la idea de contribuir al análisis, desarrollo y estudio crítico de la institución en comento, con miras a lograr su comprensión y, como consecuencia de ello, su adecuada aplicación

dentro del proceso penal, particularmente los que tienen que ver con los delitos de terrorismo.

Con tal finalidad hemos formulado el problema a investigar, identificando algunos sub – problemas. Hemos procedido también a determinar los fines y objetivos perseguidos, formulando las hipótesis que, a nuestro entender, guardan relación con el problema planteado. Del mismo modo, hemos determinado, cuando ello ha sido pertinente, las variables dependientes e independientes y sus respectivos indicadores, a través de los cuales buscaremos comprobar la corrección de las hipótesis de investigación. De igual manera, hemos delimitado el universo sobre el cual recaerá nuestro trabajo, del que extraeremos la correspondiente muestra representativa, para lo cual utilizaremos criterios y metodologías estadísticas propios de la investigación empírica. De otro lado, hemos circunscrito nuestro ámbito de investigación, situándonos en el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo. No olvidamos especificar los métodos utilizados así como las técnicas que emplearemos para la recolección de los datos obtenidos, para lo cual se elaborará el diseño de contrastación empírica y de comprobación de las hipótesis planteadas, sin descuidar el estudio del derecho comparado, con incidencia en aquellos países que ejercen influencia sobre nuestro sistema jurídico o que se sitúan geográfica y culturalmente cerca.

En cuanto al marco teórico se refiere, hemos considerado pertinente desarrollarlo en un capítulo aparte, elaborando sistemáticamente el análisis y estudio de las instituciones jurídicas involucradas. Esta decisión responde a que en una investigación jurídica, el propio marco teórico es parte integrante del objeto investigado, siendo necesario recurrir a criterios lógicos - dogmáticos propios del ámbito jurídico y, por consiguiente, ajenos a las investigaciones puramente empíricas. En este orden de ideas, de entrada abordamos como cuestiones preliminares, que nos servirán de punto de partida, el estudio del modelo procesal diseñado por la Constitución Política del Estado, toda vez que el estudio de la cuestión objeto de investigación guarda relación con el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales y el diseño o propuesta de proceso penal que emerge de la Carta Política. La referencia a la prueba procesal es necesaria en la medida que la cuestión a investigar se presenta precisamente dentro del ámbito

de la actividad y valoración probatorias. En una segunda parte de este desarrollo sistemático abordamos de lleno el estudio de la prueba ilícita, delimitando su concepto, la diferenciación entre prueba directa y refleja, así como entre prueba ilícita y prueba irregular, los derechos afectados, las consecuencias jurídico - procesales de la prueba ilícita, incluyendo el examen de las numerosas excepciones a la regla de exclusión actualmente planteadas sobre todo en el derecho comparado. A continuación nos ocupamos de los desarrollos elaborados en nuestro país por el Tribunal Constitucional y la doctrina respecto de la temática abordada por la investigación, así como también de los sistemas de regulación de las excepciones a la regla de exclusión, esto es, el reglado y el jurisprudencial, tomando posición al respecto. Para concluir, consideramos pertinente el análisis micro – comparativo de la institución en ordenamientos jurídicos como los de Estados Unidos, España, Alemania, Argentina, Chile y Colombia.

Finalizamos la investigación con las conclusiones correspondientes y la propuesta *de lege ferenda* que hemos considerado pertinente, consignándose también la bibliografía consultada que está vinculada con el tema materia de investigación.

-----oOo---

**CAPÍTULO I**  
**PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

## **1. DESCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD MATERIA DE INVESTIGACIÓN**

Como es sabido, para resolver el conflicto sometido al proceso penal, los operadores procesales y, de manera especial el juzgador, necesariamente deben recurrir al manejo y valoración del material probatorio acopiado, resultando inimaginable el funcionamiento del sistema de administración de justicia sin dicha actividad. Este material probatorio, sin embargo, debe respetar los derechos y garantías del procesado pues, sólo de este modo, la resolución del conflicto y eventualmente la condena al imputado serán legítimas dentro del Estado Constitucional de Derecho. Es en este sentido que se afirma que la prueba actuada en el proceso debe ser lícita, descartándose la prueba ilícita.

En el contexto descrito, muchas veces el juzgador debe enfrentar situaciones en las que, dentro del marco del proceso penal, se encontrará con un material probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales, o derivado de aquel, de tal manera que deberá decidir si acoge o no dicho material, pues los actuales desarrollos doctrinales y jurisprudenciales comparados admiten una serie de excepciones a esta regla de exclusión de la prueba prohibida, las mismas que, si se usan indiscriminadamente, podrían resultar peligrosas desde el punto de vista de las garantías procesales del investigado y el respeto a los derechos fundamentales que tienen que ver directamente con conquistas históricas del ser humano frente a la acción ilimitada del Estado y de sus agencias penales.

Ahora bien, a la luz de nuestra aproximación a la temática investigada, encontramos que en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de los delitos de terrorismo, los operadores procesales no han desarrollado criterios suficientes para determinar si la afectación de derechos fundamentales en la obtención e incorporación de prueba directa o derivada debe dar lugar siempre a su exclusión o, de lo contrario, si es posible válidamente admitir excepciones al respecto. Esta situación se ve agravada en nuestro medio si se tiene en cuenta que ni la doctrina ni la jurisprudencia han aportado sobre

este tema desarrollos orgánicamente válidos y uniformes que permitan a la judicatura servirse de instrumentos dogmáticos – conceptuales en la adopción de decisiones adecuadas y legítimas. Estas falencias del sistema de administración de justicia penal, como se comprenderá, constituye un verdadero problema digno de ser investigado.

De allí que la presente investigación se proponga contribuir al análisis y estudio crítico de la cuestión, con miras a lograr su cabal comprensión y, como consecuencia de ello, permitir el aporte de criterios dogmáticos – procesales que ayuden a nuestros operadores a resolver eficazmente los problemas de esta naturaleza que se presenten en el ámbito de los casos concretos.

## **1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA**

Tal como ha sido esbozado en las líneas precedentes, el tema a investigar reviste importancia a la luz del estado de la cuestión, puesto que la problemática descrita comprende un gran número de procesos por delitos de terrorismo, los mismos que no se estarían resolviendo adecuadamente, generándose de este modo inseguridad jurídica que trasciende la esfera particular de los procesados e incide en el colectivo social. Asimismo, teniendo en cuenta que los criterios sobre la prueba ilícita no conciernen únicamente a los procesos por delitos de terrorismo, sino que pueden ser también aplicados a otros ámbitos de la justicia penal, los resultados de nuestra investigación bien podrían ser extensivos a estos últimos. Siendo ello así, resulta necesario describir adecuadamente el problema, explicarlo analíticamente para finalmente arribar a la propuesta de solución.

Por tales motivos, la presente investigación se justifica plenamente en la medida que permitirá beneficios prácticos concretos en la resolución de los problemas concernientes a prueba ilícita que se presenten en la realidad, con lo que se contribuirá también a la optimización de la función jurisdiccional y la legitimación del sistema de impartición de justicia penal.

### **1.3. OBJETIVOS Y FINALIDAD**

#### **1.3.1. OBJETIVOS**

##### **1.3.1.1. Objetivo general**

- A.** Describir y explicar la real situación de los casos vinculados con la prueba ilícita y la forma cómo los operadores jurídicos vienen resolviéndolos, específicamente en el ámbito del subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo.
- B.** Establecer criterios razonables sobre el tratamiento que debe merecer la prueba ilícita en el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo, a la luz del desarrollo doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente comparado, y del respeto al sistema de derechos fundamentales de la persona humana consagrado por la Constitución Política del Estado, sin descuidar los criterios de eficacia y eficiencia del proceso penal.

##### **1.3.1.2. Objetivos específicos:**

- A.** Determinar qué casos, a pesar de su ilicitud, son tomados en cuenta por el juzgador, como elementos probatorios válidos.
- B.** Determinar en forma concreta el contenido y límites de la prueba ilícita, de conformidad con la doctrina y los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional.
- C.** Establecer críticamente cuál es el sistema de regulación sobre las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita que resulta más adecuado a nuestra realidad jurídica – procesal.

#### **1.3.2. FINALIDAD**

Con el logro de los objetivos precedentemente esbozados se pretende proponer científicamente alternativas que permitan contribuir al conocimiento de la institución jurídico – procesal examinada y, de este modo, coadyuvar a la aplicación adecuada, por los operadores jurídicos, de los criterios dogmáticos de prueba ilícita a los casos concretos que sean de conocimiento de los órganos de impartición de

justicia, propendiendo a la consagración del respeto a los derechos fundamentales y a la eficacia del proceso penal.

## **2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los criterios aplicados por los operadores jurídicos del subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo para la admisión y exclusión en el proceso penal de material probatorio que afecta derechos fundamentales?.

### **2.1. SUBPROBLEMAS:**

2.1.1. ¿Qué criterios han desarrollado la doctrina nacional y el Tribunal Constitucional respecto de la prueba ilícita?.

2.1.2. Qué sistema de regulación de las excepciones a la regla de exclusión resulta más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal?

## **3. HIPÓTESIS Y VARIABLES**

### **3.1. HIPÓTESIS**

#### **3.1.1. (H-1):**

Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso penal del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

#### **3.1.2. (H-2):**

La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita.

#### **3.1.3. (H-3):**

Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de



proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango.

### 3.2. **VARIABLES:**

#### 3.2.1. **De la (H-1):**

*Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso penal del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.*

#### V. **INDEPENDIENTE (X):**

X. Nivel de conocimiento de los operadores procesales respecto de la prueba ilícita.

#### V. **DEPENDIENTE (Y):**

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

#### 3.2.3. **De la (H-2):**

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables para su formulación y comprobación.

#### 3.2.4. **De la (H-3):**

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables para su formulación y comprobación.

### 3.3. **INDICADORES:**

#### 3.3.1. ***De la (H-1):***

##### V. **INDEPENDIENTE (X):**

###### X. ***Nivel de conocimiento de los operadores procesales respecto de la prueba ilícita.***

a) Consideraciones o fundamentos esgrimidos por los operadores jurídicos en sus respectivas decisiones.

##### V. **DEPENDIENTE (Y):**

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

a) Porcentaje de casos en los que los operadores jurídicos han admitido material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

b) Porcentaje de casos en los que los operadores jurídicos han excluido material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

#### 3.3.2. ***De la (H-2):***

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables e indicadores para su formulación y comprobación. En tal sentido, utilizaremos

como medio de comprobación únicamente la argumentación orientada por criterios lógico – dogmáticos.

### **3.3.3. De la (H-3):**

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables e indicadores para su formulación y comprobación. En tal sentido, utilizaremos como medio de comprobación únicamente la argumentación orientada por criterios lógico – dogmáticos.

## **4. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL**

La presente investigación se desarrollará dentro del ámbito del Derecho Procesal Penal. Consiguientemente, utilizaremos las categorías e instrumentos conceptuales de esta disciplina jurídica, tales como la prueba, carácter e importancia de la prueba, su concepto jurídico procesal, la relación entre prueba y verdad, objeto, órgano, medio y fuente de prueba.

Asimismo, el análisis del modelo de proceso penal diseñado por la Constitución Política del Estado y la relación entre prueba y Ley Fundamental, nos obliga, en cierta medida, a recurrir a categorías conceptuales propias del Derecho Constitucional ya que necesariamente abordaremos someramente el examen de los derechos fundamentales que eventualmente son vulnerados a través de la obtención o incorporación de la prueba.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del tópico materia de investigación es indudable la necesidad de recurrir a criterios dogmáticos de la doctrina y, los que desde una legítima toma de posición, podamos aportar nosotros. En este orden de ideas, resulta necesario elaborar un estudio teórico detallado y sustentado que nos permita arribar a conclusiones fundamentadas en relación con los objetivos planteados por la investigación. Por tal razón, dicho estudio dogmático, así como las categorías e instituciones jurídicas a considerarse, se

encuentran estructurados en el capítulo II intitulado: “Desarrollo sistemático de las instituciones jurídicas comprendidas en el marco teórico de la investigación”.

## **5. UNIVERSO Y MUESTRA**

### **5.1. DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO**

#### **5.1.1. Delimitación temporal**

La investigación considerará los procesos concluidos en el período comprendido entre enero de 2003 y diciembre de 2007, esto es, un lapso de cuatro años.

#### **5.1.2. Delimitación espacial**

La Sala Nacional Especial de Terrorismo tiene competencia a nivel nacional, por lo que se abarcará todo el territorio de la República.

#### **5.1.3. Delimitación social**

Se toma como unidades de estudio a los operadores del proceso penal (Jueces, Fiscales y Abogados).

#### **5.1.4.- Delimitación física**

Aproximadamente 600 sentencias emitidas por la Sala Nacional Especial de Terrorismo durante el período de investigación (2003 a 2007).

### **5.2. UNIVERSO O POBLACIÓN**

Considerando las delimitaciones anotadas, el universo o población de nuestra investigación se ha determinado de la manera siguiente:

- a)** Los procesos penales a nivel nacional por delito de terrorismo, concluidos a partir del año 2003 hasta diciembre de 2007, en los que

haya sido necesaria la aplicación de las normas y criterios relativos al tema materia de investigación.

- b)** Los abogados especializados en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, inscritos en el Colegio de Abogados de Lima.
- c)** Los jueces y fiscales del subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo, del Distrito Judicial de Lima.

### **5.3. MUESTRA**

En esta investigación se utilizará una muestra de tipo probabilístico, ya que los procesos -expedientes- y las personas que conforman el universo de la investigación, muestran características similares.

De este 'conjunto universal' se elegirá el número correspondiente de cada uno de los subconjuntos de la población, conforme a métodos estadísticos que determinen que las unidades de la muestra elegidas sean representativas del universo.

Sin embargo, se buscará considerar dentro de la muestra, a todos los casos producidos durante el período de investigación, incluyendo los más emblemáticos o paradigmáticos, que presenten alguno de los elementos específicos comprendidos en el tema de investigación.

## **6. MÉTODO UTILIZADO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN**

### **6.1. MÉTODO**

Considerando que no existe un método único de investigación del derecho, en la presente investigación emplearemos no solamente el método dogmático formalista sino también el método descriptivo – explicativo, especialmente el estadístico, propio de las ciencias sociales.

En este orden de ideas, el método dogmático formalista será útil para el desarrollo de la parte eminentemente teórica de la investigación, esto es, para el estudio de las diversas instituciones y categorías involucradas en la temática del capítulo II "Desarrollo sistemático de las

instituciones jurídicas comprendidas en el marco teórico de la investigación”. Como no puede ser de otra manera, también recurriremos al uso de los métodos inductivo y deductivo para esta área de la investigación. Mientras que, tratándose del área empírica del trabajo, utilizaremos el método descriptivo – explicativo, especialmente el estadístico.

Adicionalmente, será necesario recurrir al uso del método comparativo para el estudio de los sistemas extranjeros previamente seleccionados en orden a establecer las diferencias y semejanzas entre ellos y el ordenamiento jurídico nacional.

## **6.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

La investigación será de carácter descriptivo - explicativo por la función principal de sus variables, orientadas a describir, explicar, determinar y dar a conocer las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas con el tema, a la vez que su funcionamiento en la realidad social; así como también orientada a explicar objetivamente las relaciones teórico-normativas y de eficacia de la normatividad vinculada con el tema. Asimismo se realizará un trabajo de tipo comparativo, tratando de identificar las relaciones de semejanza, identidad y diferencia entre los sistemas jurídicos extranjeros de mayor influencia y similitud con el nuestro.

## **6.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

Se utilizarán técnicas adecuadas para este tipo de investigación, como:

### **6.3.1. Encuesta:**

Dirigida a las unidades integrantes de la Muestra. Previamente se instrumentalizará el cuestionario de preguntas correspondiente.

### **6.3.2. Entrevista:**

A efectuarse a especialistas en la materia seleccionados entre las unidades de la muestra, a las que por sus condiciones académicas y de

alta especialización en el tema de investigación, se les entrevistará verbalmente, previo cuestionario de preguntas y teniendo en cuenta las variables e indicadores de la investigación.

### **6.3.3. Análisis documental:**

A realizarse sobre las decisiones finales de los operadores jurídicos contenidas en sentencias, dictámenes o acusaciones y solicitudes, conocidas a través de publicaciones de diversa índole así como también en los expedientes que obran en las Salas Penales Superiores seleccionadas y en los archivos de la Corte Superior de Justicia de Lima.

### **6.3.4. Fichaje de información doctrinaria:**

Se recurrirá al sistema de las fichas bibliográficas con el fin de recabar y guardar la información obtenida de los diversos trabajos consultados, para luego analizarla, procesarla e interpretarla de conformidad con criterios metodológicos adecuados. Es necesario precisar que, más allá del uso de la ficha tradicional, se recurrirá a un sistema informático de fichaje. Igualmente, se recurrirá a la información obrante en la Internet, la misma que será recabada, organizada y guardada de acuerdo con criterios propios de la informática.

### **6.3.5. Análisis microcomparativo de sistemas jurídicos:**

Se efectuará un análisis microcomparativo de los Sistemas Jurídicos estadounidense, español, alemán, argentino, chileno y colombiano, con la finalidad de encontrar las relaciones de semejanza, identidad y diferencia con nuestro ordenamiento jurídico.

## **CAPÍTULO II**

### **DESARROLLO SISTEMÁTICO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN**



## PRIMERA PARTE

### I.- NOCIONES PRELIMINARES

#### 1.- EL MODELO DE PROCESO PENAL DISEÑADO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.-

##### 1.1.- Bases ideológicas

“El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”, según una conocida afirmación de ROXIN.<sup>1</sup> Tal concepto quiere dar a entender que todo cambio producido en la estructura del ordenamiento político – constitucional de una determinada sociedad, también acarreará cambios en el procedimiento penal. Si el Estado cambia, el proceso penal también. El tipo o modelo de proceso penal vigente en determinada sociedad puede indicarnos el tipo o modelo de Estado imperante. El autor citado redondea esta idea afirmando que “cada cambio esencial en la estructura política (sobretudo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal.”<sup>2</sup> Existe, pues, una íntima conexión entre el modelo procesal que se elija y el modelo de sociedad democrática al que se aspira.<sup>3</sup>

El pensamiento de MONTESQUIEU<sup>4</sup> ya revelaba dicha conexión desde que el Libro VI *Del espíritu de las leyes* tiene por título “Consecuencias de los principios de distintos Gobiernos en relación con la simplicidad de las leyes civiles y criminales, a la forma de los juicios y al establecimiento de las penas”. De inmediato es posible advertir que para él existe una íntima conexión entre la forma en que se organiza el gobierno y la forma que adopta el sistema de impartición de justicia penal, en general, y el proceso penal en particular. Así, partiendo de la

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 10.

<sup>2</sup> ROXIN, *ibidem*.

<sup>3</sup> Vide al respecto BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 46. Sobre la cuestión tratada este autor señala que “es preciso alertar respecto de soluciones emocionales que postulan un desmantelamiento del proceso penal liberal para garantizar una mejor persecución del delito”. Y, luego: “la protección de la libertad poniendo en grave riesgo la libertad es difícilmente compatible con nuestra idea de un Estado democrático de Derecho.” (*Ibidem*).

necesidad del principio de legalidad, sostiene que “cuanto más se aproxima el Gobierno a la República, más fija será la manera de juzgar.”<sup>5</sup> Esta premisa, en apariencia tan simple, constituye ya una declaración de principios que distingue claramente al proceso penal republicano del que corresponde a los Estados despóticos en los que rige el arbitrio del déspota de turno quien es el que impone las reglas de juego.<sup>6</sup>

Otra idea fundamental en Montesquieu es la independencia de los jueces en la sustanciación de los juicios, de tal modo que en las Monarquías este principio está relativizado, a diferencia de lo que ocurre en la República donde los jueces resuelven sin depender los unos de los otros.<sup>7</sup>

La historia tiende a corroborar las ideas precedentemente esbozadas. Así, sabemos que el Estado absoluto de la Edad Moderna y los Estados totalitarios de la actualidad han otorgado primacía a los intereses estatales sobre los individuales. En el antiguo Estado absoluto el poder penal residía en el Monarca quien lo ejercía a su arbitrio. En el Estado totalitario de hoy, el poder penal es ejercido por jueces que responden a las directivas de quien detenta el poder o del Partido. En ambos casos, esta acumulación de poderes se reproduce en el proceso penal: el imputado es un simple objeto de la investigación o del procedimiento y es por ello que se busca la “verdad” a toda costa, a través del tormento y la tortura. De otro lado, los papeles de acusador y juzgador recaen en una sola persona.

Un proceso penal como el descrito, correspondiente al Estado absoluto, fue reemplazado por los postulados de la Ilustración y el liberalismo. Los cambios en el régimen político y social, paulatinamente se vieron reflejados también en el

---

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Editorial Orbis S.A., Buenos Aires, 1984, traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, p. 83-100.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 86.

<sup>6</sup> Sobre el particular sentencia: “En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es su propia regla.” (*Ibidem*).

<sup>7</sup> Puntualmente sostiene que “en las Monarquías, los jueces proceden al modo de árbitros: deliberan juntos, se comunican lo que piensan, se concilian, modifican su parecer para ponerlo de acuerdo con el de otro, y las opiniones más numerosas prevalecen. Esto no es propio de la naturaleza de la República. En Roma y en las ciudades griegas, los jueces no se comunicaban: cada uno daba su dictamen de una de estas tres maneras: absuelvo, condeno, me abstengo.” (Op. cit., p. 86.87).

proceso penal. Así, del principio de división de poderes se derivó la independencia de los jueces y la cesión de la actividad ejecutiva de persecución penal en favor de una institución separada de los tribunales: la Fiscalía. Asimismo, del reconocimiento de derechos fundamentales anteriores al Estado se derivó el reconocimiento del imputado como sujeto del proceso con derechos tales como el respeto a su dignidad humana y a la defensa. Finalmente, del principio de reserva de la ley se siguió la consideración por la cual cualquier injerencia en los derechos y libertades del imputado debe llevarse a cabo de conformidad con las leyes.<sup>8</sup>

La influencia de la Ilustración en las ideas y valores contemporáneos es innegable. Es por ello que se sostiene que gran parte del bagaje ideológico y valorativo de nuestra época se forjó en el siglo XVIII.<sup>9</sup> Entre tales aportes se encuentran los derechos humanos, el constitucionalismo y el garantismo penal que, según postula PRIETO SANCHÍS, “representa la más fecunda proyección a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada”.<sup>10</sup> Pero lo que realmente caracteriza a la nueva época surgida de la Ilustración es la preeminencia de la razón por sobre todas las cosas.<sup>11</sup>

La filosofía especulativa del siglo XVII había privilegiado la demostración deductiva y los conceptos puros. El pensamiento de la Ilustración, en cambio, ponderó la observación y la experiencia. Además, usó la razón no sólo para comprender el mundo y la naturaleza sino también para transformarlos. Como enseña PRIETO SANCHÍS, esto se tradujo en la empresa de llevar los principios

---

<sup>8</sup> Vide ROXIN, Claus, op. cit., p. 10-12. No obstante lo expuesto, el autor citado reconoce que, si bien es verdad en gran medida el derecho procesal penal refleja los mandatos de la Constitución (o debería reflejarlos), no es menos cierto que existen lo que él llama otras “realidades prejurídicas” que explicarían, en igual medida, la naturaleza y sentido de un determinado modelo de proceso penal. Las dos “realidades prejurídicas” más importantes serían, siguiendo su discurso, los “presupuestos criminológicos y criminal etiológicos” y los “recursos de la criminalística”. Como ejemplo de las primeras refiere el hecho que el proceso inquisitivo existió mucho antes que el absolutismo debido a las falencias del proceso alemán antiguo para enfrentar los embates de la delincuencia profesional durante la Edad Media. En cuanto a la segunda realidad prejurídica indica que la tortura fue superada como método, considerándoseela innecesaria, debido al desarrollo de los métodos criminalísticos.

<sup>9</sup> Vide al respecto, PRIETO SANCHÍS, Luis, *La filosofía penal de la ilustración*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 7-8. De similar posición, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Valladolid, 1998, 3era. edición, p. 33.

<sup>10</sup> PRIETO, Op. cit., p. 8.

del Derecho Natural al Estado y al ordenamiento jurídico positivo, con miras a transformar la moral, la política y el derecho, “como tal vez ninguna otra época lo haya hecho”.<sup>12</sup>

Siendo la idea clave o fundamental de la Ilustración la razón, era perfectamente lógico que, enseguida, se postulara no sólo una organización política racional sino también un modelo de justicia de la misma índole. La confianza en la razón es absoluta, motivo por el cual en el plano jurídico se propugna una total secularización del derecho, emancipándolo de cualquier lazo teológico o religioso, en la medida que es concebido como una obra estrictamente humana, libre de todo origen trascendente a la voluntad humana, sea divina, histórica o proveniente de la tradición. Es de tal importancia el legado histórico de la Ilustración que ROXIN no tiene reparos en señalar que el Derecho procesal penal actualmente vigente en Alemania es esencialmente “una unión de ideas democráticas y liberales originadas fundamentalmente bajo la influencia francesa que introdujo en Alemania, en la primera mitad del siglo XIX, el movimiento de reforma referido a la ideología de la Ilustración.”<sup>13</sup>

A diferencia de lo que aconteció durante el siglo XVII, en el que hubo una clara diferenciación entre Derecho Natural y Derecho Positivo, al punto que el derecho no podía ser injusto pero la ley sí, el pensamiento ilustrado, según enseña PRIETO SANCHÍS,<sup>14</sup> necesitaba proyectarse sobre el mundo real. En otras palabras: el Contrato Social y el Derecho Natural debían gobernar el Derecho Positivo. La razón, que antes sirvió a la especulación, en adelante serviría a la construcción de “modelos de organización política secularizados”. Esto explicaría el apego del siglo XVIII a la legislación.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> En palabras de PRIETO SANCHÍS: “lo que caracteriza a esta nueva época es que la razón se convierte en una energía para la acción”. (*Ibidem*).

<sup>12</sup> PRIETO, Op. cit., p. 9.

<sup>13</sup> ROXÍN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2000, p. 12.

<sup>14</sup> PRIETO, op. cit., p. 13.

<sup>15</sup> Vide BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Editorial Temis S.A., tercera reimpresión de la tercera edición, Bogotá, 2003, p. 15. Al negar a los jueces de lo criminal la facultad de interpretar las leyes penales reduciéndoles a meros aplicadores de un silogismo, como consecuencia del contrato social y la cesión en favor del soberano del derecho a castigar los delitos, el autor citado se muestra abiertamente partidario de la codificación señalando que “cuando un código fijo de leyes, que deben observarse a la letra no deja al juez otra incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conformes o disconformes a la ley escrita; cuando la norma de lo justo o de lo injusto, que debe dirigir las acciones tanto del

Como quiera que para el pensamiento ilustrado la ley es producto de la razón humana, aun cuando inicialmente confiada al Príncipe Ilustrado, se convierte luego en una herramienta de transformación de la realidad. Pero también es una herramienta de organización para "...restaurar en la política y en la sociedad lo que la razón ha descubierto".<sup>16</sup> Esta idea se proyectó al Derecho público a través de las Constituciones y declaraciones de derechos, al Derecho privado mediante la codificación civil y al Derecho penal y procesal posteriormente.

En lo que a nosotros aquí interesa, es bien sabido que las penas en el derecho punitivo del Antiguo Régimen estaban muy lejos de regirse por el principio de proporcionalidad. De allí que pensadores ilustrados de la segunda mitad del siglo XVIII propugnaron la reforma penal y procesal penal, considerándose a Beccaria como el más importante, además de Pietro Verri, Gaetano Filangieri y Francesco Pagano en Italia. En Francia, donde según PRIETO SANCHÍS la discusión sobre el sistema penal fue más intensa,<sup>17</sup> destacaron Voltaire, Diderot, Condorcet y Montesquieu.

Es por ello que, teniendo como telón de fondo ideológico la secularización y la separación entre derecho y moral, en la filosofía ilustrada por primera vez se discutió y respondió articuladamente a los problemas centrales del proceso penal: fundamento y justificación de la pena, clases y fines de la pena, procedimiento a seguir en los juicios criminales, etc. La reforma penal propugnada por la Ilustración conducía inevitablemente a la reforma del proceso penal. Si el sistema penal equiparaba delito y pecado, era lógico que el proceso penal del Antiguo Régimen tenía que estar orientado necesariamente a probar tales hechos, con lo que se terminaba privilegiando la confesión del imputado como "reina de la prueba" y destacando un papel activo del juez en la averiguación de la verdad, todo lo cual conformaba el llamado modelo inquisitivo. En su lugar, el

---

ciudadano ignorante como del filósofo, no es asunto de controversia, sino de hecho, entonces los súbditos no están sujetos a las pequeñas tiranías de muchos..."

<sup>16</sup> PRIETO, op.cit. 15.

<sup>17</sup> PRIETO, op. cit., p. 23.

pensamiento ilustrado proponía un nuevo modelo de proceso cuyas líneas maestras serían:

- A) Actividad probatoria suficiente sobre los hechos de la imputación y búsqueda de la probabilidad en lugar de la verdad o certeza absoluta.
- B) Libre convicción judicial por oposición al sistema de prueba legal o tasada.
- C) Presunción de inocencia.
- D) Juez independiente e imparcial como reflejo del principio de separación de poderes.
- E) Derecho del imputado a guardar silencio.
- F) Proscripción del tormento o tortura.
- G) Principios de publicidad y oralidad.
- H) Motivación de las decisiones judiciales.

En 1764 BECCARIA anotaba que “poquísimos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales...”<sup>18</sup> Desde la introducción de su *Dei Delitti e delle pene*, Beccaria zanja con los procedimientos, tales como la tortura y las penas desproporcionadas, utilizados en su tiempo,<sup>19</sup> a los que califica como “los errores acumulados de varios siglos”.<sup>20</sup> Es indudable que cuando se refiere a la irregularidad de los procedimientos criminales está hablando de tales cuestiones.

Sobre el sentido del proceso penal, Beccaria se pronuncia en favor del juicio público, actuación pública de la prueba, recusación de los jueces y juzgamiento por jurados,<sup>21</sup> características todas ellas que posteriormente fueron acogidas en Europa.

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Editorial Temis S.A., tercera reimpresión de la tercera edición, Bogotá, 2003, p. 8.

<sup>19</sup> Explícitamente señala: “Y, sin embargo, los gemidos de los débiles, sacrificados a la cruel ignorancia y a la rica indolencia; los bárbaros tormentos multiplicados con prodiga e inútil severidad, por delitos, o no probados o quiméricos; la sordidez y los horrores de una prisión, aumentados por el más cruel verdugo de los desdichados, la incertidumbre, debían sacudir a la casta de magistrados que orientan las opiniones de las mentes humanas.” (*Ibidem*).

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> BECCARIA, op. cit., p. 19-20.

En cuanto a los juramentos exigidos al reo en las causas criminales, el Marqués de Beccaria sostiene que su exigencia es una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales de los hombres puesto que éstos no pueden jurar con verdad para contribuir a su propia destrucción.<sup>22</sup>

No obstante la innegable trascendencia de las críticas de Beccaria al sistema penal del Antiguo Régimen en general, un aspecto que nos parece de singular relevancia en relación con el tema que nos ocupa es su pronunciamiento en contra de la tortura de la que decía que “este abuso no debiera tolerarse en el siglo XVIII.”<sup>23</sup> Parece claro que el fundamento de tal posición es la presunción de inocencia del reo no sentenciado. De allí que explícitamente sostenga que “no se debe atormentar a un inocente, ya que tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados.”<sup>24</sup>

No debe pensarse, sin embargo, que las llamadas garantías penales y procesales penales que, como se ha señalado precedentemente responden a la tradición de la Ilustración y el liberalismo, han tenido una aplicación uniforme y definitiva después del siglo XVIII. La historia ofrece claros ejemplos contemporáneos de negación e inobservancia de tales garantías.<sup>25</sup> Nuestro país, que ha vivido múltiples experiencias de interrupción del Estado de Derecho, no ha sido ajeno al embate de tales tendencias regresivas.<sup>26</sup> Pareciera que, en verdad, como certeramente afirma FERRAJOLI, el esquema de garantías penales y procesales penales derivadas de la tradición ilustrada y liberal corresponde a un modelo ideal o tendencial que “nunca ha sido realizado ni nunca será realizable”.<sup>27</sup> Nosotros diríamos que se trata de un modelo ideal que nunca ha sido realizado plenamente y que, precisamente por tal motivo, resulta tendencialmente perseguible y realizable. Se trataría, en consecuencia, de

<sup>22</sup> BECCARIA, op. cit., p. 26.

<sup>23</sup> BECCARIA, op. cit., p. 32.

<sup>24</sup> BECCARIA, op. cit., p. 27.

<sup>25</sup> Vide sobre el particular, FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 42, quien explica que “entre las figuras más nefastas del moderno oscurantismo penal, se recuerdan la concepción positivista-antropológica del “delincuente natural”, la doctrina nazi del “derecho penal de la voluntad” o del “tipo de autor” (Tatertyp) y la estalinista del “enemigo del pueblo”.

<sup>26</sup> La legislación antiterrorista dictada por el régimen que gobernó el país la década de 1990-2000 es una clara muestra de negación de la tradición de la Ilustración en materia penal.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 38.

acercarse lo más posible a la realización plena de un modelo garantista,<sup>28</sup> tendencia que, históricamente, ha tenido mayor acogida en sociedades democráticas.

## 1.2.- Programa procesal penal de la Constitución

El conflicto penal derivado de la comisión de un delito es resuelto por el juez mediante el ejercicio de la *iurisdictio*. Esta tiene como mecanismo de actuación al proceso, entendido como un conjunto secuencial de actos tipificados que son los actos procesales, todos ellos encaminados a garantizar que la declaración final, es decir, la sentencia, haya sido dictada después de una adecuada y correcta apreciación de las situaciones planteadas.<sup>29</sup>

Existe consenso en la doctrina acerca de la importancia del proceso en la dilucidación del conflicto penal.<sup>30</sup> La pena sólo puede ser impuesta en el marco del proceso. Se trata, pues, de un instrumento o herramienta imprescindible para el ejercicio del *ius puniendi*, por lo que, desde este punto de vista, tiene una utilidad palpablemente concreta.<sup>31</sup> En otro plano, la importancia del proceso penal también puede ser deducida del hecho de que se trata de la más grave intervención del poder estatal en el ámbito de los derechos de las personas y, por

<sup>28</sup> Al respecto FERRAJOLI, tras resaltar el carácter ideal o utópico del garantismo penal derivado de los postulados de la Ilustración y el liberalismo, explica que “eso no impide que el modelo, convenientemente redefinido, pueda ser satisfecho en una medida mayor o menor según las técnicas legislativas y judiciales adoptadas”. (Op. cit., p. 40).

<sup>29</sup> Vide al respecto, VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, 2da. Edición, p. 7 y CREUS, Carlos, *Derecho procesal penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 1-6.

<sup>30</sup> Vide por todos SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 2da., reimp. de la 1era. ed., p. 31. Desde otra perspectiva, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, consideran que, lejos de resolver el conflicto, el modelo punitivo más bien dificulta su solución pues tan solo se limita a suspenderlo. Esta visión se sustenta “en que en el modelo punitivo no hay dos partes como en el reparador o restitutivo. En el proceso civil hay dos partes (demandante y demandado), pero en el proceso penal no, porque en éste el estado (señor, soberano, rey, república) usurpó o confiscó el derecho de la víctima”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1era. reimp. de la 2da. ed., 2007, p. 7-8).

<sup>31</sup> Vide RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo, “La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP)”, en A.A.V.V., *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Idemsa, Lima, 2007, p. 855-895, quien parte de la idea según la cual el proceso penal, más que un conjunto secuencial de trámites, es un mecanismo de resolución o redefinición del conflicto generado por el delito.



lo tanto, debe estar sujeto a límites precisos, tarea en la que la Constitución indudablemente cumple un rol de primera línea.<sup>32</sup>

Pero no se trata de cualquier proceso. Debe tratarse de un debido proceso, en el modo que es entendido por BACIGALUPO, es decir, como modelo procesal del Estado de Derecho.<sup>33</sup> Así, un proceso con todas las garantías o debido proceso sería aquel que respeta los principios de oficialidad, acusatorio, legalidad (con excepciones basadas en el principio de oportunidad), oralidad, inmediación, libre valoración de la prueba e *in dubio pro reo*.<sup>34</sup> Según señala este autor, después de la Segunda Guerra Mundial se produjo en Europa una suerte de homogenización constitucional en cuanto al desarrollo de la noción de debido proceso y al reconocimiento de los derechos del acusado en el proceso penal, a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) de 1950. Este conjunto de principios suprapositivos y supranacionales que dan contenido al concepto de debido proceso parece provenir, dice BACIGALUPO, de la abolición del modelo inquisitivo, de la tortura, del sistema de prueba tasada, del modelo escritural y del secretismo, siendo “como la noción misma de Estado democrático de Derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente.”<sup>35</sup> De este modo se subraya la idea por la que se entiende que las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales de la persona son consustanciales o inherentes al Estado de Derecho.

La relación entre Constitución y proceso penal en la actualidad es algo indiscutible.<sup>36</sup> Como bien enseña RODRÍGUEZ HURTADO<sup>37</sup> el proceso penal no

<sup>32</sup> Vide MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La reforma del sistema de justicia penal: Un desafío cultural”, en Miranda Estrampes, Manuel y Peña Cabrera Freyre, Alonso R., *Temas de derecho penal y procesal penal*, APECC, Lima, 2008, p. 8, quien afirma que “en la actualidad el proceso penal debe concebirse como un verdadero sistema de garantías frente a la actuación punitiva del Estado (*instrumentalidad garantista*).”

<sup>33</sup> BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 13-17. El autor citado toma como base normativa y conceptual el texto del artículo 24.2 de la Constitución española que habla de un “proceso con todas las garantías” y que para él es la expresión del debido proceso.

<sup>34</sup> BACIGALUPO, op. cit., p. 16-17.

<sup>35</sup> BACIGALUPO, op. cit., p. 13.

<sup>36</sup> En la doctrina nacional dos de los autores más connotados de derecho procesal penal dedican en sus manuales sendos capítulos al estudio de la relación entre Constitución y proceso penal. Vide SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 2da.,

sólo se organiza de una determinada manera, según las pautas de la Constitución, sino también es constatable que la Carta Fundamental contiene un programa procesal penal que proyecta un determinado modelo de proceso.<sup>38</sup> En resumidas cuentas, a un modelo de Estado Democrático debería corresponder un proceso penal de la misma índole, respetuoso de una serie de garantías derivadas de la dignidad del ser humano que no deja de ser el imputado. En cambio, a un Estado autoritario corresponderá inevitablemente un proceso penal arbitrario y transgresor de los derechos humanos.

La llamada *constitucionalización del proceso penal* es un fenómeno reconocido ampliamente que ha consistido en la incorporación a los textos constitucionales, dándoles la categoría de fundamentales, de determinados derechos y garantías procesales que precisamente han ido configurando y delineando un determinado modelo de proceso. No se crea, sin embargo, que el fenómeno es de data reciente.<sup>39</sup> Como han precisado GÓMEZ COLOMER<sup>40</sup> y TIEDEMANN<sup>41</sup>, en el marco de la tradición eurocontinental de la que formamos parte, el fenómeno puede ser rastreado desde la Revolución Francesa que consagró límites concretos al poder punitivo al establecer la proporcionalidad de las penas y el *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el artículo 8 de la

---

reimp. de la 1era. ed., Vol. I, Cap. III, pp. 49-83; y CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra, Lima, 2003, 5ta. ed., Cap. I, pp. 23-38.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo, *“La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCPP)”*, en A.A.V.V., *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Idemsa, Lima, 2007, p. 857.

