



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL
PENAL**

TESIS

**GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL**

**PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

AUTOR

Br. ALVARO JUSTO CCASANI TUNQUIPA

ASESOR:

Dr. MARIO HUGO SILVA ASTETE

CÓDIGO ORCID: 0000-0001-5666-9799

CUSCO – PERÚ

2025



Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco

INFORME DE SIMILITUD

(Aprobado por Resolución Nro.CU-321-2025-UNSAAC)

El que suscribe, el Asesor Marío Hugo Silva Astete.....
 quien aplica el software de detección de similitud al
 trabajo de investigación/tesistitulada: GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA
PRUEBA PROHIBIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Presentado por: Dr. Alvaro Justo Casani Tunquipa..... DNI N° 43032930.....;
 presentado por: DNI N°:
 Para optar el título Profesional/Grado Académico de MAESTRO EN DERECHO MENCIÓN
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Informo que el trabajo de investigación ha sido sometido a revisión por 2 veces, mediante el Software de Similitud, conforme al Art. 6° del **Reglamento para Uso del Sistema Detección de Similitud en la UNSAAC** y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de 5 %.

Evaluación y acciones del reporte de coincidencia para trabajos de investigación conducentes a grado académico o título profesional, tesis

Porcentaje	Evaluación y Acciones	Marque con una (X)
Del 1 al 10%	No sobrepasa el porcentaje aceptado de similitud.	<input checked="" type="checkbox"/>
Del 11 al 30 %	Devolver al usuario para las subsanaciones.	<input type="checkbox"/>
Mayor a 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, conforme al reglamento, quien a su vez eleva el informe al Vicerrectorado de Investigación para que tome las acciones correspondientes; Sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	<input type="checkbox"/>

Por tanto, en mi condición de Asesor, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto las primeras páginas del reporte del Sistema de Detección de Similitud.

Cusco, 20 de Mayo de 2026.....



Firma

Post firma Marío Hugo Silva Astete

Nro. de DNI 23821660

ORCID del Asesor 0000-0001-5666-9799

Se adjunta:

- Reporte generado por el Sistema Antiplagio.
- Enlace del Reporte Generado por el Sistema de Detección de Similitud: oid: 27259:591157265

ALVARO JUSTO CCASANI TUNQUIPA

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL.pdf

 Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco

Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::27259:591157265

Fecha de entrega

15 may 2026, 9:44 a.m. GMT-5

Fecha de descarga

20 may 2026, 9:52 p.m. GMT-5

Nombre del archivo

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL.pdf

Tamaño del archivo

1.2 MB

123 páginas

34.824 palabras

193.712 caracteres




5% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Texto citado
- ▶ Texto mencionado
- ▶ Coincidencias menores (menos de 10 palabras)

Fuentes principales

- 4%  Fuentes de Internet
- 2%  Publicaciones
- 4%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO

INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES A TESIS

Dr. TITO LIVIO PAREDES GORDON, Director (e) de la Escuela de Posgrado, nos dirigimos a usted en condición de integrantes del jurado evaluador de la tesis intitulada **GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL** del Br. ALVARO JUSTO CCASANI TUNQUIPA. Hacemos de su conocimiento que el (la) sustentante ha cumplido con el levantamiento de las observaciones realizadas por el Jurado el día **DOS DE DICIEMBRE DE 2025**.

Es todo cuanto informamos a usted fin de que se prosiga con los trámites para el otorgamiento del grado académico de MAESTRO EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

Cusco, 21 ABRIL 2026

MG. MARCOS IVÁN GALVÁN RAMOS
Primer Replicante

DR. JULIO TRINIDAD RIOS MAYORGA
Primer Dictaminante

MG. MIRELLA VERÓNICA PROAÑO MONTALVO
Segundo Replicante

DR. LUIS ALBERTO JIMENEZ BERNALES
Segundo Dictaminante

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	VII
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	X
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	11
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	13
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	15
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	16
2.1. BASES TEÓRICAS.....	16
2.1.1. La prueba.....	16
2.1.2. Naturaleza Jurídica de la Prueba.....	17
2.1.3. La carga de la Prueba	18
2.1.4. Finalidad de la Prueba	19
2.1.5. Objeto de la Prueba	20
2.1.6. El Derecho a la Prueba	22
2.1.7. Clases de Prueba.....	23

2.1.8. Principios de Actuación de la Prueba	24
2.1.9. El Principio de la Práctica de la Prueba en el Juicio Oral	26
2.1.10. Excepciones a la Regla de Práctica de la Prueba en el Juicio Oral	26
2.1.11. Declaración del Acusado	28
2.1.12. La Confesión	28
2.1.13. La Declaración de los Testigos	29
2.1.14. La Prueba Pericial.....	31
2.1.15. La Prueba Documental	31
2.1.16. La Prueba Indiciaria.....	32
2.1.17. Concepto de Prueba Prohibida	34
2.1.18. Naturaleza Jurídica de la Prueba Prohibida	36
2.1.19. Fundamento de la Prueba Prohibida	37
2.1.20. Prueba Ilícita y Prueba Irregular	40
2.1.21. Tesis sobre la Exclusión de la Prueba Prohibida.....	40
2.1.22. Excepciones a la Regla de Exclusión.....	41
2.1.23. Teoría de la fuente independiente.....	42
2.1.24. El descubrimiento inevitable	43
2.1.25. El hallazgo casual.....	44
2.1.26. Teoría del riesgo	45
2.1.27. La doctrina de la buena fe	47

2.1.28. La teoría del nexo de causalidad atenuado o tinte diluido.....	47
2.1.29. La teoría de la ponderación de intereses (balancing test)	49
2.1.30. Evolución Constitucional de las Garantías Vinculadas a la prueba prohibida ...	51
2.2. MARCO CONCEPTUAL (Palabras clave).....	94
2.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION.....	94
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	107
3.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	107
3.2 UNIDAD DE ANÁLISIS	107
3.3 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	107
3.4 TÉCNICAS DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN	107
3.5 HIPÓTESIS PRINCIPAL	108
3.6 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	108
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	109
1.- ¿Se contemplan excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional?.....	109
2.- ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida que contempla la jurisprudencia nacional?.....	110
3.- ¿Cómo ha sido la génesis y evolución de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional?.....	111
4.- ¿Cuál es la opinión de los jueces del Cusco con relación a la regla de exclusión de la prueba prohibida y sus excepciones?	115
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	119

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 121

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	115
Tabla 2.....	116
Tabla 3.....	117
Tabla 4.....	118

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se ha abordado el instituto de la prueba prohibida desde su presencia implícita en las diversas constituciones que tuvo nuestro país, hasta su institución expresa en el Código Procesal Penal. Con este propósito se ha estudiado su concepto, su naturaleza jurídica, sus fundamentos, entre otros temas de singular interés para el proceso penal. Sin embargo, el tema central radica en el análisis de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su aplicación en el proceso penal peruano. Su importancia radica en el debate que ha generado la valoración o no de la prueba prohibida teniendo en cuenta los diferentes criterios de los jueces para considerar su aplicación en un caso concreto.

En el **Capítulo I**, se tiene el planteamiento y formulación del problema de investigación con la justificación del estudio. Se fundamenta la conveniencia científica, la relevancia social, las implicaciones prácticas y la utilidad metodológica. En esta línea de trabajo, como es de rigor, se tienen planteados el objetivo principal y los objetivos específicos.

El **Capítulo II** contiene las bases teóricas del estudio; se han estudiado los principales temas de la prueba prohibida. Entre otros, el concepto de prueba prohibida, su naturaleza jurídica, sus diferentes teorías, las excepciones a la regla de exclusión y la jurisprudencia relevante emitida por el TC y la Corte Suprema. En la parte final se consigna el marco conceptual y los antecedentes de la investigación.

El **Capítulo III** comprende la metodología empleada en la investigación. El método utilizado en la investigación es cualitativo en cuanto el análisis del tema se basa en el estudio e interpretación de documentos con el propósito de demostrar la hipótesis de trabajo. En esta línea de trabajo se han utilizado datos cuantitativos solo para complementar el problema de estudio. El tipo de investigación jurídica es dogmática, descriptiva e histórica, porque estudia al instituto jurídico en su desarrollo en el tiempo y describe el problema. El presente estudio

tuvo como propósito principal conocer las excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida y, por otro

lado, accesoriamente analizar el desarrollo histórico de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional.

El **Capítulo IV** contiene los resultados y discusión. El estudio concluye principalmente que la ley penal peruana no contempla excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y que su aplicación en la práctica se ha materializado por las líneas de interpretación y el desarrollo de la jurisprudencia de los más altos tribunales de la República.

El **Capítulo V** En este capítulo se consolida las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo que se traduce básicamente en una recomendación a la Corte Suprema de Justicia de la República para la emisión de jurisprudencia uniforme y reiterada en relación a las reglas de excepción de la prueba prohibida.

RESUMEN

Con la presente investigación hemos logrado conocer los orígenes de la prueba prohibida, su desarrollo en el tiempo y la aparición paralela de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida. En efecto, si bien la prueba prohibida no ha sido materia de tratamiento expreso por parte del legislador sino hasta la promulgación del nuevo Código Procesal Penal, sin embargo, institutos como el derecho a la inviolabilidad de domicilio o a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, sí han sido observados por las constituciones prácticamente desde los inicios de la era republicana.

La vulneración de esos derechos, sin duda, acarrea el acopio de elementos de prueba maculados por la forma de su obtención, tanto así que el constituyente estableció, por ejemplo, la ineficacia de la sustracción de las comunicaciones (correspondencia) del afectado. Ya en las últimas constituciones se logra establecer preceptos más elaborados sobre los institutos jurídicos relacionados con la prueba prohibida.

En esa misma línea de investigación se ha estudiado la legislación ordinaria, esto es, el Código Procesal Penal, que de manera expresa instituye la prueba prohibida recogiendo los avances del derecho procesal penal contemporáneo. En la segunda parte del estudio se ha efectuado un análisis de la jurisprudencia nacional más relevante de la prueba prohibida y dos sentencias emitidas por tribunales extranjeros. Se concluye el estudio con una encuesta no probabilística efectuada a los operadores jurídicos vinculados al derecho penal para recoger su opinión al respecto.

Palabras clave: Génesis, Evolución, Prueba Prohibida, Ordenamiento Jurídico Nacional

ABSTRACT

Through the present investigation, we have been able to examine the origins of proscribed (or prohibited) evidence, its development over time, and the parallel emergence of exceptions to the exclusionary rule. Indeed, although proscribed evidence was not explicitly addressed by the legislature until the enactment of the new Code of Criminal Procedure, certain legal institutions such as the right to the inviolability of the home and the confidentiality of communications have been safeguarded by constitutions virtually since the beginning of the republican era.

The violation of these rights undoubtedly led to the collection of evidentiary elements tainted by the manner in which they were obtained—so much so that the constitutional framers established, for instance, the legal ineffectiveness of unlawfully obtained communications (correspondence) from the affected party. In more recent constitutions, more elaborate provisions concerning legal institutions related to proscribed evidence have been introduced.

Following this same line of inquiry, ordinary legislation—specifically, the Code of Criminal Procedure—has been analyzed. This code expressly establishes the concept of proscribed evidence, incorporating developments from contemporary criminal procedural law.

The second part of the study presents an analysis of the most relevant national jurisprudence on proscribed evidence, as well as two rulings issued by foreign courts. The study concludes with a non-probabilistic survey conducted among legal professionals involved in criminal law in order to gather their opinions on the subject.

Keywords: Genesis, Evolution, Forbidden Evidence, National Legal System

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

Un principio fundamental que informa el proceso penal peruano es la libertad probatoria, por medio del cual se pueden actuar todos los medios probatorios que sean posibles, esto es, típicos y atípicos o, en otros términos, medios probatorios que estén regulados en el Código de manera expresa (lo que la doctrina llama también nominados) o los medios que no lo estén (los que se denominan innominados). Este principio está consagrado en el artículo 157 del Código Procesal Penal cuando expresa que “los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y las garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley”. Quiere decir entonces, que éstos o aquéllos deben obtenerse e incorporarse respetando no solo las formalidades del proceso en general, sino principalmente los derechos fundamentales. Así las cosas, cualquier medio probatorio que se obtenga e incorpore al proceso con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, carecerá de valor, al amparo de lo dispuesto por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

En este contexto, es importante conocer qué es la prueba prohibida y cómo está normada en el ordenamiento jurídico nacional, considerando principalmente que este instituto procesal ha sido incorporado recién en el proceso penal con la dación del nuevo Código Procesal Penal del 2004. En efecto, antes de este cuerpo legal normativo, no existía en la ley adjetiva la

prohibición expresa de rechazar la prueba prohibida. En todo caso, el operador, en un eventual caso que mereciera la invalidez de la prueba a causa de su ilicitud, solo podía remitirse a los derechos fundamentales prescritos de manera genérica en la Constitución. En ésta se encontraba la prohibición de violentar las comunicaciones privadas, como la carta, el telegrama, las comunicaciones telefónicas u cualquier otro tipo de comunicación privada; luego también se prescribía que no tenían valor las declaraciones obtenidas por medio de la tortura o cualquier otro tipo de violencia física o psíquica.

Ahora bien, el desarrollo del proceso penal ha traído, como consecuencia inevitable, la regulación de la prueba prohibida de una manera expresa en el Código adjetivo. De esta manera, ahora tenemos que en el Título Preliminar del Código Procesal Penal se ha establecido preceptivamente que “Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido o incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de valor legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Dicho esto, no obstante que la ley procesal penal es explícita al negar cualquier valor a la prueba prohibida, sin embargo, en la doctrina y jurisprudencia existen distintas posiciones o, para decirlo más claramente, existen posiciones encontradas en torno a darle o no validez a la prueba prohibida en el proceso penal. Y para ello, los teóricos y operadores del proceso penal invocan las distintas teorías que existen sobre las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a esta postura, dando valor a la prueba prohibida en casos concretos invocando las excepciones a la regla de

exclusión. En este contexto, interesa a los fines de nuestra investigación, examinar la doctrina y jurisprudencia de este instituto penal, así como las excepciones a la regla de exclusión que viene aplicando la judicatura. En este escenario, hemos creído necesario también, hacer una reminiscencia de la génesis y evolución de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional. para, eventualmente, recomendar alternativas de solución práctica.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

a.- PROBLEMA GENERAL

¿Se admiten excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional?

b.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1.- ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida que contempla la jurisprudencia nacional?

2.- ¿Cómo ha sido la génesis y evolución de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional?

3.- ¿Cuál es la opinión de los jueces del Cusco con relación a la regla de exclusión de la prueba prohibida y sus excepciones?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se justifica porque la prueba prohibida es un instituto procesal de reciente incorporación en el Código Procesal Penal y que en la actualidad viene siendo objeto de debate en el foro nacional a causa de la interpretación y aplicación de las excepciones a la regla de exclusión por los operadores de justicia penal.

a.- Conveniencia científica: La presente investigación resulta conveniente para el sistema de justicia penal porque al estudiar la prueba prohibida y la interpretación y aplicación de las excepciones a la regla de exclusión, sin duda, ilustrará a los operadores del sistema penal para optimizar la impartición de justicia, proponiendo una interpretación adecuada con los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia material. Además, puede también generar debate en el foro judicial a fin de que los jueces puedan hacer uso de las excepciones de la regla de exclusión probatoria en algunos casos concretos en que concurra un hecho que sea compatible con la aplicación de la excepción.

b.- Relevancia Social o contemporánea: La relevancia jurídico-social del presente trabajo académico se traduce en los beneficios que puede obtener la impartición de justicia penal al lograr que los operadores de justicia penal en determinados casos concretos, puedan aplicar las excepciones a las reglas de exclusión probatoria. De esta manera la sociedad, agraviada con el delito, puede encontrar justicia y consolidar el sistema penal.

c.- Implicaciones prácticas: El presente tema de investigación es importante para la administración de justicia penal, porque puede permitir que los jueces, responsables de la determinación de la situación jurídica de una persona, efectúen un adecuado estudio analítico de las teorías de la prueba prohibida y de la interpretación de la jurisprudencia sobre la materia. Los resultados de la investigación pueden orientar, en su caso, la labor judicial, y permitir a los jueces una prudente decisión inspirada en los principios que informan el proceso penal; justicia material y prevención general.

d.- Viabilidad del Estudio; La ejecución del presente trabajo de investigación no requirió de mucho presupuesto, la información documental se recabó de bibliografía especializada actualizada, resoluciones judiciales e internet.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

A.- OBJETIVO GENERAL.