<sup>38</sup> De similar criterio ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Estudios de derecho procesal penal*, Editorial Alternativas, Lima, 1993, p. 3. Este autor precisa que “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.”

<sup>39</sup> Vide AMELUNG, Knut, *“Constitución y proceso penal en Alemania”*. En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005, p. 22. El autor puntualiza que “Inglaterra ha establecido disposiciones liberales de derecho constitucional en materia de proceso penal desde el siglo XVII, mientras que Estados Unidos y Francia le siguieron en el siglo XVIII”.

<sup>40</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal en el estado de derecho. Diez estudios doctrinales*, Palestra Editores, Lima, 1999, p. 17. (El trabajo concretamente es “*La constitucionalización del proceso penal español*” y está contenido en el libro citado).

<sup>41</sup> TIEDEMANN, Klaus, *Constitución y derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 16. (El trabajo concretamente es “*Constitución y derecho penal*” y forma parte del libro citado. También ha sido publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, 1991, N° 33, p. 145 y ss., traducción de Luis Arroyo Zapatero).

Declaración de 1789. En la misma línea, en España la Constitución de Cádiz de 1812 contenía preceptos procesales penales.<sup>42</sup>

Conforme resulta de lo hasta aquí expuesto, es posible encontrar en la Constitución un programa procesal penal y el diseño general de un determinado tipo de proceso que el constituyente ha pergeñado para nuestro país. El conocimiento de cómo debe ser el proceso penal a partir de los preceptos de la Ley Fundamental, puede ser logrado considerando los derechos fundamentales jurisdiccionales y el conjunto de la Constitución, especialmente el modelo de Estado Constitucional de Derecho, la dignidad de la persona humana y la igualdad.<sup>43</sup> Cuando hablamos de programa procesal penal y de un diseño general de un determinado tipo de proceso, en realidad nos queremos referir a aquellas pautas o principios plasmados en la Constitución que no pueden dejar de ser observados en el proceso penal y de cómo éste debe ser configurado y desarrollado en la práctica, con arreglo a dichas pautas y principios.

Sobre el modelo de proceso penal que emerge de las disposiciones de la Constitución, es necesario tener en cuenta, fundamentalmente, la separación entre juez y acusación que puede ser deducida de los artículos 138, 143, 158 y 159. 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 judicial. Como es de apreciarse, resulta claro que nuestro constituyente ha optado por un proceso penal en el que las funciones de investigación del delito y de postulación, por un lado, y de juzgamiento, por otro lado, son ejercidas por dos sujetos diferenciados. Se trata, pues, de un rasgo fundamental que, prácticamente y en gran medida, define el tipo de proceso penal diseñado por la Constitución. Tal como ya ha sido expuesto en líneas

---

<sup>42</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Ibidem*.

<sup>43</sup> Vide RIEB, Peter, "Derecho constitucional y proceso penal". En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005, p. 130.

precedentes<sup>44</sup>, puede sostenerse que esta diferenciación de roles o funciones es una expresión de la división de poderes propugnada por la Ilustración. La doctrina más autorizada enseña que esta separación entre jurisdicción y acusación es esencial en la configuración del modelo acusatorio<sup>45</sup>, de tal suerte que si ambos roles fuesen ejercidos por un solo sujeto simplemente estaríamos frente a un modelo procesal diferente.

El artículo 139.14 constitucional prevé el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. El proceso penal es inimaginable sin la vigencia del derecho de defensa. Lo contrario sería una pantomima de proceso. La idea de un fiscal que acusa y de un juez que falla debe ser completada con un tercer elemento de la misma importancia: la defensa. Tiene razón FERRAJOLI cuando enseña que “la defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes.”<sup>46</sup> En el proceso penal este derecho fundamental encuentra su más cabal expresión en la obligatoriedad de la defensa técnica, es decir aquella que es ejercida por abogado defensor, lo que se complementa con la defensa gratuita para las personas de escasos recursos que ordena el artículo 139.16 de la Carta Fundamental.

El artículo 139.4 regula el principio de publicidad de los procesos, mientras que el 139.10 se ocupa del principio de no ser penado sin proceso judicial. La imposición de la pena debe ser consecuencia de un juicio de culpabilidad desarrollado dentro del marco de un debido proceso. En cuanto a la publicidad del proceso penal, no cabe duda que es de suma importancia debido a que su

<sup>44</sup> Ver el punto 1.1. (Bases ideológicas).

<sup>45</sup> Vide al respecto MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 29, quien señala que “no todos los caracteres que suelen incluirse como propios del sistema acusatorio son necesarios para que exista verdadero proceso... pero si afecta a la esencia del proceso el que el juez sea al mismo tiempo el acusador o el que el acusado no sea sujeto sino objeto del proceso”. Por su parte, FERRAJOLI precisa que “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás.” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 567.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 613.

observancia permite eliminar el secreto que es un rasgo distintivo del modelo inquisitivo, así como también que la sociedad pueda ejercer control sobre los actos del proceso. El secreto de las actuaciones del proceso es propio del proceso escrito del inquisitivo.<sup>47</sup> Es por ello que la oralidad es un elemento fundamental y característico del modelo acusatorio. Aun cuando hay quienes en la doctrina postulan que, siendo la oralidad y la escritura únicamente reglas configuradoras del procedimiento, sería compatible un procedimiento escrito con el modelo acusatorio;<sup>48</sup> sin embargo, no se entendería cómo sería posible un proceso acusatorio en el que las partes contendientes se expresaran bajo el manto del secreto y dejando de lado la oralidad bajo cuya cobertura se materializa el contradictorio. De allí que FERRAJOLI haya precisado que la publicidad y la oralidad son en realidad rasgos “estructurales y constitutivos” del modelo acusatorio.<sup>49</sup>

El constitucionalismo liberal impuso, pues, como rasgos o máximas del proceso penal, el principio acusatorio, la publicidad, la inmediación y la oralidad.<sup>50</sup> Nuestra Ley Fundamental, tal como fluye de la exposición precedente, sigue, en líneas generales, dicha tradición.

Estricta división entre acusación y decisión, roles ejercidos por personas diferentes: el fiscal y el juez; irrestricto derecho de defensa, publicidad y oralidad, elementos todos ellos que parecen constituir la estructura fundamental del proceso penal a partir de las prescripciones constitucionales.

<sup>47</sup> Vide VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 59, quien sostiene que el secreto “se consustancia con el proceso escrito.”

<sup>48</sup> Vide MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 28.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 616. [Entre nosotros, del mismo parecer: BURGOS MARIÑOS, Víctor, “Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano”. En CUBAS VILLANUEVA, Víctor, et al \(Coords.\), \*El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales\*, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 52.](#)

<sup>50</sup> Vide ESER, Albin, “Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la reprivatización del proceso penal?”. En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005, p. 56. El profesor alemán citado sostiene al respecto que “...el pensamiento liberal de la Ilustración ha conducido finalmente a la consagración de las siguientes máximas del proceso: el principio acusatorio, para garantizar la imparcialidad del juez; la publicidad, para evitar el secreto del proceso y con ello garantizar la corrección formal de las sentencias, así como las máximas de *inmediación* y *oralidad*, para evitar los inconvenientes que pudieran resultar de tramitarse el proceso por escrito, como podría ocurrir especialmente a la hora de la expedición de las actuaciones”.

Eliminado:

En el análisis que venimos realizando es de primerísima importancia la consideración del principio de dignidad humana que, en nuestro caso, está previsto en el artículo 1° de la Constitución.<sup>51</sup> Si desde el pórtico de la Carta Fundamental se ha estatuido que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, es lógico deducir que semejante consideración no puede ser ajena al desarrollo del proceso penal. La dignidad de la persona, considerada *in abstracto*, es elemento principal del programa procesal penal de la Constitución. Desde este punto de vista, todos los actos desplegados en el marco del proceso penal deben respetar el límite impuesto por la dignidad humana, resultando inadmisibles su lesión o menoscabo bajo cualquier pretexto. Por esta razón se sostiene la invalidez de la mediatización de la libertad y la dignidad humana cuando son vinculadas con las demandas de represión penal y seguridad hechas por el colectivo social y se opta por las demandas sociales en atención a criterios de proporcionalidad.<sup>52</sup> No es extraña a nuestra época y realidad esta tendencia a instrumentalizar la persecución penal aun a costa de la lesión de los derechos fundamentales de los imputados. En tal sentido JÜRGEN WOLTER se ha referido a este fenómeno como al abandono del proceso penal liberal y una vuelta hacia la funcionalidad de la justicia penal en casos de gran impacto social como la criminalidad organizada.<sup>53</sup>

## 2.- PRUEBA Y CONSTITUCIÓN

La Constitución Política del Estado de 1993 no prevé norma específica sobre la prueba. Ello no quiere decir, sin embargo, que el tema sea

---

<sup>51</sup> Artículo 1.- Defensa de la persona humana

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

<sup>52</sup> Véase al respecto WOLTER Jürgen, *"Dignidad humana y libertad en el proceso penal"*. En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005, p. 228, quien postula que "pese a su inviolabilidad, la dignidad humana y la libertad son puestas en relación con las demandas de justicia penal y prevención. Así, al final, con ayuda del principio de proporcionalidad, la dignidad humana y la libertad son suprimidas, pues siempre hay formas de criminalidad grave, situaciones de sospecha de importantes dimensiones o intereses de prevención que hacen que la efectividad de la justicia penal y la seguridad de los ciudadanos, como intereses del bien común, parezcan más relevantes que la salvaguarda de la dignidad humana del individuo en un proceso penal liberal."

<sup>53</sup> WOLTER, Jürgen, op. cit., p. 238.

completamente ajeno a la regulación constitucional. Así, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia de 3 de enero de 2003, recaída en el Exp. Nro. 010-2002-AI/TC,<sup>54</sup> viene sosteniendo que el derecho a probar o el derecho a la prueba goza de protección constitucional en la medida en que está contenido implícitamente en el genérico derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Carta Fundamental.<sup>55</sup> No es, pues, un derecho autónomo sino implícito en un derecho de mayor alcance como el debido proceso y la tutela procesal efectiva. En tal sentido, al lado de otros derechos como la razonabilidad de los plazos o el de defensa, el derecho a la prueba se constituye en uno de los componentes de un derecho de mayor alcance y amplitud como el que se consagra expresamente en el artículo 139.3 constitucional.

Conviene precisar que no existe equivalencia exacta entre los conceptos de debido proceso y tutela procesal efectiva. Como ya fue expresado en líneas precedentes,<sup>56</sup> por debido proceso debe entenderse aquel proceso garantizado por la ley cuyo desarrollo está presidido por la vigencia y aplicación de un conjunto de principios contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, derivados históricamente de la abolición del procedimiento inquisitorial y de la tortura, respetuoso, entre otros, de los principios de oficialidad, acusatorio, legalidad (con excepciones basadas en el principio de oportunidad), oralidad, intermediación, libre valoración de la prueba, defensa e *in dubio pro reo*.<sup>57</sup> En cambio, por tutela judicial efectiva debe entenderse el derecho público y subjetivo que permite a las personas, sin distinción de ninguna clase, por el sólo hecho de serlo, a recurrir al Estado para solicitar tutela en un caso concreto. MONROY GÁLVEZ enseña, al respecto, que la tutela judicial efectiva se manifiesta a través del derecho de acción y el derecho de contradicción. Por el primero toda persona puede exigir al Estado tutela judicial

---

<sup>54</sup> Caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes Nros. 25475, 25659, 25708 y 25880, sobre terrorismo y traición a la patria.

<sup>55</sup> Otros pronunciamientos del TC en los que sigue la misma línea interpretativa y que pueden ser mencionados son las sentencias dictadas en los Exps. Nros. 06712-2005-HC (Caso Magaly Medina Vela), 04831-2005-HC (Caso Valentín Curse Capatinta) y 01014-2007-HC (Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz).

<sup>56</sup> Véase el punto 1.2 de esta primera parte ("Programa procesal penal de la Constitución").

en un caso concreto, mientras que por el segundo el emplazado hace frente a la acción ejercitada y, en buena cuenta, también exige del Estado tutela judicial.<sup>58</sup>

El derecho a probar constituye un componente elemental del más amplio derecho a la tutela judicial efectiva puesto que la persona que dentro del proceso solicita la actuación de un medio probatorio o su valoración adecuada lo hace con miras a lograr que su pretensión sea tutelada o acogida como válida por el órgano jurisdiccional. De igual modo, es componente del derecho al debido proceso en la medida en que la prueba es un elemento fundamental de aquel andamiaje teórico y principista derivado de la abolición del antiguo procedimiento inquisitorial en el que predominaba la tortura como medio de prueba. En tal sentido, no podría siquiera imaginarse un debido proceso sin la garantía del derecho a probar.

La complejidad de la composición o contenido del derecho a la prueba ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, considerándose que está comprendido por el derecho a ofrecer medios probatorios, que estos sean admitidos, actuados y valorados debidamente con una suficiente motivación. Subjetivamente se ha destacado el derecho de los justiciables de producir la prueba necesaria para la configuración de su pretensión o defensa. Asimismo, desde el punto de vista objetivo, se ha mencionado el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y ameritar adecuadamente los medios probatorios en la sentencia.<sup>59</sup>

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

---

<sup>57</sup> Vide al respecto, BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 13.

<sup>58</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan F., *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, Palestra, Lima, 2004, 2da. edición aumentada, pp. 225-226.



Desde otro plano, el derecho a la prueba puede también ser inferido del contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 2.24, literal e) de nuestra Constitución. El precepto según el cual “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, supone que la destrucción de la presunción de inocencia en el proceso penal debe ser consecuencia de una actividad probatoria suficiente. Este enfoque no ha sido ajeno a la doctrina, al punto que GARCÍA VALENCIA considera para el derecho colombiano la presunción de inocencia como uno de los fundamentos constitucionales de la prueba.<sup>60</sup> Del mismo modo MONTERO AROCA hace depender la anulación de la presunción de inocencia de la práctica de prueba válida y de cargo.<sup>61</sup>

### 3.- CONCEPTO JURÍDICO – PROCESAL DE PRUEBA

En la doctrina procesal se ha resaltado la multiplicidad de conceptos de prueba procesal, al punto que se ha señalado que el primer problema con el que el estudioso se enfrenta en esta materia es precisamente dicha cuestión.<sup>62</sup>

En el lenguaje común prueba significa tanto como “razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”<sup>63</sup>, o “ensayo o experimento que se hace de algo, para saber

---

<sup>59</sup> Véase al respecto el desarrollo conceptual de las sentencias recaídas en los expedientes Nros. 06712-2005-HC, 04831-2005-HC y 1014-2007-PHC/TC

<sup>60</sup> GARCÍA VALENCIA, Julio Ignacio, *Las pruebas en el proceso penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 50. El autor citado apunta sobre el particular lo siguiente: “La misma disposición refiriéndose al proceso penal (artículo 29 de la Constitución colombiana), consagra la presunción de inocencia. Como esta debe ser desvirtuada a través de la prueba de la responsabilidad, dicho cometido implica el desarrollo de toda una actividad probatoria relacionada con la materia del asunto.” (El paréntesis es nuestro). Similar enfoque parece ser utilizado para el derecho español por VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 35, cuando señala que “en los textos internacionales sobre derechos humanos, la presunción de inocencia es una regla que juega, en materia probatoria, arrojando la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado sobre la parte acusadora. La acusación tendrá, pues, que aportar los materiales probatorios al proceso y conseguir, con ellos, probar la culpabilidad del acusado “*beyond any reasonable doubt*.”

<sup>61</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 153. El profesor español citado agrega al respecto que “...el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de dictarse sentencia absolutoria.” (Ibidem).

<sup>62</sup> Vide MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 19.

<sup>63</sup> Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición.

cómo resultará en su forma definitiva.”<sup>64</sup> Es de apreciarse que el lenguaje común alude tanto al significado de medio o herramienta que sirve para acreditar la verdad o falsedad de algo, como al de ensayo o verificación.

MONTERO AROCA, convencido acerca de la imposibilidad que el proceso pueda alcanzar la verdad absoluta y reconduciendo la prueba más bien hacia la certeza respecto de las afirmaciones que las partes han esgrimido sobre los hechos, define la prueba como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes.”<sup>65</sup>

Por su la lado GARCÍA VALENCIA, tras anotar cuatro enfoques o puntos de vista sobre la prueba procesal: como manifestación formal, desde el punto de vista procedimental, en virtud de su contenido y como resultado, intenta una definición sintética o integral afirmando que entiende por prueba “los diversos medios, allegados al proceso mediante el cumplimiento de los requisitos legales, que contienen los motivos o razones para llevar al funcionario judicial, el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso.”<sup>66</sup>

MIRANDA ESTRAMPES,<sup>67</sup> además de resaltar el carácter metajurídico o extrajurídico de la prueba, toda vez que es una actividad humana que tiene aplicación en otras áreas del conocimiento distintas del Derecho e inclusive en la vida cotidiana, ha clasificado sintéticamente las posiciones doctrinales relacionadas con la noción de prueba procesal o jurídica en tres grandes grupos:

- a) La prueba como actividad de las partes y del juez, cuyos defensores resaltan la noción de actividad de las partes y del órgano jurisdiccional en orden a aportar la convicción sobre la verdad de los hechos o afirmaciones del proceso.

---

<sup>64</sup> Diccionario de la Real Academia Española, *Ibidem*.

<sup>65</sup> Vide MONTERO AROCA, Juan, “*Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*”, en *La Prueba*, Juan Montero Aroca (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 29.

<sup>66</sup> GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio, *Las pruebas en el proceso penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, 2da. edición, pp. 49-50.

- b) La prueba como equivalente de convicción o certeza del juzgador, cuyos sostenedores destacan como elemento central de la noción de prueba a la función desplegada por ella que no sería otra que lograr el convencimiento del juez.
- c) La prueba como actividad de verificación, postura que reliva en la noción de prueba la actividad de verificación o comprobación de la exactitud de las afirmaciones o proposiciones sostenidas en el proceso por las partes, actividad que es realizada por el juez.

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

En la doctrina nacional también se ha visto reflejada la multiplicidad conceptual en lo que se refiere a la prueba. Así tenemos que SAN MARTÍN CASTRO, citando textualmente 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”<sup>68</sup>, noción que es similar a la esgrimida por GARCÍA DEL RÍO.<sup>69</sup> Por su parte ORÉ GUARDIA, considerando los diferentes aspectos de

---

<sup>67</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 22-32.

<sup>68</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, Vol. II, 3ra. reimpresión de de la 1ra. edición, p. 581.

<sup>69</sup> GARCÍA DEL RÍO, Flavio, *La prueba en el proceso penal. Parte general*, Ediciones Iberoamericana, Lima, 2002, p. 69 quien, con cita de TOMÉ GARCÍA, José Antonio, señala que, de conformidad con un concepto unitario, elaborado sobre la base de su relación con la actividad

enfoque, considera que prueba puede significar lo que se quiere probar, la actividad destinada a ello, el procedimiento legal de introducción de la prueba en el proceso, el dato que contribuya al descubrimiento de la verdad y el resultado reflejado en la convicción del juez.<sup>70</sup> De una manera sencilla y concisa CUBAS VILLANUEVA sostiene que “prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente”<sup>71</sup>, agregando que “si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de investigación, prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin”<sup>72</sup>. A su turno PEÑA CABRERA FREYRE, lacónicamente y siguiendo a Mittermaier, define la prueba como “la suma de los motivos que producen la certeza”<sup>73</sup>, para luego completar la idea afirmando que “prueba, en el procedimiento penal, es todo aquello que puede servir de medio de convicción al funcionario para formarse conceptos en relación con los hechos ilícitos que se investigan y juzgan, con los autores o partícipes, con la responsabilidad de los mismos, con su personalidad y con los daños y perjuicios ocasionados.”<sup>74</sup> Con lucidez MIXÁN MASS<sup>75</sup> da a entender que se trata de un concepto complejo y es por eso que propugna la necesidad de comprenderla “esencial e integralmente: como actividad finalista, como resultado y como consecuencias jurídicas que le son inherentes.”<sup>76</sup>

---

procesal y sus fines, “la prueba en el proceso penal es la actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente en el juicio oral.”

<sup>70</sup> Vide ORE GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, Editorial Alternativas, Lima, 1996, p. 279. Cada una de las definiciones mencionadas corresponden a los puntos de vista relacionados con el objeto, la actividad probatoria, el medio de prueba, el elemento de prueba y el resultado obtenido, respectivamente.

<sup>71</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima, 2003, 5ta. edición, p. 325.

<sup>72</sup> CUBAS, *Ibidem*.

<sup>73</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima, 2007, pp.415.

<sup>74</sup> PEÑA, op. cit., p. 419.

<sup>75</sup> MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones jurídicas, Lima, 1990, p. 136. El autor citado define ampliamente la cuestión del siguiente modo: “la prueba es aquella que, en su primera fase, consiste en la actividad jurídica regulada y dirigida por el funcionario que actúa en el ejercicio debido de su legítima potestad para hacer acopio oportuno, selectivo, eficiente e integral de los medios de prueba que sean idóneos, pertinentes y útiles para el conocimiento del *thema probandum*; acopio que, a su vez permitirá, en la fase siguiente, la concreción de una valoración metódica, con Criterio de Conciencia, para obtener la significación probatoria, examinando primero uno a uno cada medio probatorio y luego como totalidad y finalmente alcanzar la certeza de haber descubierto o la verdad o la falsedad o el error en la imputación que originó el procedimiento. Ese grado de conocimiento alcanzado se reflejará en la motivación nítida y coherente de la resolución que ponga término al caso”. (Op. cit. pp. 136-137).

<sup>76</sup> MIXÁN, *Ibidem*.

CARNELUTTI advirtió que en el lenguaje jurídico hasta cierto punto se conserva el significado asignado al vocablo “prueba” en el lenguaje corriente que no es otro que el de comprobación de la verdad o exactitud de una proposición o afirmación.<sup>77</sup> Es evidente que en el proceso de lo que se trata es de comprobar los hechos controvertidos, es decir, las afirmaciones de una parte que no han sido admitidas por la contraparte. Si bien la terminología puede parecer moneda corriente en el ámbito del proceso civil, sin embargo, no es del todo ajena al proceso penal en el que también las partes introducen y discuten afirmaciones o proposiciones contrapuestas: la tesis del Ministerio Público se opone a la tesis de la defensa.<sup>78</sup> Sin embargo, como enseña el maestro italiano,<sup>79</sup> la coincidencia entre los significados de los lenguajes corriente y jurídico llega hasta este punto, puesto que la finalidad de la prueba en el proceso no es precisamente la demostración de la verdad sino, según el punto de vista del autor citado, la fijación o la determinación de los hechos mediante procedimientos preestablecidos, conforme tendremos oportunidad de discurrir con mayor detalle más adelante.

El desarrollo de nuestra exposición indica claramente que nos encontramos frente a una cuestión bastante compleja en la que la doctrina no ha alcanzado consenso. Es obvio que la noción de prueba procesal admite diversos enfoques y es por ello que podemos señalar que se trata de un concepto complejo. De conformidad con la postura dominante creemos que puede ayudar a comprender mejor la cuestión la delimitación de los diferentes elementos o aspectos del fenómeno probatorio,<sup>80</sup> a saber:

- a) **Objeto de prueba**<sup>81</sup>, según se suele señalar, es todo aquello que puede probarse, sea que se trate de hechos naturales o

<sup>77</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, s.a., p. 42.

<sup>78</sup> De distinto parecer pero sin explicar las razones: MIXÁN MASS, Florencio, op. cit., pp. 170-171.

<sup>79</sup> CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 43.

<sup>80</sup> Vide al respecto CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 4ta. edición, p. 16, quien explica que “mirado desde una óptica técnicamente más estricta, el fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado, aun cuando en el léxico jurídico ordinario no siempre se los distinga con precisión: 1) el elemento de prueba; 2) el órgano de prueba; 3) el medio de prueba; 4) el objeto de la prueba.”

<sup>81</sup> A diferencia del objeto de prueba, que es un concepto genérico, abstracto, el tema de prueba (*thema probandum*) es lo que debe ser objeto de prueba pero en cada caso concreto.

humanos, psicológicos o físicos, etc. Sin embargo, en puridad, lo que se prueba o debe probarse en el proceso penal no son hechos en si, que no son verdaderos ni falsos, sino enunciados o afirmaciones. Es imposible reproducir un hecho del pasado como es el delito, pero si es posible predicar verdad o falsedad de las afirmaciones expuestas sobre éste por las partes en el proceso.<sup>82</sup> Naturalmente hay cuestiones que no pueden ser objeto de prueba, tales como las presunciones legales, los hechos notorios, las normas jurídicas nacionales, las máximas de la experiencia, etc.

- b) Fuente de prueba**, es todo hecho, fenómeno, cosa, actitud, etc. que suministra al juez un conocimiento originario sobre el hecho a probar y que tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio. CARNELUTTI distinguía las fuentes de prueba en sentido estricto de las fuentes de presunción.<sup>83</sup> Las primeras vendrían a ser los hechos que permiten la deducción del hecho a probar y que están constituidos por la representación de éste. (Ejemplos: la fotografía de una escena, la narración efectuada por un testigo, que son representaciones del hecho fotografiado o narrado). Las segundas serían los hechos que igualmente permitirían la deducción del hecho a probar pero que no están constituidos por la representación de éste. (Ejemplos: la posesión por parte del imputado del cuchillo con el que se cometió el homicidio, las manchas de sangre encontradas en la ropa del imputado). Debe destacarse que la fuente de prueba es una realidad extraprocesal pero que tiene la aptitud de convertirse en

<sup>82</sup> Véase en tal sentido, GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 17-18, quien postula que “de lo único que puede hablarse en términos de verdadero y falso es de enunciados, cuyo contenido podrá adecuarse en más o menos a la realidad, de la cual dependerá el valor de la verdad del enunciado. Es éste, por lo tanto, el qué de la prueba, es decir, qué es lo que debe comprobarse en el juicio a través de los medios probatorios. Ni la veracidad del hecho, ni el hecho en sí, sino la veracidad de la afirmación acerca de la existencia de un hecho.” De igual criterio, FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en AA.VV., Estudios sobre la prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 26-27.

<sup>83</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, s.a., pp. 89-90.

argumento probatorio, característica que ha sido destacada como esencial en la doctrina procesal.<sup>84</sup>

- c) **Elemento de prueba**, es todo hecho o dato objetivo que es incorporado legítimamente al proceso. Además de su objetividad y legalidad, debe también reunir las características de relevancia y pertinencia.<sup>85</sup> Nótese que la única diferencia entre elemento de prueba y fuente de prueba es que ésta, aun cuando tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio, no ha ingresado todavía en el proceso; mientras que aquel es todo dato proveniente de la realidad y que ya ha sido incorporado al proceso.
- d) **Medio de prueba**, se identifica con el procedimiento legalmente previsto para la incorporación de la fuente de prueba al proceso. Es en este sentido que se habla de declaración de testigos o de pericia. Se ha dicho con propiedad que el medio vincula al objeto de prueba con el conocimiento del juez.<sup>86</sup>
- e) **Órgano de prueba**, es la persona que introduce en el proceso el elemento de prueba. Como bien ha sido señalado por CAFFERATA NORES, la función específica del órgano de prueba es la de servir de intermediario entre la prueba y el juzgador, transmitiendo el dato o el conocimiento del hecho con relevancia probatoria. Son órganos de prueba, verbigracia, el testigo, el perito, el agraviado.

El conocimiento de los distintos aspectos o aristas del fenómeno probatorio que acabamos de reseñar, puede permitir un concepto más completo o integral de la prueba procesal. Naturalmente ésta participa de las características de la prueba tal como es entendida en el lenguaje común. Sin embargo, es innegable también que su naturaleza jurídico – procesal permite asignarle características propias. En este orden de ideas, puede afirmarse que prueba, en sentido jurídico – procesal,

---

<sup>84</sup> Véase sobre el particular, MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, p. 161.

<sup>85</sup> Vide al respecto, CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 4ta. edición, pp. 16-25.

es 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 hechos materia del proceso. Es en este sentido que ROXIN enseña que “probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho.”<sup>87</sup> Es relevante en toda definición de prueba su finalidad. Es por ello que acertadamente MIXÁN MASS ha precisado que si bien es verdad en la doctrina no se ha alcanzado el consenso sobre la cuestión conceptual, también lo es que ello si ha sido logrado en cuanto a considerar que la prueba persigue la convicción del juzgador para encontrar la certeza “de haber descubierto la verdad.”<sup>88</sup>

### 3.1.- Importancia de la prueba en el proceso penal

La doctrina procesal es unánime en considerar la importancia que registra la prueba dentro del marco del proceso.<sup>89</sup> Es innegable la trascendencia de la actividad probatoria como fuente de conocimiento y de certeza para el operador jurídico en general y para el juzgador en particular.<sup>90</sup> Al igual que sin la vigencia del derecho de defensa estaríamos frente a una pantomima de proceso, actualmente también resultaría inimaginable un proceso sin prueba o actividad probatoria, al punto que puede sostenerse, sin temor a equivocaciones, que la racionalidad de un modelo procesal es directamente proporcional a la vigencia de un equilibrado sistema probatorio. Cuando CARNELUTTI afirmaba, refiriéndose al

<sup>86</sup> Vide SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, p. 601, Vol. II, 3ra. reimpresión de la 1era. edición.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p.185.

<sup>88</sup> Vide MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, pp. 137-138. El autor nacional perspicazmente señala: “No existe aún acuerdo sobre aquello que debe ser considerado como determinante del concepto: prueba. Unos destacan como lo esencial únicamente el medio o el resultado o la actividad o el motivo y otros prefieren conceptualarla como experimentación, etc. En cambio, si, existe consenso en lo concerniente a su finalidad: En cuanto al para qué es. En efecto, en el campo procesal todos coinciden que la prueba sirve para alcanzar la certeza de haber descubierto la verdad; o, en su caso, por correlación de opuestos, la falsedad o el error.”

<sup>89</sup> Vide por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 19.

<sup>90</sup> Véase al respecto MIXÁN MASS, Florencio, op. cit., p. 136, quien apunta que “resulta, pues, indiscutible y fundamental la importancia de la “prueba” tanto para la actividad puramente cognoscitiva como para el desarrollo de la práctica.”



conjunto de normas jurídicas de materia probatoria, que “estas normas establecen una primera y más amplia obligación del juez, de contenido negativo: obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley,”<sup>91</sup> no estaba haciendo otra cosa que poniendo de relieve la innegable importancia de la prueba, que él conceptuaba como proceso de fijación de los hechos controvertidos, y su carácter de imprescindible para la definición de la cuestión materia del proceso. En otras palabras: sin actividad probatoria no hay proceso válido; o, en el mejor de los casos, tratándose del proceso penal: sin prueba no puede haber condena. En este sentido se habla de la necesidad de la prueba y es a lo que FERRAJOLI se refiere cuando postula que “la hipótesis acusatoria debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios.”<sup>92</sup>

En la misma línea precedentemente mencionada se ha señalado la ligazón de la garantía de la presunción de inocencia con el tratamiento general de las pruebas.<sup>93</sup> Es de una lógica indudable sostener que la presunción de inocencia, con la que el imputado ingresa en el proceso penal y de la cual goza hasta que finalmente pueda dictarse una declaración de culpabilidad o condena, únicamente puede ser enervada mediante una actividad probatoria suficiente.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende en forma clara que la prueba deriva su importancia, en primer lugar, del hecho de ser una herramienta que sirve directamente a la aplicación de la ley penal sustantiva.<sup>94</sup> Si

<sup>91</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, s.a., p. 45.

<sup>92</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, 3ra. edición, p. 150. Sobre los datos probatorios el autor citado expresa que “en la pluralidad de estas confirmaciones o verificaciones, de las que no es predeterminable el número y la calidad, consiste la condición o garantía de la prueba: que, así pues, comporta la necesidad de adquirir no un dato probatorio, sino un sistema coherente de datos – “graves, precisos y concordantes...”, con lo que da una idea sobre la importancia de la prueba.

<sup>93</sup> Vide sobre el particular GORPHE, Francois, *Apreciación judicial de las pruebas. Ensayo de un método técnico*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, 2da. reimpresión de la 1era. edición, p. 18, quien puntualiza que “este principio (la presunción de inocencia) de garantía individual se enlaza con la lógica general de las pruebas, traducida en los aforismos: *Actori incumbit probatio*; *Actore non probante, reus absolvitur*, y si subsiste alguna duda, la prueba no se ha realizado.” (El paréntesis es nuestro).

<sup>94</sup> En la doctrina nacional se ha pronunciado sobre el tema CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 328, afirmando que “la importancia de la prueba radica en que al convertirse en un medio de comprobación y demostración de los hechos imprime objetividad a la decisión judicial.” Asimismo, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas,

lo que el Estado persigue a través del proceso es la efectiva aplicación del *ius puniendi* traducida en la imposición de la pena, es consustancial a dicha pretensión la necesidad de la convicción o certeza del juzgador sobre la plena culpabilidad del acusado, la que únicamente puede ser lograda mediante la prueba, al punto que en la doctrina se sostiene unánimemente que el conocimiento privado del juez, conseguido por mecanismos ajenos a la actividad probatoria, no puede servir para fundar la sentencia.<sup>95</sup>

Otro sector de la doctrina considera a la prueba como un instrumento útil para la consecución del valor seguridad jurídica en el proceso penal, como equivalente a previsibilidad de las decisiones judiciales. Así, la prueba de los enunciados fácticos esgrimidos en el proceso justificaría adecuadamente su incorporación a la decisión judicial.<sup>96</sup> Nos parece que esta posición bien puede ser incluida en aquella que sostiene que la prueba es una herramienta que sirve a la aplicación de la ley penal sustantiva, en la medida en que la condena sustentada en una actividad probatoria suficiente y no en apreciaciones meramente subjetivas expresa de por sí la materialización del valor seguridad jurídica. Pero desde el punto de vista de una deseable seguridad jurídica, la necesidad de la prueba también puede vincularse con la interdicción de la arbitrariedad en el marco de las decisiones judiciales, puesto que una de las virtudes de la actividad probatoria es servir de sustento argumentativo y justificativo a la actividad jurisdiccional, sobre todo en la fase del fallo. En tal sentido, una decisión judicial

---

Lima, 2007, p. 416, señala que “la actividad probatoria, entonces, se constituye en el alma del proceso, en la medida, que a partir de ésta se puede realizar todo un proceso de cognición, de valoración y decisión, que apuntan a rodear al Proceso Penal de todas las garantías, y en aras de preservar la seguridad jurídica que debe irradiar toda la administración de Justicia Penal.”

<sup>95</sup> Véase VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, p. 48. El autor citado explica que “el juzgador sólo puede tener en cuenta, en la formación de su convencimiento, los elementos producidos o incorporados al proceso de acuerdo con las normas procesales probatorias. La vinculación del juzgador a la prueba procesal es pacíficamente aceptada y razonablemente bien explicada por la doctrina.” Más adelante agrega: “...la verdad conocida por el juez con medios no correspondientes a estos esquemas no puede valer en juicio como verdad, por muy firme que sea su íntima convicción.” De similar criterio, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, 2da. edición, p. 417, en los siguientes términos: “Salvo estos casos (se refiere a los hechos notorios u otros que no exijan probanza), para el juez solamente existirán cuando aparezcan demostrados en el proceso y su personal conocimiento de ellos por causas extraprocesales, es decir, su conocimiento privado, no puede servir para reemplazar la prueba que ha debido llevarse o practicarse.” (El paréntesis es nuestro).

<sup>96</sup> De este modo, COLOMA CORREA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Editor), Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 7-8.

debidamente motivada y sustentada en argumentos probatorios, podrá ser siempre cuestionada a través de los recursos, pero nunca deslegitimada por las partes que, conociendo los fundamentos y la base probatoria de la decisión judicial, podrán saber también a qué atenerse y qué medidas adoptar.

GARCÍA VALENCIA<sup>97</sup>, además de derivar la trascendencia o importancia de la prueba de considerar que ella es la base de la administración de justicia y que permite, como ya dijimos, la aplicación de las normas jurídicas, anota que le da efectividad al ejercicio del derecho de defensa, en la medida en que la probanza de las pretensiones de las partes está directamente vinculada con el ejercicio del derecho de defensa. Así, sólo si se prueba determinada pretensión, ésta logrará prosperar en el proceso.

### 3.2.- Prueba y verdad

En realidad el problema de la verdad no es solamente una cuestión que atañe a la teoría general del proceso, sino que es un problema de hondas raíces filosóficas que tradicionalmente ha ocupado a la epistemología.<sup>98</sup> Debido a los límites y naturaleza de esta investigación no pretendemos reflexionar filosóficamente sobre el tema en cuestión, pero es ineludible referirnos brevemente a lo que debe entenderse por verdad en el proceso penal.

El punto de partida del examen de la cuestión es considerar previamente qué clase de verdad es la que los operadores deben perseguir en el marco del proceso penal. Según MIXÁN MASS la clasificación más divulgada y a la vez controvertida es aquella que distingue: verdad objetiva, verdad concreta, verdad absoluta, verdad relativa y verdad formal.<sup>99</sup> Teniendo en cuenta los alcances de

<sup>97</sup> GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio, *Las pruebas en el proceso penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996, 2da edición, p. 44.

<sup>98</sup> Ocupándose de la verdad y la falsedad, el filósofo agnóstico Bertrand RUSSELL dice lo siguiente: "Creemos que unas creencias son verdaderas y otras falsas. Esto plantea el problema de la *verificabilidad*: ¿hay circunstancias que pueden darnos justificadamente un grado inusitado de certidumbre de que tal y cual creencia es verdadera? Es obvio que hay circunstancias que de hecho causan una certidumbre de este género, y queremos saber cuanto sea posible del examen de estas circunstancias." (*Escritos básicos I*, Editorial Planeta – De Agostini, S.A., 1985 en coedición con Editorial Artemisa S.A., México, 1985, p. 242).

<sup>99</sup> MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, p. 29.

nuestra investigación, no desarrollaremos conceptualmente todos los tipos de verdad considerados en la clasificación antes mencionada.

Sin embargo, lo que si nos interesa es precisar que el saber o conocimiento humano – y la imputación penal y sus pormenores se dilucidan en el escenario de un proceso de conocimiento -, es ciertamente relativo, en la medida en que el material cognoscitivo del que se nutre no se compone de verdades apodícticas. El proceso penal, al igual que el conocimiento en otras áreas del saber, no está en condiciones de lograr la verdad absoluta, entendida como aquella correspondencia o conformidad exacta e integral entre el conocimiento y la realidad objetiva, y que por ello no será impugnada o refutada en el futuro.<sup>100</sup> Pero tampoco es de recibo aquella posición absolutamente escéptica que pretende negar toda posibilidad de acercamiento del conocimiento a la verdad. Puede sostenerse, entonces, siguiendo a FERRAJOLI, que la verdad procesal es una verdad aproximativa, contingente, confutable, relativa, ya que la verdad absoluta “representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable”.<sup>101</sup>

Admitiendo la posibilidad de lograr por lo menos una aproximación a la verdad dentro del proceso respecto de los enunciados o proposiciones de las partes, enseguida deberíamos preguntarnos: ¿qué relación tiene la prueba con la verdad procesal así concebida? La pregunta no es sencilla de responder, al punto que, como bien anota FERRER BELTRÁN, dicha cuestión “ha sido objeto de mucha controversia y también de algunos lugares comunes asumidos generalmente como verdades indiscutibles.”<sup>102</sup> Nosotros asumimos como respuesta que la prueba es una herramienta imprescindible para alcanzar la

Eliminado:

<sup>100</sup> Vide MIXÁN MASS, Florencio, op. cit., p. 33.

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, 3ra. edición, p. 50. El jurista italiano citado redondea el concepto afirmando que “la idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica que las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley comparten con el realismo gnoseológico vulgar” (Ibidem). Del mismo parecer, GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 25, quien apunta que “...el problema no consiste en hipotetizar la consecución de míticas verdades absolutas, sino en establecer cuáles verdades relativas y razonables pueden ser concretamente comprobadas” y que “cualquier verdad es relativa y no existen fuera del proceso verdades absolutas respecto de las cuales la verdad procesal sea por definición algo menor”.