Analizar si se admiten excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional

B.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Examinar las excepciones a la regla de excepción de la prueba prohibida que contempla la jurisprudencia nacional
- 2.- Conocer la génesis y evolución de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional
- 3.- Conocer la opinión de los jueces del Cusco con relación a la regla de exclusión de la prueba prohibida y sus excepciones

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. BASES TEÓRICAS

2.1.1. La prueba

“La *prueba* puede ser definida en términos simples como un medio de *verificación* de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio.¹ Completando este núcleo básico, se puede decir que la prueba es una *verificación de afirmaciones* que se lleva a cabo utilizando los *elementos o fuentes de prueba* de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de *medios de prueba* y con arreglo a ciertas garantías. ² La primera afirmación, que está implícita en la definición anterior, es que la prueba no consiste en *averiguar*, sino en *verificar*. ³ Esta constatación resulta útil para efectuar desde ya una precisión que es crucial para la comprensión del sistema procesal penal de la reforma: la prueba en el proceso penal únicamente tiene lugar en la etapa del juicio oral. ⁴ Es aquí donde el tribunal verifica las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa. Como veremos, toda la actividad que precede al debate contradictorio y que se lleva a cabo durante la etapa de investigación no constituye propiamente actividad probatoria destinada a verificar hechos, sino lisa y llanamente actividad de instrucción destinada a averiguarlos, lo que exige reconocer las diferencias existentes entre los actos desarrollados en cada una de dichas etapas” (Horvitz & López, 2004, p.65)

“Los diccionarios definen a la prueba como la razón, el argumento o el instrumento con el que se pretende o logra demostrar la verdad o falsedad de algo. Acorde con esta idea, resulta evidente que lo relativo a la prueba adquiere una importancia decisiva dentro del proceso en general y del penal en particular (...) Puede decirse que la cuestión probatoria ha sido desde antiguo centro problemático de la materia procesal, ya que la conciencia social y los ordenamientos legales exigen una acreditación verificable para la determinación de un litigio. Igualmente sabemos que los criterios con los cuales se produce tal verificación han variado históricamente y se relacionan de modo directo con los métodos de enjuiciamiento”. (Vásquez, 1997, p. 277)

Moras (2004, 219) sostiene que “La prueba es la acreditación de la verdad de cada uno de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto al hecho que se afirma delictivo, como al sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto. Ella opera en el proceso, que no es sino un método legalmente regulado de adquisición de conocimiento”.

2.1.2. Naturaleza Jurídica de la Prueba

Davis (1984, p.19) nos dice que “las pruebas son actos Jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana. Cuando es requisito *ad substantiam actus*, la prueba es un acto jurídico material (escritura pública contentiva del contrato de compraventa), que ingresa al proceso mediante un acto Jurídico procesal (su aporte o aducción como prueba de la pretensión o la excepción de una de las partes, o de la imputación hecha al sindicado o imputado), sin que por eso pierda la primera condición. De ahí que la presencia de normas sustanciales sobre formalidades para la validez o existencia de los actos o contratos no impide que exista en un proceso civil el sistema de la libre apreciación de las pruebas”.

2.1.3. La carga de la Prueba

Bedoya (2008, p. 33) señala que “La historia de la humanidad da cuenta de las diversas maneras de lograr el esclarecimiento y la sanción del delito. En los sistemas de marcada tendencia inquisitiva el esclarecimiento de los hechos giraba en torno a la confesión, y para alcanzarla eran utilizadas toda clase de torturas y presiones que hoy son consideradas indebidas. Con el paso del tiempo ha sido generado un proceso de humanización de la facultad punitiva, materializada principalmente en el reconocimiento de que las personas se presumen inocentes hasta que hayan sido vencidas en un juicio justo. La imparcialidad del juicio se asocia principalmente con la existencia de un juez ecuánime, con la radicación de la carga de la prueba en el titular del ejercicio de la acción penal, con la prohibición de obtener pruebas mediante la violación de derechos y garantías constitucionales y con la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción en condiciones equivalentes a las del ente acusador. En lo que se refiere a la carga de la prueba en cabeza del acusador, el nuevo ordenamiento procesal penal reafirma que la Fiscalía General de la Nación debe obtener lícitamente y presentar en debida forma, las pruebas necesarias para convencer al juez más allá de toda duda razonable de que una conducta punible ha ocurrido, de que fue realizada por un determinado individuo y de que es procedente la imposición de una sanción”.

Castaño (2010, p. 182) señala que “La esencia del proceso penal, en un sistema jurídico que se precie de garantista, no es otra que la de afincarse con claridad el “*thema probandum*” o de la necesidad de la prueba. Es allí donde se definirá qué es lo que debe ser probado y a quién o a quiénes corresponde dicha carga. De antemano dejamos claro que la actividad probatoria en el proceso penal concierne principalmente a las partes, ostentando, eso sí, la carga mayoritaria el ente acusador del Estado, sin perjuicio de que el juez

excepcionalmente esté llamado a la depuración de aquellas pruebas que le generen duda o incertidumbre. Ello concebido desde la perspectiva de que el proceso tiene una doble finalidad: la realización de la justicia y la garantía de los derechos, pero no solo del justiciable sino también de la sociedad. Esto es algo que, en ocasiones, en nuestro medio, se torna problemático conciliar y hasta ponderar, pues en el proceso concurre la idea de hacer efectivo el interés general de la sociedad incluso sobre el interés del individuo, de la persona, del justiciable”.

Agrega este autor que “La labor del juez penal, en no pocas ocasiones concretas, se torna sumamente difícil por la duda que lo puede embargar al momento de resolver de fondo, pues no sabe, a ciencia cierta si privilegiar los valores-fin a la justicia, a la institucionalidad, al interés general, al bienestar común, a la sociedad civil, a la verdad de los hechos o, si, en otra línea, limitarse a preservar a aquellos encaminados a la verdad formal, a las garantías de la persona, del justiciable. En caso de duda razonable, cuando no exista suficiente prueba, se presente la insatisfacción de la misma o no se hallen elementos serios de convicción, antes de exigir responsabilidad o de absolver al imputado, podría, entonces, agotar un último esfuerzo procesal en aras a llevar claridad a su decisión. La carga de la prueba debe apreciarse desde un punto de vista mixto: desde el formal, serían las partes –Fiscalía y defensa– las que deben probar, pero desde el punto de vista material, la carga de la prueba es de todos los sujetos del trial, y, por ende, el juez penal debe disponer de cierta iniciativa probatoria para casos complejos. Pues lo que el juez debe administrar no es cualquier tipo de justicia, no es la meramente formal, es la material, que es el imperativo del Estado social”.