<sup>102</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración de la prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 1.

Eliminado: , Ferrer Beltrán, Jordi et al

verdad procesal, entendida desde el prisma de la relatividad. La prueba concebida como actividad dirigida a acreditar los enunciados del proceso servirá de sustento para la decisión judicial, en tanto y en cuanto, como bien expresa GASCÓN ABELLÁN, “tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última.”<sup>103</sup> Esta relación teleológica entre prueba y verdad ha sido definida como la finalidad principal de la actividad probatoria en términos del logro del conocimiento de la verdad sobre las proposiciones esgrimidas por las partes.<sup>104</sup> Independientemente del concepto de verdad y del fin último del proceso que se asuma – la verdad absoluta o real, la verdad formal o forense, una verdad aproximativa, la convicción del juzgador, la certeza, etc. -, la relación entre aquella y la prueba siempre será la que se ha enunciado precedentemente.

Eliminado:

Un modelo procesal que no reconozca límites en la averiguación de la verdad, generalmente mostrará una tendencia a perseguir una verdad absoluta y en este propósito estará siempre más cerca de violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos que aquel otro modelo que sí reconoce límites concretos y asume, más humildemente, un concepto relativo de verdad. En el primer caso se trataría de un modelo inquisitivo en el que se persigue la verdad a toda costa y, en el segundo, estaríamos frente a un modelo acusatorio garantista en el que prevalece el respeto a los derechos fundamentales.<sup>105</sup>

Eliminado: <sup>†</sup>  
HACER NOTAR TAMBIÉN LA LIGAZÓN DEL  
TEMA DE LA VERDAD CON LOS MODELOS DE  
PROCESO (INQUISITIVO-VERDAD ABSOLUTA)  
-PAG. 7- Y 23 -GUZMÁN†

<sup>103</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proff.? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., Estudios sobre la prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 53. La autora española citada precisa que la verdad judicialmente declarada no es infalible pero destaca que es final en el sentido de poner fin al conflicto de manera autorizada.

Eliminado: , Ferrer Beltrán,  
Jordi et al

<sup>104</sup> Vide al respecto FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración de la prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en AA.VV., Estudios sobre la prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 2-3, quien puntualiza que existen dos formas habituales en las que ha sido presentada la relación entre la verdad y la prueba: la primera, que él denomina relación conceptual, considera que “...la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición está probada.” La segunda tesis, denominada teleológica, “...no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria.”

Eliminado: , Ferrer Beltrán,  
Jordi et al

<sup>105</sup> Véase al respecto, GUZMÁN, Nicolás, La verdad en el proceso penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 23-24, quien al referirse a la supuesta imposibilidad ideológica de arribar a la verdad en el proceso, señala que “en el polo opuesto a la concepción que niega la oportunidad ideológica de la búsqueda de la verdad en el ámbito del proceso, suele ubicarse a los defensores del modelo inquisitivo, en el cual el primer fin del proceso es el conocimiento de la verdad de los acontecimientos en el marco de una investigación que no reconoce límites ni garantías, puesto que ante todo se opone el conocimiento de la verdad absoluta de lo ocurrido.” El autor citado plantea que como quiera que la pretensión de una verdad absoluta es imposible de alcanzar, “sólo emparentando a la verdad con una investigación inquisitiva puede afianzarse una

#### 4.- CONCLUSIONES PARA LA PRIMERA PARTE

- A)** La Ilustración sentó las bases fundamentales del proceso penal moderno y sus garantías de respeto a los derechos y dignidad del imputado como ser humano. Puede afirmarse que el pensamiento de la Ilustración proyectó las bases ideológicas del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, tal como hoy son conocidos.
- B)** El modelo o tipo de proceso penal que se considere, de alguna manera está vinculado con el modelo o tipo de Estado en el que se desenvuelve. Así, a un Estado autoritario, generalmente corresponderá un proceso penal de la misma índole, transgresor de las garantías y derechos del imputado. Asimismo, a un Estado democrático, generalmente corresponderá un proceso penal respetuoso de las garantías de un debido proceso y de la dignidad de ser humano que nunca deja de ser el imputado.
- C)** La Constitución, como norma suprema de la Sociedad y del Estado, proyecta un programa procesal penal, a través de preceptos generales y específicos, de los que debe derivarse y desarrollarse un determinado modelo de proceso penal. En nuestro caso, de los preceptos por los cuales se consagra la repartición de roles diferenciados al fiscal, a cargo de la investigación del delito, y al juez, a cargo del juzgamiento; el derecho irrestricto a la defensa; la obligatoriedad del proceso para la imposición de la pena; la publicidad y la oralidad del proceso; el principio de dignidad humana, entre otros, puede inferirse claramente que la Ley Fundamental opta y consagra, en líneas generales, un proceso penal acusatorio garantista.
- D)** De la interpretación de los conceptos de debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, consagrados en el artículo 139.3 de la Constitución, se deriva la vigencia de un derecho fundamental a

---

concepción que postule la total inoportunidad ideológica de conocer la verdad en el proceso. Así, sólo rompiendo el equivocado nexo verdad/método inquisitivo puede reconocerse la oportunidad ideológica de la verdad en el proceso penal, verdad ésta que, con sus límites, será conocida con métodos que aseguren además las libertades de las personas."

la prueba. A igual resultado puede arribarse considerando el derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el artículo 2.24, literal e) de la Constitución. En efecto, se concibe al derecho a la prueba o derecho a probar como un componente del derecho genérico al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. De igual modo, se plantea que, si toda persona sometida a proceso es presumiblemente inocente hasta no ser condenada firmemente, entonces debe aceptarse que el único modo de destruir o enervar esa presunción de inocencia, es a través del ejercicio del derecho a producir una actividad probatoria suficiente.

- E)** En la doctrina procesal no existe consenso acerca del concepto de prueba. Existen diversas posiciones al respecto. Sin embargo, parece acertado considerar en la definición de prueba procesal todos los aspectos o enfoques del fenómeno probatorio, tales como el objeto de prueba, fuente de prueba, elemento de prueba, medio de prueba y objeto de prueba, sin dejar de referirnos a la finalidad de la prueba.
- F)** No hay duda sobre la gran importancia de la prueba en el proceso penal. Ella deriva de considerar que la prueba es fuente de conocimiento y de convicción para el juzgador, de tal manera que sin actividad probatoria sería inimaginable un proceso penal justo y racional, en la medida en que no se podría destruir o enervar la presunción de inocencia de la que goza el imputado, ni tampoco aplicar la ley penal sustantiva como expresión del *ius puniendi*.
- G)** Al igual que en la ciencia, en el proceso penal, los operadores no están en condiciones de lograr la verdad absoluta, entendida ésta como correspondencia o conformidad exacta e integral entre el conocimiento considerado y la realidad objetiva que, como tal, no admite refutación en el futuro. Esta imposibilidad deriva de constatar que el delito es un hecho del pasado y que, por tanto, no admite ser reproducido en toda su exactitud e integralidad en el presente. Es por ello que debe considerarse que el proceso

penal, en general, y la prueba, en particular, aspiran a una verdad aproximativa, contingente, relativa y confutable. Es desde esta perspectiva que la prueba es una herramienta al servicio de la verdad procesal, entendida desde el prisma de la relatividad.

## **SEGUNDA PARTE**

### **II.- LA PRUEBA ILÍCITA**

#### **1.- CUESTIONES GENERALES**

Con alguna frecuencia se suele pensar que el tratamiento de la prueba ilícita está vinculado únicamente con el proceso penal. Tal orientación supone una indebida reducción del problema, pues, como debe entenderse, la adquisición y valoración de la prueba concierne a los diversos sectores del ordenamiento jurídico – procesal y no exclusivamente a la parcela penal.<sup>106</sup> Aun cuando referido

---

<sup>106</sup> Del mismo parecer, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003, p. 65. No obstante, el autor citado sostiene que el ámbito natural de la regla de exclusión es el proceso penal.



a materia distinta de la que aquí se estudia, parece pertinente citar lo expresado por GORPHE en el sentido que “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.”<sup>107</sup> Al respecto, es sintomático que nuestro Tribunal Constitucional se haya pronunciado sobre la cuestión concerniente a la prueba ilícita en una acción de amparo derivada de un asunto laboral,<sup>108</sup> lo que nos exime de mayor argumentación en cuanto a la afirmación precedentemente esbozada.<sup>109</sup> Es sorprendente que en España la primigenia elaboración jurisprudencial de la regla de exclusión por el Tribunal Constitucional (STC 114/1984) también se haya originado en un proceso laboral por despido.<sup>110</sup> Entre otras cosas, de lo expuesto en las líneas anteriores, se puede inferir inicialmente la posibilidad de elaborar, con los matices naturales para cada rama, de una teoría o dogmática general de la prueba ilícita. No es ese el propósito de esta investigación, pero nada nos impide dejar sentada esta posibilidad. En todo caso, lo que si resulta claro es que ahora podemos coincidir con otras opiniones en el sentido que en nuestro país es tarea aún pendiente la elaboración y desarrollo de una dogmática sobre la prueba ilícita.<sup>111</sup>

La problemática de la prueba ilícita está estrechamente relacionada con la que concierne a los derechos fundamentales.<sup>112</sup> Esto tiene que ver con el hecho de que lo que determina la ilicitud de la prueba es precisamente la vulneración de derechos fundamentales en su obtención. La primacía de la Constitución, en la que generalmente se reconocen los derechos fundamentales, es algo que actualmente casi no se discute. En tal sentido, algunos prefieren seguir refiriéndose a la existencia de un efecto irradiante de las normas constitucionales

<sup>107</sup> GORPHE, Francois, *Apreciación judicial de las pruebas*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1998, nota al pie Nro. 2, p. 13. Con la expresión citada, el autor se refiere a la prueba constituida y a la reglamentación legal de las pruebas.

<sup>108</sup> Expediente Nro. 1058-2004/AA/TC, caso Rafael García Mendoza vs. Serpost S.A.

<sup>109</sup> De similar criterio, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 10. Igualmente, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 61.

<sup>110</sup> Vide GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., nota al pie Nro. 15, p. 61.

<sup>111</sup> Véase BRAVO LLAQUE, César William, “La prueba ilícita a partir de una resolución del Tribunal Constitucional”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Nro. 104, Año 12, Mayo 2007, p. 55.

<sup>112</sup> Para una visión completa de los derechos fundamentales, vide ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Eliminado: , Ferrer Beltrán et a

hacia el resto del ordenamiento jurídico.<sup>113</sup> En cambio, otros como ZAGREBELSKI, sostienen que “ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.”<sup>114</sup> De cualquier modo, la referencia a la Constitución es obligatoria cuando se trata de la prueba ilícita. La primacía de los derechos fundamentales da origen a la prohibición de valoración probatoria de prueba ilícita y, en tal sentido, debe entenderse que aquella deriva de la vigencia de la Constitución, concretamente de la regulación de los derechos fundamentales.<sup>115</sup>

Pero, así como hemos destacado el vínculo innegable entre Constitución y derechos fundamentales, por un lado, y prueba ilícita, por otro lado, también no podemos dejar de referirnos a la realidad social en cuyo marco se aplican las normas constitucionales y las relativas a la prueba ilícita. En esta línea de pensamiento, suscribimos lo afirmado por GÖSSEL en el sentido que “...la problemática de la prohibición de la prueba no es un mero problema jurídico procesal-penal, sino que antes bien constituye una cuestión que responde a la comprensión general de las relaciones entre el Estado y el ciudadano.”<sup>116</sup> Las sociedades de nuestro tiempo reclaman del Estado la garantía cierta de niveles adecuados de seguridad frente al crecimiento sostenido de los índices de criminalidad, sobre todo los que tienen que ver con la llamada criminalidad organizada que, muchas veces, llega a poner en jaque al propio Estado. La amenaza del terrorismo, tráfico ilícito de drogas y otras formas de criminalidad organizada, que han traspasado las fronteras de los países para convertirse en fenómenos de alcance internacional, adoptan formas de ataque cada vez más

<sup>113</sup> Vide TOZZINI, Carlos A., *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 17.

<sup>114</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 14.

<sup>115</sup> En similar sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., Estudios sobre la prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 61, quien sostiene que “la prohibición de prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva directamente de la Constitución por la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su condición de inviolables.”

<sup>116</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz, “Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en *El proceso penal ante el estado de derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*, Grijley, Lima, 2004, p.63.

Eliminado: , Ferrer Beltrán et al

violentas, las que dirigen preferentemente a los centros de poder mundial. Como contrapartida, actualmente se viene produciendo una sistemática mengua de los derechos civiles y una cada vez más permisiva limitación de los derechos fundamentales, fenómeno que pretende desmontar las garantías penales y procesales penales del Estado de Derecho que han significado grandes sacrificios y siglos de evolución para la humanidad. Adicionalmente, la globalización, a la par que genera beneficios económicos para las sociedades industrializadas, plantea serios problemas para los países subdesarrollados. En este marco, como perspicazmente lo ha señalado MARTÍNEZ GARCÍA, los derechos fundamentales que nacieron como derechos de alcance universal, “pasan a ser catalogados como derechos de *ciudadanía*, pasando ésta a convertirse en presupuesto de los mismos derechos fundamentales.”<sup>117</sup> En tal sentido, la elaboración del concepto de “enemigo” en el derecho penal, para referirse a aquellos individuos a los que legalmente se pretende otorgar un trato penal de no – personas y a quienes se les niega la aplicación de las garantías sustantivas y procesales del derecho penal liberal debido a una supuesta condición de enemigo de la sociedad, se enmarca dentro de la línea precedentemente descrita. De este modo, es posible sostener que la flexibilización de la regla de exclusión de la prueba ilícita y la elaboración de numerosas excepciones a la misma, podrían ser expresiones del derecho penal del enemigo, en tanto avances de una forma autoritaria de derecho procesal penal. Al respecto, ZAFFARONI ha escrito que “en la medida en que legitime (el derecho penal) el trato como *enemigos* de algunas personas, renuncia al principio del estado de derecho y con ello acuerda espacios de avance del poder punitivo sobre todos los ciudadanos y abre el espacio al estado de policía...”<sup>118</sup>

En cuanto a la multiplicidad de denominaciones utilizadas para referirse a la prueba ilícita, se coincide en señalar que no existe unidad terminológica ni

<sup>117</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35.

<sup>118</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 169 (el paréntesis es nuestro). Más adelante confirma que “el principio del estado de derecho – como principio ideal – no admite la legitimación de ninguna excepción, pues ésta importa su neutralización como instrumento orientador de la función del derecho penal en la dialéctica que opera en el interior de todo estado de derecho real o histórico con el estado de policía” (op. cit., p. 189).

consenso.<sup>119</sup> Para la misma institución se suele utilizar las denominaciones de prueba prohibida, prueba ilícita, prueba ilegítimamente obtenida, prueba ilegal, prueba inconstitucional, etc. Según GUARIGLIA esta falta de unidad terminológica no es sólo una cuestión semántica, sino que revela la confusión existente sobre lo que debe entenderse por lo prohibido, los alcances de la prohibición y cómo funciona la regla de exclusión.<sup>120</sup> Es posible que ello sea así, pero a juicio nuestro lo importante es identificar conceptualmente el contenido de lo prohibido o ilícito, independientemente de la denominación utilizada, cuestión a la que nos referiremos en las páginas que siguen. Por nuestra parte, por razones de practicidad, hemos preferido utilizar la denominación “prueba ilícita”. Abona en favor de esta elección, el hecho de que, según precisa GÓMEZ COLOMER, la denominación “prueba prohibida” es una traducción incorrecta del idioma alemán, pues la doctrina teutona utiliza más bien la expresión plural “prohibiciones de prueba”, en la medida en que son varios los supuestos.<sup>121</sup>

## 2.- CONCEPTO

Tampoco existe consenso en la doctrina sobre el contenido de lo ilícito o prohibido. De allí que no sea pacífica la cuestión de su delimitación conceptual. Hay autores que, inclusive, esgrimen conceptos diferentes para prueba ilícita y prueba prohibida. GIMENO SENDRA, por ejemplo, considera que prueba ilícita es aquella que infringe cualquier ley, no necesariamente la Constitución, mientras que prueba prohibida sería aquella que para su obtención se ha vulnerado norma constitucional referida a derechos fundamentales.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Así, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, 2da. edición, p. 17. Igualmente, GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 7. Entre nosotros, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 3ra. reimpresión de la 1ra. edición, p. 644.

<sup>120</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 7.

<sup>121</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan – Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 133, *vid.* especialmente nota al pie Nro. 26.

<sup>122</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 370. En igual sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 31, quien apunta que “...se

Al margen de los matices individuales que cada autor pudiese aportar en la definición de prueba ilícita, siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES<sup>123</sup> es posible sintetizar las diferencias clasificándolas en dos grandes grupos: a) una concepción amplia que considera que prueba ilícita es aquella que vulnera el ordenamiento jurídico en general, se trate de normas constitucionales u ordinarias; y b) una concepción restringida que la define como aquella que en su obtención ha vulnerado derechos fundamentales, lo que implica necesariamente la transgresión de normas constitucionales y no ordinarias.

Atendiendo al origen y al desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la prueba ilícita, resulta claro que un primer elemento a tener en cuenta en su delimitación conceptual es que se trata de un mecanismo que limita el principio general de averiguación de la verdad en el proceso.<sup>124</sup> La barrera que impone para el juzgador la prohibición de valorar la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales implica que la verdad, cualesquiera que sea la idea que se tenga de ella, no puede ser obtenida a cualquier precio,<sup>125</sup> o en palabras de ROXIN, “la

---

distingue doctrinalmente entre prueba prohibida, que no puede ser objeto de valoración en ningún caso, y prueba ilícita, que sí puede ser objeto de valoración en determinadas circunstancias.”

<sup>123</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, 2da. edición, pp. 19-24. Entre nosotros, de este modo también ha procedido CASTILLO ALVA, José Luis, “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 83, Año 11, Lima, agosto 2005, pp. 19-29.

<sup>124</sup> Vide GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 7, quien, al respecto, expresa: “Un análisis de los distintos intentos de categorización intentados (sic) hasta ahora por la dogmática demuestra que dentro del círculo de prohibiciones vinculadas a la incorporación y valoración de ciertos medios de prueba se agrupan distintos casos que presentan fundamentaciones también dispares. El común denominador de estos distintos casos es que en todos ellos el principio de averiguación de la verdad (*Wahrheitserforschung*) cede frente a otros principios en conflicto.” Igualmente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 83, quien señala que con las diversas denominaciones utilizadas por la doctrina sobre la cuestión, “...se está haciendo referencia a que existen normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal.” También, el mismo autor citado precedentemente, *Tratado de derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 941. Asimismo, DIAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 19, señalan que “la prohibición de que una prueba traída al proceso, mediante el menoscabo de un derecho fundamental, pueda provocar efecto procesal alguno es, de hecho, el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal...”

<sup>125</sup> La expresión fue utilizada por el Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 14 de junio de 1960. Concretamente se estableció que “no es un principio de la StPO que la verdad tenga que ser investigada a cualquier precio”. Al respecto, vide LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 90; del mismo autor, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 948.

averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal.”<sup>126</sup> Se considera que la regla de exclusión de la prueba ilícita es creación de la jurisprudencia norteamericana<sup>127</sup> y, en tal sentido, es corriente citar, en primer lugar, la sentencia recaída en el caso *Boyd vs US* que data de 1886 en la que se decidió no valorar la evidencia obtenida por un agente federal, en un caso de importaciones ilegales, debido a que éste obligó al imputado a crear facturas falsas que lo incriminaban, de modo que la Corte consideró que se había vulnerado el derecho fundamental a no declarar contra si mismo. Posteriormente, en el caso *Weeks vs US* de 1914, los jueces estadounidenses prohibieron la admisión de pruebas obtenidas mediante un registro ilícito, concretamente documentos privados, realizado sin la autorización judicial correspondiente, lo que fue considerado como una violación de la Cuarta Enmienda. Como es de apreciarse, en ambos casos, lo que estaba en juego era la facultad persecutoria y de averiguación de los hechos de las autoridades, por un lado; y, de otro lado, la vigencia de derechos fundamentales, consagrados en la Constitución, cuyo titular era el accionante. En ambos casos, la Corte determinó que la vulneración de derechos fundamentales invalidaba la evidencia obtenida de ese modo. Dicho de otra manera: los derechos fundamentales prevalecen sobre el afán persecutorio y la investigación de la verdad por parte de las autoridades y los agentes del Estado.

Lo expuesto en el párrafo anterior nos conduce directamente a considerar un segundo elemento que es la vulneración de derechos fundamentales. La prohibición de valoración de la prueba tuvo su origen en la vulneración de derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En esta línea, en consonancia con el origen histórico de la cuestión y el desarrollo doctrinal mayoritario, consideramos que prueba ilícita es aquella que, constituyendo un límite al principio de averiguación de la verdad,<sup>128</sup> ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, quedando excluida del concepto, por

---

<sup>126</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 191.

<sup>127</sup> Véase al respecto, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 64-66.

<sup>128</sup> BROW, Guillermo, *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*, Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, 2002, p. 47, refiriéndose a la prueba nula en virtud de lesión a garantías constitucionales, explica, además, que la prohibición de valoración es también

tanto, la que en su adquisición ha lesionado normas únicamente ordinarias.<sup>129</sup> Aun cuando no tiene carácter vinculante pero por recoger el pensamiento de buena parte de la judicatura nacional, vale la pena mencionar que en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, los Vocales Superiores Penales del país discutieron la problemática de la prueba ilícita y establecieron que su concepto está vinculado con la obtención mediante la violación de derechos constitucionales.<sup>130</sup> Ya con el

---

“...una concreta, clara y precisa “limitación” a la libertad valorativa del sentenciante que pueda efectuar sobre el material probatorio de la causa.”

<sup>129</sup> Pareciera ser también ésta la idea del autor nacional PÉREZ ARROYO, Miguel, “*Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: las reglas de exclusión y las reglas de excepción*”, en *Actualidad Jurídica*, Lima, Nro. 164, p. 139, cuando sostiene que “...una vez constatada la lesión de los derechos fundamentales de la persona en la búsqueda de la verdad en el proceso penal, se aplican las reglas de exclusión (*exclusionary rule*) que no son otra cosa que la separación de la fuente de prueba en términos jurídicos (apartamiento de la fuente), del medio de prueba, o la prohibición de valoración – en una suerte de “profilaxis procesal.” En igual sentido, SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 3ra. reimpresión de la 1era. edición, p. 644, quien apunta que “...aun cuando la terminología no es unívoca, se define por prueba prohibida (así la denominó en 1903 Ernst BELING) aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales...” Asimismo, CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima, 2003, 5ta. edición, p. 336, quien anota al respecto que “también denominadas pruebas prohibidas, son aquellas obtenidas a través de violación de los derechos fundamentales consagrados en las normas constitucionales; la declaración obtenida bajo tortura es un claro ejemplo.” Una opinión diferente es la que expresan DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel, *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 52; estos autores españoles se decantan por una concepción amplia de la cuestión sosteniendo que “no es lo esencial, por tanto, que se trate de una infracción constitucional o infraconstitucional – cuestión de la que nos ocuparemos posteriormente – porque la vulneración de un derecho fundamental, siempre conectado para tener trascendencia procesal al artículo 24° CE, no se produce siempre sobre el “núcleo fundamental” del mismo, sino, la mayoría de las veces, a través de su desarrollo legal, e incluso, de aspectos que no tienen cobertura legal – así las intervenciones o exploraciones corporales -, pero que implican un uso fraudulento del proceso...” También el mismo MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, 2da. edición, pp. 31-32, al explicar que mantiene “...una concepción amplia de prueba ilícita, no constreñida a aquellos supuestos de obtención o práctica de pruebas con vulneración de derechos fundamentales. Aunque, también, reconocemos que no toda ilicitud debe comportar necesariamente las mismas consecuencias en cuanto a su “inutilizabilidad procesal”. No obstante, pareciera que la opinión mayoritaria de la doctrina se decanta por circunscribir el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales que, como tal, están previstos en la Constitución. Así, *verbi gratia*, RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro Domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 69, quien sostiene que “la inadmisión de una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su condición de inviolables.” Igualmente, EDWARDS, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, s.a., p. 13, quien dice que “...el concepto de prueba ilegal implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales.” También, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en *AA.VV., Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 57, cuando explica que “en definitiva, y por simplificar, es ilícita la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales.”

<sup>130</sup> En el acta final se puntualiza que “es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido

Eliminado: Ferrer Beltrán et al,

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

Para los fines de una mejor delimitación conceptual, es necesario precisar qué es lo que debe entenderse por derechos fundamentales. La cuestión no está exenta de dificultades, las que han sido puestas de manifiesto claramente por GÁLVEZ MUÑOZ para la realidad española.<sup>131</sup> En nuestro caso, es imprescindible remitirnos al desarrollo jurisprudencial que sobre la materia ha efectuado nuestro Tribunal Constitucional. El TC peruano ha establecido en reiterados fallos<sup>132</sup> que los derechos fundamentales son “bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica.”<sup>133</sup> En otros pronunciamientos se ha destacado la condición de los derechos fundamentales que los erige como componentes estructurales básicos de todo el orden jurídico objetivo, en tanto expresión jurídica de un sistema de valores que irradia a la totalidad de la organización política y jurídica de la Nación y que, en esa línea, permiten la manifestación práctica del postulado previsto en el artículo 1° de la Constitución

---

originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella.”

<sup>131</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 77-82. Para el caso español el autor citado señala que estas dificultades resultan de la carencia de claridad del concepto tanto en la dogmática constitucional, como en la jurisprudencia y la propia construcción legislativa. Es por ello que concluye afirmando lo siguiente: “No obstante, lo más prudente, a nuestro juicio, es pecar por exceso en esta cuestión y defender, en consecuencia, un concepto amplio de derechos fundamentales, identificándolos con los derechos subjetivos reconocidos en el Título Primero de la Constitución” (op. cit. p. 81).

<sup>132</sup> Para una visión integral de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcances de los preceptos de la Constitución, puede verse: *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Manuel Muro Rojo (Dir.), Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

<sup>133</sup> Exp. Nro. 0050-2004-AI, 03-6-2005.



que reza: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”<sup>134</sup>

En consecuencia, puede afirmarse que, en principio, los derechos fundamentales que son susceptibles de ser lesionados por la prueba ilícita son aquellos que bajo el epígrafe “Derechos fundamentales de la persona”, están consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado. Es necesario precisar, sin embargo, que no sería correcto circunscribir estrictamente el concepto de derechos fundamentales a los que están previstos literalmente como tales en el Capítulo antes referido, desde que la propia Constitución, en su artículo 3°, establece que la enumeración de los derechos del Capítulo I, no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros.<sup>135</sup>

Adviértase, además, que el artículo VIII.2 del Título Preliminar y el artículo 159 del Código Procesal Penal de 2004 se refieren expresamente al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona como el sustrato vulnerado por la prueba ilícita. Sobre el particular, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, debe entenderse como tal a “aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad.”<sup>136</sup> Ese núcleo mínimo o duro que es el contenido esencial de los derechos fundamentales, no sólo es indisponible para el legislador sino para todos, incluidos jueces, fiscales, funcionarios policiales, etc.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> Exp. Nro. 1042-2002-AA, 06-12-2002.

<sup>135</sup> Así, para el caso español, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 204, quienes apuntan: “Como se sabe, no es correcto, que no por ello infrecuente, identificar el concepto de derecho fundamental con los derechos de la Sección primera, a pesar de la literalidad de su rúbrica y de que el propio Tribunal Constitucional tendiese en un primer momento ya superado a hacer coincidir el concepto de derecho fundamental con su propio ámbito de jurisdicción en amparo.”

<sup>136</sup> Exp. Nro. 1042-2002-AA, 06-12-2002.

<sup>137</sup> Del mismo criterio, REYNA ALFARO, Luis, “*El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita. Precisiones iniciales*”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 83, Año 11, Lima, agosto 2005, p. 35.

Pero, concretamente, ¿qué es lo que debe entenderse por “contenido esencial”? Como bien enseña MARTÍNEZ PUJALTE, el contenido esencial de los derechos fundamentales como “límite de los límites” o “restricción de las restricciones” es una elaboración de la doctrina alemana, a partir del texto del artículo 19.2 de su Constitución que establece que “en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”.<sup>138</sup> Al respecto, señala el autor citado, existen dos teorías: la relativa y la absoluta. La primera considera que el contenido esencial no debe ser buscado como un elemento permanente o estructural del derecho fundamental, sino, en palabras de ALEXY, “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”<sup>139</sup> en caso de conflicto de bienes constitucionalmente protegidos. La segunda, en cambio, postula la existencia de una esfera permanente del derecho fundamental, de tal modo que en cada uno de ellos se debe identificar un núcleo, que es el contenido esencial, y un contenido secundario o no esencial.<sup>140</sup> Como es de apreciarse, es innegable que en ambos casos (teoría relativa y teoría absoluta) es imprescindible un ejercicio de interpretación por parte del operador, con todos los riesgos que ello entraña, los que, al parecer, resultan inevitables si es que no se quiere caer en la inacción total.<sup>141</sup>

### 3.- PRUEBA ILÍCITA y PRUEBA IRREGULAR

Hemos establecido que prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales. Pero, ¿qué sucede cuando en dicho cometido lo que se ha vulnerado no son normas constitucionales sino tan sólo normas ordinarias o infraconstitucionales? Se trata de una cuestión que ha sido examinada con cierta amplitud por la doctrina, existiendo varias posiciones al respecto.

<sup>138</sup> MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Tabla XIII editores, Trujillo, 2005, p. 25.

<sup>139</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 288. Agrega que “la garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad.”

<sup>140</sup> Vide MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio Luis, op. cit., pp. 28-29.

<sup>141</sup> Sobre las críticas a ambas teorías, véase el mismo autor, MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio Luis, op. cit., pp. 37-47.

En general, como bien puede deducirse de la interrogante del párrafo precedente, prueba irregular es aquella que ha sido obtenida o incorporada con vulneración de normas ordinarias o infraconstitucionales.<sup>142</sup> En estos casos generalmente lo que se infracciona son normas de procedimiento o la forma regular en la que se debe actuar determinada prueba. No está en juego la vigencia de derechos fundamentales. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, tras asignarle la denominación de prueba defectuosa,<sup>143</sup> ejemplifica la cuestión a través de la referencia a una diligencia de reconocimiento en rueda para la identificación del autor del delito, en la que el sospechoso no ha sido colocado con otras personas de similares características físicas y los identificadores han hecho el reconocimiento de manera conjunta y comunicándose entre si. En este caso lo que ha sido transgredido es el precepto legal que reglamenta la práctica del reconocimiento en rueda, que no es una norma constitucional que reconozca derechos fundamentales.

La diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular es importante desde el punto de vista del resultado. En la práctica, una prueba que haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales carece por completo de efectos legales y no puede ser valorada de ningún modo por los operadores, a tal punto que debe ser expulsada del proceso o investigación. En cambio, una prueba que únicamente haya lesionado una norma de procedimiento y, en general, normas legales ordinarias, implicará la invalidez de la diligencia, sin perjuicio que, de alguna manera, pueda servir para probar el hecho de otro modo y a través de otros medios, utilizándola como punto de partida o referencia a tener en cuenta.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> Así, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 38. Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, 2da. edición, p. 49, si bien coincide en que se trata de prueba en cuya obtención se ha lesionado la legalidad ordinaria, también postula que no se trata de una categoría diferente de la prueba ilícita, sino una modalidad de ella, dentro de lo que él considera una concepción amplia.

<sup>143</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 127, quien define la cuestión considerando que se trata de "...aquellos casos en los que la ley reglamenta o disciplina concretamente cómo debe procederse a la práctica de una prueba, podemos preguntarnos qué efectos jurídicos tiene cuando se realiza de manera defectuosa."

<sup>144</sup> Al respecto, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 87-88, sostiene: "La explicación se encuentra en que lo que se invalida es distinto en uno y otro caso. En el caso de violación de un derecho fundamental pierde validez toda la intervención realizada en el ámbito de dicho derecho fundamental; se considera que la intervención nunca ha tenido lugar y no puede

El Tribunal Supremo español, en sentencia de 2 de noviembre de 1993 que vale la pena citar por su claridad, ha establecido que “cuando lo violado es una norma constitucional, el acto es ilícito y esa ilicitud se transmite a todo el proceso determinando la inexistencia jurídica de todos los demás actos que de aquella original diligencia esencialmente viciada se deriven. Por el contrario, si la infracción es sólo de las normas de legalidad ordinaria que regulan la ejecución procesal del acto, éste deviene irregular o procesalmente inválido, perdiendo la eficacia que pudiera haber tenido en el proceso, pero ello no afecta ni a los restantes actos del mismo ni a la posibilidad de probar por otros medios los extremos que, en principio, el acto inválido hubiera acreditado por si mismo.”<sup>145</sup>

Sobre la cuestión examinada GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, tras sostener que la posición según la cual es indiferente si lo que se vulnera es una norma constitucional o una norma de rango ordinario conduce “...a una desmesurada ampliación del ámbito de la “prueba prohibida”,<sup>146</sup> se inclina más bien por considerar que, tratándose de otros supuestos, distintos de aquellos en los que se haya producido lesión de derechos fundamentales, deberán ser solucionados a la vista de los intereses en conflicto, a través de un ejercicio de ponderación en el caso concreto y la aplicación del principio de proporcionalidad.<sup>147</sup> Por el contrario, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA sostiene que la postura más convincente sería aquella que propugna una concepción amplia de prueba ilícita en la que es indiferente si lo violentado es un derecho fundamental o un derecho de rango ordinario, de tal manera que, para este autor, en ambos casos la prueba sería inapreciable. Ello se derivaría de considerar al proceso con todas las garantías como un derecho fundamental, por lo que sería contrario a él

---

convalidarse ni utilizarse nada de lo descubierto en ella o gracias a ella. Sin embargo, si lo que se viola es una norma legal lo que se invalida, en su caso, es únicamente la diligencia en que se exterioriza la infracción, el protocolo de incorporación al proceso, lo que no impide probar los hechos por otros medios situados en el mismo contexto ni tampoco utilizar lo conocido en la intervención como punto de partida de otras investigaciones y otras pruebas. Dicho en un (sic) frase conclusiva: son distintos los actos que se invalidan, son distintas, lógicamente, las relaciones de causalidad que se producen y son distintos, por último, los ámbitos de ineficacia.”

<sup>145</sup> Tomado de GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, op. cit., p. 88.

<sup>146</sup> GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, p. 338.

<sup>147</sup> GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, op. cit., pp. 339-340. Entre nosotros, a esta postura también hace alusión CASTILLO ALVA, José Luis, “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 83, Año 11, Lima, agosto 2005, p. 21.

la admisión y apreciabilidad de una prueba obtenida con vulneración de alguno de los derechos previstos por el ordenamiento jurídico.<sup>148</sup>

Resulta claro que no se discute que la prueba irregular acarrea la nulidad del acto. Es decir, es innegable que la existencia de una prueba obtenida con vulneración del ordenamiento legal ordinario no puede resultar indiferente para el sistema en términos de un resultado. Pero, no es menos innegable que el resultado de vulnerar una norma que reconoce un derecho fundamental no puede ser equiparado al resultado de vulnerar otra que únicamente pertenece a la legalidad ordinaria. En el primer caso, el resultado es la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita y la expulsión del proceso de la prueba así obtenida, sin posibilidad de ser aprovechada ni valorada de ningún modo. En el segundo caso, a pesar de ser invalidada de conformidad con las reglas de procedimiento, no necesariamente contamina a todo lo demás e, inclusive, en determinados casos, puede servir como referencia para probar el mismo hecho a través de otros medios o, en otros casos, puede resultar convalidada. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de nulidad relativa regulados en los artículos 151 y 152 del Código Procesal Penal de 2004.

Además de los aspectos hasta aquí expuestos, en la doctrina se han planteado dos cuestiones generadoras de discusión, a saber: a) ¿es posible la obtención de pruebas con lesión de normas constitucionales que no impliquen lesión de derechos fundamentales?, y b) ¿es posible que la infracción de normas constitucionales no referidas a derechos fundamentales pueda generar la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida?

En relación con la primera cuestión planteada, DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES proponen el ejemplo de aquel drogodependiente que, a cambio de una cantidad de droga como pago, brinda información documental a las autoridades que posteriormente es utilizada como fuente de prueba en el proceso.<sup>149</sup> En este caso se vulnera una norma constitucional que prevé el derecho general a la

---

<sup>148</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, pp. 134-135.

<sup>149</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 206.

protección de la salud que en la Constitución española no está bajo la rúbrica de los derechos fundamentales.<sup>150</sup> El ejemplo propuesto revela que sí es posible la obtención de pruebas con lesión de normas constitucionales que no impliquen lesión de derechos fundamentales.

En cuanto a la segunda interrogante que, como es de apreciarse deriva directamente de la primera, puede señalarse que, en principio, sí es posible que la infracción de normas constitucionales no referidas a derechos fundamentales pueda generar la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. Sin embargo, se trata de una cuestión extremadamente difícil de dilucidar como ya ha sido expuesto por DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES.<sup>151</sup>

Para nuestro país, si bien habíamos destacado<sup>152</sup> la función extensiva que cumple el artículo 3º de la Constitución en tanto permite catalogar como derechos fundamentales, independientemente de la enumeración del artículo 2º, a otros de naturaleza análoga, o que se funden en la dignidad del hombre, en el principio de Estado democrático de derecho, etc., no podemos dejar de mencionar que tal operación no estaría exenta de dificultades y peligros. A nuestro modo de ver, el principal peligro es que una fórmula extensiva para decidir si la vulneración de una norma constitucional no referida a derechos fundamentales genera o no la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida, puede convertirse en un verdadero cajón de sastre del que sea posible extraer cualquier cosa, sobretodo cuando los operadores tienden a la aplicación de instituciones jurídicas de una manera ligera e irreflexiva, con lo que se terminaría por desnaturalizar el instituto de la prueba ilícita, con injustificado y excesivo desmedro del principio de averiguación de la verdad. En todo caso, resulta obligatorio el examen cuidadoso de la casuística por parte de los operadores y la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses en conflicto única y exclusivamente en los supuestos de prueba independiente en los que los jueces deban intervenir “para limitar las facultades de injerencia de la

Eliminado:

<sup>150</sup> Igual sucede en nuestro país, puesto que el derecho a la protección de la salud está reconocido en el artículo 7º de la Constitución y no precisamente dentro de los derechos fundamentales de la persona (Artículos 1º y 2º).

<sup>151</sup> DÍAZ CABIALE y otro, op. cit., p. 208, en donde precisan que “...fuera del tranquilo estándar de la fundamentalidad se hace más difícil la construcción dogmática de nuestra garantía, lo que no quiere decir que su proyección más allá de la fundamentalidad no sea en muchos casos tan posible como obligada.”

persecución penal, nunca para ampliarlas.”<sup>153</sup> Tal sería el caso del drogodependiente a quien las autoridades entregan una cierta cantidad de droga para su consumo, a cambio de información documental que luego es introducida como prueba en el proceso. Aquí lo que está en juego, por un lado, es el derecho constitucional a la protección de la salud y, por otro lado, las necesidades oficiales de averiguación de la verdad sobre la comisión de un delito. Si bien es verdad el derecho a la salud no está previsto dentro de la rúbrica constitucional reservada a los derechos fundamentales, no es menos cierto que repugnaría al Estado democrático de derecho y a la dignidad de la persona humana el que se permitiese un método de investigación como el mencionado, de tal modo que, en un ejercicio de ponderación, primarían tales consideraciones sobre la facultad estatal de averiguación de la verdad.<sup>154</sup>

#### 4.- DERECHOS CONCRETOS AFECTADOS

Sabemos que la prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales en general. Pero, enseguida nos preguntamos: ¿qué derechos fundamentales en particular son afectados por la actividad probatoria ilícita?