2.1.4. Finalidad de la Prueba

Rosas (2013, p. 843) citando a Miranda Estrampes, sostiene que hay diversos

posicionamientos doctrinarios sobre este tema:

En primer lugar, se tiene a los que sostienen que la finalidad de la prueba consiste en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho (*probatio est demonstratio veritas*). En segundo lugar, están los que sostienen que la finalidad de la prueba no es el logro de la verdad, sino la fijación formal de los hechos controvertidos mediante procedimientos determinados. Mediante la prueba lo que se pretende es la simple fijación de los hechos. En ningún caso se pretende que los hechos acogidos como presupuesto de la decisión judicial sean rigurosamente verdaderos o reales. En tercer lugar, están los que consideran que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Finalmente, se tiene una posición intermedia entre la mera fijación formal de los hechos o de logro de la convicción judicial según los casos. Así, hay quienes postulan que la finalidad de la prueba depende del sistema de valoración que de ésta se adopte. Cuando se opta por un sistema de libre valoración de la prueba, su finalidad es el logro de convencimiento del juez. Por el contrario, en los sistemas de valoración legal de la prueba su finalidad es la mera fijación de hechos, con independencia del convencimiento.

2.1.5. Objeto de la Prueba

Neyra (2015, p. 228) en su Tratado de Derecho Procesal Penal precisa que “El objeto de prueba no está constituido por hechos, sino por las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos, un determinado acontecimiento puede o no haberse realizado de manera independiente al proceso, eso no es lo que se discute, sino las afirmaciones que respecto del hecho se hagan. Nicolas Guzmán señala que el objeto de la prueba no es la veracidad de los hechos ni el hecho en sí (...) el thema probandum estará conformado por todos los enunciados descriptivos de un hecho jurídicamente relevante para la decisión (...) Así, la función de la

prueba es ayudar al juzgador a resolver este problema, ofreciéndole información necesaria para decidir racionalmente si las hipótesis concernientes a los hechos materiales en litigio son verdaderas o falsas. Son objeto de prueba las afirmaciones sobre los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito”.

Para Cafferata (2012, p 343) “objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que puede o debe recaer la prueba. El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal. Desde la segunda óptica, se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado (...) Pero en un proceso penal determinado, la prueba deberá (y sólo podrá) versar sobre la existencia del “hecho delictuoso” imputado (acusación) y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá dirigirse también a individualizar a sus autores, cómplices o instigadores, verificando su edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que lo hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad. Estos aspectos necesariamente deberán ser objeto de prueba, aun cuando no exista controversia sobre ellos, salvo casos excepcionales. Si se hubiese entablado la acción resarcitoria, la prueba recaerá, no sólo sobre la existencia y extensión del daño, sino además sobre la concurrencia de las situaciones que generen la responsabilidad civil del imputado o del tercero civilmente demandado. Cabe agregar que no podrá ser objeto de prueba ningún hecho o circunstancia que no se vinculen con estos aspectos: También constituirá un exceso de poder intentar pruebas ajenas al objeto del proceso, cualquiera que sea el pretexto que se invoque”.

2.1.6. El Derecho a la Prueba

González y Riaño (2006, p. 325) sostienen que “El derecho a la prueba es el soporte esencial del derecho de defensa, y comprende el derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa de las respectivas pretensiones de las partes en el proceso. Así se reconoce en el art. 24 CE; el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (...). Pero, este derecho no tiene carácter absoluto o incondicionado, ya que la prueba que pretenda practicar la parte debe solicitarse en tiempo y forma, y ser pertinente a los hechos que se pretenden acreditar. Corresponde a los Tribunales ordinarios declarar su pertinencia o bien justificar razonablemente su inadmisión. De este modo, no se producirá la vulneración del derecho de defensa cuando se inadmita la prueba en aplicación de las adecuadas normas legales.

Castillo (2014, p. 21) sostiene que “El derecho a probar o derecho a la prueba es aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa o participará como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los derechos que son o serán objeto concreto de prueba (sea que se trate del objeto de prueba principal o de algún objeto de prueba incidental o secundario (...)) Que las partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión en el litigio. Para la parte que alega un hecho significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria

supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos”.

2.1.7. Clases de Prueba

En este acápite del marco teórico consideramos importante considerar dentro de las clases de prueba, primeramente, las que se refieren a las que se encuentran consignadas de manera expresa en la ley y, luego a las que no tienen esa connotación, pero que por el principio de libertad de prueba pueden incorporarse al proceso. Así tenemos las pruebas nominadas e innominadas o, lo que otro sector de la doctrina denomina, típicas y atípicas.

Pruebas Típicas y Atípicas

Oré (2016, p. 520) señala que “El carácter típico o atípico de un medio de prueba se encuentra definido por la específica normativización de los medios de prueba en un determinado cuerpo legal. Así, una prueba será típica cuando se corresponde en la descripción legal contenida en el código de la materia, bien desde el punto de vista conceptual como en lo concerniente al procedimiento que un medio de prueba particular deberá merecer. Dicho esto, son medios de prueba típicos la testimonial, la pericial, la documental y material. De otro lado, los medios de prueba son atípicos cuando no encuentran una regulación específica en el cuerpo legal, lo que no impide su incorporación, siempre y cuando ello se adecúe al medio de prueba más análogo. En nuestro ordenamiento, un claro ejemplo de un medio de prueba atípico es la prueba electrónica, debido a que el Código de Procedimientos Penales ni el Código Procesal Penal de 2004 lo han regulado de manera específica. Sin embargo, ello no impide la incorporación del medio de prueba atípico, pues a tal efecto rige el artículo

193 del CPC, de aplicación supletoria al Código de Procedimientos Penales; y el artículo 157.1 del CPP de 2004”.

2.1.8. Principios de Actuación de la Prueba

Neyra (2015, p 251 y ss.) afirma que los principios de la actuación de la prueba son:

a) LEGALIDAD

El principio de legalidad rige toda la actividad probatoria, pues es la ley procesal la que nos indica cómo debe admitirse y actuarse las pruebas, y la Constitución nos prohíbe la afectación de los derechos fundamentales en cualquier caso (...) Con respecto a la legitimidad, la prueba debe ser valorada y actuada por las partes, es decir solo el juez es el único autorizado para valorar las pruebas y son las partes las que intervienen en la actuación de las pruebas según sus intereses.

a) LIBERTAD

Sobre este principio recae la afirmación relativa que todo se puede probar y por cualquier medio, sin embargo, es relativa porque todo y por cualquier medio se puede- probar siempre que no se vulnere los derechos fundamentales y se adecue a la legalidad y a los principios de la actividad probatoria, de conducencia, pertinencia, utilidad y comunidad de prueba.

c) PERTINENCIA

La pertinencia se exige sobre los hechos y los medios probatorios. En cuanto a la pertinencia de los hechos se exige que estos (...) guarden una relación lógica jurídica con el petitorio y guarde una relación lógico jurídica con el supuesto fáctico de las normas cuya

aplicación se solicita o se discute. La pertinencia de los medios probatorios implica la determinación de la pertinencia de los medios probatorios en función de la pertinencia de los hechos, la relación directa o indirecta entre ellos.

b) CONDUCENCIA

El principio de conducencia o idoneidad supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado y que el medio de prueba que se emplea para demostrar el hecho, está consagrado en la ley.

c) UTILIDAD

Implica básicamente que solo serán admitidos, incorporados en el proceso y actuados en el juicio oral, aquellos medios probatorios que sirvan para el proceso de convicción del juzgador, es decir, aquellos que serán necesarios, convenientes o adecuados para que el juzgador alcance convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho que se quiere probar, investigar o verificar.

f) COMUNIDAD

Este principio enseña que los medios probatorios que hayan sido incorporados al proceso o procedimiento, sea de oficio o a pedido de parte, dejan de pertenecer a quien los presentó. Como consecuencia de ello (...) una vez introducidos en el proceso pueden ser tenidos en cuenta para determinar la ocurrencia o inexistencia del hecho a probar, sea en beneficio de quien lo adujo o de la parte contraria

g) INMEDIACIÓN

Este principio exige que el juez haya presenciado y participado en la actuación del material, que ha oído a las partes y apreciado su conducta procesal. El principio de inmediación se presenta como una garantía para el imputado, pues el juez al tener un contacto directo con las partes y con el material probatorio está en mejores condiciones de emitir una sentencia.

2.1.9. El Principio de la Práctica de la Prueba en el Juicio Oral

Asencio (2008, p. 251 y ss.) “De acuerdo con este principio, considerado esencial, la sentencia solo puede fundarse en las pruebas que se practiquen en la vista y ello merced a que únicamente en este momento se respetan en su integridad los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, inherentes al proceso penal, y especialmente a la actividad probatoria. El juicio oral se convierte así, y frente a la actividad sumarial y policial, de naturaleza considerablemente administrativa, en el auténtico proceso. La actividad anterior, dada la inexistencia de una acusación ya formulada y la desigualdad entre las partes, no puede, en línea de principios, ser reputada prueba. La regla, pues general, es que únicamente tienen la consideración de pruebas aquellas que se practican en el juicio oral, rechazando tal carácter para los actos de investigación cuya finalidad no es la de probar sino la de preparar la acusación y el juicio oral.

2.1.10. Excepciones a la Regla de Práctica de la Prueba en el Juicio Oral

Dos son las grandes categorías en las que se pueden ubicar las excepciones a la práctica de la prueba en el juicio oral. Ambas tienen en común que se practican con anterioridad al juicio oral y que los actos así ejecutados adquieren valor probatorio por su

carácter irrepitable (...) el elemento común entre ellas es su carácter irrepitable (...) prueba constituida o anticipada (...) así como la urgencia.

a) La Prueba Pre Constituida

El concepto de prueba pre constituida no está definido legalmente, sino creado jurisprudencialmente, por lo que sus perfiles no son nítidos. En sentido estricto, incluso el término es complejo, pues la prueba pre constituida ni es prueba como tal, sino acto de investigación que adquiere valor probatorio, ni es pre constituida, pues no se ejecuta con anterioridad y al margen del proceso, sino en el propio proceso en sus fases anteriores al juicio oral. La prueba pre constituida viene a definir, pues, un complejo compuesto por aquellos actos de investigación de carácter material, no personal, normalmente objetivos e irrepitibles, que se practican con anterioridad al juicio oral por la policía, el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción.

b) La Prueba Anticipada

La prueba anticipada ha de limitarse a los testigos, coimputados y peritos, que deben ser interrogados anticipadamente si se prevé la imposibilidad de hacerlo posteriormente por cualquier motivo. Lo característico de la prueba anticipada es que es típica del juicio oral, de modo que su práctica anticipada se ha de hacer exactamente igual que si se ejecutara en ese acto. Así, constituidas las partes ante el órgano judicial y aplicando las normas del juicio oral en el interrogatorio, Igualmente, deberá quedar plasmada, a ser posible, en un sistema de grabación que permita su reproducción plena en la vista. Se observa así la diferencia con la prueba pre constituida que, por su carácter material, no podría nunca ser practicada en el juicio oral, ya que, o tiene lugar en el lugar de los hechos, o precisa de mecanismos

interpuestos (aparatos técnicos)”.

2.1.11. Declaración del Acusado

“La declaración del acusado constituye un medio de defensa en virtud del cual, dicho sujeto está en posibilidad de manifestar su propia versión de los hechos, a fin de desvirtuar los cargos criminales formulados por el acusador que, al no constituir una obligación, en mérito al derecho de no autoincriminación (presunción de inocencia) puede decidir no hacerlo, silencio que en definitiva no puede ser usado en su contra”. (Peña A. 2011, p. 448).

“Conforme al artículo 24.2 de la Constitución del Estado [el acusado] goza de un derecho fundamental a no declarar, siendo así que este derecho, cuando se ejercita en el juicio oral, comporta que sea la parte acusadora la que deba acreditar la pretensión penal.

Admitir ante este tipo de comportamientos, constitucionalmente avalados, la posibilidad de dar lectura a las declaraciones sumariales equiparando el silencio a una contradicción, supone hacer recaer en el acusado una carga, la de declarar, la de dar explicaciones acerca de su silencio que, bien entendida, significa la infracción de su derecho al silencio a más de su presunción de inocencia por cuanto es condenado con base a manifestaciones sumariales” (Asencio, 2016, p. 566).

De acuerdo a esta posición de la doctrina la declaración del acusado constituiría solo un medio de defensa y no un medio de prueba.

2.1.12. La Confesión

Sánchez (2013, p. 166) señala que “La confesión es el acto procesal por el cual el imputado presta una declaración personal, ante la autoridad fiscal o judicial, sea en la investigación o

en el juzgamiento, de manera libre, consciente, espontánea y verosímil sobre su participación como autor o cómplice, en el hecho delictivo que se investiga o juzga. El profesor Gómez Orbaneja señala que la confesión penal se nos presenta como la expresión voluntaria y libremente determinada del imputado, por la cual reconoce y acepta ante el Juez su participación en el hecho que se le atribuye, dicha aceptación puede ser total o parcial; simple o calificada, y referirse a cualquiera de los elementos integradores de la conducta incriminada o a otro cualquiera del cual ella pueda inferirse (indicio), también deja en claro que lo que se acepta no es propiamente la pretensión penal o delictiva, sino los hechos que sirven para justificar su sentido incriminador, hayan sido o no afirmados por el acusador. Para que esta confesión pueda ser considerada en la valoración de la prueba se exige la concurrencia de cuatro elementos: a) debe estar corroborada por otro u otros elementos de convicción, ello importa que deben existir otros elementos que acrediten la versión incriminatoria del imputado; b) debe ser prestada por el imputado que goce de un estado normal de sus facultades psíquicas, sin presiones de ninguna índole, sin juramento ni promesas; c) debe ser prestada ante el juez penal o el fiscal en presencia de su abogado defensor particular o público; y d) que la confesión sea sincera y espontánea; en consecuencia, carece de valor probatorio la admisión de cargos prestada sin tales requisitos o aquella que se presta sólo ante la autoridad policial”.

2.1.13. La Declaración de los Testigos

Por prueba testifical ha de entenderse la declaración de conocimiento efectuada por personas físicas que sin participar en él conocen de la comisión del hecho punible, bien directamente (testigos directos) o por referencias (testigos indirectos). También las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical y son hábiles, por

sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, en el bien entendido de que, cuando se erijan en la única prueba de cargo, deberá el tribunal efectuar una cuidada valoración, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa (Gimeno V. 2012, p. 735)

Oré (2016, p.522) señala que “El testimonio es el medio de prueba personal a través del cual se introduce al proceso información sobre los hechos materia de investigación (lugar, tiempo, circunstancias, sujetos, objetos, etc.). Esta información es obtenida antes o durante el transcurso del proceso como producto de la experiencia vivida de un sujeto que no forma parte del proceso, pero que, justamente por poseer dicha información, es emplazado en calidad de testigo”.

“El testigo es una persona física, ajena al proceso, citada por el órgano jurisdiccional a fin de que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y constancia de la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un estatus procesal propio (...) El testigo ha de ser ajeno a los derechos que se ventilan en el proceso, lo que impide asumir esta condición al juez llamado a intervenir a lo largo del procedimiento; esto mismo no le permite utilizar durante la sustanciación el conocimiento adquirido fuera del proceso, las secretas persuasiones que no pueden combatir las partes ni conoce el público; si sabe de circunstancias útiles para la investigación o para la resolución del proceso deberá quitarse la toga, prestar juramento o promesa y someterse a los interrogatorios, convirtiéndose en testigo del proceso y absteniéndose de actuar en él como juez, porque resultan condiciones incompatibles. Así lo entiende también el legislador cuando establece como causal de abstención o de recusación la intervención de los jueces o

magistrados como testigos en el proceso” (Moreno, 2003, p. 383).

2.1.14. La Prueba Pericial

Oré A. (2016, p. 56) “La pericia es un medio de prueba de carácter personal a través del cual un sujeto con conocimientos especiales, por encargo del juez o de las partes, introduce al proceso información y valoraciones de carácter técnico, científico o artístico sobre hechos o cosas que han sido objeto de examen o análisis, precisamente por encontrarse vinculados con la comisión del delito investigado”.