En principio, todos los derechos fundamentales de la persona reconocidos en el Capítulo I del Título I de la Constitución serían susceptibles de afectación. Sin embargo, dada la naturaleza de lo que es materia concreta del proceso penal, en la doctrina se ha señalado que los que resultan más susceptibles de ser quebrantados son los derechos a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, etc.<sup>155</sup> Es interesante anotar de manera referencial que, según

---

<sup>152</sup> Véase el desarrollo del punto II.2 (concepto de prueba ilícita).

<sup>153</sup> Vide GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 73.

<sup>154</sup> Sin embargo, la ponderación tampoco está exenta de cuestionamientos. Sobre este punto, puede verse HESSE, Konrad, “*La interpretación de la Constitución*”, en *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992, pp. 45-46, quien se ha pronunciado en contra de “una precipitada ponderación de bienes o incluso abstracta ponderación de valores.”

<sup>155</sup> Así, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 41. De igual modo, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 25.

da cuenta SAN MARTÍN CASTRO,<sup>156</sup> el segundo párrafo del artículo XI del Título Preliminar del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 establecía que “carecen de objeto legal los elementos de prueba obtenidos mediante violencia moral, psíquica o física o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intromisión en la intimidad de domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los documentos y los archivos privados, así como las demás que se obtengan con violación de los derechos fundamentales de la persona.”

En tal sentido, es sintomático que nuestra Constitución haya previsto de modo expreso dos prohibiciones de valoración de prueba en los artículos 2.10 y 2.24h – *in fine* – referidos a los documentos privados obtenidos con violación del secreto e inviolabilidad y a las declaraciones obtenidas mediante violencia moral, psíquica o física, respectivamente. Quizás el constituyente consideró que estos dos derechos fundamentales – al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y a la integridad física, moral y psíquica -, eran dos de los derechos con mayores posibilidades de afectación.

Es interesante mencionar que los derechos a la intimidad y a la dignidad podrían sufrir menoscabo a través de ciertos actos de injerencia o intromisión en las que el imputado es objeto de prueba, tales como las extracciones de muestras corporales de sangre, piel o cabello, principalmente cuando hay oposición del examinado, así como también en los exámenes corporales, si es que se practican inobservando las reglas establecidas o contrariando el principio de proporcionalidad.<sup>157</sup> Se ha señalado que estas injerencias inclusive pueden ser practicadas mediante el uso de la fuerza pública, por cuanto “en estos casos, la cláusula que prohíbe la autoincriminación no está en juego.”<sup>158</sup> Distinto sería el caso de aquellos otros actos en los que el imputado es considerado órgano de prueba, tales como los careos, grabaciones de voces, declaraciones, tomas de muestras gráficas para cotejo, etc., en los que no sería factible el uso de la fuerza

<sup>156</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 3era. reimpresión de la 1era. edición, p. 649.

<sup>157</sup> Artículos 211, 212 y 213 del Código Procesal Penal de 2004.

<sup>158</sup> Vide JAIME, Marcelo Nicolás, “La intromisión estatal en la esfera de intimidad de las personas con fines probatorios: su legitimidad, alcances y precisiones en el proceso penal (con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal del Perú”, en AA.VV., Luis M. Reyna Alfaro et



pública debido a que ella implicaría la producción de prueba en contra y, por ende, una transgresión a la cláusula de prohibición de la autoincriminación.<sup>159</sup> Las intromisiones primeramente mencionadas deberán ser efectuadas, dentro del marco legal dictado al respecto y con observancia del principio de proporcionalidad, ello con la finalidad de salvaguardar la eficacia y validez de los resultados obtenidos y no violentar derecho fundamental alguno, especialmente la cláusula que prohíbe la autoincriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*).<sup>160</sup>

En la doctrina española se ha discutido si la vulneración de los derechos fundamentales de índole procesal puede dar lugar a la exclusión de la prueba así obtenida o admitida. De alguna manera esta cuestión guarda relación con aquella otra referida al momento en que se produce la ilicitud: sea en la fase de obtención (fuente de prueba) o en la fase de admisión o incorporación al proceso (medio de prueba). Si se considera que la ilicitud únicamente puede producirse en la obtención de la prueba, entonces también se deberá excluir la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal. Pero, el criterio del momento procesal o preprocesal en el que acaece el quebranto del derecho fundamental, como da cuenta GÁLVEZ MUÑOZ, ha sido sustituido por el Tribunal Constitucional de ese país, por el de la naturaleza procesal o sustantiva del derecho fundamental vulnerado.<sup>161</sup> En tal sentido, el TC español ha venido considerando, desde la muy importante sentencia 81/1998 de 2 de abril, que la regla de exclusión se aplica únicamente a aquellos casos de afectación de derechos fundamentales sustantivos, mientras que, en aquellos otros en los que la infracción se refiera a derechos fundamentales procesales, se deberá acudir a la normatividad sobre “interdicción de la indefensión.” Sin embargo, esta postura jurisprudencial no es compartida por la totalidad de la doctrina, pues autores como

---

al (Cords.), *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 358.

<sup>159</sup> JAIME, Marcelo Nicolás, *Ibidem*.

<sup>160</sup> Sobre la temática aludida, puede verse también AROCENA, Gustavo A., “Pensamientos sobre la protección del imputado frente a injerencias indebidas en su ámbito privado, en el Código Procesal Penal de Córdoba (Argentina) y el nuevo Código Procesal Penal del Perú”, en AA.VV., Luis M. Reyna Alfaro et al (Cords.), *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 371-406; asimismo, en directa referencia a las prescripciones del Código Procesal Penal de 2004, vide GÁLVEZ/RABANAL/CASTRO, *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Jurista Editores, Lima, 2008, pp. 429-437.

<sup>161</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 103.

DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES,<sup>162</sup> VEGAS TORRES,<sup>163</sup> el mismo GÁLVEZ MUÑOZ,<sup>164</sup> entre otros, postulan que no existe razón alguna para no considerar aplicable la regla de exclusión a los casos de vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal.

Para una mejor comprensión del asunto, es pertinente puntualizar que en la Constitución española los llamados derechos fundamentales procesales – tutela judicial efectiva, juez natural, defensa, información de la acusación, juicio público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilización de los medios de prueba, no declarar contra si mismo y no declararse culpables, presunción de inocencia y no declarar en casos presuntamente delictivos por razones de parentesco o secreto profesional -, están expresamente previstos en el artículo 24, dentro de la rúbrica general “De los derechos y deberes fundamentales”. En nuestro país no sucede lo propio, pues, como es sabido, tales derechos están contemplados en el artículo 139º como “principios y derechos de la función jurisdiccional”, en el Capítulo reservado al Poder Judicial, a excepción de la presunción de inocencia que sí está considerado dentro de la rúbrica “Derechos fundamentales de la persona”, artículo 2.24, literal e). Esta situación podría

<sup>162</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 26, se refieren a la cuestión en los siguientes términos: “Esto no quiere decir que no existan supuestos, los menos, en que la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal dé lugar a la aplicación de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita. Esencialmente nos estamos refiriendo a los derechos a ser informado de la acusación formulada, a la defensa de letrado, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.”

<sup>163</sup> VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 120-122, quien, en referencia al artículo 11.1 de la LOPJ española que regula la regla de exclusión, manifiesta que “...es, a nuestro juicio, aplicable en todos aquellos supuestos en los que en la práctica de una prueba procesal se hayan desconocido o vulnerado derechos o libertades fundamentales del inculpado, entre los cuales está el derecho a que en la práctica de la prueba se respeten las garantías de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación impuestas...” Y, más adelante, completando la idea, señala: “Nos inclinamos, pues, por una interpretación amplia del alcance del art. 11.1 LOPJ, precepto que sería aplicable tanto a las vulneraciones de derechos fundamentales cometidas en la obtención de las fuentes de prueba como a las cometidas en la admisión y práctica de los medios de prueba y sea cual fuere la naturaleza del derecho fundamental lesionado (incluyendo, por tanto, los derechos fundamentales de carácter procesal).” (Nota a pie de página Nro. 128, p. 122).

<sup>164</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 105, quien sostiene: “Para nosotros, como para la práctica totalidad de la doctrina, la limitación de la regla de exclusión a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos tiene escaso fundamento...pues todos los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza, son fundamento del orden político y social, tienen carácter inviolable y, lo que ahora es más relevante, se configuran como reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia.”

llevarnos a pensar que la vulneración de estos derechos de naturaleza procesal, al no estar expresamente previstos en la Constitución dentro del grupo de derechos fundamentales, no daría lugar a la aplicación de la regla de exclusión. Sin embargo, no debe olvidarse que el artículo 3° constitucional, utilizando la técnica del *numerus apertus*, permite elaborar un concepto más amplio de derechos fundamentales, independientemente de su previsión taxativa en el Capítulo I del Título I, atendiendo a su vinculación con los principios de dignidad humana, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho y forma republicana de gobierno. En tal sentido, una actividad probatoria que no respete las garantías mínimas del debido proceso, los derechos a contar con un abogado defensor, a no declarar contra si mismo o contra los parientes dentro de los grados de parentesco y afinidad establecidos por ley, etc., atentaría contra la idea misma del Estado democrático de derecho y de la dignidad de la persona humana, razón por la cual, frente a una infracción de tal naturaleza, nada impediría la aplicación de la regla de exclusión. En todo caso, ha de ser tarea de una atenta jurisprudencia la que vaya perfilando cuidadosamente en qué situaciones de vulneración de esta clase de derechos se debe aplicar aquella, evitando, como ya lo dijimos anteriormente,<sup>165</sup> convertir a la prescripción del artículo 3° constitucional en una suerte de cajón de sastre que termine desnaturalizando la racionalidad de la regla de exclusión y afectando excesivamente al principio de averiguación de la verdad.

## 5.- PRUEBA DIRECTAMENTE OBTENIDA CON AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Quando hablamos de prueba directa en el ámbito de las prohibiciones probatorias, nos estamos refiriendo a aquella que es resultado inmediato de la infracción de un derecho fundamental. Dicho de otro modo, es aquella cuya

Eliminado: de prueba

<sup>165</sup> Véase el apartado II.3, "prueba ilícita y prueba irregular".

concreta causa es la afectación de un derecho fundamental.<sup>166</sup> En este caso la exclusión de la prueba así obtenida es directa consecuencia de la preeminencia de los derechos fundamentales dentro del marco constitucional y del ordenamiento jurídico en general. LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ da cuenta que en España éste fue precisamente el fundamento utilizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 114/1984 de 29 de noviembre que dio carta de ciudadanía en ese país a la doctrina de la prueba ilícita, línea que fue continuada en fallos sucesivos.<sup>167</sup> Claros ejemplos para nuestro país son las prohibiciones probatorias contenidas en los artículos 2.10 y 2.24h de nuestra Constitución, relacionadas con la obtención de documentos privados con vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de los mismos y la obtención de declaraciones obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la integridad física, moral y psíquica, respectivamente.

Es preciso anotar que el Código Procesal Penal de 2004, tanto en el artículo VIII.2 del Título Preliminar como en el artículo 159, utiliza la expresión “directa o indirectamente”, de un modo similar al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española. Como informa RODRÍGUEZ SOL,<sup>168</sup> en España, dicha expresión inicialmente fue interpretada como una alusión al distinto momento en que se había producido la afectación del derecho fundamental, estableciéndose una relación con el diferente concepto de fuentes y medios de prueba. Así, el vocablo “directamente” estaría referido a la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, mientras que la expresión “indirectamente” daría cuenta de la infracción de derechos fundamentales en la incorporación de la fuente a través de los medios de prueba. Sin embargo, como indica el mismo autor, la doctrina mayoritaria ha optado por considerar que lo de “directo” o “indirecto” debe vincularse con el inmediato o

<sup>166</sup> Sobre lo que debe entenderse por prueba directa en nuestro ámbito de investigación, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 49 dice que es “...lo obtenido directamente tras la violación de un derecho fundamental...” Por su parte, EDWARDS, Carlos E., *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, s.a., p. 90, precisa que una de las modalidades de la prueba ilegal es “la regla de exclusión probatoria, que considera inaprovechable la prueba que es consecuencia directa de la primera ilegalidad.”

<sup>167</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p.95.

<sup>168</sup> RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares, Granada, 1998, p.70.

mediato origen de la prueba respecto de la vulneración del derecho fundamental, lo que implica la introducción en el ordenamiento del efecto reflejo de la prohibición probatoria.<sup>169</sup>

En principio, no debería producir ningún problema la exclusión de la prueba directamente obtenida con afectación de derechos fundamentales, dado que ella estaría basada sobre la preeminencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de un país y su inviolabilidad.<sup>170</sup> Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como puede parecer inicialmente, pues, como veremos más adelante, actualmente se viene produciendo un movimiento que tiende a relativizar los alcances de la regla de exclusión, lo que GASCÓN ABELLÁN ha denominado como “el cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita.”<sup>171</sup> En nuestro país, aun cuando no tiene carácter vinculante pero por revelar el pensamiento de buena parte de la judicatura nacional sobre el particular, es necesario mencionar que en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional que congregó a los Vocales de todas las Cortes Superiores de Justicia del país, llevado a cabo en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, se aprobó admitir la doctrina de la buena fe en caso de flagrancia y el efecto para terceros, como excepciones válidas respecto de prueba directamente obtenida con afectación de derechos fundamentales. Esta tendencia se enmarca dentro de una postura que se hace eco de un cada vez más 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 potencien la persecución penal, aun a costa de la vulneración de los derechos de los individuos.<sup>172</sup> Tendremos oportunidad de examinar este fenómeno con mayor detalle cuando nos ocupemos de las excepciones a la regla de exclusión.

<sup>169</sup> RODRÍGUEZ SOL, *op. cit.*, p. 71.

<sup>170</sup> Al respecto, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. señala: “La prohibición de prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva directamente de la Constitución por la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su condición de inviolables.”

<sup>171</sup> Parte del título del trabajo citado en la nota anterior.

<sup>172</sup> Vide sobre el particular, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p.57, quien apunta que “las críticas más comunes y frecuentes a las exclusiones probatorias proceden de la población en general, aunque en menor proporción, también las hay de operadores jurídicos.”

## 6.- PRUEBA DERIVADA O REFLEJA DE UN ACTO ORIGINARIAMENTE VULNERATORIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Prueba derivada o refleja es aquella en si misma lícita pero que tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una interceptación telefónica ilícita (sin mandato judicial) que permite realizar un registro domiciliario con todas las formalidades y garantías de ley en el que se encuentra una cierta cantidad de droga. O, para tomar prestado un ejemplo propuesto por ROXIN: la declaración de un imputado al que se le ha suministrado drogas para que hable, revela el lugar en el que se encuentra el cadáver, encontrándose allí rastros de sangre pertenecientes al declarante.<sup>173</sup> En ambos ejemplos, el resultado final, es decir, el hallazgo de la droga durante el registro domiciliario y el descubrimiento de restos de sangre pertenecientes al declarante en el lugar donde se encontraba el cadáver, es en si mismo lícito, pero el acto inicial del que se derivan no lo es porque vulnera los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la dignidad de la persona humana, respectivamente.

La cuestión que plantea la prueba derivada o refleja de un acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales es si, por ser en si misma lícita, es aprovechable; o, si por tener su origen mediato en un acto ilícito, debe ser excluida. No le falta razón a EDWARDS cuando afirma que el asunto tiene una connotación ética y axiológica puesto que el Estado no puede beneficiarse con la obtención ilegal de una prueba, aun cuando ésta sea derivada.<sup>174</sup> No se trata, pues, de un asunto técnico - jurídico – procesal

El factor negativo más señalado es la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido delitos. También se indican los costos administrativos que general todos los incidentes procesales impugnatorios de la prueba (tanto los que prosperan como los que no), la dilación procesal y consecuencia de todo ello, el entorpecimiento al funcionamiento del servicio de justicia."

<sup>173</sup> Vide ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 205.

<sup>174</sup> EDWARDS, Carlos E., *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, s.a., p. 90. Este autor plantea la cuestión del siguiente modo: "Si lo analizamos axiológicamente, desde la perspectiva del valor justicia, la regla de exclusión se queda a mitad de camino, al invalidar la prueba que es consecuencia directa del acto ilegal, pero no comprende la prueba derivada; sería injusto que únicamente se beneficiara con la invalidez probatoria aquél que hubiese sufrido directamente la ilegalidad, pero no quien también la sufre, aunque

exclusivamente. La cuestión va mucho más allá de este estrecho marco. Es por ello que, coincidimos plenamente con MARTÍNEZ GARCÍA cuando anota que, “en el fondo, hablar de pruebas ilícitas supone pronunciarse sobre qué forma quiso darle el legislador a nuestro proceso y qué debe prevalecer en el proceso, si la verdad material o los derechos fundamentales de los individuos...”<sup>175</sup> En este sentido, al igual que en el caso de la prueba directamente obtenida, la exclusión de la prueba derivada o refleja proviene de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico,<sup>176</sup> de tal modo que no habría coherencia si es que, por un lado, se sostuviera la invalidez de prueba directamente obtenida con infracción de derechos fundamentales, mientras que, por otro lado, se admitiera como válida la prueba que pudo ser obtenida únicamente gracias a dicha vulneración. Quienes propugnan la admisibilidad de la prueba refleja sin más optan por considerar que lo que debe prevalecer en el proceso es la búsqueda de la verdad material a cualquier precio.<sup>177</sup>

Como bien puntualiza LÓPEZ BARJA DE QUIROGA lo importante en este tipo de casos es determinar la relación causal entre el acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales y el acto derivado o reflejo. Dicho de otro modo: el segundo acto debe ser consecuencia del primero.<sup>178</sup> Sin embargo, el

indirectamente...Si consideramos esta doctrina desde el plano de la eticidad, ella implica un verdadero comportamiento ético por parte del Estado; así, el servicio de justicia no puede beneficiarse con la obtención ilegal de una prueba, aunque la misma sea derivada de la ilegalidad inicial.”

<sup>175</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 19.

<sup>176</sup> En este sentido, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 74, considera que con base en su fundamento constitucional “la exclusión de la prueba que se ha obtenido gracias a la lesión directa o indirecta de un derecho fundamental es un imperativo de la propia naturaleza de los derechos fundamentales e integra el contenido de un derecho fundamental de naturaleza procesal.” Asimismo, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p 60, quien apunta que “el reconocimiento del efecto reflejo no obedece, pues, a ninguna concesión “supergarantista”, sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia.”

<sup>177</sup> Vide LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, pp. 116-117 quien, a la par que disiente de tales posiciones, cita a Cordero y a Pastor Borgoñón como autores que se oponen a la inutilizabilidad de la prueba derivada o refleja de un acto originariamente vulneratorio de derechos fundamentales.

<sup>178</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit., p. 117. Igualmente, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 98,

establecimiento de esa relación causal no está exento de dificultades y problemas. Es por ello que no sería apropiado que desde la dogmática se perfilen reglas generales cuando dicha tarea debe ser asignada a quienes tienen la obligación de examinar y resolver los casos concretos: los jueces.<sup>179</sup>

La prueba ilícita indirecta, refleja o derivada está relacionada con la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), de elaboración jurisprudencial estadounidense en los casos *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* de 1920 y *Nardone vs. United States* de 1939,<sup>180</sup> casos en los que a través de interceptaciones telefónicas ilícitas las autoridades habían obtenido información relevante.<sup>181</sup> La idea central de la teoría en mención es que si la raíz está contaminada, la contaminación se transmite también a los frutos. En otras palabras: si la prueba originaria es ilícita, la ilicitud se proyecta a las que se deriven de ella.

Dicha elaboración jurisprudencial, que originariamente tuvo un alcance general, actualmente viene sufriendo un proceso de relativización a través de la introducción de numerosas excepciones de las que precisamente nos ocuparemos a continuación, específicamente en el numeral 7.2.

## **7.- CONSECUENCIAS JURÍDICO – PROCESALES DE LA PRUEBA ILÍCITA**

### **7.1.- Exclusión de prueba**

quien al respecto señala que “si entre ambos actos se aprecia una relación de causalidad, independientemente de que entre los dos se interpongan otros actos, la solución ha de ser la de su no utilizabilidad.”

<sup>179</sup> De similar criterio, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 117.

<sup>180</sup> Vide HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 39. La doctrina es unánime en considerar dicho caso como el punto de partida de la teoría de los frutos del árbol envenenado, aun cuando también se coincide en señalar que fue recién en el caso *Nardone vs. U.S.* de 1939 que se utilizó la expresión *the fruit of poisonous tree doctrine*.

<sup>181</sup> Vide MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 73.



La prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, sea de manera directa o indirecta, genera una consecuencia en el ámbito jurídico, cual es la prohibición de tenerla en cuenta o valorarla en el marco del proceso. Circulan en la doctrina y la jurisprudencia, como se sabe, diversas etiquetas terminológicas para referirse a esta consecuencia, a saber: ineficacia, nulidad, inaprovechabilidad, inutilizabilidad, inadmisibilidad, inapreciabilidad, etc.<sup>182</sup> Sobre este aspecto coincidimos con GÁLVEZ MUÑOZ en el sentido que todas las denominaciones parecen referirse a lo mismo, es decir, “que las pruebas así obtenidas no pueden tener eficacia alguna en el proceso.”<sup>183</sup> Para ello, naturalmente, aquí asumimos superada la doctrina que sostenía que la prueba ilícita debía ser admitida y valorada en el proceso en aras de la verdad material como fin del proceso penal, respecto de lo cual nos remitimos a las conclusiones de la primera parte de nuestro trabajo (Nociones preliminares).<sup>184</sup>

Pero, podríamos preguntarnos válidamente ¿qué significa el que la prueba ilícitamente obtenida sea ineficaz o, como prescribe el artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, que carece de efecto legal? Así, entendemos que ineficaz es lo contrario a eficaz que, a su vez, significa capacidad, aptitud o poder para generar el efecto, consecuencia o propósito perseguidos. Por tanto, lo que es ineficaz no genera el efecto, consecuencia o propósito perseguidos. En el campo de la prueba procesal, ésta persigue la acreditación de los enunciados sobre los hechos del proceso con miras a la convicción o certeza respecto de los mismos por parte del juez. Consiguientemente, puede sostenerse que la prueba ilícitamente obtenida no

<sup>182</sup> Véase al respecto, GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 147.

<sup>183</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, *Ibidem*.

<sup>184</sup> Sobre las posiciones favorables a la admisión y valoración de la prueba ilícita, véase MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, pp. 53-54, sobre todo la nota a pie de página Nro. 106, en la que como defensores de esta posición señala expresamente a autores de la talla de Guasp, Prieto Castro, Muñoz Sabaté, Cordero, Ortega Pinto y Schönke. Según el autor citado, tales posiciones partían de considerar que la prueba ilícita debía tener eficacia toda vez que el fin del proceso penal sería el logro de la verdad material, resultando irrelevante la forma en que haya sido obtenida, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, penales o civiles a imponer a los funcionarios responsables de la ilicitud; vid. también, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 945.

debe generar efecto o consecuencia alguna en la formación de la convicción o certeza del juzgador sobre los hechos o enunciados del proceso.<sup>185</sup>

Sin embargo, ¿acaso la nulidad de los actos procesales no produce también la ineficacia de los actos viciados? ¿Cuál es la diferencia entre nulidad e ineficacia en virtud de la obtención de prueba ilícita? De acuerdo con la doctrina tradicional la nulidad alude a la inobservancia de las formas establecidas por la ley para el cumplimiento de un acto procesal.<sup>186</sup> Piénsese, por ejemplo, en el tenor de los artículos 150, 151, 152 y 154 del Código Procesal Penal de 2004, referidos a la nulidad absoluta, nulidad relativa, convalidación de los vicios de nulidad relativa y a los efectos de la nulidad, respectivamente. En líneas generales, la precitada normatividad prescribe que los supuestos de nulidad absoluta, entre los que figura la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, son insubsanables, más no los supuestos de nulidad relativa que sí pueden serlo, siendo el efecto principal de la nulidad la anulación de todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él.

HAIRABEDIÁN<sup>187</sup> ha establecido las siguientes diferencias entre nulidad y exclusión probatoria:

<sup>185</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 160, establece una indesligable conexión entre inadmisibilidad e invalorabilidad cuando postula que “la prueba irregularmente adquirida es primeramente *inadmisibile* - y por ende, *invalorable* - en el procedimiento penal.”

<sup>186</sup> Vide sobre el particular, COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 374, quien precisa que “la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley.” Tradicionalmente los estudios sobre la nulidad procesal han aplicado conceptos extraídos del ámbito relativo a los actos jurídicos ineficaces. De allí que, especialmente tratándose de la nulidad en el proceso civil, los autores hayan abundado sobre conceptos como inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, anulabilidad, etc. «imitando el modelo del acto jurídico civil» (Vide VILELA CARBAJAL, Karla, *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*, Palestra, Lima, 2007, p. 22). En materia procesal penal este importante tópico, por lo menos en nuestro país, es una tarea absolutamente pendiente, pues los diversos autores, en la mayoría de los casos, obvian por completo un mínimo tratamiento de esta trascendente problemática. Es por ello que compartimos la idea acerca de la necesidad de la elaboración de una teoría de la nulidad propia del Derecho Procesal y no basada sobre categorías iusprivatistas (VILELA, op. cit., p. 21).

<sup>187</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 60-64.

- a) La nulidad recae sobre actos procesales, mientras que el alcance de la exclusión probatoria es más amplio en tanto comprende, además de los actos dentro del proceso, también y principalmente actos extraprocesales.
- b) La fuente directa de las nulidades es la ley formal, generalmente los códigos procesales, en tanto que la exclusión probatoria tiene su origen expreso o implícito en la Constitución.
- c) La nulidad exige la aplicación del principio *locus regit actum* por el cual se aplica a las formalidades imperativas la legislación del lugar en que se lleva a cabo el acto, de tal manera que, habiéndose realizado bajo la cobertura de las formalidades de una jurisdicción en particular, sería 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.<sup>188</sup>

Por su parte GUARIGLIA, partiendo de la diferencia hartiana entre normas de deber (ordenan a las personas realizar u omitir ciertas acciones que están vinculadas con una pena en caso de incumplimiento) y normas que confieren potestades o facultativas (conceden a un determinado grupo de personas ciertas facultades o poderes cuyo cumplimiento u observancia definen la validez de la actuación), sostiene que la consecuencia de la infracción de las reglas de adquisición de prueba, que son ciertamente normas potestativas, es la invalidez del acto ilícitamente practicado, la que emparenta con un concepto de nulidad en sentido amplio que, según explica, comprende tanto la inexistencia, la nulidad absoluta, como la nulidad relativa y la anulabilidad.<sup>189</sup>

<sup>188</sup> Naturalmente esta diferencia anotada por el autor argentino citado debe situarse exactamente en el sistema federal de su país. De allí que el ejemplo propuesto, que utiliza para clarificar el concepto, de la declaración por exhorto de la concubina del imputado, rendida ante un juez de Santa Fe, a solicitud de su par de Córdoba, que se actuó válidamente previo juramento en la primera jurisdicción, y que no podría ser utilizada en la segunda debido a una expresa prohibición contemplada en la Constitución, es únicamente válido para dicha realidad.

<sup>189</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 109-115.

Nos parece que, si bien es verdad, en líneas generales, la nulidad absoluta y la exclusión probatoria generan un resultado de ineficacia, no es menos cierto que no son la misma cosa. En primer lugar, tal como ya ha sido señalado precedentemente, es necesario no perder de vista que la nulidad está referida siempre a actos procesales. En cambio, la exclusión probatoria tiene un alcance mucho más amplio pues comprende también y principalmente la realidad extraprocesal de las fuentes de prueba. En segundo lugar, no debe olvidarse que la exclusión probatoria deriva de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales dentro de la Constitución y, en general, dentro del ordenamiento jurídico del país. Esta trascendencia iusfundamental o, si se quiere, constitucional, no está necesariamente presente en la regulación de la nulidad procesal que está referida más bien a las irregularidades, graves y menos graves, presentadas en el trámite del proceso. Aun cuando es indudable que las causales de la nulidad, fundamentalmente las que se vinculan con la nulidad absoluta, pueden tener una connotación constitucional – ausencia del abogado defensor, incompetencia de los jueces, etc. -, no es su esencia. De allí que en materia de nulidades rija el principio de taxatividad por el cual ellas pueden ser invocadas y declaradas únicamente si están previstas por la ley, lo que no sucede tratándose de la exclusión probatoria cuya fuerza vinculante y aplicabilidad dimana de la Constitución y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales. Es por ello que no es necesario que la regla de exclusión esté expresamente prevista en el ordenamiento.

Las consideraciones esbozadas precedentemente, a nuestro juicio, justifican la autonomía de la exclusión probatoria y la diferencian claramente del instituto jurídico-procesal de la nulidad.<sup>190</sup>

<sup>190</sup>

En la doctrina española también se ha discutido el problema de la diferenciación entre la nulidad de pleno derecho regulada en el artículo 238.3 de su Ley Orgánica del Poder Judicial y la ineficacia de la prueba ilícita prevista en el artículo 11.1 de la misma ley. Sobre el particular, tras apuntar que ambas regulaciones tienen un aspecto común, cual es la privación de eficacia procesal a la conducta de que se trate, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 140-142, señalan tres argumentos que abonan en favor de distinguir a la exclusión probatoria de las demás causas de nulidad, a saber: a) La exclusión probatoria extiende la competencia funcional del órgano jurisdiccional en la medida en que, por ejemplo, tiene que enjuiciar previamente si determinadas actuaciones policiales son vulneratorias de derechos fundamentales, lo que no sucede tratándose de la nulidad de pleno derecho. b) La exclusión probatoria no sólo implica la ineficacia directa del acto vulneratorio sino que también extiende un efecto reflejo o indirecto sobre los actos que se deriven del originario. En este punto, si bien los

Por otro lado, es necesario tener claro qué es lo que significa la regla de exclusión probatoria o, en otras palabras, cuál es su justificación o fundamento principal. En los Estados Unidos de Norteamérica, cuna de la regla de exclusión, el fundamento principal actualmente es la generación de un efecto preventivo o disuasivo (*deterrent effect*) principalmente sobre el personal policial con miras a desalentar conductas o procedimientos contrarios a los derechos fundamentales. En esta línea, al resolver el caso *Elkins vs. United States* (1960) la Corte Suprema de ese país estableció que “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.”<sup>191</sup> Así las cosas, de tal propósito puede derivarse, en primer lugar, que si en el caso concreto no es posible obtener un efecto preventivo a través de la exclusión de prueba, ésta debe ser admitida y valorada; y, en segundo lugar, que si la regla de exclusión es tan solo un instrumento procesal de disuasión creado

Eliminado: "

Eliminado: -

Eliminado: -

Eliminado: "

Eliminado: "

autores citados reconocen que la nulidad absoluta también genera la ineficacia de los actos consecutivos dependientes, impidiendo “cualquier intento de resucitar, indirectamente, el acto anulado,” empero, anotan que “es importante no confundir los supuestos de prueba refleja con el juego del artículo 238.3...” Para ello citan como ejemplo el caso del registro domiciliario sin orden judicial en el que no cabe utilizar la droga incautada, ni la declaración del testigo cuya existencia se conoció en el marco de dicha diligencia (exclusión de prueba ilícita). Pero, si el registro se practica con orden judicial, mas sin las formalidades procesales exigidas como la presencia de testigos (no es prueba ilícita porque la causa del hallazgo de la droga no es la lesión del derecho de defensa –ausencia de testigos), la nulidad generará la ineficacia del registro, impidiendo la utilización de la droga, la declaración del policía que lo practicó, pero no la del testigo cuya existencia se conoció durante el registro. En contra: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 87, quien sostiene que “el incumplimiento de las normas procesales penales que regulan la obtención y/o práctica de las pruebas, en cuanto que cumplen, como regla general, una función de garantía, debe tener el mismo tratamiento y efectos que los supuestos de pruebas inconstitucionales. Las pruebas irregularmente practicadas son pruebas de valoración prohibida, por cuanto su utilización como prueba de cargo podría vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.” Aun cuando, tratándose del incumplimiento de meras formalidades sin mayor trascendencia o de la lesión de normas procesales que no cumplen la función de garantía, el autor citado señala que “no existiría obstáculo alguno para su admisión y valoración por el Tribunal sentenciador.” (*Ibidem*).

<sup>191</sup> Vide GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 65. GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, 2005, pp. 46-47, si bien es cierto considera que la afirmación según la cual la tesis dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense es la *deterrent effect* es solamente parcialmente cierta, puesto que, tratándose de lesiones a la VI Enmienda (derecho a la defensa técnica) y V Enmienda (protección contra la autoincriminación), la Corte Suprema ha derivado la prohibición de valoración directamente de las Enmiendas afectadas, sin considerar los fines preventivos; no es menos cierto que, enseguida, el autor citado admite que tal dirección ha sufrido variación en lo que se refiere a las consecuencias de la violación de la V Enmienda, citando el caso *New York vs. Quarles* de 1984, en el que “la Corte sostuvo que las advertencias exigidas a partir de Miranda...sólo constituían “medidas profilácticas”, y no derechos en sí mismos, protegidos por la Constitución.” (Op. cit., p. 47).

jurisprudencialmente, significa que en cualquier momento puede ser reemplazada por otro mecanismo o remedio que pueda lograr el mismo propósito disciplinante o disuasivo.

La cuestión que debe plantearse enseguida es si la tesis del *deterrent effect* puede ser trasladada y aplicada sin más a nuestra realidad procesal. En principio, negamos esta posibilidad habida cuenta que hemos venido sosteniendo a lo largo de esta exposición que, la exclusión de la prueba ilícita es directa consecuencia de la preeminencia de los derechos fundamentales dentro del marco constitucional y del ordenamiento jurídico en general. Si bien es admisible que, en general, deba esperarse o acaso desearse que la aplicación de la regla de exclusión disuada a la policía y a los demás órganos de la persecución penal de futuros actos lesionantes de derechos fundamentales en la actividad de obtención de fuentes de prueba, sin embargo, pensamos que en nuestro sistema la principal finalidad de la exclusión probatoria es servir de garantía de la preeminencia e inviolabilidad de los derechos fundamentales. Una prueba ilícitamente obtenida no debe ser rechazada porque así se lograría disuadir a los agentes de la persecución penal de seguir procediendo de dicho modo ilegal, sino porque la vulneración de derechos fundamentales es intolerable en un Estado de Derecho.<sup>192</sup>

Eliminado:

Eliminado:

192

Para una crítica amplia de la tesis de los fines preventivos de las prohibiciones de valoración probatoria, puede consultarse GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp.46-58. El autor citado sostiene que una de las principales críticas que se le puede formular al efecto preventivo como fin perseguido por la regla de exclusión es que "la teoría falla al amarrarse a una base empírica, también empíricamente falseable", en la medida en que la cuestión de si la regla de exclusión desalienta o no la actividad policial irregular no puede ser respondida de manera unívoca, pues el efecto disuasivo es tanto afirmado como negado. Es, en efecto, imposible demostrar empíricamente la efectividad de la regla. Opuesto también a una importación sin más de la tesis del *deterrent effect* al Derecho español se muestran DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 87-88. Así, en relación con el descubrimiento inevitable explican: "Al contrario del sistema estadounidense, lo que esencialmente está en juego en nuestro sistema de derechos y libertades no es la disuasión policial (que se proyecta al futuro), ni siquiera el contenido de un derecho fundamental sustantivo (lesión ya consumada y perteneciente al pasado), sino, sobre todo, el propio modelo constitucional de proceso...En nuestro sistema la cuestión no se reduce a saber si se previenen o no conductas policiales."

## 7.2.- Excepciones a la regla de exclusión probatoria

Alguien se ha preguntado, no sin razón, si la regla de exclusión puede tener el carácter de absoluta cuando es sabido que ni siquiera los derechos fundamentales son derechos absolutos.<sup>193</sup> La interrogante resume en buena medida la problemática concerniente a la posibilidad de admitir o no excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. En la doctrina circulan posiciones favorables a las excepciones y también las que niegan tal posibilidad.<sup>194</sup> Como ya ha sido mencionado a lo largo de este trabajo,<sup>195</sup> es innegable que actualmente existe en el Derecho Comparado un proceso de relativización de la regla de exclusión de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales que no se puede soslayar. Aunque autores como GÁLVEZ MUÑOZ<sup>196</sup> se pronuncian de manera genérica y desde el inicio del análisis de la cuestión, mostrándose favorable, “sin reserva alguna” a la admisión de excepciones a la regla de exclusión, nosotros preferimos previamente examinar cada una de las excepciones elaboradas y dentro de ese marco adoptar una postura concreta a la luz del razonamiento,

Eliminado:

Eliminado:

No es la mencionada una tarea sencilla ni mucho menos. Alguien también ha dicho que “intentar un mejoramiento u optimización de la capacidad de respuesta del sistema penal no ya a través de su reformulación, modificación o

<sup>193</sup> GARRORENA MORALES, Ángel, en el prólogo a GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 34.

<sup>194</sup> En la doctrina española GÁLVEZ MUÑOZ, op. cit. pp. 120-121, notas a pie de página Nros. 150 y 151, manifiesta que en su país son representantes de la tendencia que postula la naturaleza de la regla de exclusión como principio de carácter general y no absoluto y, por tanto, favorable a las excepciones, autores como Blanca Pastor Borgoñón, José Asencio Mellado, Manuel Alonso Olea, Salvador Del Rey Guanter, Luis Muñoz Sabaté, Manuel Lozano-Higuero Pinto, Federico Sainz de Robles, José Albácar López, Rubén De Marino, Jacobo López de Quiroga, Antonio Jiménez Pericas, Juan López Ortega, Nicolás Martí Sánchez y Joan Picó I Junoy, incluyéndose él mismo en el círculo de estos autores. Mientras que como defensores de la posición contraria, es decir, aquellos que sostienen la aplicación rígida, absoluta y, por tanto, sin excepciones, de la regla de exclusión cita a Enrique Ruiz Vadillo, Enrique Vescovi, Blanca Rodríguez Ruiz, José Díaz Cabiale y Ricardo Martín Morales.

<sup>195</sup> Véase el acápite Nro. 6 – *in fine* -.

reforma, sino mediante la convalidación del producto de la vulneración o abandono de sus propias normas es jugar con trampas.<sup>197</sup> Para esta posición la capacidad de maniobra y decisión de los jueces estaría bastante limitada al enfrentar situaciones de vulneración de derechos o inobservancia de reglas en la adquisición de prueba, debiendo optar únicamente por rechazarla o anular la condena dictada sobre su mérito. Esto implicaría que no habría lugar para las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida, quedando únicamente la posibilidad de la reforma legislativa allí donde resulte políticamente aconsejable la potenciación de la persecución penal y se corra el riesgo de una parálisis del sistema debido a una aplicación rígida de las normas procesales referidas a la obtención de prueba, so pena de quebrantar los principios de separación de poderes y de reserva de la ley.<sup>198</sup>

Eliminado: AN FACULTADOS PARA INCORPORAR AL DEBATE PRUEBA ILÍCITA(PAG. 149 Y OTRAS).

### 7.2.1.- La fuente independiente

Dos ejemplos nos pueden ayudar a entender el sentido de la excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*):

Eliminado: Un

Ejemplo Nro. 1: Tras una detención ilegal la autoridad policial toma las huellas dactilares del sospechoso, las que son excluidas debido a su origen ilícito, más no las que se encuentran en los archivos de la policía.<sup>199</sup>

Eliminado: se

Eliminado: n

Eliminado: pero su m

<sup>196</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, op. cit., pp. 119-120.

<sup>197</sup> La afirmación es de GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 124. La posición de este autor al respecto es que cuando la ritualidad excesiva o las formalidades extremas ponen en peligro la eficacia del sistema penal condenándolo a una suerte de parálisis, lo legítimo es persuadir al legislador para la modificación de tales normas. De este modo, se muestra abiertamente contrario a la tesis de la ponderación como mecanismo para valorar prueba ilícitamente obtenida en función del interés preponderante de la persecución penal y el descubrimiento de la verdad.

<sup>198</sup> Vide al respecto, GUARIGLIA, Fabricio, op. cit., pp. 125-151. Se plantea, así, que en el proceso penal de la tradición europeo – continental los jueces carecen de la potestad de “crear” normas de injerencia estatal no previstas legislativamente para los casos concretos, ergo, no estarían facultados para admitir y valorar prueba ilícitamente obtenida a través de la fundamentación de excepciones de las regla de exclusión. Por el contrario, en la tradición del *common law* y particularmente en EE.UU., históricamente los tribunales han tenido amplias facultades discrecionales para admitir y rechazar la prueba.

<sup>199</sup> Se trata del caso *Bynum vs. U.S.* (1960), citado por DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 83.

Eliminado: G



Ejemplo Nro. 2: Tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración. Sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarla.<sup>200</sup>

En ambos casos la evidencia (huellas dactilares en los archivos policiales y el hallazgo del arma homicida) no tiene su origen en la vulneración inicial de derechos fundamentales inicial (libertad individual y dignidad humana -- interdicción de la autoincriminación), sino que es producto de un curso causal autónomo o independiente. Dicho de otro modo, la evidencia, el elemento de prueba, deriva de una fuente independiente respecto de la prueba primigenia obtenida mediante lesión de derechos fundamentales. Si lo que plantea esta excepción es la ausencia de conexión causal entre la prueba inicialmente obtenida de modo ilícito y la que es reputada independiente, es decir, que la primera no es causa de la segunda, consecuentemente, como bien explica GASCÓN ABELLÁN,<sup>201</sup> no nos encontraríamos frente a una verdadera excepción a la regla de exclusión, en la medida en que se trataría propiamente de un caso que no caería dentro de los alcances de las exclusiones probatorias, pues, en puridad, la prueba es adquirida lícitamente y de modo directo, esto es, sin derivación de otra obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Lo que en realidad se presenta es una situación de concurrencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas y por tal razón aprovechables.<sup>202</sup> Sin embargo, también se da cuenta en la doctrina de un sentido aplicativo de la fuente independiente diferente del mencionado en las líneas anteriores que HAIRABEDIÁN califica como “situaciones en las que la acusación presenta todas las pruebas sobre el hecho en particular, incluyendo las contaminadas.”<sup>203</sup> Tal sería el caso en el que personal policial realiza un allanamiento domiciliario sin mandato judicial como consecuencia del cual se

<sup>200</sup> Mencionado por HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 67.

<sup>201</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 75. Del mismo parecer, DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Edit.), Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 159.

<sup>202</sup> Vide DÍAZ GARCÍA, L. Iván, op. cit., p.158.

produce la detención de los ocupantes y el hallazgo de una cierta cantidad de droga, por lo que permanecen en el inmueble durante varias horas esperando la emisión de la autorización judicial, la que, una vez conseguida, les permite la incautación de la droga.<sup>204</sup> La jurisprudencia estadounidense ha resuelto este tipo de casos otorgando plena validez al hallazgo e incautación de la droga, pues se considera que ello es producto del segundo registro realizado al amparo de la autorización judicial que, según este criterio, sería fuente independiente respecto del primer registro no autorizado.<sup>205</sup> En esta clase de situaciones es de apreciarse que no es fácil una desvinculación plena entre el primer acto ilícito, vulneratorio de derechos fundamentales, y el segundo acto que se reputa aprovechable, a tal punto que en el mencionado caso *Segura vs. U.S.* (1984), como ponen de relieve DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES,<sup>206</sup> se esgrimió un argumento en minoría en el sentido que si no se hubiese producido el allanamiento ilegal inicial, las fuentes de prueba que luego se encontraron podrían haber sido destruidas. En todo caso, esta última forma de entender y aplicar la fuente independiente es bastante discutible y revela que lo que debe primar para establecer si es que se trata o no de fuente independiente es la desconexión causal entre el primer acto vulneratorio de derechos y las pruebas obtenidas, tarea que no siempre se ha de presentar en términos sencillos.

### **7.2.2.- El descubrimiento inevitable**

La doctrina es unánime en considerar el caso *Nix vs. Williams* (1984) de la jurisprudencia estadounidense como la muestra paradigmática de aplicación de la

<sup>203</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 68.

<sup>204</sup> Como dan cuenta DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 83 y GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., pp. 75-76, en la jurisprudencia estadounidense se trata del caso *Segura vs. U.S.* (1984).

<sup>205</sup> Según GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 76, nota a pie de página Nro. 32, la jurisprudencia estadounidense ha procedido así, además del caso ya citado *Segura vs. U.S.* (1984), en *Murray vs. U.S.* (1988). No obstante, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, op. cit., p. 70, nota a pie de página Nro. 176, informa que algunos Estados de la Unión han rechazado la aplicación de la fuente independiente utilizando el argumento de la "integridad judicial" en virtud del cual no se puede incoar un proceso como consecuencia de una detención y allanamiento ilegales.

<sup>206</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 83.

excepción del descubrimiento inevitable o *inevitable discovery*.<sup>207</sup> En este caso la Corte Suprema norteamericana consideró utilizable la confesión de un imputado sobre el paradero del cadáver de su víctima en vista que los equipos de búsqueda de la policía de todos modos – de manera inevitable -, lo hubieran encontrado ya que se estaban acercando a la zona de ocultamiento.

Algunos autores encuentran similitudes entre la excepción que nos ocupa y la que concierne a la fuente independiente.<sup>208</sup> No nos parece que ello sea así. En efecto, en virtud a la teoría del hallazgo inevitable los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos – inevitablemente - pudo ser obtenido a través de una actividad regular y lícita. En cambio, tratándose de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, esto es, se reputa independiente. Como puede verse, en este último caso existen dos datos de prueba: uno de origen ilícito y otro que se reputa aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que en el descubrimiento inevitable existe tan solo un dato probatorio de origen ilícito, puesto que lo que utiliza el Tribunal es una mera elucubración mental hipotética para considerar que igualmente dicho dato pudo ser obtenido lícitamente, decidiendo por ello aprovecharlo probatoriamente.<sup>209</sup> En palabras de DÍAZ GARCÍA, “detrás de esta ingeniosa construcción no hay, y esto es lo fundamental, prueba alguna.”<sup>210</sup>

<sup>207</sup> Para muestra véase, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 91; HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 75; GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 81.

<sup>208</sup> Vide MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, op. cit., p. 91, quien sostiene que “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 y, siempre que la policía hubiera actuado de buena fe...”

<sup>209</sup> Vide HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p.73, quien apunta que “...en la fuente independiente se requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, en el descubrimiento inevitable, que sea *hipotéticamente factible*.”

<sup>210</sup> DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Edit.), Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 158. En puridad, existe prueba pero que no puede ser valorada por su origen ilícito.

En Alemania, según da cuenta JÄGER, de manera análoga a la jurisprudencia estadounidense en el caso arriba mencionado *Nix contra Williams*, sobre todo la doctrina, ha elaborado la tesis de los cursos de investigación hipotéticos por la cual se declara aprovechable material probatorio ilícito “en los supuestos en que ese material pudo haber sido obtenido sin una lesión de las prohibiciones establecidas para la obtención de pruebas,”<sup>211</sup> tesis que, de acuerdo con el autor citado, ha sido aceptada mayoritariamente en su país y que, sostiene, se trata de una transferencia al derecho procesal penal de la categoría de los “comportamientos alternativos” desarrollada en el ámbito del derecho penal material, por la cual un resultado con relevancia penal no resulta atribuible al imputado cuando aquel se hubiera producido con una muy alta probabilidad, no obstante un comportamiento alternativo correcto por parte de éste. De todas formas, en general, considera cuestionable la tesis, en la medida en que en el derecho procesal penal no es posible saber realmente si alguien pudo o no haberse comportado legítimamente, en cuya virtud se debe estimar que su aplicación constituye “meras maquinaciones mentales.”<sup>212</sup>

La crítica principal que se le puede formular a la tesis del descubrimiento inevitable es que la consideración de la probabilidad, alta o muy alta, de producción u obtención lícita del dato probatorio, no elimina su real ilicitud. Lo únicamente concreto es que la prueba con la que se cuenta tiene un origen ilícito pues el descubrimiento inevitable lícito, por más inevitable que pudiera ser, nunca se dio en la realidad, no existe, es una mera hipótesis que no puede servir como prueba de cargo y mucho menos para sustentar una condena. HAIRABEDIÁN, contestando esta crítica, explica que es requisito *sine qua non* de esta excepción que el descubrimiento sea precisamente “inevitable”, lo cual significaría que debe existir certeza sobre su ocurrencia, lo que a su entender convierte en desacertada la crítica. Sin embargo, aun cuando ello fuese así, debe decirse al respecto que,

<sup>211</sup> JÄGER, Christian, “El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 766.

<sup>212</sup> JÄGER, Christian, “El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en*

el que con certeza haya podido ocurrir el descubrimiento, no implica que realmente haya ocurrido. Además, la certeza sobre la ocurrencia de un descubrimiento lícito no puede ser tal en la medida en que nunca podrá comprobarse por no pertenecer a la realidad sino al mundo de las posibilidades. Así, en el caso *Nix vs. Williams* no podría afirmarse con certeza absoluta que las brigadas policiales de búsqueda del cadáver de la víctima necesariamente lo hubiesen hallado porque el radio de acción de la búsqueda comprendía la zona donde el homicida lo había ocultado, pues cualquier factor no previsto, cuya probabilidad también puede afirmarse, podría haber alterado el curso de los acontecimientos. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad que un error u omisión en la búsqueda pudiese haber frustrado el hallazgo.<sup>213</sup>

### **7.2.3.- La buena fe**

Nuevamente la jurisprudencia estadounidense es citada como la fuente de elaboración de una de las excepciones más relevantes de la regla de exclusión probatoria: la denominada excepción de la buena fe o *good faith exception*. Existe consenso en considerar que la partida de nacimiento de esta excepción es la decisión adoptada por la Corte Suprema norteamericana en el caso *U.S. vs. León* de 1984.<sup>214</sup> En el caso mencionado la Corte admitió la prueba ilícita obtenida a través de un allanamiento realizado por la policía con una autorización judicial aparentemente válida pero defectuosa, de tal manera que se consideró que los agentes policiales actuaron de buena fe, bajo la creencia que la orden era perfectamente válida. Es posible advertir en la jurisprudencia estadounidense una línea bastante marcada de extensión de la excepción de la buena fe desde su primera manifestación de 1984, pues en casos posteriores como el de *Illinois vs. Krull* (1987) se aplicó también a un registro realizado por la policía bajo el amparo de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional, así como también

---

las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 775.

<sup>213</sup> Además de lo expuesto, el mismo HAIRABEDIÁN, Maximiliano, reconoce el riesgo real que tanto cierta doctrina como alguna jurisprudencia se conformen con mucho menos que la certeza sobre la ocurrencia del hecho hipotético para hacer valer la *excepción del descubrimiento inevitable* (*Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 77).

<sup>214</sup> Vide por todos, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 80.

en Arizona vs. Evans (1995) en el que la policía intervino a una persona debido a una errónea orden de detención, pero al esposarlo se le cayó un cigarrillo que despedía un olor a marihuana, procediéndose por ello a registrar su automóvil en el que se encontró una bolsa de dicha sustancia.<sup>215</sup>

La excepción a la que nos estamos refiriendo propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención los funcionarios policiales actuaron en la creencia que lo hacían bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencidos que procedían correctamente, es decir, de buena fe. Como es de apreciarse, nos encontramos frente a prueba ilícita directa, a diferencia de las excepciones examinadas precedentemente que están referidas a prueba indirecta o derivada. Siendo ello así, lo que está en juego en la aceptación sin más de esta excepción es la vigencia misma de la regla de exclusión.<sup>216</sup>

En la doctrina se ha advertido sobre los peligros de una aplicación genérica de la *good faith exception*. Así, ella podría permitir el ingreso de gran cantidad de excepciones que terminarían vaciando de contenido a la regla de exclusión y haciendo de aquellas la regla general,<sup>217</sup> lo que implicaría a su vez una mella a la seguridad jurídica.<sup>218</sup> Y es que no parece plausible hacer depender la validez de una actividad probatoria ilícita de las creencias subjetivas del agente policial traducidas en una supuesta buena fe. Esto conduciría a proporcionarles a los agentes de la persecución penal la posibilidad siempre abierta para alegar buena fe aun en actuaciones dolosas y vulneratorias de derechos fundamentales en las que aquella no existe. Es posible que resulte más razonable argüir buena fe para justificar una infracción de derechos fundamentales en la actividad de acopio probatorio a efectos de librarse de una eventual responsabilidad disciplinaria o penal por parte de los agentes de la persecución penal, en lugar de asignarle relevancia para admitir y valorar la

<sup>215</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 84; HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>216</sup> Confróntese esta idea en GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 83-84, quien agrega que el paso "...hacia la destrucción de la regla de exclusión...ya se ha dado con el reconocimiento de la excepción de buena fe de los agentes de la policía."

<sup>217</sup> Vide DÍAZ GARCÍA, L. Iván, "Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno", en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Edit.), Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 154.

<sup>218</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 78.

prueba así obtenida, situación extremadamente difícil de probar en la mayor parte de casos.<sup>219</sup> Inclusive en los Estados Unidos de Norteamérica no existe consenso sobre la aplicación de esta excepción, pues, como da cuenta HAIRABEDIÁN, el voto disidente del juez Brennan en el caso *U.S. vs. León* dejó sentado que el recurso a la buena fe permitirá a la policía infringir derechos constitucionales, además que Estados como Utah y Nueva Jersey han rechazado su aplicación.<sup>220</sup>

No obstante lo expuesto, un sector de la doctrina parece estar dispuesto a admitir en ciertos casos la aplicación de la excepción de la buena fe. En palabras de DÍAZ GARCÍA, “el recurso a la buena fe también enfrenta casos en que rechazar una prueba ilícita puede parecer excesivo.”<sup>221</sup> Al respecto se ha considerado atractiva la aplicación de la buena fe cuando realmente ella se haya presentado en el caso concreto, “porque causa rechazo la idea de invalidar prueba obtenida sin mala intención de los funcionarios actuantes.”<sup>222</sup> Piénsese, verbigracia, en aquel supuesto en el que la policía escucha gritos provenientes de un inmueble, por lo que decide ingresar sin autorización en la creencia que son voces de auxilio, dándose con la sorpresa que se trata de una fiesta en la que se está comercializando drogas. En el caso propuesto, ¿cómo excluir el hallazgo de la droga que se venía comercializando pues, si bien es cierto el allanamiento se realizó sin mandato judicial en la creencia que se trataba de una agresión flagrante, también lo es que el funcionario policial actuó sin malicia, con el propósito manifiesto de acudir en auxilio de una supuesta víctima?. No parece muy razonable, pues, en casos como éste descartar de plano al menos la posibilidad de evaluar la admisión de la prueba. Sin embargo, el problema es que siempre será muy difícil saber si realmente los funcionarios policiales actuaron de buena fe.<sup>223</sup> Hay quienes han planteado, por ello, que estas situaciones pueden

<sup>219</sup> Así, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, op. cit., p. 84, da cuenta de una decisión de la justicia provincial de Córdoba en la que se argumentó que “si por un error material se allanó un domicilio distinto, la buena fe del funcionario actuante podría eximirlo de responsabilidad penal, pero no puede admitirse como argumento para convalidar el allanamiento irregular.”

<sup>220</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 81-83.

<sup>221</sup> DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Edit.), Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 154.

<sup>222</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “Prueba ilícita obtenida de buena fe”, en *Novedades sobre la prueba judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2002, p. 22.

<sup>223</sup> Es por ello que HAIRABEDIÁN, Maximiliano, op. cit. p. 24, sostiene que “sólo una aceptación de la excepción, en los casos que no exista ninguna duda sobre la buena intención del

ser mejor resueltas a través de la aplicación del principio de proporcionalidad al que nos referiremos más adelante, teniendo en cuenta la gravedad o naturaleza de la vulneración de los derechos fundamentales.<sup>224</sup> Otros autores postulan que la actuación de la policía en el caso concreto ha de ser objetivamente razonable, lo cual introduce un nuevo elemento de confusión pues, ¿qué se debería entender por “objetivamente razonable”?<sup>225</sup>

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado el diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, los vocales superiores de todo el país acordaron por mayoría admitir la excepción de la buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos 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.”<sup>226</sup> Si bien dicho acuerdo no tiene carácter vinculante, sin embargo, resulta importante porque nos da una muestra del pensamiento de un sector importante de la judicatura nacional.

#### **7.2.4.- El principio de proporcionalidad**

GONZALES-CUELLAR SERRANO ha escrito que “el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”<sup>227</sup>. En esta definición reside implícita la idea de ponderación a la que se ve obligado a recurrir el operador para resolver una situación en la que es preciso optar por uno de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos en conflicto.

---

funcionario actuante, puede ser procedente, aunque la experiencia parece demostrar que ello es difícil.”

<sup>224</sup> Vide DÍAZ GARCÍA, L. Iván, op. cit., 154.

<sup>225</sup> Vide HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “*Prueba ilícita obtenida de buena fe*”, en *Novedades sobre la prueba judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2002, p. 24.

<sup>226</sup> Acta de la sesión del Pleno, de 11 de diciembre de 2004.



Hay situaciones en las que el operador se encuentra frente a una colisión entre dos derechos fundamentales. Piénsese, verbigracia, en el caso de aquel niño alemán que fue secuestrado en septiembre de 2002, cuyo paradero fue descubierto después que la Policía, en un intento desesperado, amenazó con torturar al autor si no revelaba el lugar en el que se encontraba el menor, obviamente con el propósito de salvar su vida.<sup>228</sup> Lamentablemente, en este caso, como da cuenta ROXIN, la víctima fue encontrada, pero muerta<sup>229</sup>. En el ejemplo propuesto, enseguida se advierte que lo que está en conflicto es, por un lado, el derecho del sospechoso a no sufrir amenaza de tortura y a no autoincriminarse; y, por otro lado, el deber del Estado de descubrir la verdad sobre un hecho criminal y la preservación de la vida de la víctima. En tal sentido es válido preguntarse: ¿Es aprovechable desde el punto de vista probatorio la declaración del autor obtenida después de la amenaza de tortura para condenarlo?. La amenaza de tortura, ¿invalida la declaración del imputado?. ¿Está justificada la acción evidentemente ilícita de los agentes de policía?.

Son este tipo de cuestiones las que son resueltas bajo la cobertura del principio de proporcionalidad. Naturalmente éste no sólo opera en casos extremos como el que se enuncia líneas arriba. De hecho es de aplicación no solamente en situaciones dramáticas sino en todo caso en el que se produzca un conflicto entre bienes jurídicos fundamentales.

El examen del caso concreto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad exige un análisis en tres niveles que son los subprincipios de idoneidad, necesidad o de intervención mínima y proporcionalidad *strictu sensu*. Tales requisitos deben cumplirse en forma concurrente pues, si faltase tan solo uno de ellos, la conclusión sería que nos encontramos frente a un caso de injerencia desproporcionada y, por tanto, injustificada.

---

<sup>227</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, p. 17.

<sup>228</sup> Vide ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”. En *El Derecho penal contemporáneo*, Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, Ara Editores, Lima, 2006, p. 413.

<sup>229</sup> ROXIN, *Ibidem*.

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

Es en el sentido precedentemente aludido que nuestro Tribunal Constitucional ha venido aplicando el test de proporcionalidad en diversos casos sometidos a su conocimiento, tanto en procesos de amparo como de inconstitucionalidad. En todos ellos se han discutido y resuelto temas de enorme trascendencia tanto para los ciudadanos como para el colectivo social<sup>230</sup>.

Se trata de una metodología cuya elaboración dogmática y jurisprudencial con aplicación al proceso penal es atribuida a los alemanes<sup>231</sup> quienes lo habrían tomado del Derecho administrativo en el que se aplicaba como contención o límite a los excesos del Poder Ejecutivo. Como es de apreciarse, el principio de proporcionalidad sirve, pues, como criterio metodológico para el operador que debe determinar el contenido de los derechos fundamentales en el caso concreto.<sup>232</sup> Y cuando decimos operador jurídico nos referimos no solamente a los jueces, fiscales y autoridades de la administración, sino también al legislador para quien el principio debe ser de obligatoria observancia cuando decida sobre

---

<sup>230</sup> Véase recientes casos resueltos en los Expedientes Nros. 02370-2007/PC/TC (Caso Sindicato Nacional de Tecnólogos Médicos de la Seguridad Social), 00014-2006-AI (Caso de inconstitucionalidad de la reincidencia y habitualidad) y 00007-2006-AI (Caso "calle de las pizzas").

<sup>231</sup> Vide GONZALES – CUELLAR SERRANO, Nicolás, op. cit. p. 21-22. Según este autor, el primer caso en el que se aplicó el principio de proporcionalidad en el proceso penal alemán data de 1875.

cualquier medida que implique una injerencia en la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano.

Pero, ¿el principio de proporcionalidad tiene regulación constitucional? Al igual que en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) le ha dado rango constitucional a través de su jurisprudencia<sup>233</sup>, en nuestro país puede sostenerse que el principio de proporcionalidad deriva del concepto de Estado de Derecho o más contemporáneamente de la idea de Estado Constitucional de Derecho<sup>234</sup>, modelo que proscribe el abuso y la arbitrariedad y que consagra como valores fundamentales la justicia, el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución. Asimismo no debe olvidarse que, al consagrar el artículo 1° de nuestra Ley Fundamental la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fines supremos de la sociedad y del Estado, irradia con dicho concepto a todo el ordenamiento jurídico. Con razón FERNÁNDEZ SESSAREGO sostiene que “el enunciado contenido en el artículo 1° de la Constitución peruana de 1993 es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de este cuerpo legal, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país<sup>235</sup>”. Por tanto, la dignidad de la persona humana es también sustento del principio de proporcionalidad en tanto y en cuanto el respeto de ella exigirá que cualquier injerencia en los derechos fundamentales sea igualmente respetuosa de los cánones de proporcionalidad, so pena de ser catalogada como desproporcionada y, en consecuencia, no surta efectos legales.

Desde otra óptica se ha considerado al principio de proporcionalidad como una excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita, en la medida en que su aplicación en casos concretos puede servir para admitir prueba ilegalmente obtenida bajo los criterios antes estudiados de idoneidad, necesidad y

---

<sup>232</sup> Vide BERNAL PULIDO, Carlos, *Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, p. 75.

<sup>233</sup> Vide GONZALES – CUELLAR SERRANO, Nicolás, op. cit., p. 51.

<sup>234</sup> Para una visión completa del concepto de Estado Constitucional de Derecho, vide PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 107. Asimismo, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 33.

<sup>235</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La Constitución Comentada*, obra colectiva, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 7.

proporcionalidad en sentido estricto. HAIRABEDIÁN señala que en el marco de las prohibiciones probatorias el principio de proporcionalidad “consiste en hacer valer una prueba ilícita en base a (*sic*) 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.”<sup>236</sup>

El principio no es, pues, propiamente una excepción a la regla de exclusión sino una herramienta o mecanismo que puede servir para justificar, en el caso concreto, la admisión de prueba ilícitamente obtenida.<sup>237</sup> Obsérvese que se trata de un principio o criterio que se aplica en varios campos del derecho y no únicamente en el ámbito de la prueba ilícita en el que los operadores no han hecho otra cosa que recogerlo y adaptarlo a las particulares necesidades de la institución.

Vale la pena mencionar que en la doctrina existen serias críticas a la aplicación de la ponderación cuyo ejercicio es necesario en el nivel de la proporcionalidad *strictu sensu*. En tal sentido GUARIGLIA, criticando la tesis de ROGALL, postula que “sólo cuando el legislador así lo autoriza, puede el juez favorecer – a través de la ponderación – a los intereses de la persecución penal.”<sup>238</sup> Este autor sostiene que en las situaciones de colisión entre intereses generales y particulares no previstas por la ley, los jueces podrán intervenir únicamente “para limitar las facultades de injerencia de la persecución penal,

<sup>236</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 95-96.

<sup>237</sup> Así, DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Edit.), Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 156, parece compartir este criterio cuando sostiene que “la proporcionalidad constituye un principio relevante en el derecho procesal penal. En el particular ámbito de la prueba ilícita, podría justificar ciertos casos de excepción de la regla de exclusión.”

<sup>238</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 73. (Sin embargo, admite como inevitable el recurso a la ponderación cuando se trata de prohibición valoratoria independiente en casos concretos en los que se produzca un conflicto “entre el interés estatal en la persecución del delito y los intereses individuales del afectado, utilizando como parámetro el principio de proporcionalidad”, op. cit. p. 104-105). El principio de legalidad es considerado también presupuesto y requisito del principio de proporcionalidad, a tal punto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos así lo ha establecido en reiterada jurisprudencia, según enseña GONZALES-CUELLAR SERRANO (op. cit. p. 69). Este autor precisa que “el principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley.”

nunca para ampliarlas<sup>239</sup>. Por su parte EDWARDS se pronuncia contrario al “criterio de proporción” por considerar peligrosa su aplicación, en la medida que no se puede justificar desde el punto de vista ético la persecución penal a cualquier costo.<sup>240</sup>

Como es de verse es muy problemática la cuestión y, por tanto, de ninguna manera pacífica. La ponderación exigirá siempre del operador una valoración subjetiva que, en efecto, podría resultar peligrosa pues, como precisa GUARIGLIA<sup>241</sup> siguiendo a AMELUNG, la teoría de la ponderación puede representar una licencia para el juez para finalmente resolver el caso concreto de acuerdo con sus convicciones políticas o de otra índole. Desde el Derecho constitucional también KONRAD HESSE ha advertido sobre los peligros de un apresurado juicio de ponderación para resolver situaciones de injerencia en los derechos fundamentales, pronunciándose en contra de “una precipitada ponderación de bienes o incluso abstracta ponderación de valores” en aquellos casos en los que se produzcan colisiones de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>242</sup>. Este autor, al considerar que los operadores no deben optar por uno de los bienes jurídicos protegidos en conflicto a costa del 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 ellos conserven su entidad<sup>243</sup>.”

Los cuestionamientos que un sector importante de la doctrina ha elaborado sobre la aplicación sin más del principio de proporcionalidad merecen ser tomados en cuenta por los operadores con la finalidad de optimizar su labor y no caer en el facilismo de utilizar herramientas teóricas de análisis y resolución y

---

<sup>239</sup> GUARIGLIA, *Ibidem*.

<sup>240</sup> EDWARDS, Carlos Enrique, *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, s.a.

<sup>241</sup> GUARIGLIA, Fabricio, op.cit. p. 74.

<sup>242</sup> HESSE, Konrad, “*La interpretación de la Constitución*”, en *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992, p. 45-46.

<sup>243</sup> HESSE, op. cit. p. 45.

aplicarlas automáticamente por simple moda, como muchas veces ha ocurrido en nuestro país.

La excepción a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad también es conocida en Argentina, particularmente en los predios judiciales cordobeses, como el “clearing de valores” y en los Estados Unidos de Norteamérica como el “balancing test”.<sup>244</sup>

Si la aplicación del principio de proporcionalidad – incluida la ponderación como su variable final – en el ámbito de las exclusiones probatorias ha de plantearse principalmente para justificar la admisión y valoración de prueba ilícitamente obtenida en casos de extrema gravedad o de criminalidad organizada,<sup>245</sup> ello implicaría un recorte bastante discutible de los alcances de la regla de exclusión y de la preeminencia de los derechos fundamentales. Implicaría también aceptar la validez de aquellas posiciones que postulan expresiones autoritarias del derecho procesal penal como reflejo de un derecho penal del enemigo para el que ciertos individuos no deben gozar de las garantías inherentes al Estado de Derecho.

La casuística de laboratorio e inclusive la propia realidad nos pueden proveer de casos en los que para proteger bienes jurídicos constitucionalmente protegidos como la vida o la integridad física de las personas, sea razonable recurrir a la ponderación de la lesión de otros bienes o valores igualmente protegidos. Piénsese, verbigracia, en los supuestos mencionados por

<sup>244</sup> Véase HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 96-98. Este autor señala que en EE.UU. la excepción estudiada ya había sido contemplada en el voto del juez Jackson en los casos *Mac Donald vs US* de 1948 y *Brinnegar vs. US* de 1949. En este último caso, asumiendo como ejemplo el supuesto de un niño secuestrado cuya vida peligra, el juez mencionado razonaba del siguiente modo para justificar una requisa y revisión de cada automóvil que saliese de la zona en la que se sospecha se encuentra el secuestrado: “...debe ser razonable someter a los pasajeros a tal indignidad si era el único camino de salvar una vida amenazada y detectar un delito grave. Pero yo no tensionaría para sostener tal bloqueo y requisa universal para salvar unas pocas botellas de borgoña y prender a un contrabandista.”

<sup>245</sup> En tal sentido, véase ASECIO MELLADO, José María, “*Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000*”, en José María Asencio Mellado (Dir.), *Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*, Grijley, Lima, 2008, p. 25, para quien “es evidente que la vulneración de los derechos debe ser más flexible en

HAIRABEDIÁN como la utilización de una grabación de una conversación privada para frustrar una explosión atómica o la interceptación no autorizada judicialmente de una conversación telefónica para encontrar y salvar la vida de un secuestrado.<sup>246</sup> Pero en todos estos casos estamos hablando de la lesión de bienes o valores constitucionalmente protegidos para evitar los efectos o para prevenir la comisión de un delito; sin embargo, cosa muy distinta es la utilización válida de los datos así obtenidos como prueba de cargo legítima. Allí reside el problema. Es válida entonces la siguiente pregunta: ¿en qué casos puede ser admisible la ponderación?. Al respecto, nos parece plausible la tesis de GUARIGLIA<sup>247</sup> en cuanto a considerar admisible el recurso a la ponderación en aquellos casos de adquisición regular de prueba, sin vulneración de las reglas pertinentes, que corresponden a las llamadas prohibiciones de valoración independiente, pero que por decisión del legislador o por encontrarnos frente a situaciones de conflicto entre derechos fundamentales se excluye su efectiva valoración, más no en aquellos otros supuestos en los que la prueba ha sido obtenida a través de la vulneración de las normas y requisitos taxativamente establecidos, casos correspondientes a las llamadas prohibiciones de valoración probatoria dependientes. En estos últimos, según nos parece, no corresponde ponderar, sino únicamente hacer valer la prohibición probatoria. En cambio, en los casos primeramente mencionados, la ponderación es necesaria pero dentro del marco del ejercicio del principio de proporcionalidad, en el modo en que ha sido enunciado líneas arriba.<sup>248</sup>

---

delitos cometidos por los “cárteles de droga”, “grupos terroristas”, “delincuentes económicos” o “funcionarios o poderes del Estado que controlan los resortes del mismo.”

<sup>246</sup> HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 93-94.

<sup>247</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp.103-105.

<sup>248</sup> Sobre el principio de proporcionalidad y la ponderación, vide MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 87-103, quien explica que “el principio de proporcionalidad está conformado por las reglas de idoneidad y de necesidad, y, además, por el procedimiento de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto,” (p. 88) señalando, además, que la ley de ponderación – “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro” – exige la realización de tres pasos, a saber: a) determinación del grado de no satisfacción o de afectación de un principio o derecho, b) determinación de la importancia de la satisfacción o cumplimiento del principio contrapuesto, y c) establecimiento de si la importancia de la satisfacción del principio o derecho contrapuesto justifica la no satisfacción o afectación del otro (p. 96). También, GONZALES-CUÉLLAR SERRANO,

El pensamiento de nuestra judicatura parece estar inclinado a admitir la aplicación de esta excepción, pues, aun cuando sin el carácter de vinculante, el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal llevado a cabo en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, acordó por mayoría admitir lo que allí se denominó doctrina de la ponderación de intereses por la cual “un interés mayor prevalece sobre un interés menor.”<sup>249</sup>

### 7.2.5.- La doctrina del “*purged taint*” o del nexo causal atenuado

A través de esta excepción, también llamada del “tinte diluido”, se considera que la ilicitud inicial de una prueba obtenida se ha atenuado tanto, debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero o a una confesión espontánea, que es casi inexistente en la prueba derivada y, por tanto, ésta puede ser aprovechada.<sup>250</sup> Algunos autores sostienen que la excepción en comento es una variante de la excepción de la fuente independiente.<sup>251</sup> Sin embargo, nos parece que esta afirmación no es del todo exacta. Como ya lo señaláramos en su lugar,<sup>252</sup> en la excepción de la fuente independiente o *independent source* se presenta una situación de concurrencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas, es decir, no están conectadas unas con otras. En cambio, en la excepción del *purged taint*, por más atenuado que se considere el nexo causal, éste siempre subsiste.

---

Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

<sup>249</sup> Acta de la sesión del Pleno en la que los Vocales Superiores del país sostuvieron que “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.”

<sup>250</sup> Vide MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 93.

<sup>251</sup> Así, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 76. Por su parte, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, op. cit., p. 93 explica que “la teoría del nexo causal o *purged taint* se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente.”

<sup>252</sup> Vide apartado 7.2.1.



GASCÓN ABELLÁN<sup>253</sup> enseña que esta excepción se aplica cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el acto primigenio viciado y la prueba derivada, o cuando existe gran cantidad de eslabones de la cadena causal o cuando se presenta el supuesto de la confesión voluntaria.

En la sentencia de 25 de enero de 1997, el Tribunal Supremo español resolvió el caso de una persona detenida gracias a las escuchas telefónicas ilegalmente efectuadas (sin autorización), no encontrándosele inicialmente en su poder droga alguna. Sin embargo, posteriormente el taxista en cuyo vehículo fue transportada a la Comisaría la detenida halló entre el asiento y la puerta un paquete que contenía droga y había sido dejado por la sospechosa. Este último elemento probatorio fue tomado en cuenta por el Tribunal al considerarse que aparecía totalmente incontaminado respecto de las escuchas telefónicas ilícitas iniciales.<sup>254</sup>

En la jurisprudencia estadounidense se menciona como ejemplo paradigmático de esta excepción el caso *Wong Sun vs. United States* de 1963. En este caso la Corte Suprema Federal decidió valorar una confesión posterior al arresto ilegal de una persona y a su puesta en libertad, en vista que se consideró que la voluntariedad de la declaración y la advertencia de sus derechos atenuaba o debilitaba la relación causal entre el acto ilícito del arresto y la confesión posterior. El individuo había sido detenido ilegalmente y luego puesto en libertad, pero luego regresó voluntariamente ante la autoridad policial y confesó su delito, específicamente tráfico de drogas.<sup>255</sup>

El planteamiento de la atenuación o debilitamiento del nexo causal entre el acto ilícito inicial y la prueba derivada que se pretende hacer valer no parece del todo plausible. Por más debilitada que se considere la causalidad en mención, es innegable que nos encontramos frente a una prueba derivada de una fuente

<sup>253</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 76.

<sup>254</sup> Tomado de MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 93-94.

<sup>255</sup> Véase al respecto HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 86.

ilícita.<sup>256</sup> Además, lo que deba entenderse por atenuación también es una cuestión problemática debido a la ausencia de parámetros objetivos de delimitación, lo que, según HAIRABEDIÁN, ha pretendido ser resuelto por la jurisprudencia estadounidense a través de los criterios del lapso transcurrido entre el acto ilícito inicial y la prueba cuestionada, la cantidad de los factores lícitos que intervienen en la cadena causal, la intensidad de la ilicitud primigenia y la voluntariedad especialmente en los casos de detenciones ilegales.<sup>257</sup>

### **7.2.6.- La infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem***

El artículo VIII.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 reza: “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.” El precepto implica, por ejemplo, que si en un allanamiento ilegal (sin autorización judicial) se encuentra documentación que acredita la inocencia del imputado o aporta elementos de descargo, dicha evidencia no podría ser excluida debido a su origen ilícito porque la inviolabilidad del domicilio es una garantía constitucional establecida en favor del procesado. Del mismo modo, una declaración del imputado en la que no reconoce responsabilidad y más bien aporta elementos que acreditan su inocencia o sirven de descargo, no podrá ser invalidada con el argumento de no haber contado con la asistencia de su abogado defensor, puesto que el derecho de defensa técnica es una garantía en favor del procesado, por lo que su inobservancia de ninguna manera podría jugar en su contra o serle desfavorable.

<sup>256</sup> En contra de la validez de la excepción del nexo causal atenuado, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 85, quienes apuntan que “no se entiende bien porqué la existencia de una cierta lejanía entre la lesión inicial y la obtención de la fuente de prueba debe provocar consecuencias distintas.” Asimismo, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, op. cit., p. 219, nos dice que “en el tinte diluido, por lejana que resulte la derivación probatoria, no deja de tener una fuente ilícita.” También GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proff? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 78, indica que “la excepción de la confesión voluntaria, como en general toda excepción que se reconduzca a la idea del nexo causal atenuado, es, sin embargo, una construcción criticable y desde luego duramente criticada.”

<sup>257</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pp.87-88.

Es obvio, pues, que el legislador de 2004 ha introducido la excepción de la infracción constitucional beneficiosa para el imputado. En esta línea, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal llevado a cabo en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, los vocales superiores de todo el país aprobaron por unanimidad la admisión de la excepción a la que nos estamos refiriendo, pues “las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra.”<sup>258</sup>

Si se considera que el fundamento de la regla de exclusión probatoria es la preeminencia de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, entonces no es posible concebir que en nombre de ella se produzca la condena de un inocente. Esta situación aberrante o contradictoria ha sido muy bien explicada por DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES al afirmar que “se pervierte el sistema cuando una garantía que se instaura con esa finalidad produce el efecto inverso: en nombre de los derechos fundamentales, el *ius puniendi* del Estado priva de libertad a un inocente o, al menos, a una persona sobre la que no hay pruebas de su culpabilidad.”<sup>259</sup>

En España, según la referencia de LOZANO-HIGUERO PINTO y MARCHENA GÓMEZ, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta de la Audiencia Nacional, en sentencia de 22 de diciembre de 1992, ha dejado sentada su posición de admitir la prueba ilegalmente obtenida si es que ésta está enderezada a fundar el descargo de un inocente.<sup>260</sup> Si bien el órgano jurisdiccional español, en la sentencia citada, resolvió un caso originado en una

<sup>258</sup> Texto del acta del Pleno en referencia.

<sup>259</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 198.

<sup>260</sup> LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel y MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, pp. 148-150. La sentencia en mención, que resolvió el caso de un médico patólogo que había utilizado indebidamente los equipos de un hospital estatal y que, por tal razón había sido sancionado en sede administrativa, estipuló que “...aunque una exclusión maximalista de la prueba obtenida por un medio contrario a Derecho, pudiera, de manera más razonable, ser atemperada o fragmentada, v. gr., para fundar un descargo de un debidamente inculpado, como tal prueba ilegalmente obtenida acreditaría, en tal caso; no es este el supuesto de autos en que, la prueba es inculpatoria (no exculpatoria) y se ha obtenido por medios contrarios al ordenamiento jurídico, lo que, reiteramos, determina su nulidad y consecuente inaprovechabilidad.” En este caso lo que sucedió es que se había utilizado, contra la voluntad del médico, la información privada contenida en tres agendas personales.

sanción administrativo – disciplinaria, sin embargo, sus alcances son perfectamente proyectables al proceso penal.