“La prueba pericial consiste en la emisión de unos informes que han de rendir ante la autoridad judicial personas con especiales conocimientos en alguna materia, que analizan los hechos que el juez pone a su disposición para dar su parecer sobre ellos, pueden ser necesarios tanto durante la fase de instrucción como disponer de ellos y poderlos contradecir en el momento del juicio oral, aun cuando la labor del perito habrá de ser la misma durante todo el procedimiento. Los dictámenes periciales han de ser ordenados por el juez durante la instrucción como un medio de investigación, porque no se sabe en esta primera fase del procedimiento la relevancia que puedan tener los hechos que se someten al reconocimiento pericial para el momento del enjuiciamiento. En el juicio oral, sin embargo, serán las partes acusadoras o acusadas quienes propongan la práctica de este medio de prueba, estableciendo en su solicitud el objeto de la pericia” (Moreno, 2003, p. 395).

2.1.15. La Prueba Documental

“La prueba documental es otro medio de prueba, que se introduce mediante el documento, siendo este el objeto que materializa una actividad humana significativa para el proceso. Para comprender este medio probatorio es preciso hacer referencia al concepto de documento. La palabra documento proviene de la voz latina *docere*, que significa enseñar,

de donde se derivó *documentum*, que significa título o prueba escrita. En sentido gramatical, documento es toda escritura o cualquier otro papel autorizado con que se prueba, confirma o corrobora una cosa. Según Parra Quijano el documento es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano, es decir, que para que un objeto pueda llamarse documento debe representar un hecho (...), ya que, si el objeto se muestra a sí mismo, sin representar algo distinto, no es documento. De esta forma, se constituye en un medio de prueba real, objetivo, histórico y representativo (fotos, planos, cuadros), en ocasiones declarativo, que puede contener una simple declaración de ciencia o un acto de voluntad dispositivo o constitutivo, una confesión extrajudicial y en otras una especie de declaración testifical de terceros, pero siempre un acto extraprocesal en sentido estricto” (Neyra, 2015, p. 332)

Para Cobo Del Rosal (2008, p. 488), “Documento (...) es todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. En la actualidad contamos con esa definición que nos ofrece el nuevo ordenamiento penal sustantivo, que estimo plausible, pues una lectura reflexiva del mismo hace que sea una noción suficientemente amplia y flexible como para incluir en el término “documento”, a efectos jurídico penales, cualquier objeto fáctico material que sea reflejo de un hecho histórico. La acertada noción de soporte material ha sido, sin duda, un acierto”.

2.1.16. La Prueba Indiciaria

La prueba indiciaria, sostiene Pérez (2018, p. 155) también identificada como prueba indirecta, circunstancial, conjetural, de presunciones, artificial o por evidencias, es aquella

en la que el hecho principal que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa además del razonamiento, siendo incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho. Es aquella que demuestra hechos periféricos, por ejemplo, el testimonio indica que momentos antes del delito el procesado entró a la casa de la víctima. Así, Gorphe destaca que los civilistas hablan con preferencia de prueba por presunciones o presuntiva, en la medida que el indicio es entendido como una presunción de hecho en oposición a las presunciones legales (...) En la normativa procesal vigente no existe una definición legal de lo que es la prueba indiciaria en el proceso penal, por lo que se tiene que acudir a los estudios doctrinales para poder encontrar algunas conceptualizaciones sobre esta modalidad probatoria. En ese sentido, Cafferata Nores enseña que el indicio es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro. Añade también que, según su nombre mismo, el indicio es el dedo que señala un objeto. Su fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que se revela entre un hecho conocido, psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indiciario) cuya existencia se pretende demostrar”.

“La prueba indiciaria es aquella actividad dirigida a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que, si bien, no son elementos constitutivos del delito objeto de acusación, permiten inferir, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, la comisión de los hechos delictivos materia de investigación y la intervención del procesado en los mismos. Es precisamente por ello, que también se le denomina como prueba indirecta, es decir, por la relación indirecta entre el hecho a probar y el objeto de la prueba, pues el objeto de la prueba está constituido por un hecho diferente (que llamaremos secundario, periférico o concomitante) del que debe ser probado en cuanto jurídicamente relevante para los fines de

la aplicación de la norma penal”. (Villegas, 2018, p. 221).

2.1.17. Concepto de Prueba Prohibida

Sánchez (2018, p. 52), señala que “En la doctrina existen distintos términos para nombrar el problema de la obtención de material probatorio lesionando derechos. Así tenemos que algunos autores se refieren a ellas como pruebas prohibidas, otros como pruebas ilegalmente obtenidas, ilegítimamente admitidas, y unos cuantos como prohibiciones probatorias; así también se las define como pruebas ilícitas o pruebas clandestinas. (...) La expresión prohibición probatoria (*beweisverbote*) fue acuñada a principios del siglo XX en la doctrina alemana por Beling, para referirse a la existencia de limitaciones a la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectivo o individual. El profesor Gimeno Sendra realiza una distinción entre prueba ilícita y prueba prohibida, la primera es la que infringe cualquier ley, no solo la Ley Fundamental (Constitución) sino también la legislación ordinaria, mientras que la prueba prohibida es la que surge como consecuencia de la violación de normas constitucionales violadoras de derechos fundamentales”.

Castillo (2014, p. 47) señala: “El dar un concepto de prueba prohibida o prueba ilícita significa que tenemos que abordar el problema desde el punto de vista del Derecho Constitucional y otro en el campo legal ordinario. Así lo entiende José María Asencio Mellado: (...) Por prueba ilícita ha de entenderse la obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales como de otras normas del procedimiento o, en fin, en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva a acudir a otras categorías”.

El Tribunal Constitucional ha intentado configurar una noción de lo que es prueba ilícita a efectos de establecer sus alcances. Así, en sentencia del 15 de septiembre de 2003, expediente N° 2053-2003-HC/TC, caso: Edmi Lastra Quiñónez, definió 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 en inefectiva e inutilizable. Como se puede advertir, nuestro Tribunal Constitucional asume un criterio sincrético. De un lado, asume que estamos frente a una prueba ilícita cuando se lesiona un derecho fundamental y, por el otro, cuando se viole la legalidad procesal. El primero se puede estimar como un criterio estricto, y el segundo como un criterio amplio de la noción de prueba ilícita”. (Talavera, 2009, p. 149)

Ahora bien, la descripción legal de la prueba prohibida en la ley procesal es materia de debate doctrinal cuando se presenta la siguiente interrogante: ¿es prueba ilícita solamente la que resulta de la violación de derechos fundamentales? En la doctrina existen posiciones encontradas al respecto, por un lado, hay autores que afirman que, sí, que, la prueba ilícita es solamente la que resulta de la violación de derechos fundamentales. En correspondencia con ello, se encuentra la distinción que realiza Miranda Estrampes, para quien prueba ilícita y prueba irregular son conceptos diferentes, concibiendo a la primera como aquella prueba que resulta de la violación de derechos fundamentales, y la prueba irregular es la que resulta de la vulneración de normas de carácter ordinario.

La posición que concibe a la prueba ilícita como resultado de la violación de derechos fundamentales presenta el problema de que no explica todos los casos de prueba ilícita porque hay casos en donde no hay violación de derechos fundamentales, y puede valorarse una prueba ilícita. Es decir, se quedan casos sin fundamentar con ese criterio, por tanto, es un criterio infra inclusivo. Sin perjuicio de ello, también se podría decir que es una cuestión de definición. Otro aspecto que resulta importante tratar es que, si nos referimos a la definición de prueba ilícita, hay una de las que se ofrece que está basada en la violación de derechos fundamentales. No obstante, además, hay otras definiciones de prueba ilícita con base en la violación de normas jurídicas, e incluso de tipos específicos

de éstas. La posición que define la prueba ilícita como resultado de la violación de derechos fundamentales no abarca todos los casos posibles, pero como criterio sí es informativo para explicar ciertas reglas específicas, como son los supuestos de exclusión de la prueba ilícita, pues es fundamento de la regla de exclusión.