En conclusión y en líneas generales, no parece haber mayor problema en aceptar la validez de esta excepción en el proceso penal. Sin embargo, la doctrina ha hecho referencia a algunos casos en los que no debería operar la excepción, mencionándose, en este sentido, los supuestos en los que es el propio imputado quien provoca la ilicitud para neutralizar el *ius puniendi* estatal.<sup>261</sup>

### 7.2.7.- La destrucción de la mentira del imputado

La excepción de la destrucción de la mentira del imputado consiste en la admisión de la utilización por la acusación de prueba ilícita únicamente para destruir o desvirtuar la declaración del imputado en el juicio, más no para acreditar su culpabilidad. Por ejemplo, una declaración efectuada por el acusado antes del juicio, sin la participación de su abogado y en la que admite los cargos, que luego el fiscal pretende reproducir en el juicio para desacreditar la versión exculpatoria del imputado en este último escenario y probar que está mintiendo.<sup>262</sup>

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, de modo no vinculante, los vocales superiores de nuestro país aprobaron por mayoría admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, siempre y cuando la prueba ilícita no se use para probar la culpabilidad del imputado, “sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado.”<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> Así, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2da. edición, 2004, p. 109, para quien tales supuestos de ilicitud provocada por el propio imputado o acusado constituirían el único límite a la admisibilidad de la prueba ilícita *in bonam partem*.

<sup>262</sup> Así, en la jurisprudencia estadounidense el caso *Oregon vs. Hass* de 1975, citado por HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 100. Este autor afirma que la partida de nacimiento de la excepción de la destrucción de la mentira del imputado es el caso *Walder vs. US* de 1954, en el que el acusado había negado dedicarse a la venta de estupefacientes y afirmado, además, no haber estado nunca en posesión de drogas, por lo que la Corte admitió que el fiscal introdujera en el debate un hallazgo anterior de heroína en poder del acusado, que había sido descalificado debido a que provino de un allanamiento ilegítimo, para probar que aquel estaba mintiendo.

<sup>263</sup> Acta de la sesión del Pleno de 11 de diciembre de 2004.

En la doctrina se afirma, y esta es la posición asumida por un sector importante de la judicatura nacional a juzgar por el acuerdo del Pleno Jurisdiccional de 2004, que la excepción a la que nos estamos refiriendo permite valorar prueba ilícita exclusivamente para desacreditar la credibilidad de las afirmaciones efectuadas en juicio por el acusado. Sin embargo, no se entiende cómo podría ser ello posible si es que al desacreditar la versión en juicio del imputado lo que la acusación pretende, a la larga, es acreditar la vinculación de aquel con la comisión del delito y su culpabilidad.<sup>264</sup> De cualquier modo, de lo que se trata en concreto es de la utilización de prueba ilícitamente obtenida, independientemente de la finalidad que se persiga con su uso. Además, no resulta razonable que el Estado, en su afán de ejercer el *ius puniendi*, pretenda la validez de prueba ilegítima únicamente para demostrar que el imputado miente, cuando dicho objetivo puede ser logrado a través de otros medios.

Por todo lo expuesto, nos parece que la excepción en cuestión es incompatible con nuestro modelo procesal en la medida en que 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. Es verdad que así como puede admitírsele al imputado una suerte de derecho a mentir, también debe reconocérsele a la acusación el derecho a probar que aquel miente. Sin embargo, no es admisible que para probar la mentira del imputado se tenga que recurrir al uso de prueba ilegítima, que es cosa muy distinta.<sup>265</sup>

### **7.2.8.- La teoría del riesgo**

Cuando una persona se reúne voluntariamente con otra para revelar o contar sus actividades delictuosas o realiza determinadas acciones relacionadas con el delito, está asumiendo el riesgo de ser delatada. Es este el sentido con el

---

<sup>264</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, op. cit., p. 219, señala que “si la prueba ilícita se usa para destruir la mentira del imputado, da lo mismo que se emplee para probar su culpabilidad.”

<sup>265</sup> La cuestión es distinta en los Estados Unidos de Norteamérica donde el imputado, cuando decide declarar, lo hace bajo juramento, lo cual significa que no le está permitido mentir puesto que, de hacerlo, incurre en delito de perjurio.

que se entiende la teoría del riesgo. Se ha señalado reiteradamente que si el mismo interesado no cuida sus garantías no pretenda que lo haga un juez.

Como bien se ha señalado en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, el criterio en estudio se aplica especialmente a confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias en las que se ha hecho uso de cámaras y micrófonos ocultos, grabación de conversaciones de modo subrepticio, escuchas telefónicas (todas ellas sin autorización judicial), informantes, agentes encubiertos, delatores, etc.<sup>266</sup> Concretamente, el sector de la judicatura nacional participante en dicho cónclave admitió por mayoría la validez de la información probatoria lograda a través de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, al ser válido su testimonio posterior y la grabación de una conversación telefónica cuando uno de los hablantes sea el autor de la misma. En cuanto al caso del agente encubierto, si bien los jueces superiores en lo penal del país reconocen que existe una fuerte oposición para dar validez a la información obtenida por esta vía, sin embargo, debido a “la popularidad” de dicha metodología en la investigación de delitos, finalmente terminan admitiendo su validez pues “los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables.”<sup>267</sup>

ASENCIO MELLADO, refiriéndose a la sentencia de 1 de marzo de 1996, del Tribunal Supremo español, en un caso en el que lo cuestionado era una grabación de una conversación entre cuatro personas realizada subrepticamente por una de ellas, asume el argumento central de la teoría del riesgo al sostener que “es evidente que quien comunica a otro una cosa libremente corre el riesgo cierto de que este último la revele...”<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Vide acta del Pleno de fecha 11 de diciembre de 2004, en el que es claro que los Magistrados intervinientes en este aspecto han seguido la exposición de Maximiliano Hairabedián.

<sup>267</sup> Acta, *Ibidem*.

<sup>268</sup> ASENCIO MELLADO, José María, “*Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000*”, en José María Asencio Mellado (Dir.), *Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El*

En la doctrina brasileña, según da cuenta TORQUATO AVOLIO, la prueba obtenida a través de grabaciones clandestinas sería perfectamente admisible pues cualquier persona puede grabar su propia conversación. Ello debido a que, como en el caso de las misivas, la comunicación de su tenor a terceros por su destinatario, sin el consentimiento del remitente, no constituye delito contra la inviolabilidad de la correspondencia. Sin embargo, lo que no resultaría admisible es la divulgación de una conversación confidencial como prueba penal incriminadora.<sup>269</sup>

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

Cuando son los particulares quienes aportan las grabaciones o filmaciones es evidente que estamos hablando de una situación o hecho extraprocesal. En este ámbito hay quienes podrían argumentar que, al allegarse al proceso penal una fuente de prueba obtenida a través de la grabación o filmación de una conversación, se estaría vulnerando el derecho a la intimidad de la persona contra quien se pretende hacer valer los datos así adquiridos o también el derecho al secreto de las comunicaciones. CARBONE menciona la existencia de una tendencia, recusada por este autor, que postula la invalidez absoluta de las grabaciones, filmaciones, escuchas, inclusive actos fotográficos, que no cuenten con mandato judicial, pues dichos actos lesionarían la intimidad como derecho constitucional.<sup>270</sup> La teoría que nos ocupa, por el contrario, permite incorporar al proceso la información obtenida por las técnicas arriba mencionadas sin que se considere mellado el ámbito de la intimidad de las personas ni el secreto de las

---

caso del allanamiento y secuestro de los "vladivideos", Grijley, Lima, 2008, p. 66 (las negritas son nuestras).

<sup>269</sup> TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco, *Provas ilícitas. Interceptacoes telefonicas e gravacoes clandestinas*, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1995, pp.101.102.

<sup>270</sup> CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Rubinzal – Culzoni, Editores, Santa Fe, reimpresión de la 1era. edición, 2005, pp. 273-274.

comunicaciones. Esto es así, primero porque en la manifestación o expresión de los pensamientos de las personas intervinientes existe una nota de voluntariedad desde que nadie los obliga a ello; y segundo – núcleo esencial de esta teoría – quien revela a su interlocutor situaciones que lo pueden comprometer asume el riesgo de ser denunciado o delatado, es decir, a que lo dicho en la conversación trascienda de su ámbito inicial. Por otro lado, el secreto de las comunicaciones está referido a la garantía contra intromisiones de terceros ajenos a la conversación y no a una pretendida exigencia de reserva para los intervinientes en ella.<sup>271</sup> No es éste el caso, por supuesto, de las declaraciones hechas ante interlocutores obligados por el secreto profesional a guardar reserva de lo escuchado, tales como abogados defensores, sacerdotes, psicólogos, etc.

Más notoria puede ser la validez probatoria de una grabación telefónica o contenido fílmico en aquellos casos en que lo que se graba o filma es un acto delictivo como, por ejemplo, una extorsión o un cohecho. Nadie podría exigir razonablemente en estos casos que la víctima, que es la que aporta la grabación o filmación, tenga que obtener previamente una orden judicial para reconocerle validez al aporte.<sup>272</sup> Si resulta corriente en la praxis procesal, y nadie lo cuestiona, que el destinatario de una carta la presente como prueba al proceso, es lógico que también deba admitirse la validez de una grabación o filmación en la que el destinatario de las expresiones de quien luego puede resultar imputado es el que las realiza y las allega posteriormente, más aun cuando es agraviado por la conducta de su interlocutor.<sup>273</sup>

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

<sup>271</sup> Vide ASENCIO MELLADO, José María, *“Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000”*, en José María Asencio Mellado (Dir.), *Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*, Grijley, Lima, 2008, p. 60, quien, naturalmente, deja “a salvo los casos en que la intervención es de carácter procesal y ordenada por la autoridad judicial.”

<sup>272</sup> Vide CARBONE, Carlos Alberto, op. cit., p. 291, quien sostiene que “...nunca se puede hablar de intimidad reservada para alguien que decide cometer un delito en perjuicio de otro manifestándole sus propósitos.”



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

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

### **7.2.9.- La renuncia del interesado**

En la doctrina y la jurisprudencia comparadas se ha planteado la cuestión de la renuncia del propio interesado a la protección de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a no autoincriminarse.

En lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio la cuestión estribaría en establecer si el consentimiento manifestado por el interesado convalida o no el allanamiento y registro efectuados sin orden judicial, fuera de los supuestos de flagrancia. En este mismo orden, otra de las cuestiones planteadas es acerca de quienes están legitimados para consentir un allanamiento de tal índole.

Sobre la primera cuestión circulan posiciones contrapuestas, de tal modo que hay quienes postulan que la garantía de la inviolabilidad del domicilio es irrenunciable y, por tanto, viciada de invalidez la prueba obtenida en el marco de un allanamiento consentido; mientras que otros sostienen la validez plena de la

prueba adquirida en dicho contexto, puesto que al existir consentimiento expreso por parte del interesado ya no puede hablarse de allanamiento.<sup>274</sup> En nuestro ordenamiento una discusión como la enunciada precedentemente no tendría cabida puesto que desde el artículo 2.9 de la Constitución se ha prescrito taxativamente que una de las formas válidas de ingreso y registro a un domicilio, al lado del mandato judicial, es la autorización del interesado.<sup>275</sup> Como bien puede advertirse, el problema enunciado se presenta en aquellos ordenamientos que no tienen autorizada positivamente la posibilidad del consentimiento y no en aquellos que como el nuestro o el español<sup>276</sup> la tienen prevista inclusive desde el marco constitucional.

En cuanto a la legitimación para otorgar el consentimiento, nuestro ordenamiento constitucional exige que sea la persona que habita el inmueble quien deba hacerlo. Debe entenderse que es indiferente si se trata del propietario, inquilino, alojado, precario, etc., pues quien autoriza el ingreso en su domicilio debe ser, por expresa disposición constitucional, la persona que lo habita. Si es el propietario de un inmueble alquilado quien otorga el consentimiento, éste debe reputarse inválido, puesto que el único legitimado para hacerlo es el inquilino.

Sin embargo queda el problema de si la autorización otorgada debe ser expresa o es suficiente el consentimiento tácito o la falta de oposición del interesado. La falta de oposición definitivamente no constituye consentimiento pues éste debe darse indubitablemente con anterioridad a la entrada en el domicilio. La ausencia de reparos frecuentemente puede deberse a la falta de comprensión del interesado sobre los alcances del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, al idioma o simplemente a que los moradores estén

---

<sup>274</sup> Para una panorámica sobre la cuestión tratada, véase HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pp.120-130.

<sup>275</sup> El precepto constitucional mencionado reza: "A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley".

<sup>276</sup> Vide RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 89-90, autor que, en referencia al artículo 18.2 de la Constitución española sobre la inviolabilidad del domicilio ("El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito."), señala que "claramente se deduce *a contrario* que, mediando el consentimiento del titular, cualquier persona puede legítimamente entrar en su domicilio."

dormidos en el momento del allanamiento y registro. El consentimiento tácito es más problemático y difícil de admitir como regla general, en la medida en que no existe una exteriorización expresa de la manifestación del interesado dirigida expresamente a consentir el ingreso, de tal suerte que la autorización de entrada debe ser inferida a partir de ciertos actos o el comportamiento anterior coetáneo y posterior del legitimado. Tal sería el caso del acusado que después del registro domiciliario en presencia de un pariente nada diga en su declaración posterior, con intervención de su abogado, ante la policía, el fiscal y luego ante el juez, sobre la posibilidad de una entrada y registro no consentido, situación que se repite en el caso del pariente testigo.<sup>277</sup> En caso de duda sobre la existencia del consentimiento, parece ser que lo aconsejable es establecer que la entrada no ha sido autorizada por el titular del domicilio intervenido.

Por otro lado, se ha señalado que métodos como el narcoanálisis, la hipnosis, los “sueros de la verdad”, etc., aplicados para obtener declaraciones, vulneran el derecho a la no-autoincriminación y, por tal razón, resultan inaceptables. No existe mayor problema en relación con esta última cuestión. Sin embargo, se torna problemática cuando se trata de casos en los que el propio titular del derecho consiente la práctica de dichos métodos y el resultado no le favorece sino todo lo contrario. Desde nuestro ordenamiento constitucional resulta discutible validar este tipo de métodos orientados a la búsqueda de elementos incriminatorios puesto que atentan contra el principio de dignidad humana que es la base de la organización social y estatal.

#### **7.2.10.- La “*plain view doctrine*” y los campos abiertos**

Cuando el mandato judicial que autoriza expresamente el allanamiento con un fin determinado se cumple exactamente y en los mismos términos, no hay ningún problema. Pero si, por ejemplo, la autorización ha sido librada para la incautación de mercadería de contrabando y la policía encuentra circunstancialmente en el lugar una cierta cantidad de drogas prohibidas, la situación cambia.

---

<sup>277</sup> Vide RODRÍGUEZ SOL, Luis, op. cit. p. 94.

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

En casos como los que hemos planteado parece claro que no se produce afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, puesto que la entrada y registro están debidamente autorizados por una orden judicial. Lo que podría discutirse es si el exceso en el secuestro o incautación de objetos o efectos que no están bajo la cobertura del mandato pero que son encontrados circunstancialmente en el lugar puede dar lugar a transgresiones de otros derechos como el de intimidad. La casuística podrá ir delineando los límites a observar por los funcionarios intervinientes, de modo que, si aquellos son transpuestos, ya podríamos estar hablando de prueba ilícita. Por ejemplo, si la policía ya logró el secuestro de los efectos materia del mandato judicial, pero no obstante ello continúa en la búsqueda, inclusive ingresando en ámbitos privados, dicha actuación excesiva ya no es razonable y, por tanto, puede dar lugar a la ilicitud de las pruebas obtenidas en tales circunstancias.<sup>278</sup>

#### **7.2.11.- La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena**

Un sector importante de la judicatura nacional se ha planteado la posibilidad de utilizar válidamente prueba obtenida directamente con violación de derechos fundamentales para condenar a imputados que no hayan sufrido dicha

---

<sup>278</sup> Vide al respecto, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 113-120.

afectación.<sup>279</sup> 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.

\_\_\_ En el derecho jurisprudencial estadounidense esta excepción es denominada *standing*, y ha sido acogida en diversos casos por la Corte Suprema de dicho país, aun cuando algunos Estados no la admiten.

Eliminado:

El Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), en una construcción jurisprudencial similar al *standing* estadounidense, ha elaborado la denominada “teoría del ámbito de derechos” (*Rechtskreisstheorie*). Esta establece que 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 es de una importancia secundaria o sin importancia alguna en realidad.<sup>280</sup> Esto significa que, al amparo de esta teoría, 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.

La teoría en mención ha sido duramente criticada y objetada en la doctrina alemana, como sostiene ROXIN,<sup>281</sup> aun cuando también cuenta con adeptos. En primer lugar, se señala que le asiste al imputado el derecho a que se cumplan las normas reglamentarias que garanticen la regularidad del proceso (debido proceso), aun cuando en el caso concreto no sirvieran ex profeso para su protección.<sup>282</sup> Como bien explica GUARIGLIA, en tal sentido, resulta irrelevante para la valoración de la prueba ilícita que el derecho lesionado corresponda a un

<sup>279</sup> Por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004.

<sup>280</sup> Vide DANNECKER, Gerhard, “Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán”, en AA.VV., La prueba en el nuevo proceso penal oral, Coloma Correa, *Rodrigo (Editor)*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 195; también, ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 192.

<sup>281</sup> ROXIN, Op. cit. p. 193.

<sup>282</sup> DANNECKER, Gerhard, op. cit., p. 196; ROXIN, Claus, op. cit., p. 193.

tercero.<sup>283</sup> Asimismo, no debe perderse de vista que todas las personas, por el solo hecho de serlo, tienen derecho a un proceso con todas las garantías, propio de un Estado de Derecho, el que quedaría seriamente debilitado si se admitiera la validez sin más de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, sólo porque en el caso concreto tales derechos pertenecen a un tercero.<sup>284</sup>

## **8.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LA DOCTRINA NACIONAL Y LA PRUEBA ILÍCITA**

### **8.1.- Tribunal Constitucional y prueba ilícita**

El Tribunal Constitucional peruano, a diferencia de otros como el español, no ha desarrollado con amplitud la temática concerniente a la prueba ilícita o prueba prohibida, en consonancia con su escaso desarrollo también en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tal como ya lo adelantáramos en el acápite 2 (Prueba y Constitución) de nuestra exposición, el llamado máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado en algunos casos fundamentalmente sobre el derecho a probar como contenido implícito del genérico derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución.

En el “caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos”, Exp. 00010-2002-AI, correspondiente a la acción de inconstitucionalidad contra la legislación antiterrorista (Decretos Leyes Nros. 25475, 25659, 25708 y 25880) el alto colegiado constitucional ha precisado:

<sup>283</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 175.

<sup>284</sup> Para una crítica debidamente sustentada a la teoría del ámbito de derechos, véase GUARIGLIA, Fabricio, op. cit., pp. 175-181. Este autor, con cita de DENCKER, ejemplifica del siguiente modo para demostrar las situaciones absurdas a las que puede conducir una aplicación irreflexiva de dicha teoría: Se abre un proceso penal contra “A” y “B”. Ambos son interrogados por el juez sin la previa y obligatoria advertencia de su derecho a no declarar, diligencia en la que aceptan los cargos imputados. Posteriormente, el juez se da cuenta de su error y vuelve a interrogarlos, esta vez previa advertencia sobre el derecho de abstención de la declaración, pero esta vez los imputados se retractan y se niegan a declarar nuevamente. El juez condena a ambos, aplicando la teoría del ámbito de derechos, en cuya virtud no puede valorar la declaración de “A” en su contra, pero sí en contra de “B”. Viceversa, no puede valorar la declaración de “B” en su contra, pero sí para condenar a “A” (p. 176).

“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 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.” (Fundamento 148).<sup>285</sup>

Es de destacar que nuestro Tribunal Constitucional sitúa el derecho a la prueba en el exclusivo ámbito de los derechos fundamentales, al considerar que se trata de un derecho básico de los justiciables con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.<sup>286</sup>

El contenido del derecho constitucional a probar ha sido definido y resaltado en el “caso Magaly Medina” (06712-2005-HC) en los siguientes términos:

“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 mérito probatorio que tenga en la sentencia.”(Fundamento Nro. 15).

Entrando ya en materia el TC ha establecido que, como todo derecho constitucional, el derecho a la prueba está también sujeto a límites que, en líneas

<sup>285</sup> Doctrina que repite en 04831-2005-Hábeas Corpus (caso “Valentín Curse Capatinta”), 06712-2005-Hábeas Corpus (caso “Magaly Medina Vela”) y 01014-2007-Hábeas Corpus (caso “Salas Guevara Schultz”).

<sup>286</sup> En el Fundamento Nro. 6 del fallo recaído en el “caso Valentín Curse Capatinta” (04831-2005-HC) se señala textualmente lo siguiente: “Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba.” Igualmente, en 01014-2007-HC, “caso Luis Federico Salas Guevara Schultz”, Fundamentos Nros. 8, 15 y 21 (en este último el TC sostiene: “A juicio de este Tribunal, en el presente caso, no se ha vulnerado el derecho fundamental a probar). Sin embargo, en otros pronunciamientos el TC se ha referido al “derecho constitucional a probar” (06712-2005-HC, “caso Magaly Medina”, Fundamento Nro. 15).

generales, son los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud.<sup>287</sup> En todos los pronunciamientos citados, nuestro Tribunal Constitucional no ha dejado de considerar la licitud o la constitucionalidad de la actividad probatoria como límite ineludible de su validez.<sup>288</sup>

La enunciación de la licitud como límite de la actividad probatoria ha permitido al Tribunal Constitucional, como paso siguiente ineludible, definir lo que debe entenderse por ilicitud. Así, en “Magaly Medina” (06712-2005-HC) ha puntualizado que por el principio de licitud “no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.” Mientras que en “Luis Federico Salas Guevara Schultz” (01014-2007-HC) ha precisado que la constitucionalidad de la actividad probatoria “...implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba.” Pero ha sido en el “caso Edmi Lastra Quiñones” (2053-2003-Hábeas Corpus/TC) que el Tribunal ha definido expresamente a la prueba ilícita como “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.”<sup>289</sup>

De las definiciones precedentemente mencionadas parece desprenderse una idea bastante amplia de lo que el Tribunal Constitucional entiende por prueba ilícita, pues incluye en la conceptualización de la institución tanto a lesiones de

<sup>287</sup> Véase Fundamento Nro. 149 de la sentencia del “caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos” (00010-2002-AI). Completando el concepto, en el Fundamento Nro. 26 de la sentencia del “caso Magaly Medina” (06712-2005-HC), se ha dicho que “el medio probatorio debe contar con” pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad, licitud y preclusión o eventualidad. En cambio en la sentencia recaída en el “caso Luis Salas Guevara Schultz”, Fundamento Nro. 12, el TC ha puntualizado que “la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez” debe caracterizarse por su veracidad objetiva, constitucionalidad de la actividad probatoria y pertinencia de la prueba.

<sup>288</sup> En “Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos” (00010-2002-AI), Fundamento Nro. 149, se ha precisado que tales restricciones, entre ellas la licitud, “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.” Así, también en el caso “Natalia Foronda Crespo y otras” (Exp. Nro. 2333-2004-HC/TC, sentencia de 12 de agosto de 2004), ha precisado que “en términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho.” (Fundamento Nro. 2.5: La integridad personal y los medios de prueba judicial).



derechos fundamentales como del ordenamiento jurídico en general y de la legalidad procesal en particular. La amplitud del concepto en la elaboración de nuestro máximo tribunal en materia constitucional no guarda consonancia con el actual desarrollo de la teoría de la prueba ilícita que circunscribe el concepto de ésta a la vulneración de derechos fundamentales. Naturalmente ello encuentra explicación en el incipiente desarrollo de la cuestión en nuestro país tanto en la esfera jurisprudencial como el ámbito de la doctrina. El propósito de nuestro trabajo es, precisamente, contribuir a sentar las bases de una mejor y más orgánica elaboración conceptual sobre una cuestión que en otras latitudes ha alcanzado un desarrollo considerable.

No obstante lo expuesto, en el “caso Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST S.A.” (1058-2004-Acción de amparo/TC) nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de abordar específicamente la cuestión de la validez de la prueba obtenida con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, previsto en el artículo 2.10 de nuestra Constitución. En este caso, un funcionario de la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.) planteó una acción de amparo contra su empleadora para que se le reponga en su puesto de trabajo, al haber sido despedido por una presunta falta grave traducida en el envío de material pornográfico a través de su correo electrónico a otro trabajador de la empresa en pleno horario de labores. Para probar la presunta falta grave, la empresa demandada presentó una constatación notarial en la que se verificó, sin la autorización correspondiente, en el computador del destinatario de las comunicaciones electrónicas la existencia de éstas y se procedió a revisar y a extraer su contenido inconsultamente y sin la autorización debida. Como no podía ser de otra manera el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

“En efecto, conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o

intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.”<sup>290</sup>

Llevando su razonamiento hasta las últimas consecuencias, nuestro máximo intérprete de la Constitución finalmente puntualizó:

“La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.”<sup>291</sup>

---

<sup>290</sup> Fundamento Nro. 18 de la sentencia de 18 de agosto de 2004.  
<sup>291</sup> Fundamento Nro. 22.

Aun cuando en este último pronunciamiento el Tribunal Constitucional se ocupa de un asunto de índole laboral planteado a través de una acción de amparo, es indudable que sus alcances son de una trascendencia tal que pueden ser aplicados perfectamente a la actividad probatoria practicada en cualquier área del quehacer jurídico. En esta sentencia, a partir del examen de un caso concreto, el máximo colegiado constitucional de nuestro país 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. Se trata, hasta ahora, pues, del más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en materia de prueba ilícita que, no sería de extrañar, podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país.

Hay dos cuestiones adicionales relativas a la prueba ilícita que pueden extraerse de la sentencia recaída en el tantas veces mencionado “caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos” (00010-2002-AI), a saber: la aplicación del principio de proporcionalidad y ponderación, y los efectos sobre la actividad probatoria de la violación del derecho al juez competente. En cuanto a la primera cuestión el Tribunal Constitucional se ha expresado en los siguientes términos:

“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 que aquel que se limita.”<sup>292</sup>

Aquí 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. Es en este sentido, precisamente, que en el fallo citado se consideró razonable y constitucional la restricción contenida en el artículo 13, inciso c) del Decreto Ley Nro. 25475 que prescribía que en la instrucción y en el juicio no era posible ofrecer como testigos a los efectivos policiales que habían intervenido en la elaboración del atestado policial. El Tribunal consideró que esta restricción estaba justificada en la necesidad de proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional y las de sus familiares. Esta aplicación del principio de proporcionalidad y ejercicio de ponderación de bienes no debe confundirse, sin embargo, con el recurso a la ponderación para justificar la admisión y valoración de prueba ilícitamente obtenida en términos de excepción a la regla de exclusión probatoria que es cosa muy distinta. 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, sobre todo en la jurisprudencia del máximo tribunal en materia constitucional.

En lo que se refiere a los efectos sobre la actividad probatoria de la violación del derecho al juez competente, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional considera necesario señalar, en los casos que corresponda, que las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la

---

<sup>292</sup>

Fundamento Nro. 150 de la sentencia de 3 de enero de 2003.

eventual lesión de tal derecho constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de este vicio.”<sup>293</sup>

A esta conclusión arriba el TC a partir de la diferencia entre fuentes de prueba y medios de prueba. Al ser las primeras realidades extraprocesales, razona el Tribunal, su validez o invalidez “depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales.”<sup>294</sup> Mientras que, al ser los medios de prueba actos procesales y, por tanto, una realidad interna del proceso, la nulidad de éste origina la invalidez de los medios de prueba, más no de las fuentes de prueba.

## **8.2.- Doctrina nacional y prueba ilícita**

La problemática concerniente a la prueba ilícita, al igual que a nivel de la jurisprudencia, no ha logrado aún un tratamiento sistemático y orgánico por parte de la doctrina nacional. El autor peruano que con mayor detalle se ha ocupado del tema es SAN MARTÍN CASTRO que en su conocido tratado de Derecho procesal penal le dedica íntegramente el capítulo XXVII titulado precisamente “la prueba prohibida.”<sup>295</sup> Catorce páginas, sin embargo, son insuficientes para abarcar toda la compleja problemática concerniente a la cuestión que nos ocupa. Con todo, ha sido mérito del autor precedentemente citado brindarle una específica atención y un cierto desarrollo enunciativo que puede considerarse el punto de partida del estudio de la institución en el seno de la doctrina procesal peruana. Posteriormente SÁNCHEZ VELARDE se ha referido al tema, definiéndolo y abordando sintéticamente algunos aspectos importantes como los fundamentos de la regla de exclusión, la teoría del fruto del árbol envenenado, la ponderación de intereses y las prohibiciones a la práctica de determinadas pruebas.<sup>296</sup> Otros procesalistas penales caracterizados de nuestro país apenas si han rozado el

<sup>293</sup> Fundamento Nro. 160 de la sentencia de 3 de enero de 2003.

<sup>294</sup> Fundamento Nro. 162 del indicado fallo.

<sup>295</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 3ra. reimpresión de la 1era. edición, Vol. II, pp.643-656.

tratamiento de la cuestión, sin mayor detenimiento.<sup>297</sup> De reciente publicación en nuestro país, no obstante, es el libro *Prueba ilícita y lucha anticorrupción*. El caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos” que contiene varios trabajos sobre la materia, siendo el principal el que tiene como autor al profesor español José María Asencio Mellado quien ha incluido en el citado libro el dictamen jurídico – doctrinario que preparó a solicitud de la Procuraduría Pública Anticorrupción, acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de Vladimiro Montesinos, en el mes de noviembre de 2000.<sup>298</sup>

Actualmente se advierte un creciente interés por la investigación de la materia que nos ocupa, lo que se traduce en la publicación de artículos y ensayos que abordan la cuestión desde diversos ángulos. En este sentido se ha llegado a plantear la necesidad de elaborar una dogmática o teoría general sobre prueba ilícita que en nuestro país es aún tarea pendiente.<sup>299</sup>

Es posible que en los próximos años pueda lograrse tal objetivo habida cuenta del interés cada vez mayor que se observa en nuestro medio jurídico en el que diversos autores ya se están ocupando de la materia, cada vez con más exhaustividad.<sup>300</sup>

---

<sup>296</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004, pp. 648-655.

<sup>297</sup> Vide CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima, 5ta. edición, pp. 336-337; ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, Editorial Alternativas, Lima, 1996, p. 292, quien se refiere al principio de legitimidad como uno de los principios rectores de la prueba; MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, pp. 68-76, quien considera a la juridicidad de la actividad probatoria y respeto a la dignidad humana como uno de los principios de la actividad probatoria, concepto que implica necesariamente la formalidad y la legitimidad; GARCIA DEL RÍO, Flavio, *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L., Lima, 2002, pp. 101-109; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima, 2007, pp. 116-121.

<sup>298</sup> ASENCIO MELLADO, José María (Director), UGAZ SÁNCHEZ – MORENO, José Carlos (Coordinador), *Prueba ilícita y lucha anticorrupción*, Grijley, Lima, 2008.

<sup>299</sup> Vide al respecto, CASTRO TRIGOSO, Hamilton, “*Prueba ilícita y principio de proporcionalidad. Especial referencia al criterio seguido por la Corte Suprema*”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Nro. 112, enero 2008, p. 226; BRAVO LLAQUE, César William, “*La prueba ilícita a partir de una resolución del Tribunal Constitucional*”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Nro. 104, mayo 2007, p. 53.

<sup>300</sup> Vide los interesantes trabajos de PÉREZ ARROYO, Miguel, “*La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida desde el proceso penal alemán y español: propuestas y desafíos al modelo penal peruano y latinoamericano*”, en *Revista peruana de ciencias penales*, Año V, Nro. 9, Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1999, pp. 493-543; del mismo autor, “*Las prohibiciones probatorias*

## 9.- SISTEMA DE REGULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

En el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en la ciudad de Trujillo en diciembre de 2004, los vocales superiores de la especialidad penal de la República acordaron por mayoría que “las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución – sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso.”<sup>301</sup>

La postura de este sector importante de la judicatura nacional sin duda alguna representa una natural defensa de las facultades discrecionales de los jueces efectuada por parte interesada (los mismos jueces) que ha tenido la virtud de plantear una cuestión de singular importancia, cual es determinar a quien le corresponde establecer la aplicación y el desarrollo de las excepciones a la regla de exclusión probatoria: al legislador o a los jueces en cada caso concreto puesto en su conocimiento. Los participantes en dicho cónclave se decantaron por reservarse a ellos mismos la exclusividad de establecer y desarrollar, vía jurisprudencial, las excepciones. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como veremos a continuación.

---

*en el proceso penal: las reglas de exclusión y las reglas de excepción*”, en Actualidad Jurídica, Nro. 164, pp. 135-143; CASTILLO ALVA, José Luis, “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”, en Diálogo con la jurisprudencia, Nro. 83, agosto 2005, pp.19-29; REYNA ALFARO, Luis M., “El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita: precisiones iniciales”, en Diálogo con la jurisprudencia, Nro. 83, agosto 2005, pp. 30-36; URIARTE MEDINA, Carlos, “La prueba ilegalmente obtenida en el proceso penal”, en Normas Legales, Tomo 275, abril 1999, pp. A50-A57; de este mismo autor, “La reforma y entrada en vigencia de la regulación de la prueba prohibida como condición esencial de la modernización del sistema de justicia penal”, Ponencia presentada a la Comisión 1 “Modernización del sistema de justicia” del Congreso Nacional de Abogados “Propuestas normativas para la reforma del Estado peruano”, por la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de La Libertad, en *Revista del Foro*, Año XCIII, Lima, diciembre 2007, pp. 25-56; FÉLIX TASAYCO, Gilberto, “La prueba ilícita en la doctrina y en el nuevo Código Procesal Penal”, en *El derecho penal contemporáneo*, Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, Ara Editores, Lima, 2006, pp. 565-581; NIEVES-CHERO, Justo Edward, “La conexión de antijuricidad en los efectos reflejos: Reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita,” en AA.VV., Luis M. Reyna Alfaro *et al*, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 573-606.

<sup>301</sup> Acta de sesión del Pleno de 11 de diciembre de 2004, primer acuerdo sobre el Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida.

### 9.1.- Sistema reglado

GUARIGLIA ha dicho que “la noción de que los jueces pueden legislar y crear por sí solos normas afectando o limitando los derechos de los ciudadanos es simplemente inaceptable en un Estado de derecho.”<sup>302</sup> Esta afirmación puede ser esgrimida por quienes defienden un modelo reglado de excepciones a la regla de exclusión, de tal forma que sea el legislador quien decida en qué casos la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales puede ser valorada por el juzgador. Es necesario precisar, no obstante, que el autor citado defiende la tesis según la cual los jueces no pueden valorar prueba ilícita en ningún caso en el marco del proceso penal y es en tal sentido que utiliza la afirmación antes señalada.<sup>303</sup> Así, se sostiene 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 en el Estado de Derecho las injerencias estatales en dicho ámbito requieren necesariamente de la existencia de una norma potestativa escrita. El autor precedentemente citado apunta que “la posición contraria socava por completo el contenido democrático del principio de reserva de ley...y entraña una usurpación de las facultades legislativas por parte de la justicia.”<sup>304</sup>

### 9.2.- Sistema jurisprudencial

En la otra vereda están quienes postulan que deben ser los jueces, en cada caso concreto, quienes resuelvan si debido a circunstancias particulares la prueba ilícitamente obtenida puede ser utilizada en el proceso. En otras palabras,

---

<sup>302</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 134.

<sup>303</sup> GUARIGLIA, op. cit., p. 139.

<sup>304</sup> GUARIGLIA, op. cit., p. 135.



si es que la regla de exclusión admite o no excepciones. Nótese que una cuestión como la planteada exige necesariamente que se admita que la regla de exclusión de prueba ilícita no tiene alcances absolutos sino que, como resulta de la corriente mayoritaria actualmente, pueda ser dejada de lado en algunos casos concretos, posición a la que otros países con un mayor desarrollo de la institución han arribado tras un proceso histórico que ha ido desde una aplicación absoluta hasta su debilitamiento paulatino. En nuestro país el proceso recién está en sus inicios a juzgar por 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 partem*, de acuerdo con lo prescrito en el artículo VIII.3 del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo.<sup>305</sup>

En nuestro país una discusión similar se ha suscitado en torno al instituto del precedente constitucional, a partir de su introducción por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Sus defensores justifican la importación del precedente desde el derecho anglosajón a nuestro ordenamiento que se inscribe dentro de la tradición del *civil law* o romano germánica, en la 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.<sup>306</sup> Quienes sostienen que corresponde a los jueces el desarrollo de las excepciones a la regla de exclusión podrían suscribir íntegramente los argumentos precedentemente expuestos.

### 9.3.- Nuestra posición

---

<sup>305</sup> Vide el acápite 7.2.6.

<sup>306</sup> Vide RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, "El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos", en AA.VV., *Estudios al precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro (Coords.), Palestra, Lima, 2007, pp. 15-78.

Nos parece que el primer paso para resolver el problema es comprender que la doctrina sobre la prueba ilícita y sus excepciones hunde sus raíces en la tradición del derecho anglosajón. Se trata, pues, de una elaboración de la jurisprudencia estadounidense, tal como ya fue expuesto en su momento.<sup>307</sup> Si ello es así, debe convenirse en que su incorporación a nuestro ordenamiento debe responder a las exigencias de nuestra propia realidad.<sup>308</sup> No se trata de importar por importar. No debe perderse de vista que tanto la regla de exclusión, la doctrina de los frutos del árbol envenenado, como las excepciones, han surgido de una elaboración jurisprudencial que es propia e inherente a la naturaleza del modelo estadounidense donde es perfectamente normal que el desarrollo de las instituciones se produzca en los casos sometidos a la jurisdicción y es indudable que los jueces están facultados en tal cometido. 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. De allí que no resulte del todo acertada la postura adoptada en esta materia por un sector importante de nuestra judicatura en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 2004 en el que irreflexivamente se ha admitido inclusive la validez de la excepción de la buena fe que implica, como ya se ha señalado, un cuestionamiento directo a la existencia de la propia regla de exclusión, con lo que, de este modo, podría interpretarse que se está propiciando su desmantelamiento aún antes de su plena vigencia y sin esperar un desarrollo paulatino a partir de los criterios

---

<sup>307</sup> Vide el acápite II.2 (Concepto).

<sup>308</sup> Del mismo criterio para el precedente constitucional, RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, op. cit. p. 54, quien, refiriéndose a dicho instituto, sostiene que "...no puede pretenderse incorporar al estilo anglosajón puro (si acaso puede calificarse de "puro" al precedente en el *common law*). Si algún éxito llega a tener su funcionamiento en nuestro medio, el resultado necesariamente será una especie de híbrido, en el que encontrarán lugar parte de las bondades y defectos de las dos tradiciones, por lo que es probable que la clave se encuentre en encontrar el justo equilibrio."

jurisprudenciales y doctrinarios engarzados con nuestra propia realidad sistémico - jurídica.

En nuestra realidad, por el momento, pareciera que la única excepción a la regla de exclusión admitida expresamente – la infracción constitucional beneficiosa para el imputado – ha sido establecida legislativamente, a través del artículo VIII.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Si bien nosotros pensamos que a estas alturas del desarrollo de la cultura y del derecho ya no puede sostenerse que los jueces sean únicamente la boca de la ley, sin embargo, también creemos que su labor creativa es de una responsabilidad tal que debe ser ejercida con sumo cuidado. En tal sentido, de acuerdo con la tradición romano germánica a la que pertenecemos, nada impide que algunas excepciones, tales como la fuente independiente (que no es propiamente una excepción),<sup>309</sup> la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la “*plain view doctrine*” y los campos abiertos, sean fijados legislativamente.<sup>310</sup> Del mismo modo, admitiendo como válida la labor creativa de los jueces, resultaría plausible que estos apliquen en ciertas situaciones de conflicto de derechos fundamentales el principio de proporcionalidad, siempre y cuando la prueba haya sido regularmente obtenida pero el legislador ha excluido su valoración de modo expreso o se produzca una colisión con otros valores o bienes protegidos constitucionalmente, de igual o superior rango.<sup>311</sup>

Procediendo del modo expuesto en las líneas anteriores es posible respetar la tradición romano germánica a la que pertenecemos, a través de la regulación expresa de algunas excepciones a la regla de exclusión; y, al mismo

<sup>309</sup> Vide el acápite Nro. 7.2.1 (La fuente independiente).