En la otra posición se sostiene que el origen de la ilicitud de la prueba reside en que la misma ha sido obtenida mediante la violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría de estas (constitucionales, legales, procesales o sustantivas, etc.) (Calderón, 2016, p. 140). Así lo afirman Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, para quienes la prueba ilícita es aquella prueba que resulta de la infracción de cualquier ley (no solo la Constitución, sino también la legislación ordinaria) (1996, pp. 384-386). Otro de los principales exponentes de esta postura es Vescovi (1970), quien plantea lo siguiente: “(...) la prueba ilícita puede provenir de la violación de una regla expresa, sea cual fuere su rango, legal, constitucional o reglamentaria, y también de la violación de normas no expresas” Entonces, los sentidos en que se define la prueba ilícita son dos básicamente: i) es aquella prueba que se obtiene mediante violación de derechos fundamentales y ii) es prueba que resulta de la infracción de normas del ordenamiento jurídico, entre las cuales también se incluyen los derechos fundamentales (Calderón, 2021).

2.1.18. Naturaleza Jurídica de la Prueba Prohibida

El Tribunal Constitucional en la sentencia 0655-2010-PHC/TC, caso Alberto Quimper, dice que en la doctrina y jurisprudencia comparada no hay acuerdo sobre la determinación de la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Hay posturas que consideran a este instituto procesal como una garantía objetiva del debido proceso y que tiene el carácter de absoluta y aplicable a todo tipo de proceso (...) Por otro lado, hay posturas que sostienen que la prueba prohibida es un genuino derecho fundamental que garantiza que la prueba prohibida no sea admitida, ni actuada o valorada en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio. Contrariamente, el Tribunal Constitucional español en algún momento consideró que la prueba prohibida no era un

auténtico derecho constitucional. De esta manera, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se puntualizó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina”. Igualmente, se ha precisado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005- PHC/TC, este colegiado señaló que el medio probatorio debe ser lícito, o sea, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida” (...) En síntesis, en la doctrina y jurisprudencia comparada es variada la naturaleza jurídica que se le pretende dar a la prueba prohibida. Sin embargo, en opinión de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra explícitamente comprendido en la Constitución, que garantiza a todo justiciable que la prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental debe ser excluida en toda clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para este mismo propósito. Así las cosas, debe considerarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

2.1.19. Fundamento de la Prueba Prohibida

Sobre este tema, [el Tribunal Constitucional] enfatiza que en el derecho comparado no hay una posición pacífica para determinar que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento. Se tiene que, existen posturas que consideran que la inutilización de la prueba prohibida tiene fundamento en el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, que, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” [Así se desprende de la sentencia en el Caso *Cantoral Benavides* de 18 de agosto de 2000, párr. 120]. De esta manera, se puntualiza que la presunción de inocencia, garantía del proceso penal, demanda no sólo la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de la prueba se realice sin vulnerar algún derecho fundamental. Por otro lado, se sostiene que el fundamento de la proscripción de la prueba prohibida para determinar el status jurídico del justiciable, se encuentra en el debido proceso. En este mismo sentido, se sostiene que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida estriba en el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe toda intervención arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas. En esta misma línea, se ha precisado que el fundamento de la prueba prohibida descansa en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Ahora bien, postulando un concepto amplio de la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000, ha señalado que “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”, y se sustenta también “en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”. (Exp. 0655-2010-PHC/TC)

Asencio (2016, p. 1030) sobre el fundamento de la prueba prohibida nos dice: “Indagar en

cuál sea el fundamento constitucional o meramente legal de la prueba ilícita es, sin duda, importante por lo que supone de ubicar adecuadamente un concepto tan complejo. En efecto, del fundamento asignado derivan consecuencias inevitables y lógicas que afectan el entendimiento de la prueba ilícita y a la amplitud de la supresión de sus efectos en el proceso. (...) A modo de resumen puede afirmarse que la asignación de un fundamento a las categorías de la prueba ilícita, viene predeterminado por la visión que de ella misma se tenga, de la necesidad de protección que se le conceda, de la extensión que se atribuya a sus efectos y de los sacrificios que se quieran imponer al Estado en la investigación delictiva en relación con los exigidos a los ciudadanos en el ámbito de sus derechos. Tal atribución por tanto no puede nunca responder a criterios que hayan de considerarse absolutos, sino más bien dependientes de elecciones que los predeterminan. De este modo el señalamiento de un fundamento no parece fruto de un razonamiento previo del cual se hacen derivar unas consecuencias sino, antes, al contrario, de una conclusión elaborada sobre la base de unas premisas y posiciones

anteriormente asumidas. No hay pues un concepto que pueda calificarse de superior e indiscutible, que dimanase de un razonamiento estrictamente jurídico. Todos son relativos, asumiendo cada cual aquel que resulta más coherente con su visión del papel que los derechos fundamentales han de jugar en el proceso penal y los poderes que el Estado debe ver limitados en su función de investigación de los delitos”.

En otros términos, sostiene este autor que la posición o corriente doctrinaria que atribuye a la prueba ilícita una naturaleza constitucional directa o indirecta, mediata o inmediata, determinará, entre otros aspectos, la competencia de los tribunales constitucionales y el margen de actuación de los tribunales ordinarios en la apreciación y la

posible limitación de los efectos de la prueba derivada. Empero, quienes niegan un carácter constitucional a la prueba prohibida le reconocen una naturaleza meramente legal, cuya eficacia solo se fundamenta en la ley que desarrolla una prohibición que sin norma positiva carecería de vigencia. Esta corriente equipara a la prueba prohibida con el instituto de la nulidad procesal, asignando a ambas instituciones tratamientos casi idénticos. *Ibidem*, p. 1033.

Dicho esto, agrega Asencio (2016, p. 1031) que “el concepto de prueba ilícita aparece sembrado de componentes políticos que informan la posición política adoptada. Por tal motivo es conveniente no atribuir a tales construcciones un valor tan superior como el que a veces se le concede, sino el relativo que merece lo que es fruto indudable de posicionamientos tampoco absolutos y en todo caso en el ámbito de los principios del Estado de derecho, perfectamente lícitos”.

2.1.20. Prueba Ilícita y Prueba Irregular

Miranda, M. (2010, p. 133) señala: “Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales. La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, que se expone más adelante, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación”.

2.1.21. Tesis sobre la Exclusión de la Prueba Prohibida

Talavera (2009, p.151) citando a Barbosa Moreira: “existen dos opiniones radicales sobre las pruebas obtenidas mediante infracción a una norma jurídica. Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor. Para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella se derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal. Por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida. Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Piensan muchos que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos. Habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica controvertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado, y en qué medida”.

2.1.22. Excepciones a la Regla de Exclusión

Caro (2015) sostiene que “en nuestro sistema aún subsiste, por una parte, la dura regla de la exclusión de la prueba ilícita regulada en el Código Procesal Penal y conjuntamente están los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 2004, en que los jueces consensuaron que la prueba ilícita es válida: 1) si se descubre de buena fe en casos de flagrancia (registro domiciliario con orden judicial para hallar armas, pero se

encuentra droga o pruebas de corrupción), 2) si beneficia al procesado (audio ilegal que prueba la inocencia), 3) si es invocada por terceros (como Ilan Heredia, él no es la víctima del hurto), 4) si permite contradecir la mentira del imputado o 5) si el imputado narra en un diálogo privado el delito cometido o por cometer y es grabado por su contraparte (asumió el riesgo al “hablar de más”). Sin embargo, la prueba ilícita es válida también cuando el interés en descubrir y perseguir el delito es claramente superior al derecho individual afectado (teoría de la ponderación de intereses o del ‘balancing test’ en Estados Unidos), excepción que podría aplicarse precisamente en los casos de Business Track y de las agendas: el derecho a la intimidad (el contenido de un diario o bitácora personal) o el secreto de las comunicaciones puede ceder frente al interés de descubrir y perseguir, por ejemplo, un posible caso de lavado de activos, la evasión tributaria o la financiación ilegal de un partido. Una regla de exclusión con tantas excepciones es lo que el jurista español Manuel Miranda Estrampes califica como una ‘*zombie proof*’, una doctrina de la prueba ilícita muy desdibujada y que “se resiste a morir”, y que aún deambula en la jurisprudencia con cada vez menos seguidores”. Diario El Comercio, Perú.