<sup>310</sup> Solución que no es insólita, pues, como veremos más adelante, la legislación colombiana prevé de modo expreso la validez aplicativa de algunas excepciones.

<sup>311</sup> Por ejemplo, en un registro debidamente autorizado judicialmente y escrupulosamente ejecutado por la autoridad policial se incauta un diario íntimo que contiene declaraciones del imputado pertenecientes a su intimidad pero que pueden revelar su participación en el hecho delictivo que se investiga o juzga. En este tipo de casos, el recurso a la ponderación a través del principio de proporcionalidad, es necesario y prácticamente obligatorio para decidir lo que corresponda. Esta cuestión ha sido magníficamente expuesta por GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 103-109.

tiempo, reconocerles a los jueces, amplias facultades de interpretación y creación a través del principio de proporcionalidad y el recurso a la ponderación.

## **10.- LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO COMPARADO**

### **10.1.- Estados Unidos de Norteamérica**

Tal como ha sido expuesto a lo largo de este trabajo, es en los Estados Unidos de Norteamérica donde surgió, primero, la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita y, posteriormente, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. La paternidad de la doctrina sobre la materia debe ser asignada, pues, a la jurisprudencia del gran país del norte.

Desde su aparición en *Boyd vs. US* (1886), sin embargo, ha corrido mucha agua bajo el puente. La evolución jurisprudencial ha transcurrido por una etapa inicial en la que la regla de exclusión se aplicaba de manera absoluta, pasando por la elaboración de la doctrina de los frutos del árbol envenenado por la cual los efectos de la ilicitud se hicieron extensivos a la prueba refleja o derivada, hasta su mediatización paulatina a través de la introducción de una serie de excepciones que permiten valorar prueba ilícitamente obtenida.

En el derecho estadounidense, como en cualquier otro ordenamiento, la cuestión atinente a la prueba es de gran importancia, al punto que rigen las llamadas *Federal Rules of Evidence, FRE* (Reglas Federales de Evidencia) que son de alcance general.<sup>312</sup> Pero de mayor importancia es la elaboración realizada por los jueces en la resolución de los casos sometidos a su consideración, elaboración a la que, precisamente, se debe la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita directa y derivada, así como las múltiples excepciones actualmente vigentes.

Puede afirmarse que la primera etapa de aplicación absoluta de la regla de exclusión comprende como hitos reconocibles lo resuelto en los casos *Boyd vs.*

---

<sup>312</sup> Vide MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2006, pp. 349-367.

*US* (1886), pasando por *Weeks vs. US* (1914), hasta los años sesenta del siglo XX en que *Mapp vs. Ohio* (1961) terminó ratificando lo decidido en *Rochin vs. California* (1952) en el sentido que la regla de exclusión debía aplicarse generalizadamente en todos los Estados, sobre la base de la decimocuarta enmienda (*due process clause*).<sup>313</sup>

De allí en adelante se ha producido lo que en palabras de MARTÍNEZ GARCÍA puede denominarse el desmantelamiento de la regla de exclusión.<sup>314</sup> En *US vs. Ceccolini* (1978) la declaración de un testigo fue admitida, no obstante que el testigo había sido obtenido a través de un registro ilícito, bajo el argumento de la voluntariedad de la cooperación del testigo. En *Michigan vs. De Filippo* (1979) se validó evidencia obtenida por agentes policiales que habían actuado al amparo de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. En *US vs. Payner* (1980) se hizo valer prueba obtenida en un registro ilegal contra el tercero no titular del derecho afectado. En *US vs. León* (1984) se introdujo la excepción de la buena fe (*good faith exception*) para otorgar validez a prueba obtenida durante un registro con autorización inválida pero aparentemente correcta, es decir, cuando los agentes policiales actuaron en la creencia que la autorización era válida (de buena fe). La *good faith exception* fue ampliada en los fallos recaídos en *Illinois vs. Krull* (1987) para dar validez a prueba obtenida por la policía al amparo de una ley posteriormente declarada inconstitucional, así como en *Arizona vs. Evans* (1995), en el que la prueba ha sido obtenida en una actuación policial sobre la base de errores del personal auxiliar del Poder Judicial.<sup>315</sup>

En este proceso de paulatina mediatización de la regla de exclusión de prueba ilícita es de advertirse un cambio de perspectiva de sus fundamentos, de tal modo que se pasó de apoyar la regla en la salvaguarda de derechos constitucionales a entenderla luego únicamente como un remedio que funciona sólo si con la exclusión se produce un efecto disuasorio (*deterrent effect*) entre los

<sup>313</sup> Vide MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 65-66.

<sup>314</sup> MARTÍNEZ, op. cit., p. 68.

agentes de la policía y los jueces.<sup>316</sup> Según MARTÍNEZ GARCÍA es en este sentido que en 1995 se ha pronunciado el Congreso estadounidense a través de la *Exclusionary Rule Reform Act of 1995* que ampara la generalización de la excepción de la buena fe para las actuaciones policiales.<sup>317</sup>

Similar evolución se ha producido en lo que se refiere a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Así, después de *Silversthorpe Lumber Co. vs. US* (1920) y *Nardone vs. US* (1939), casos en los que fue perfeccionada la teoría para la prueba derivada o refleja, fueron estableciéndose las excepciones del *purged taint* o nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable.<sup>318</sup>

Es de esperarse, además, que como consecuencia de los lamentables sucesos del 11 de septiembre de 2001 se ha de producir una mayor flexibilización en materia probatoria, so pretexto de la lucha contra el terrorismo internacional. GASCÓN ABELLÁN ha denominado a este fenómeno, observable también en ordenamientos pertenecientes a la tradición del *civil law*, como el repliegue hacia la *freedom of proof* (libertad de prueba), “que está muy vinculado al reconocimiento del *deterrent effect* como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación,”<sup>319</sup> pero que está en abierta contradicción con un modelo de proceso respetuoso de los derechos fundamentales.<sup>320</sup>

## 10.2.- España

<sup>315</sup> Vide GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof. ? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en AA.VV., *Estudio sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 84.

<sup>316</sup> Vide MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 68.

<sup>317</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., p. 70.

<sup>318</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., pp. 74-75.

<sup>319</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof. ? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en AA.VV., *Estudio sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 86.

<sup>320</sup> GASCÓN ABELLÁN, op. cit., p. 88.

El artículo 11.1 de la LOPJ española reza: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.” Esta es la regla de exclusión de prueba ilícita positivizada en el país ibérico.

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

En la sentencia examinada el Tribunal Constitucional español estableció por primera vez que la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su inviolabilidad, aun cuando también señaló la inexistencia de un derecho fundamental autónomo a la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida. Es interesante anotar que meses antes, el mismo Tribunal, en la sentencia 289/1984 de 16 de mayo, había denegado por completo la aplicación de la teoría de la prueba ilícita argumentando que no existía regulación alguna al respecto en la Constitución ni en la legislación ordinaria y que en ese momento se trataba únicamente de una aspiración de *lege ferenda*, por lo que se estableció como criterio que nada impedía a los jueces admitir y valorar pruebas cualesquiera que fuese su origen.<sup>321</sup> De allí que el caso español sea también una muestra de evolución paulatina a partir de la propia realidad y no como consecuencia absoluta de una importación irreflexiva. En 1989 AENCIO

---

<sup>321</sup> Vide AENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1989, p. 78.

MELLADO ya anunciaba que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de su país se encontraba en una primera fase de profundización y depuración en la materia que nos ocupa, situación que nuestros operadores no deben perder de vista si es que se quiere desarrollar una dogmática y una jurisprudencia racionales y apegadas a nuestra propia realidad en materia de prueba ilícita.<sup>322</sup>

Según da cuenta MARTÍNEZ GARCÍA, después de la inicial STC 114/1984, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha ido recogiendo las mismas excepciones de la jurisprudencia estadounidense en materia de pruebas derivadas. Así, la doctrina de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal atenuado no han estado ausentes de las sentencias tanto del Alto Tribunal en materia constitucional como de las del Tribunal Supremo.<sup>323</sup>

Pero es a partir de la STC 81/98 de 2 de abril que se produce un cambio fundamental en la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre las pruebas ilícitas. En ella el Alto Tribunal elabora el concepto de conexión de antijuridicidad para permitir la admisión y valoración de prueba derivada de otra de origen ilícito. En el Fundamento Nro. 4, la sentencia dice:

“En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible...”

<sup>322</sup> ASECIO MELLADO, José María, *ibidem*, explicaba que “el camino, no obstante, que hubo de seguirse hasta este pronunciamiento del TC no fue fácil ni pacífico y aun en la actualidad, como veremos, la LOPJ y la jurisprudencia del TC se encuentran en una primera fase de profundización que requerirá un largo proceso de interpretación normativa depurando los conceptos en toda su extensión y una elaboración casuística y detallada de un tema como el presente al que no basta una afirmación general y omnicomprensiva por la casi infinita suerte de situaciones que pueden surgir en la vida real.”

<sup>323</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 85-94.



La conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la prueba obtenida quedaría roto si es que a partir de una perspectiva interna y una perspectiva externa resultara que la prueba refleja es jurídicamente ajena a la vulneración del derecho (perspectiva interna) y, adicionalmente, que la tutela del derecho no viene exigida por necesidades esenciales relacionadas con su realidad y efectividad (perspectiva externa). En realidad lo que el Tribunal Constitucional español ha hecho es establecer que, a pesar del origen de ciertas pruebas en la lesión de un derecho fundamental (causalidad natural), excepcionalmente pueden ser valoradas en el proceso debido a una presunta independencia o desconexión jurídica.<sup>324</sup> En virtud a este fallo se ha restringido la garantía de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida y se ha debilitado el efecto reflejo, coincidiendo doctrina autorizada en la artificiosidad de la diferenciación entre independencia natural e independencia jurídica.<sup>325</sup> La desconexión jurídica, según el Alto Tribunal, se presenta cuando de manera inevitable, sin vulnerar derecho fundamental alguno, también se hubiera llegado al mismo resultado. Adicionalmente, ya en el ámbito de la pretendida perspectiva externa, será imprescindible examinar la necesidad de tutela del derecho fundamental sustantivo vulnerado, para lo cual se deberá tener en cuenta la magnitud o intensidad de la violación, la entidad del resultado y la presencia o ausencia de dolo, la importancia del bien jurídico protegido, entre otros factores.<sup>326</sup>

El desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, posterior a la STC 81/98 de 2 de abril, ha sido secundada por el Tribunal Supremo ibérico, tal y

<sup>324</sup> Críticamente, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 91 y siguientes.

<sup>325</sup> Vide por todos, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 116.

<sup>326</sup> En nuestro país se muestra partidario de esta elaboración jurisprudencial, NIEVES-CHERO, Justo Edward, “*La conexión de antijuridicidad en los efectos reflejos: Reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita*”, en AA.VV., Luis M. Reyna Alfaro et al (Cords.), *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 200, p. 592, quien sostiene que “la exigencia de la conexión de antijuridicidad canaliza las excepciones que se considere razonable introducir, es decir, es una vía jurídicamente coherente de impedir que la declaración de nulidad de las pruebas derivadas naturalmente de otra inconstitucional opere de forma automática e inexorable, abstracción hecha de toda consideración sobre las circunstancias concurrentes en el caso concreto que en cada ocasión se plantee.” Sin embargo, a continuación plantea su superación a través del uso de los criterios de la imputación objetiva en sede probatoria.

conforme indica DE URBANO CASTRILLO, siendo necesario mencionar, en tal sentido, el fallo STS 498/2003, de 24 de abril y especialmente la STS 250/2004, de 26 de febrero, en la que la detención de los imputados y la incautación de la droga que llevaban a bordo de un vehículo fueron producto de interceptaciones telefónicas ilícitas; sin embargo, investigaciones anteriores a las escuchas telefónicas ya habían detectado la actividad ilícita de los acusados, lo que, conjuntamente con la declaración de estos, sirvió para la condena, por considerarse una actividad probatoria desconectada jurídicamente de la ilícita.<sup>327</sup>

### 10.3.- Alemania

Alemania tiene una tradición bastante antigua en lo que se refiere a la prueba ilícita pues ya en 1903 Ernst Beling había escrito su *Die Beweisverbote* en el que consideraba que los supuestos de “prohibiciones probatorias” son límites al principio de averiguación de la verdad.<sup>328</sup>

En la doctrina alemana se distingue entre prohibiciones de producción de la prueba y prohibiciones de valoración. Las primeras, a su vez, se subdividen en prohibiciones de temas probatorios, prohibiciones de medios probatorios, prohibiciones de métodos probatorios y prohibiciones probatorias relativas. Las segundas pueden ser prohibiciones de valoración probatoria dependientes y prohibiciones de valoración independientes.<sup>329</sup> Las dependientes prohíben la valoración de prueba obtenida mediante infracción de reglas referidas a los presupuestos y al modo en que ella debe ser adquirida. Las independientes, en cambio, suponen la adquisición regular de prueba a través de injerencias estatales en la esfera de derechos fundamentales de una persona pero que

<sup>327</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita, y en particular, la conexión de antijuridicidad”, en *Las reformas procesales*, José Antonio Choclán Montalvo (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 131.

<sup>328</sup> Vide GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 133, nota a pie de página Nro. 25; GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 8.

<sup>329</sup> Vide ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, 2da. reimpresión, pp. 190-191.

resultan excluidas del proceso debido a que su valoración vulneraría otros derechos también protegidos constitucionalmente.<sup>330</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) no ha sido menos importante en el desarrollo de la cuestión, sobre todo al establecer que “no es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) que la verdad debe ser averiguada a cualquier precio.” Asimismo, como ya lo expusimos al estudiar la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena,<sup>331</sup> dicho Tribunal ha elaborado la “teoría del ámbito de derechos” o también llamada “teoría del entorno jurídico”<sup>332</sup> que a pesar de ser duramente criticada también tiene sus adeptos.

Mención aparte merece el principio de proporcionalidad que también es de origen alemán, bajo cuya cobertura nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto innumerables casos, aun cuando no referidos a la problemática de la prueba ilícita.<sup>333</sup>

#### 10.4.- Argentina

La particular organización política federal del Estado argentino implica también una particular organización de la administración de justicia, de tal modo que no necesariamente las soluciones a las que arriba el sistema federal coinciden con las que corresponden a las jurisdicciones provinciales.<sup>334</sup>

En el ordenamiento nacional argentino no existe norma positiva que explicita la regla de exclusión de prueba ilícita, razón por la cual HAIRABEDIÁN sostiene que en esta materia puede hablarse de una laguna jurídica cuya solución pasa por entender que las exclusiones probatorias son una consecuencia implícita de normas constitucionales, aun cuando el Código Procesal Penal de la Nación

<sup>330</sup> GUARIGLIA, Fabricio, op. cit., p. 9.

<sup>331</sup> Vide acápite Nro. 7.2.11.

<sup>332</sup> Vide GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 135-136.

<sup>333</sup> Para mayor detalle véase el acápite Nro. 7.2.4. (El principio de proporcionalidad).

prohíbe expresamente la declaración del imputado obtenida bajo el influjo de la violencia.<sup>335</sup> En cambio, ordenamientos provinciales como el de Córdoba sí tienen prevista norma expresa de prohibición de la prueba ilícita, a partir del artículo 41 de su Constitución que reza: “Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria...”, disposición que es reproducida en el artículo 194 del Código Procesal Penal.<sup>336</sup> Igualmente el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 211, prescribe una regla general de inadmisibilidad de prueba ilícitamente adquirida, del mismo modo que el artículo 148 del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut.<sup>337</sup>

La jurisprudencia argentina en nuestra materia ha tenido un desarrollo importante, al punto que algunos sostienen que las exclusiones probatorias se habrían originado en el caso conocido como “Charles Hnos.” resuelto por la Corte Suprema nada menos que en 1891, produciéndose una suerte de silencio jurisprudencial hasta 1981 en que esta línea fue retomada en el caso “Montenegro.”<sup>338</sup> Así, al igual que en los Estados Unidos de Norteamérica, en Argentina ha sido en el seno de la jurisprudencia que ha surgido la elaboración conceptual sobre la prueba ilícita, la que posteriormente ha sido recogida por algunos Códigos Procesales Penales.<sup>339</sup>

### 10.5.- Chile

En el país del sur no hace mucho que se ha terminado de poner en vigencia en todo su territorio el nuevo Código Procesal Penal que introduce el

---

<sup>334</sup> Para una panorámica sobre la estructura y organización de la justicia penal en la Argentina, véase CREUS, Carlos, *Derecho procesal penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 379-387.

<sup>335</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 189-190.

<sup>336</sup> HAIRABEDIÁN, op. cit., p. 220.

<sup>337</sup> Vide GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 119-120.

<sup>338</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 35-38.

<sup>339</sup> Vide EDWARDS, Carlos E., *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, s.a., pp. 33-43.

proceso penal acusatorio que ha venido a sustituir al viejo modelo inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1907.<sup>340</sup>

En Código Procesal Penal no desarrolla de una manera explícita y sistemática la cuestión de la prueba ilícita.<sup>341</sup> Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 276 (Exclusión de pruebas para el juicio oral) reza: “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.” Como ha sido expresado en la doctrina chilena, la carencia de un desarrollo sistemático de la institución en el cuerpo del Código Procesal Penal no significa que la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema chileno, pues ella se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas iusfundamentales dentro del ordenamiento constitucional.<sup>342</sup> En tal sentido, el cuarto párrafo del artículo 1° de la Constitución Política establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”

En cuanto a las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita, el artículo 215 (objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado) del Código Procesal Penal contiene una disposición interesante, a saber: “Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que

---

<sup>340</sup> El 16 de junio de 2005 el nuevo modelo entró en vigencia en la Región Metropolitana de Santiago, con lo se terminó de cubrir todo el territorio chileno. Vide al respecto, TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “*La reforma procesal penal de Chile: Retrospectiva y perspectivas*”, Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2005, p. 161.

<sup>341</sup> Vide DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “*Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Ed.), LexisNexis, Santiago, 2003, p. 144.

<sup>342</sup> DÍAZ GARCÍA, L. Iván, op. cit., p. 143, quien señala que “en definitiva, la ilicitud de una prueba deviene de su disconformidad con los derechos fundamentales o con las normas iusfundamentalmente necesarias.

constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal.” El precepto pareciera validar la excepción del hallazgo casual, pero a través de un posterior mandato judicial y la conservación por parte del fiscal de los objetos o documentos casualmente hallados.

### 10.6.- Colombia

Colombia regula expresamente la regla de exclusión de prueba obtenida ilícitamente. El artículo 23 del Código Procesal Penal – Ley 906 de 2004 - establece lo siguiente: “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.” Como puede apreciarse, el legislador colombiano excluye expresamente tanto la prueba ilícita directa como la derivada o refleja.

Por su parte el artículo 455 del mismo cuerpo normativo reza: “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.” Resulta claro que el legislador colombiano ha regulado expresamente la posibilidad de utilizar las excepciones denominadas doctrina del *“purged taint”* o del nexo causal atenuado, fuente independiente, el descubrimiento inevitable y, en cláusula abierta, cualquier otra que pueda ser establecida por la ley. Al respecto, CASTRO OSPINA considera que esta norma se refiere a la prueba derivada o refleja, pues, “una interpretación diferente conduciría a que fuera ineficaz el sentido garantista que tiene la causal de exclusión.”<sup>343</sup>

El artículo 29 de la Constitución colombiana consagra el debido proceso como derecho fundamental y como parte de él el derecho a la prueba,

<sup>343</sup> CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette, *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005, p. 72.

disponiendo al final que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

La Corte Constitucional de dicho país ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, sobre la constitucionalidad de ciertas disposiciones del nuevo Código Procesal Penal relativas a los efectos de la prueba derivada del registro y allanamiento con orden viciada y a las excepciones a la regla de exclusión expresamente consagradas. Al respecto debe señalarse que el artículo 232 del Código establece que si la orden de registro y allanamiento expedida por parte del fiscal, se encuentra viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en aquélla, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación. La Corte interpretó que la expresión “directa y exclusivamente” vulnera la Constitución que, en su artículo 29, como ya se ha explicado líneas arriba, prescribe la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso, es decir, no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente. Por estas consideraciones dicha expresión fue declarada inexecutable por la Corte. Finalmente, en cuanto al texto del artículo 455 del Código Procesal Penal que, como ya lo adelantáramos, consagra expresamente la aplicabilidad de las excepciones del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley, la Corte Constitucional colombiana, con base en la Sentencia SU-159 de 2002 (Manuel José Cepeda Espino), ha declarado que no vulnera la Constitución por cuanto los criterios precedentemente señalados “lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.” Por tales fundamentos el mencionado artículo fue declarado executable.<sup>344</sup>

---

<sup>344</sup> Sin embargo, es interesantísimo el voto disidente del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra que reproducimos en su integridad: “Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte

Constitucional, me veo precisado a salvar parcialmente el voto en relación con lo resuelto en la Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, por las razones que van a expresarse:

i) El artículo 29 de la Constitución Política establece con absoluta claridad que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho. Es esa una determinación adoptada por el Constituyente de 1991 con el propósito expreso de excluir como fundamento de las decisiones judiciales aquellas pruebas que se obtengan como consecuencia de torturas o tratos crueles o degradantes o con lesión a la dignidad propia de la persona humana. Un Estado de Derecho se diferencia precisamente de otros tipos de Estado en el respeto de los derechos fundamentales. Por ello nada de lo que atente contra estos se encuentra dotado de legitimidad constitucional. Dicho de otra manera, ni para adelantar investigaciones judiciales ni para ninguna otra actuación puede la autoridad del Estado acudir a ningún método ni realizar actuación alguna que atente contra la intangibilidad de la dignidad personal, ni puede justificarse en la necesidad de reprimir el delito ninguna actuación del Estado que vulnere los derechos fundamentales.

ii) En ese orden de ideas encuentro constitucional lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal- en cuanto en él se instituye la cláusula de exclusión de las pruebas que resulten violatorias de los derechos fundamentales, y las que sean consecuencia de las pruebas excluidas o que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

iii) Sin embargo, resulta un verdadero contrasentido que luego de sentado ese principio en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, que se ajusta a la garantía constitucional establecida en el artículo 29 de la Carta, se le haga una excepción en el artículo 232 del mismo Código en materia de registros y allanamientos practicados por la Fiscalía General de la Nación. En efecto, en esa norma se sanciona con la invalidez la diligencia de registro y allanamiento que carezca de algunos de los requisitos esenciales previstos en la ley y, a renglón seguido se expresa que *“los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor”*. Es decir, a contrario sensu, las evidencias físicas y elementos probatorios que no dependan directa y exclusivamente del registro o allanamiento practicados sin los requisitos legales, tienen validez. De manera sorpresiva se pasa de lo ilícito a lo lícito, de lo reprochable a lo jurídicamente inmaculado, de lo prohibido por la Constitución a la constitucionalidad de la norma que la viola, como sí de lo que es ilícito en esencia pudiera en virtud de la redacción de la norma convertirse en lícito por la vía de una excepción que surge de considerar que si existe un elemento probatorio o se obtiene una evidencia física en un registro o allanamiento ilegal y se afirma luego que aquellos no dependen directa y exclusivamente de este, se purga la ilicitud, como sí la sanción de nulidad de pleno derecho para las pruebas obtenidas con violación de las garantías constitucionales de que trata el artículo 29 de la Carta Constitucional no existiera.

4. De otra parte, el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 establece que la cláusula de exclusión de las pruebas ilícitas instituida por el artículo 23 de esa ley y que la Constitución fulmina con la nulidad de pleno derecho, tendrá que considerar como criterios para que esa nulidad se decrete *“el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”*.

Analizada esta norma a la luz de la Constitución, es claro a mi juicio que resulta inexecutable. Así, en la hipótesis de haber sido obtenida una prueba con violación de las garantías fundamentales, no existe duda alguna sobre su ilicitud. Pero conforme al artículo 455 del Código de Procedimiento Penal las pruebas que sean consecuencia de una prueba ilícita, se transforman por arte de magia en lícitas, lo cual no se encuentra autorizado por la Constitución.

La Carta establece que las pruebas ilícitas son nulas de pleno derecho. No hace las distinciones que el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 incluyó en su texto, sino que es perentoria, clara, contundente al sancionar con la nulidad cualquier prueba ilícita.

Nótese, que la supuesta atenuación del vínculo entre lo lícito y lo ilícito queda sumida en el campo del subjetivismo, y, por ello, se abre un anchuroso campo a la posibilidad de la arbitrariedad en materia probatoria, de tal suerte que el capricho sea el criterio para declarar que existe “vínculo atenuado” y por ese camino dotar de validez a pruebas que carecen de ella.

Igual sucede con la denominada *“fuente independiente”*, mediante la cual se quiere ocultar lo inocultable. Es decir, separar la prueba ilícita de otra obtenida mediante ella pero atribuyéndole que tiene una *“fuente”* distinta. Aquí se contraría hasta distorsionarla por completo la noción de *“fuente”* de la prueba, para señalar simplemente que se hace separable lo que resulta inescindible. En el proceso se prueban los hechos y estos no pueden demostrarse sino con los medios de prueba que no resulten contrarios ni violatorios de los derechos fundamentales, esto es, dejando



La Corte Suprema de Justicia de Colombia, según da cuenta PARRA QUIJANO, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prueba ilícita, pudiendo citarse el caso de una juez que fue condenada por concusión sobre la base de una grabación de conversación telefónica efectuada por la propia víctima. La Corte Suprema sostuvo que "...cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita la autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes. Éste por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada."<sup>345</sup>

## 11.- CONCLUSIONES PARA LA SEGUNDA PARTE

- A) La problemática concerniente a la prueba ilícita no es privativa del proceso penal. La adquisición y valoración probatorias concierne a los diversos sectores del ordenamiento jurídico – procesal y no únicamente a la parcela penal.
- B) Más allá de la falta de consenso y unidad terminológica sobre la prueba ilícita, lo importante es identificar conceptualmente el contenido de lo prohibido o ilícito, independientemente de la denominación utilizada.

---

intacta siempre la dignidad de la persona humana, sin coacción, sin tortura, sin tratos crueles o degradantes, sin coacciones indebidas, con absoluta libertad. Esa distinción entre fuente dependiente y fuente independiente que proviene del Derecho Anglosajón, tan sólo se rige por el utilitarismo en materia jurídica, para darle entrada al proceso a todo lo que resulte "útil", dejando a salvo la apariencia de licitud, para quedar a paz y salvo con el Derecho aunque se conculquen los derechos fundamentales.

Del mismo modo, se pretende amparar con la validez una prueba o evidencia física obtenida por medios ilícitos, bajo el censurable argumento según el cual si de todas maneras la prueba podría haberse producido, nada importa que para acceder a ella se hubiere incurrido en conductas abominables por las autoridades, porque el "*descubrimiento inevitable*" sirve, para darle licitud como por ensalmo a proceder ilícitos, de tal manera que así quedarían cubiertos por el manto jurídico torturas, tratos crueles físicos o síquicos, la degradación y el ultraje a la dignidad de la persona humana.

Agréguese a lo anterior que el propio artículo 455 añade que la nulidad derivada de la prueba ilícita también podrá considerarse con otros criterios "*que establezca la ley*", sin decir cuales con lo que se cae en la más absoluta indefinición y podrá llegarse al más completo de los abusos, lo que resulta inadmisibles en el Derecho Procesal Penal, instituido para juzgar pero conforme a la Constitución y con el más ascenderado respeto a la integridad de los derechos humanos.

Dejo así expuestas las razones de mi discrepancia parcial con la Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005."

<sup>345</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, "*Pruebas ilícitas*", en *Ius et Veritas*, Año VIII, Nro. 14, p. 43.

- C)** Prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales y, en esencia, se constituye en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. Para el caso del Perú, los derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados por la prueba ilícita son los consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución, pero teniéndose en cuenta lo prescrito por la propia Constitución en su artículo 3° que incluye a los demás derechos no enumerados que ella garantiza, otros de naturaleza análoga o los que deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros.
- D)** Prueba irregular es aquella que ha sido obtenida o incorporada con vulneración de normas ordinarias o infraconstitucionales. La diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular es importante desde el punto de vista del resultado. En tal sentido, la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales carece por completo de efectos legales y no puede ser utilizada; mientras que una prueba que únicamente haya lesionado una norma de procedimiento y, en general, normas legales ordinarias, si bien genera la invalidez de la diligencia, sin embargo, puede ser utilizada de algún modo como punto de partida o referencia para probar el hecho de otro modo y, en algunos casos, hasta convalidada.
- E)** En la doctrina se ha señalado que los derechos que resultan más susceptibles de ser quebrantados en la obtención ilícita de prueba son: el derecho a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, etc.
- F)** En nuestro país, en atención a la fórmula abierta del artículo 3° de la Constitución, es posible sostener que la vulneración de derechos fundamentales de índole procesal, tales como la defensa técnica, a no declarar contra sí mismo o contra ciertos parientes, etc, acarrea necesariamente la exclusión de la prueba así obtenida o admitida. En todo caso, los operadores deberán evitar convertir a la prescripción del artículo 3° constitucional en una especie de cajón de sastre que termine desnaturalizando la racionalidad de la regla de exclusión y afectando indebidamente el principio de averiguación de la verdad.

- G)** Prueba directa en el ámbito de las prohibiciones probatorias es aquella cuya concreta causa es la afectación de un derecho fundamental. Así ha sido recogida por el artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004. En cambio, prueba derivada o refleja es aquella en si misma lícita pero que tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales.
- H)** La prueba ilícitamente obtenida no debe generar efecto o consecuencia alguna en la formación de la convicción o certeza del juzgador sobre los hechos o enunciados del proceso.
- I)** Si bien es verdad, en líneas generales, la nulidad absoluta y la exclusión probatoria generan un resultado de ineficacia, no es menos cierto que no son la misma cosa. La nulidad está referida siempre a actos procesales. En cambio, la exclusión probatoria tiene un alcance mucho más amplio pues comprende también y principalmente la realidad extraprocesal de las fuentes de prueba. Asimismo, no debe perderse de vista que la exclusión probatoria deriva de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico; mientras que esta trascendencia iusfundamental o constitucional no está necesariamente presente en la regulación de la nulidad procesal. En tal sentido, en materia de nulidades rige el principio de taxatividad, lo que no sucede tratándose de la exclusión probatoria cuya fuerza vinculante y aplicabilidad dimana de la Constitución y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, por lo que no es necesario que la regla de exclusión esté expresamente prevista en el ordenamiento. Por tales motivos, se justifica plenamente la autonomía de la exclusión probatoria y su clara diferencia del instituto jurídico – procesal de la nulidad.
- J)** Si bien es admisible que, en general, deba esperarse o acaso desearse que la aplicación de la regla de exclusión disuada a la policía y a los demás órganos de la persecución penal de la comisión de futuros actos lesionantes de derechos fundamentales en la actividad de obtención de fuentes de prueba; sin embargo, en nuestro sistema la principal finalidad de la exclusión probatoria es servir de garantía de la preeminencia e inviolabilidad de los derechos fundamentales. En este

orden de ideas, una prueba ilícitamente obtenida no debe ser admitida ni valorada porque así se logra disuadir a los agentes de la persecución penal de seguir procediendo de dicho modo, sino porque la vulneración de derechos fundamentales es intolerable en un Estado de Derecho.

- K)** Es innegable que actualmente existe en la jurisprudencia y derecho comparados un proceso de relativización de la regla de exclusión de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales que no se puede soslayar. En tal sentido, así como hay quienes propugnan la aplicación de excepciones a la regla de exclusión, otro sector sostiene que no habría lugar para dichas excepciones, quedando únicamente la posibilidad de la reforma legislativa allí donde resulte político criminalmente aconsejable la potenciación de la persecución penal y se corra el riesgo de una parálisis del sistema debido a una aplicación rígida de las normas procesales referidas a la obtención de prueba.
- L)** En el derecho y jurisprudencia comparadas, especialmente la estadounidense, alemana y española, se ha perfilado el desarrollo de una serie de excepciones a la regla de exclusión, siendo las principales la fuente independiente (*independent source doctrine*), el descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*), la doctrina de la buena fe (*good faith exception*), el principio de proporcionalidad, la doctrina del *purged taint* o del nexo causal atenuado, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo, a renuncia del interesado, la *plain view doctrine* y los campos abiertos y la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena.
- M)** Teniendo en cuenta el desarrollo de nuestra investigación, las excepciones que podrían ser admitidas en nuestro sistema sin mayor problema son: la fuente independiente (que no es propiamente una excepción), la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la *plain view doctrine* y los campos abiertos; igualmente el principio

de proporcionalidad y ponderación siempre y cuando la prueba haya sido regularmente obtenida pero el legislador ha excluido su valoración de modo expreso o se produzca una colisión con otros valores o bienes protegidos constitucionalmente, de igual o superior rango.

- N)** No resulta válida la pretensión de importar inclusive el propio desarrollo experimentado por la regla de exclusión en la jurisprudencia estadounidense. En tal sentido, ha de ser nuestra propia experiencia y realidad las que nos vayan dictando qué cosa admitir y qué cosa rechazar en materia de prueba ilícita. De este modo, es posible respetar la tradición romano – germánica a la que pertenecemos, a través de la regulación expresa de algunas excepciones a la regla de exclusión; y, al mismo tiempo, reconocerles a los jueces amplias facultades de interpretación y creación a través del principio de proporcionalidad y el recurso a la ponderación.
- O)** El Tribunal Constitucional peruano apenas ha rozado la problemática concerniente a la prueba ilícita. En varios pronunciamientos ha perfilado el derecho constitucional a probar como contenido implícito del genérico derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución. Asimismo, en algunos casos, ha esbozado un concepto de prueba ilícita definiéndola como “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.” Sin embargo, la muy importante sentencia dictada en el caso “Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que

podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país.

- P)** Al igual que la jurisprudencia, la doctrina nacional aún no ha logrado un tratamiento sistemático y orgánico de la problemática concerniente a la prueba ilícita. Sin embargo, actualmente se advierte un creciente interés por la investigación de esta materia, lo que se traduce en la publicación de artículos y ensayos que abordan la cuestión desde diversos ángulos.

### **CAPITULO III**

#### **PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN**

## **1.- CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS (Trabajo operacional)**

Esta parte ha sido desarrollada teniendo en cuenta los datos obtenidos de la realidad examinada, los que han sido objeto de un proceso de verificación mediante contraste estadístico. En adelante estamos en condiciones de determinar la corrección o refutación de nuestras hipótesis de investigación, para lo cual se ha tomado en consideración el valor aproximado de cada una de las variables de investigación elaboradas con dicho fin.

Ha de tenerse presente que en la medida en que los valores de las variables estudiadas no pueden operacionalizarse con exactitud numérica, en cada contraste hemos inferido algunas hipótesis de trabajo a partir del valor de las variables e indicadores e interpretación de los resultados, a través de las cuales verificamos nuestras hipótesis de investigación.

Las hipótesis de trabajo han sido elaboradas por separado, teniendo en cuenta, por un lado, la información obtenida a partir del examen de las sentencias; y, de otro lado, los datos logrados a través del instrumento encuesta, aplicado a jueces, fiscales y abogados comprendidos como unidades integrantes de la población objeto de estudio.

### **1.1.- CONTRASTES RELACIONADOS CON LOS DATOS OBTENIDOS A TRAVÉS DEL EXAMEN DE LAS SENTENCIAS**

#### **1.1.- UNIVERSO**

El universo está conformado por todas las sentencias dictadas por la Sala Penal Especial Nacional de Terrorismo en el período comprendido entre enero de 2003 a diciembre de 2007, es decir, durante cuatro años, en un número total de 656 sentencias emitidas.

### 1.1.2.- MUESTRA

La magnitud de la muestra ha sido determinada teniendo en cuenta la gran similitud de los expedientes, así como las semejanzas en las características y naturaleza de las unidades de investigación, para lo cual se ha cuidado que sea lo suficientemente representativa del universo.

De las 656 sentencias conformantes del universo, se ha tomado una muestra de 130 sentencias que equivale al 19.82% del total, con la finalidad de establecer en cuántos de estos expedientes la defensa alegó vulneración de derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, en cuántos los juzgadores aplicaron criterios teóricos sobre la prueba ilícita.

#### A) PRIMER CONTRASTE

**CUADRO CORRESPONDIENTE AL UNIVERSO**  
(Sentencias dictadas por la Sala Penal Especial Nacional de Terrorismo)

NÚMERO TOTAL DE SENTENCIAS (Universo)	656	100%
Sentencias (expedientes) integrantes de la muestra	130	19.82%
Expedientes en los que se alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba	73	56.153% (*)
Expedientes en los que no se alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba	57	43.846% (*)

(\*) Porcentaje de la muestra

#### INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

- a) En el 56.153% de expedientes integrantes de la muestra la defensa alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba.
- b) En el 43.846 % de expedientes integrantes de la muestra la defensa no alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba.

#### 1.- Primera hipótesis de trabajo:

***En un número significativo de casos se ha alegado vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba.***



## B) SEGUNDO CONTRASTE

### CASOS EN LOS QUE LOS JUZGADORES APLICARON CRITERIOS TEÓRICOS SOBRE PRUEBA ILÍCITA (EN AQUELLOS EN LOS QUE HUBO ALEGACIÓN DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES)

Año 2003	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007	Total
En 3 casos	En 2 casos	En 1 caso	En 1 caso	En 1 caso	8 (6.15%)

## INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

a) En el período comprendido entre los años 2003 a 2007, la Sala Nacional de Terrorismo ha aplicado criterios teóricos sobre prueba ilícita en un total de 8 casos, lo que equivale al 6.13% de la muestra.

b) El período en el que en un mayor número de casos los juzgadores utilizaron criterios teóricos sobre prueba ilícita es el correspondiente al año 2003, con un total de 3 casos.

## 2.- Segunda hipótesis de trabajo

***Existe una insuficiente o escasa utilización de criterios teóricos concernientes a la prueba ilícita por parte de los juzgadores pertenecientes a la Sala Penal Nacional de Terrorismo.***

## C) TERCER CONTRASTE

### CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE CRITERIOS CONCERNIENTES A LA PRUEBA ILÍCITA

Años	Excluyeron y no valoraron la prueba ilícita	Admitieron y valoraron la prueba ilícita
2003	3	0
2004	1	1
2005	1	0
2006	1	0
2007	0	1
	SUB TOTAL	SUB TOTAL
	6 (75%)	2 (25%)

## INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

a) De todos los casos en los que los juzgadores aplicaron criterios teóricos concernientes a la prueba ilícita, el 75 % (6) correspondió a la exclusión y no valoración de la prueba.

b) De todos los casos en los que los juzgadores aplicaron criterios teóricos concernientes a la prueba ilícita, el 25 % (2) correspondió a la admisión y valoración de la prueba.

### 3.- Tercera hipótesis de trabajo

*Quando los juzgadores del subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo aplican criterios teóricos concernientes a la prueba ilícita, mayoritariamente excluyen y no valoran la prueba considerada ilícita.*

---oOo---

## 1.2.- CONTRASTE CON LOS DATOS OBTENIDOS A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO ENCUESTA, DIRIGIDO A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS

Anteladamente se procedió a formular el cuestionario de preguntas pertinente, teniendo en cuenta la naturaleza de las hipótesis a probar. Posteriormente, procedimos a realizar la encuesta a todos los individuos integrantes de la muestra, jueces en un número de treinta (30), fiscales en un número de treinta (30) y abogados en un número de cien (100).

A continuación se procedió a formular las hipótesis de trabajo a partir de las respuestas obtenidas en la encuesta.

### MUESTRA

JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL	30
FISCALES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL	30
ABOGADOS PATROCINANTES	100

### D) CUARTO CONTRASTE

***En los diversos casos penales que Ud. ha conocido, sea como juez, fiscal o abogado patrocinante, ¿ha tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida?***

**CUADRO SOBRE LAS RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS SOBRE LOS CASOS EN LOS QUE HAN TENIDO OPORTUNIDAD DE APLICAR CRITERIOS CONCERNIENTES A LA TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA**

OPERADORES / RESPUESTA	NUNCA		MENOS DE 10		MÁS DE 10		TOTAL
	Nro.	%	Nro.	%	Nro.	%	
Jueces	13	43.3	14	46.6	3	10	30
Fiscales	16	53.3	12	40	2	6.6	30
Abogados	44	44%	43	43	13	13	100

## INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

De este cuadro se advierte lo siguiente:

a) Jueces, fiscales y abogados patrocinantes han tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida en un porcentaje superior al 56%, 46% y 56%, respectivamente.

b) Nunca han tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita en un porcentaje superior al 43%, 53% y 44%, respectivamente.

### 4.- Cuarta hipótesis de trabajo

*Jueces, fiscales y abogados han conocido un número importante de casos en los que tuvieron ocasión de aplicar criterios concernientes a la prueba ilícita o prohibida, lo que muestra, a su vez, la posible vulneración de derechos fundamentales en un porcentaje elevado de casos.*

### E) QUINTO CONTRASTE

*En aquellos casos en los que ha tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido excluida y no valorada por ilícita o admitida y valorada a pesar de su ilicitud.*

CUADRO SOBRE LAS RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE CRITERIOS CONCERNIENTES A LA TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA

OPERADORES / RESPUESTA	EXCLUIDA Y NO VALORADA		ADMITIDA Y VALORADA		TOTAL
	Nro.	%	Nro.	%	
Jueces	18	60	1	3.3	30
Fiscales	8	26.6	6	20	30
Abogados	32	32	29	29	100
		36.25%		22.5%	160 (100 %)

## INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

De los datos consignados en el cuadro anterior, fluye lo siguiente:

- a)** En los casos en que los operadores jurídicos han tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido excluida y no valorada en un porcentaje total superior al 36%, observándose que en el caso de los jueces es más significativo pues llega al 60%.
- b)** En los casos en que los operadores jurídicos han tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido admitida y valorada en un porcentaje total superior al 22.5 %, observándose que en el caso de los abogados es más significativo pues llega al 29%.
- c)** La suma de los porcentajes parciales de cada una de las muestras no arroja el 100% total debido a que algunos individuos encuestados no respondieron a la pregunta Nro. 2, en vista que nunca tuvieron oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida.

#### 5.- Quinta hipótesis de trabajo

***En aquellos casos en los que se han aplicado criterios concernientes a la prueba ilícita, en un porcentaje mayor la consecuencia ha sido la exclusión y no valoración.***

#### F) SEXTO CONTRASTE

**¿Conoce Ud. los criterios que la jurisprudencia y doctrina, sobre todo comparada, han desarrollado respecto de la prueba ilícita o prohibida?**

**CUADRO SOBRE LAS RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS ACERCA DE SU NIVEL DE CONOCIMIENTO DE LOS CRITERIOS QUE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, SOBRE TODO COMPARADAS, HAN DESARROLLADO RESPECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA**

OPERADORES/ RESPUESTA	Muy bien		Bien		Más o menos		Nada		Total
	Nro.	%	Nro.	%	Nro.	%	Nro.	%	
Jueces	0	0	8	26.67	16	53.33	6	20	30
Fiscales	2	6.67	14	46.67	10	33.3	4	13.3	30
Abogados	4	4	23	23	62	62	11	11	100

## INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

De la interpretación de los datos anotados en el cuadro anterior es posible advertir lo siguiente:

a) El desconocimiento de los criterios que la jurisprudencia y doctrina, sobre todo comparadas, han desarrollado respecto de la prueba ilícita o prohibida, prima sobre el conocimiento de los mismos, dado que un alto porcentaje de operadores responden que conocen más o menos o nada al respecto, superando, en el caso de los jueces, el 70%.

### 6.- Sexta hipótesis de trabajo

*Existe un alto grado de desconocimiento declarado entre los operadores (jueces, fiscales y abogados) sobre los criterios que la jurisprudencia y doctrina, sobre todo comparadas, han desarrollado respecto de la prueba ilícita o prohibida.*

-----oOo-----

## **2.- DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

Esta fase de la investigación ha sido desarrollada sobre la base de la contrastación empírica o trabajo operacional, plasmado en el numeral precedente. Ello ha implicado el tratamiento estadístico de la información, consistente en la presentación de los datos, su lectura e interpretación y la formulación de las hipótesis de trabajo que, en buena cuenta, constituyen la síntesis del trabajo operacional. Todo esto a partir de la sistematización de los datos obtenidos a través de la revisión de los expedientes (sentencias) y de las encuestas realizadas a los operadores procesales: jueces, fiscales y abogados, comprendidos en la muestra de investigación.

Asimismo, nos han servido de sustento los fundamentos teóricos – doctrinarios desarrollados en el capítulo II) referido al “Desarrollo sistemático de las instituciones jurídicas comprendidas en el marco teórico de la investigación”. Como es de apreciarse, en dicha área de nuestra investigación hemos arribado a conclusiones sobre las instituciones o categorías jurídicas vinculadas con el tema de estudio. Tales conclusiones han sido determinadas a partir del análisis lógico – jurídico, validado con el criterio de *autorictas*, los criterios consensuados y, en algunos casos, asumiendo nuestra propia posición desde el análisis jurídico, la que ha sido enriquecida con la información obtenida en el marco de la investigación empírica.

Consecuentemente, a partir de lo expuesto, estamos en condiciones de comprobar o verificar la corrección y validez de las hipótesis de investigación formuladas.

## **2.1.- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2.1.1.- HIPÓTESIS (H-1):**

*Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.*

#### **2.1.1.1.- VARIABLES:**

##### **V. INDEPENDIENTE (X):**

*X. Nivel de conocimiento de los operadores procesales respecto de la prueba ilícita.*

##### **V. DEPENDIENTE (Y):**

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

De acuerdo con los resultados del trabajo operacional, el valor de las variables de la hipótesis en cuestión ha quedado debidamente establecido en la medida en que se indicó al iniciar la investigación, resultado que se ve corroborado con las conclusiones arribadas en el desarrollo del marco teórico correspondiente a las instituciones jurídicas concernientes a estas variables. Así tenemos:

**a)** El valor variable independiente correspondiente al nivel de conocimiento, por parte de los operadores procesales, de la institución investigada, se ha determinado que es INSUFICIENTE, con las hipótesis de trabajo 2) segunda y 6) sexta.



b) Este insuficiente o escaso conocimiento determina a su vez el valor de la variable dependiente relacionada con el nivel de desarrollo en el proceso penal de criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados. En tal sentido, el insuficiente desarrollo de criterios sobre la prueba ilícita (admisión o exclusión) se verifica con las hipótesis de trabajo 6) sexta y corroborado con las hipótesis de trabajo 1) primera, 2) segunda, 3) tercera, 4) cuarta y 5) quinta.

### 2.1.2.- HIPÓTESIS (H-2):

***La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita.***

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, se ha verificado con los argumentos lógico – jurídicos con cuyo uso se ha arribado a las conclusiones teóricas correspondientes, específicamente los contenidos en los puntos II.8.1, II.8.2.

Asimismo, el valor de la hipótesis bajo análisis se corrobora a través de las conclusiones O y P de la segunda parte del marco teórico, punto II.11 que se transcriben:

**O)** El Tribunal Constitucional peruano apenas ha rozado la problemática concerniente a la prueba ilícita. En varios pronunciamientos ha perfilado el derecho constitucional a probar como contenido implícito del genérico derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución. Asimismo, en algunos casos, ha esbozado un concepto de prueba ilícita definiéndola como “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.” Sin embargo, la muy importante sentencia dictada en el caso “Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento

de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país.

**P)** Al igual que la jurisprudencia, la doctrina nacional aún no ha logrado un tratamiento sistemático y orgánico de la problemática concerniente a la prueba ilícita. Sin embargo, actualmente se advierte un creciente interés por la investigación de esta materia, lo que se traduce en la publicación de artículos y ensayos que abordan la cuestión desde diversos ángulos.

### **2.1.3.- HIPÓTESIS (H-3):**

***Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes de igual o superior rango, constitucionalmente protegidos.***

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, se ha verificado con los argumentos lógico – jurídicos con cuyo uso se ha arribado a las conclusiones teóricas correspondientes, específicamente los contenidos en los puntos II.9, II.9.1, II.9.2 y II.9.3 (sistema de regulación de las excepciones a la regla de exclusión) y conclusiones II.11.M y II.11.N que se transcriben:

**M)** Teniendo en cuenta el desarrollo de nuestra investigación, las excepciones que podrían ser admitidas en nuestro sistema sin mayor

problema son: la fuente independiente (que no es propiamente una excepción), la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la *plain view doctrine* y los campos abiertos; igualmente el principio de proporcionalidad y ponderación siempre y cuando la prueba haya sido regularmente obtenida pero el legislador ha excluido su valoración de modo expreso o se produzca una colisión con otros valores o bienes protegidos constitucionalmente, de igual o superior rango.

**N)** No resulta válida la pretensión de importar inclusive el propio desarrollo experimentado por la regla de exclusión en la jurisprudencia estadounidense. En tal sentido, ha de ser nuestra propia experiencia y realidad las que nos vayan dictando qué cosa admitir y qué cosa rechazar en materia de prueba ilícita. De este modo, es posible respetar la tradición romano – germánica a la que pertenecemos, a través de la regulación expresa de algunas excepciones a la regla de exclusión; y, al mismo tiempo, reconocerles a los jueces amplias facultades de interpretación y creación a través del principio de proporcionalidad y el recurso a la ponderación.

## **2.2.- RESULTADO FINAL:**

Consecuentemente, como resultado final tenemos que:

Quedan debidamente comprobadas las hipótesis de investigación H-1 y H-2 y H-3.

En el primer caso (H-1) se ha demostrado metódica y rigurosamente que existe un insuficiente o escaso conocimiento de los operadores procesales (jueces, fiscales y abogados) respecto de la prueba ilícita, lo que, a su vez, determina el insuficiente desarrollo de criterios para la admisión o exclusión en el proceso penal del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesado.

En cuanto al segundo caso (H-2) se ha demostrado que tanto la doctrina nacional como el Tribunal Constitucional no han desarrollado aún de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita.

Finalmente, en lo que se refiere a la H-3, se ha determinado que resulta más adecuada a nuestra realidad jurídico – procesal la regulación expresa por el legislador de las excepciones a la regla de exclusión, sin dejar de reconocer a los jueces la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso concreto y cuando ello sea necesario.

En este orden de ideas, las referidas hipótesis de investigación, debidamente comprobadas, se convierten en TESIS que describen y explican el problema sobre los criterios aplicados por los operadores jurídicos en relación con la prueba ilícita.

## **CONCLUSIONES FINALES**

1.- Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

2.- La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita. Sin embargo, en la sentencia del caso “Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita.

3.- Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango.

4.- En un número significativo de casos conocidos por la Sala Penal Especial Nacional de Terrorismo se ha alegado vulneración de derechos fundamentales en

la obtención de fuentes de prueba, lo que se corrobora con una alta incidencia de casos en los que los operadores procesales han tenido la necesidad de recurrir a criterios concernientes a la prueba ilícita.

**5.-** De la interpretación de los conceptos de debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, consagrados en el artículo 139.3 de la Constitución, se deriva la vigencia de un derecho fundamental a la prueba. A igual resultado puede arribarse considerando el derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el artículo 2.24, literal e) de la Constitución. En efecto, se concibe al derecho a la prueba o derecho a probar como un componente del derecho genérico al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. De igual modo, se plantea que, si toda persona sometida a proceso es presumiblemente inocente hasta no ser condenada firmemente, entonces debe aceptarse que el único modo de destruir o enervar esa presunción de inocencia, es a través del ejercicio del derecho a producir una actividad probatoria suficiente.

**6.-** La gran importancia de la prueba en el proceso penal deriva de considerar que la prueba es fuente de conocimiento y de convicción para el juzgador, de tal manera que sin actividad probatoria sería inimaginable un proceso penal justo y racional, en la medida en que no se podría destruir o enervar la presunción de inocencia de la que goza el imputado, ni tampoco aplicar la ley penal sustantiva como expresión del *ius puniendi*.

**7.-** Prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales y, en esencia, se constituye en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. Para el caso del Perú, los derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados por la prueba ilícita son los consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución, pero teniéndose en cuenta lo prescrito por la propia Constitución en su artículo 3° que incluye a los demás derechos no enumerados que ella garantiza, otros de naturaleza análoga o los que deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros.

**8.-** En nuestro país, en atención a la fórmula abierta del artículo 3° de la Constitución, es posible sostener que la vulneración de derechos fundamentales

de índole procesal, tales como la defensa técnica, a no declarar contra si mismo o contra ciertos parientes, etc, acarrea necesariamente la exclusión de la prueba así obtenida o admitida. En todo caso, los operadores deberán evitar convertir a la prescripción del artículo 3º constitucional en una especie de cajón de sastre que termine desnaturalizando la racionalidad de la regla de exclusión y afectando indebidamente el principio de averiguación de la verdad.

**9.-** Prueba directa en el ámbito de las prohibiciones probatorias es aquella cuya concreta causa es la afectación de un derecho fundamental. Así ha sido recogida por el artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004. En cambio, prueba derivada o refleja es aquella en si misma lícita pero que tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales.

**10.-** La prueba ilícitamente obtenida no debe generar efecto o consecuencia alguna en la formación de la convicción o certeza del juzgador sobre los hechos o enunciados del proceso.

**11.-** Es posible establecer diferencias entre nulidad y exclusión probatoria. La nulidad está referida siempre a actos procesales. En cambio, la exclusión probatoria tiene un alcance mucho más amplio pues comprende también y principalmente la realidad extraprocesal de las fuentes de prueba. Asimismo, no debe perderse de vista que la exclusión probatoria deriva de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico; mientras que esta trascendencia iusfundamental o constitucional no está necesariamente presente en la regulación de la nulidad procesal. En tal sentido, en materia de nulidades rige el principio de taxatividad, lo que no sucede tratándose de la exclusión probatoria cuya fuerza vinculante y aplicabilidad dimana de la Constitución y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, por lo que no es necesario que la regla de exclusión esté expresamente prevista en el ordenamiento.

**12.-** Si bien es admisible que, en general, deba esperarse o acaso desearse que la aplicación de la regla de exclusión disuada a la policía y a los demás órganos de la persecución penal de la comisión de futuros actos lesionantes de derechos

fundamentales en la actividad de obtención de fuentes de prueba; sin embargo, en nuestro sistema la principal finalidad de la exclusión probatoria es servir de garantía de la preeminencia e inviolabilidad de los derechos fundamentales.

**13.-** En el derecho y jurisprudencia comparadas, especialmente la estadounidense, alemana y española, se ha perfilado el desarrollo de una serie de excepciones a la regla de exclusión, siendo las principales la fuente independiente (*independent source doctrine*), el descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*), la doctrina de la buena fe (*good faith exception*), el principio de proporcionalidad, la doctrina del *purged taint* o del nexo causal atenuado, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo, la renuncia del interesado, la *plain view doctrine* y los campos abiertos y la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena.

**14.-** Teniendo en cuenta el desarrollo de nuestra investigación, las excepciones que podrían ser admitidas en nuestro sistema sin mayor problema son: la fuente independiente (que no es propiamente una excepción), la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la *plain view doctrine* y los campos abiertos; igualmente el principio de proporcionalidad y ponderación siempre y cuando la prueba haya sido regularmente obtenida pero el legislador ha excluido su valoración de modo expreso o se produzca una colisión con otros valores o bienes protegidos constitucionalmente, de igual o superior rango.



## RECOMENDACIONES

1.- Implementar cursos de capacitación en el interior del Poder Judicial, Ministerio Público y Colegios de Abogados con la finalidad de formar a sus miembros en el conocimiento y manejo de las categorías concernientes a la prueba ilícita, incluyendo los actuales desarrollos de la doctrina y jurisprudencia comparadas, sin perjuicio de enfatizar la importancia de tener siempre en cuenta que la aplicación de dichos criterios requiere considerar nuestra particular realidad jurídico – procesal.

2.- Modificar el numeral 2) del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 con la finalidad de posibilitar la regulación taxativa de la fuente independiente, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la *plain view doctrine* y los campos abiertos; igualmente el principio de proporcionalidad y ponderación.

### **PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 tiene el siguiente texto:

#### **Art. 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.

Teniendo en cuenta la segunda recomendación, **proponemos** el siguiente texto para el numeral 2) del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004:

2.- Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los 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 también 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 último 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.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **(Sobre la materia de investigación)**

- AMELUNG, Knut, “Constitución y proceso penal en Alemania”. En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005.
- ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1989.
- ASENCIO MELLADO, José María, “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000”, en José María Asencio Mellado (Dir.), *Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*, Grijley, Lima, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BAYTELMAN A., Andrés y otro: *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Editorial Alternativas, Lima, 2005.
- BRAVO LLAQUE, César William, “La prueba ilícita a partir de una resolución del Tribunal Constitucional”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Nro. 104, Año 12, Mayo 2007.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Editorial Temis S.A., tercera reimpresión de la tercera edición, Bogotá, 2003.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.
- BROWN, Guillermo: *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial Jurídica Nova Tesis. Rosario, Santa Fe, 2002.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor, “Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano”. En CUBAS VILLANUEVA, Víctor, et al (Coords.), *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, Palestra Editores, Lima, 2005.

- CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 4ta. edición.
- CANCIO MELIÁ et al (Cord.) : *El discurso penal de la exclusión*. Edisofer, Buenos Aires, 2006.
- CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Rubinzal – Culzoni, Editores, Santa Fe, reimpresión de la 1era. edición, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, s.a.
- CASTILLO ALVA, José Luis: “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”. En: Diálogo con la jurisprudencia, Año 11, Nro. 83, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette: *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- CASTRO TRIGOSO, Hamilton, “Prueba ilícita y principio de proporcionalidad. Especial referencia al criterio seguido por la Corte Suprema”, en Diálogo con la jurisprudencia, Nro. 112, enero 2008.
- COLOMA CORREA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Editor), Lexis Nexis, Santiago, 2003.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- CREUS, Carlos, *Derecho procesal penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- DANNECKER, Gerhard, “Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Coloma Correa, Rodrigo (Editor), LexisNexis, Santiago, 2003.
- DE URBANO CASTRILLO, Edgardo y TORRES MORATO, Miguel Angel: *La prueba ilícita penal*, Arazandi, Navarra, 2000.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita, y en particular, la conexión de antijuridicidad”, en *Las reformas procesales*, José Antonio Choclán Montalvo (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, 2da. edición.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

DÍAZ GARCÍA, L. Iván, “Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Edit.), Lexis Nexis, Santiago, 2003.

Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición.

EDWARDS, Carlos Enrique: *La prueba ilegal en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora Córdova, Córdova, 2000.

ESER, Albin, “Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la reprivatización del proceso penal?”. En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto, “La prueba ilícita en la doctrina y en el nuevo Código Procesal Penal”, en *El derecho penal contemporáneo*, Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, Ara Editores, Lima, 2006.

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

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración de la prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

Eliminado: , Ferrer Beltrán, Jordi et al

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton, *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Jurista Editores, Lima, 2008.

GARCÍA DEL RÍO, Flavio, *La prueba en el proceso penal. Parte general*, Ediciones Iberoamericana, Lima, 2002.

GARCÍA VALENCIA, Julio Ignacio, *Las pruebas en el proceso penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proff.? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

Eliminado: , Ferrer Beltrán, Jordi et al

GIMENO SENDRA, Vicente et al: *Lecciones de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal en el estado de derecho. Diez estudios doctrinales*, Palestra editores, Lima, 1999.

GÓMEZ COLOMER, Juan – Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985.

GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

GORPHE, Francois, *Apreciación judicial de las pruebas. Ensayo de un método técnico*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, 2da. reimpresión de la 1era. edición.

[GÖSSEL, Karl-Heinz, “Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”, en \*El proceso penal ante el estado de derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal\*, Grijley, Lima, 2004.](#)

GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2002.

HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HESSE, Konrad, “*La interpretación de la Constitución*”, en *Escritos de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992.

[JÄGER, Christian, “El significado de los llamados cursos de investigación hipotéticos en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba”, en \*AA.VV., Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Marcos Lerner, Córdoba, 2001.\*](#)

JAIME, Marcelo Nicolás, “*La intromisión estatal en la esfera de intimidad de las personas con fines probatorios: su legitimidad, alcances y precisiones en el proceso penal (con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal del Perú)*”, en AA.VV., Luis M. Reyna Alfaro et al (Cords.), *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007.

KAI AMBOS, Eduardo y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Compiladores):, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado 2005*.

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

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

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1991.

LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel y MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Editorial Comares, Granada, 1996

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MARTÍNEZ – PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Tabla XIII editores, Trujillo, 2005.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Palestra Editores, Lima, 2007.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La reforma del sistema de justicia penal: Un desafío cultural*”, en Miranda Estrampes, Manuel y Peña Cabrera Freyre, Alonso R., *Temas de derecho penal y procesal penal*, APECC, Lima, 2008.

MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones jurídicas, Lima, 1990.

MONROY GÁLVEZ, Juan F., *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, Palestra, Lima, 2004, 2da. edición aumentada.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, tirant lo blanch, Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, Juan, “*Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*”, en *La Prueba*, Juan Montero Aroca (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Editorial Orbis S.A., Buenos Aires, 1984, traducción de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

- MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2006.
- NIEVES-CHERO, Justo Edward, "La conexión de antijuridicidad en los efectos reflejos: Reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita," en AA.VV., Luis M. Reyna Alfaro et al, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de derecho procesal penal*, Editorial Alternativas, Lima, 1996.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Estudios de derecho procesal penal*, Editorial Alternativas, Lima, 1993.
- PARRA QUIJANO, Jairo, "Pruebas ilícitas", en *Ius et Veritas*, Lima, Año VIII, Nro. 14.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, 2007.
- PÉREZ ARROYO, Miguel, "La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida desde el proceso penal alemán y español: propuestas y desafíos al modelo penal peruano y latinoamericano", en *Revista peruana de ciencias penales*, Año V, Nro. 9, Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1999.
- PÉREZ ARROYO, Miguel, "Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: las reglas de exclusión y las reglas de excepción", en *Actualidad Jurídica*, Lima, Nro. 164.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: *La filosofía penal de la ilustración*, Palestra Editores, Lima, 2007.
- REYNA ALFARO, Luis, "El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita. Precisiones iniciales", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nro. 83, Año 11, Lima, agosto 2005.
- RIEB, Peter, "Derecho constitucional y proceso penal". En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo, "La constitucionalización del proceso penal. Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCP)", en AA.VV., *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Idemsa, Lima, 2007.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, "El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos", en AA.VV., *Estudios al*



- precedente constitucional*, Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro (Coords.), Palestra, Lima, 2007.
- RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares S.L., Granada, 1998.
- ROXÍN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”. En *El Derecho penal contemporáneo*, Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, Ara Editores, Lima, 2006.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 3era. Reimpresión de la 1era. edición.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo: *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “La reforma procesal penal de Chile: Retrospectiva y perspectivas”, Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2005.
- TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco, *Provas ilícitas. Interceptacoes telefonicas e gravacoes clandestinas*, Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1995.
- TOZZINI, Carlos A., *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- URIARTE MEDINA, Carlos, “La prueba ilegalmente obtenida en el proceso penal”, en *Normas Legales*, Tomo 275, abril 1999.
- URIARTE, MEDINA, Carlos, “La reforma y entrada en vigencia de la regulación de la prueba prohibida como condición esencial de la modernización del sistema de justicia penal”, Ponencia presentada a la Comisión 1 “Modernización del sistema de justicia” del Congreso Nacional de Abogados “Propuestas normativas para la reforma del Estado peruano”, por la Comisión de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados de La Libertad, en *Revista del Foro*, Año XCIII, Lima, diciembre 2007.
- VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1999.

VILELA CARBAJAL, Karla, *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*, Palestra, Lima, 2007.

WOLTER Jürgen, “*Dignidad humana y libertad en el proceso penal*”. En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1era. reimp. de la 2da. ed., 2007.

ZAGREBELSKI, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

----o0o----

**BIBLIOGRAFÍA*****(Sobre la metodología de investigación)***

- CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Juan: Métodos de investigación 2, McGraw-Hill, México, 1996.
- ECO, Humberto: Cómo se hace una tesis, Gedisa, Barcelona, 1992.
- RAMOS SUYO, Juan Abraham: Elabore su tesis en derecho, Editorial San Marcos, Lima, 2004.
- RODRÍGUEZ, Francisco J., et al: Introducción a la metodología de las investigaciones Sociales, Editora Política, La Habana, 1984.
- WITKER, Jorge y otro: Metodología jurídica, McGraw – Hill, México, 1997.

----o0o----

**ANEXOS**

**1.- CUESTIONARIO DIRIGIDO A JUECES, FISCALES y ABOGADOS**



**MAESTRÍA CON MENCIÓN EN CIENCIAS  
PENALES**

**TESIS: “CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN  
LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA”  
GRADUANDO: Hamilton Castro Trigos**

**ENCUESTA O CUESTIONARIO DIRIGIDO A JUECES, FISCALES Y  
ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN LO PENAL**

Agradeceremos contestar con toda objetividad y sinceridad. Es una encuesta totalmente anónima

**1.- En los diversos casos penales que Ud. ha tenido a su cargo, sea como juez, fiscal o abogado patrocinante, ¿ha tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida?**

- a) Nunca
- b) En pocas oportunidades (menos de diez veces)
- c) Más de diez veces

**2.- En aquellos casos en los que ha tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido:**

- a) Excluida y no valorada por ilícita
- b) Admitida y valorada a pesar de su ilicitud

**3.- ¿Conoce Ud. los criterios que la jurisprudencia y doctrina, sobre todo comparada, han desarrollado respecto de la prueba ilícita o prohibida?**

- a) Muy bien
- b) Bien
- c) Más o menos
- d) Nada

Lima, mayo-junio de 2008

## **2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE PRUEBA ILÍCITA**

**Exp. 1058-2004/AA/TC**

**Lima**

**RAFAEL FRANCISCO**

**GARCÍA MENDOZA**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

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

#### **ASUNTO**

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

#### **ANTECEDENTES**

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

adecuadamente su derecho de defensa al impedírsele el ingreso a su centro de labores, vulnerándose, adicionalmente, sus derechos a la libertad de trabajo, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y al debido proceso.

SERPOST S.A. contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alegando que no se ha afectado el debido proceso; que el despido del recurrente no viola su derecho al trabajo, ni tampoco el principio de legalidad; añadiendo que el despido fue justificado, sustentado en una decisión regular de la empresa, y que se le aplicó una sanción prevista en el Decreto Legislativo N.º 728 y el Reglamento Interno de Trabajo.

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

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

## **FUNDAMENTOS**

1) El objeto de la demanda es que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02, del 21 de junio de 2002, mediante la cual se resuelve el vínculo laboral del recurrente, y que, por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando, más el reconocimiento de las remuneraciones dejadas de percibir.

2) El Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece, en

su artículo 16°, cuáles son las causas de extinción del contrato de trabajo, y que, para el despido, debe existir una causa justa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador, conforme se prevé en los artículos 22°, 23° y 24°; asimismo, queda normado el procedimiento de despido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31° al 33° del mismo cuerpo legal.

3) Por otra parte y conforme lo ha señalado este Colegiado en la sentencia 976-2001-AA/TC, la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27° de la Constitución, ofrece dos opciones: **a)** la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y **b)** la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1° de la Ley N.° 23506, lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido nulo, incausado o fraudulento.

4) Según aparece de autos, la demandada comunicó al recurrente, conforme al procedimiento legal previsto, la imputación de una falta grave mediante la Carta Notarial N.° 489-G/02, entregada el 13 de junio de 2002, atribuyéndole una conducta tipificada en el inciso a) del artículo 25° del citado Decreto Supremo N.° 003-97-TR, y otorgándole un plazo de seis días naturales para que ejercitara su derecho al descargo. Este Colegiado observa, sin embargo, que después de iniciado dicho procedimiento e incluso, desde fecha anterior al mismo, se ha venido incurriendo, por parte de la demandada, en una serie de infracciones que en buena cuenta han terminado por desnaturalizarlo, no solo en términos formales sino, incluso, sustantivos. Es necesario, por consiguiente, analizar por separado cada una de estas infracciones a efectos de delimitar los alcances de la presente sentencia y los criterios en los que la misma se fundamenta.

5) En primer lugar y si la supuesta falta grave atribuida al recurrente se sustenta en el hecho de *“haber utilizado indebidamente recursos públicos dentro del horario [d]e trabajo, para realizar labores de índole particular, totalmente*



*ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”, es imprescindible precisar si dicha conducta se encuadra en el citado inciso a) del artículo 25° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, cuyo texto prevé que “Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de tal índole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación”; agregando que dentro de las diversas variantes que la configuran se encuentra “El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene, aprobados o expedidos, según corresponda por la autoridad competente, que revistan gravedad”.*

6) De una simple constatación entre lo que establece el citado dispositivo legal y la conducta atribuida al recurrente, no se observa, *prima facie*, coherencia o relación alguna, salvo que se entienda que la misma supone, exclusivamente, una infracción al Reglamento Interno de Trabajo, que, según aparece del texto reseñado, podría permitir una interpretación mucho más extensiva de los tipos de conducta grave. Sin embargo, revisado el texto de dicho reglamento, obrante de fojas 119 a 152 de autos, se aprecia que, por el contrario, los hechos imputados no son calificados como faltas graves que generan despido, conforme lo establece el artículo 113° de dicha norma, sino, y en el más perjudicial de los casos, como simples infracciones que solo generan sanción disciplinaria, según lo señalado en su respectivo artículo 110°.

7) En efecto, aun asumiendo que los hechos atribuidos fuesen ciertos, los mismos podrían verse identificados en los incisos e) [*“Cometer dentro de las horas de trabajo o fuera de ellas actos contrarios a la disciplina, higiene o reñidos con la moral”*], j) [*“Distraer a sus compañeros en horas de trabajo, así como leer periódicos, revistas, libros, etc. sin ser parte de sus funciones”*], s) [*“Usar temerariamente los bienes o instalaciones de la empresa”*] e y) [*“Utilizar o usufructuar para actividades ajenas a SERPOST S.A. los teléfonos, télex,*

*máquinas, equipos u otros bienes, o permitir su uso a terceras personas”]* del referido artículo 110°, mas, de ningún modo, como las consabidas faltas graves generadoras de despido. Este solo hecho, independientemente del tipo de sanción adoptada, implica, pues, una transgresión del principio de tipicidad sancionatoria que, como este Colegiado ya lo ha señalado en anteriores oportunidades, rige en el ámbito de los procedimientos disciplinarios de toda índole.

8) Un segundo aspecto que en cierta forma es consecuencia del anterior (solo en tanto se asuma la veracidad de los cargos imputados) tiene que ver con la intensidad de la sanción que, a estos efectos, tampoco resulta la adecuada. Si, conforme lo establece el artículo 108° del Reglamento Interno de Trabajo, son cuatro los tipos de medidas disciplinarias: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones y despido, y las mismas deben ser aplicadas tomando en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos.

9) Un tercer aspecto, cuestionable desde todo punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la emplazada al momento de efectuar el acopio de las supuestas pruebas a utilizarse contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su derecho de defensa. Sobre el particular, este Colegiado enfatiza que aunque la empresa demandada alega la comisión de falta grave en los términos anteriormente descritos, ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa.

10) Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, residía en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraoponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos.

11) Resulta igualmente contradictorio que si la constatación notarial simplemente se limitó a dar cuenta de la existencia de correos pornográficos supuestamente remitidos desde la computadora del recurrente, don Rafael Francisco García Mendoza, a la computadora del trabajador Javier Arévalo Sattler, (posteriormente asignada a don Roger Armando Zagaceta Jarrín), se haya procedido a formular cargos inculpativos sin verificar, en su momento y en la forma debida, si la remisión de tales correos provenían, o no, de la citada maquina asignada al recurrente. En lugar de ello, la demandada no solo le otorgó certeza total a la citada verificación preliminar, sino que el mismo día en que le cursó la carta de imputación de cargos (13 de junio de 2002), dispuso prohibir el ingreso al recurrente a su centro de trabajo, conforme se acredita con las constataciones policiales de fojas 23 y 24 de autos.

12) Queda claro que con este proceder la demandada no solo no acreditó, en ningún momento, que de la computadora del recurrente hubiesen provenido los correos calificados de pornográficos, sino que impidió que el demandante pudiese hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para hacer sus descargos. Debe igualmente puntualizarse que aunque el artículo 31º del Decreto Supremo

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

13) Un cuarto aspecto que, a pesar de sus alcances colaterales, se encuentra directamente relacionado con lo que aquí se ha venido analizando, tiene que ver con la implicancia que el procedimiento seguido contra el recurrente pudo haber tenido con relación a sus derechos constitucionales a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones. En efecto, de la constatación notarial se aprecia que fue el subgerente de Recursos Humanos de SERPOST, don Roger Armando Zagaceta Jarrín, quien solicitó la intervención de Notario Público a fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora que a dicho funcionario se le dio para trabajar. El citado instrumento consigna expresamente que “ [...]el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín [...] manifestó que era de la Subgerencia de Recursos Humanos y me señaló el escritorio principal donde había una computadora [...] la cual se encontraba encendida y funcionando. Activando el sistema de correo electrónico que tiene el encabezado Javier Arévalo Inbox Lotus Notes aparecen en la pantalla los correos electrónicos que han sido recibidos en dicha computadora, momento en el que el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín me manifiesta que ese mismo día, en las primeras horas de la mañana, al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST, asignada al señor Rafael García, los cuales deseaba que constatará en su existencia y contenido”.

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

15) Paralelamente a la instrumental antes referida y a las consideraciones efectuadas en torno de la misma, cabe agregar que en el momento en que la demandada procedió a revisar el equipo de cómputo del recurrente, hecho que se produce el mismo día en que se le cursa la carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso a su centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, lo que, en todo caso, pudo haber abierto paso a una nueva discusión omitida por la emplazada: la de saber si de alguna forma pudieron haberse manipulado las vías informáticas, con el objeto de hacer aparecer al recurrente como el remitente de los mensajes cuestionados. Por otra parte, es un hecho inobjetable que si no existía certeza plena respecto del supuesto remitente, debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada, y no a una decisión inmediata como la cuestionada en el presente proceso.

16) Aunque, en el presente caso, podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse, queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o

si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable.

17) Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

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

19) Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*. Por

consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.

20) Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

21) Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

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

23) Este Colegiado considera, por lo tanto, que en cualquiera de los supuestos en que sea observado el procedimiento seguido contra el recurrente, este resulta absolutamente inconstitucional. Ello, no obstante, no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental.

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

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



**HA RESUELTO**

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

Notifíquese y publíquese.

**SS**

**ALVA ORLANDINI**

**GONZALES OJEDA**

**GARCÍA TOMA**

**3.- ACUERDOS DEL PLENO JURISDICCIONAL SUPERIOR NACIONAL  
PENAL “PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL,  
PROCESAL Y PENITENCIARIA, REALIZADO EN LA CIUDAD DE TRUJILLO,  
EL 11 DE DICIEMBRE DE 2004**

**TEMA 3: LA PRUEBA ILÍCITA Y LA PRUEBA PROHIBIDA**

**ASUNTO:**

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

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

**CONSIDERACIONES:**

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

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

**II.-** Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En el primer caso opera la “regla de exclusión” y en el segundo caso, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En ambos casos, el mensaje central era que la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales carecían de valor probatorio, por lo que se prohibía su valoración. No era admisible pretender aplicar la Ley penal, a través de la violación de normas Constitucionales. Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente. En otras palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la

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

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

Generalmente, los derechos constitucionales que se suelen afectar en la obtención de fuentes de prueba son: el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho de intimidad, a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales. DIAZ CABIALE afirma que también se puede afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y encontrarnos en el supuesto de prueba ilegítimamente obtenida, cuando: se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación, a la defensa del Abogado Defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

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

**III.** La regla general en materia de prueba ilícita o prueba prohibida sigue siendo la exclusión de la prueba directa o derivada, a través de la regla de exclusión y de los frutos del árbol envenenado.

Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlo del proceso y su valoración. Sin embargo, esta regla absoluta al inicio, generó fuertes cuestionamientos, destacándose como "...el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido el delito..." Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia. Y, si bien estas reglas en su momento fueron absolutas, actualmente se reconocen una serie de excepciones, las mismas que se ha venido incorporando a través de la jurisprudencia americana y europea, como lo son, para el caso de la prueba originariamente obtenida con violación constitucional: la obtención de buena fe y el efecto de la prueba ilícita para terceros, entre otras doctrinas. Y para el caso de la prueba derivada se reconocen como excepciones: la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexo causal atenuado. Pero la gran parte de estas excepciones y otras que se seguramente se desarrollarán en el futuro, deben ser consideradas como verdaderas excepciones, que estas excepciones no se generalicen, sino que con ellas se fortalezca la vigencia de la prohibición de valorar la prueba obtenida con violación de la Constitución.

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

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

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

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

**VI.** La Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, admite que la prueba ilegal puede ser utilizada a favor del imputado, por que si “bien es razonable absolver a quien tiene la conciencia de ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ilegítimamente...repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento.” (RUIZ VADILLO, citado por Martí Sánchez en la “Llamada prueba ilícita...” p. 153). Por ejemplo, el caso de la absolución apoyada en la confesión bajo tormento o narcoanálisis, beneficiosa al acusado, en base al argumento de que “ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador.”

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

En tal sentido, la STC 238/99 del 20 de diciembre ha sido enfática al sostener que “la prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la condena del tercero y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo.”

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

Esta doctrina tiene gran importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares, como sería el caso que cita ROXIN “cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba”. (Citado por MAXIMILIANO HAITRABEDIÁN en “Eficacia de la prueba ilícita y...” p. 92).

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

**X.** La teoría del riesgo, es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por

medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

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

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

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

En los casos Hoffa v. US y Lewis v. US, la jurisprudencia americana ha introducido esta doctrina del riesgo, estableciendo la distinción “...entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito.

**XI.** Como es conocido, la regla general indica que toda prueba que ha sido obtenida con violación de derechos constitucionales es inválida, así como toda fuente que se origine en ella, en razón que dicha ilicitud se extiende a toda prueba derivada. Si la raíz del árbol está envenenada, los frutos que produce también. La justificación de la invalidez de la prueba derivada se encuentra en el nexo causal entre la prueba directa y la derivada, y ahí también radica, la fuente de sus excepciones. En la jurisprudencia se han introducido respecto de esta regla las



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

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

**XII.** En el caso de la prueba irregular o defectuosa, estamos ante supuestos de fuente de prueba obtenidos ilegítimamente, pero que por defecto del medio de prueba, es decir de la observancia de formalidades en su incorporación, adolecen de ineficacia. Sin embargo, estas violaciones a normas procesales, pueden ser subsanadas y corregidas, pero dentro del plazo legal. Caso contrario, ya no

podrán ser enmendadas y valoradas. Son el caso frecuente de la prueba pericial no ratificada, por ejemplo.

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

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

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

#### **SE ACUERDA:**

**Primero.-** Por mayoría: Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución –sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso.

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

que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe.

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

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

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

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

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

interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas.

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

**Octavo.-** Por unanimidad: Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales; la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada.

**Noveno.-** Por unanimidad: No cabe valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la Prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a las reglas de anulabilidad. Sin el defecto no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración.