2.1.23. Teoría de la fuente independiente

Esta teoría se trató en la sentencia Nardone, pero tiene como sentencia hito, el caso Bynum vs. Estados Unidos (1960), en el que se captura de manera ilegal a una persona y se le hace una toma decadactilar, muestra que se coteja con las huellas encontradas en el lugar del delito. A pesar de que las huellas coincidían, al haberla detenido de manera ilegal las impresiones decadactilares no podían considerarse conforme a derecho. Con posterioridad a lo ocurrido la policía solicitó una prueba de cotejo entre las huellas del lugar de los hechos y unas tomadas al señor Bynum de manera legal en eventos anteriores que se conservaban en

los archivos de los órganos de investigación norteamericanos. El Tribunal Supremo estadounidense concluyó que la prueba era independiente del arresto y por tanto no se permeaba de ilicitud. Señalado lo anterior, es preciso anotar que hay autores que consideran que la figura de la fuente independiente no debe ser tratada en el apartado de los frutos del árbol ponzoñoso. Si se circunscribe el estudio a la analogía del árbol envenenado, bajo esta excepción se está tomando un fruto de otro árbol, que puede estar sembrado cerca del primero pero que, de ninguna forma, podría adquirir el carácter ponzoñoso de aquel (Medina, 2017).

2.1.24. El descubrimiento inevitable

De creación jurisprudencial por el Tribunal Supremo, el descubrimiento inevitable, o también denominado “hallazgo inevitable”, es una teoría importada de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, concretamente en el caso NX contra Williams, que se plasma en la Sentencia 974/1997, y es, para Gómez Colomer, un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente. Esta teoría supone, en palabras de Rodríguez Lainz, “un juicio de probabilidad, cercano a la convicción de certeza, sobre si de haberse operado con la rectitud que requería el derecho fundamental transgredido se hubiera obtenido el mismo resultado jurídico”, es decir, si el devenir lógico y natural de la investigación hubiera llevado a obtener el mismo resultado que el extraído de la prueba ilícitamente obtenida, aunque para su validez, según Velazco Núñez, ha de exigirse la existencia de una investigación previa a la actuación violadora del derecho fundamental, para evitar que ésta se convierta en el punto de arranque de la investigación, invirtiendo así su proceso lógico.

El Tribunal Supremo se refiere a esta doctrina en su sentencia 885/202224, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, y dictada en el seno de un procedimiento en el que al acusado de un delito de

homicidio se le había extraído un molde dentario sin las garantías procesales, y en la que acepta la tesis cuando las pruebas hubieran llevado necesariamente al mismo resultado que la prohibida, y así explica esta doctrina en los siguientes términos: “Cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la "conexión de antijuricidad", que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido, aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición.” Esta teoría no ha estado exenta de críticas, pues la apreciación de la validez de la prueba está sujeta a una interpretación subjetiva, o como se ha dicho por algún autor, un juicio de probabilidad por parte del Tribunal sobre la certeza de alcanzar, por el curso natural de la investigación, la misma conclusión que la obtenida por la prueba ilícita. Como dijo Gómez Colomer, citando a Miranda Estrampes, “su mayor inconsistencia reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados” (Vallino, s/f).

2.1.25. El hallazgo casual

Las diligencias de investigación constituyen el principal vehículo para la introducción de hechos en el proceso y como tales provocan la aparición de los llamados hallazgos casuales cuando los hechos aparecidos son distintos precisamente de aquéllos que se intentaba investigar. Está en marcha una investigación en el marco de un proceso penal por unas amenazas graves, y aparece un dato nuevo o desconocido hasta ese momento como

consecuencia de las actividades indagatorias desarrolladas en la investigación, que apuntan a un posible delito contra la salud pública; siendo estas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. La situación planteada ha sido objeto de controversia doctrinal generando el siguiente dilema: (por un lado) el debido respeto al principio de especialidad en relación con el delito que justificó la autorización judicial de la medida limitativa de derechos fundamentales (que en principio haría no utilizable la información para delito distinto) y (de otro lado) la necesidad de perseguir todo hecho delictivo cuyo descubrimiento tiene su origen en una medida de investigación lícita, y en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo también han estado presentes ambos criterios. El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, plasmado en muchas resoluciones del Alto Tribunal, resolvió en gran medida la disyuntiva planteada en el sentido de avalar la utilización de la información siempre y cuando tuviera su origen en una medida de investigación cuya legitimidad pudiera ser sometida a contradicción si era cuestionada en su debido momento. La Ley Orgánica 13/2015, de codificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha venido a regular por primera vez, en los artículos 588 bis i y 579 bis de la LECrim., la utilización en otro procedimiento penal de la información obtenida en una intervención de comunicaciones y diligencias tecnológicas en general, así como los descubrimientos casuales con lo que se unifica el tratamiento de esta figura. (Pardeza, 2022).

2.1.26. Teoría del riesgo

Esta teoría es bastante empleada en los países de tradición europea continental, es de ascendencia alemana y aparece desde la intervención a las comunicaciones. Sostiene esta teoría que la prueba obtenida no lesiona derechos fundamentales, porque no hay una

afectación relevante al secreto de las comunicaciones, por ser un acto que realiza un participante de la comunicación. Entonces, cuando dos personas se comunican y una le cuenta a la otra una actividad delictuosa o relacionada con el delito, aquél corre el riesgo que su interlocutor le delate, por ejemplo: “un policía graba a una persona sin saberlo su interlocutor, mientras los dos hablan de cómo se va a llevar a cabo un delito. Sobre la base de esta intervención a las comunicaciones se realizan detenciones y se encuentra[n] los efectos del delito”. En este caso, no existe vulneración al derecho del secreto de las comunicaciones del emiteinte, porque el que recibe el mensaje es titular del derecho a las comunicaciones y el emiteinte asumió su propio riesgo al confiar y comunicar una actividad prohibida a su interlocutor. A este respecto, Asencio Mellado afirma “que la grabación, filmación o captación de una conversación realizada por uno de los comunicantes sin conocimiento del resto, cualquiera que sea su contenido, no afecta ni al derecho a la intimidad personal, ni al relativo a la protección del secreto de las comunicaciones, de manera que en ningún caso puede concluirse la ilicitud de tales instrumentos y por ello su pérdida de valor probatorio”. La jurisprudencia nacional, invocada por José Neyra señala: “La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres (...). Por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del *vinere contra factum proprium* (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado. (...) [en consecuencia] deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad (*to right of the privacy*)”. Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Expediente N° 21- 2001 “caso miembro del Tribunal

Constitucional” (Castillo, 2014).

2.1.27. La doctrina de la buena fe

“Esta excepción tiene su raíz en la jurisprudencia del Tribunal norteamericano. Se aplicó en el caso *León vs. US* (468 US 897, 1984), en un caso en que la policía llevó a cabo un allanamiento con registro domiciliario, en base a un mandato judicial que creía que era válido, pero que después un Tribunal superior determinó que se había violado la IV Enmienda porque había sido emitido sin concurrir *causa probable*. A pesar de ello, la Corte Suprema permitió la presentación de esas pruebas obtenidas en ese registro, por considerar que la policía había actuado de *buena fe*, creyendo que su actuación estaba amparada en un mandato judicial legal, por tanto, no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Como se argumentó en dicha sentencia, cuando la policía actúa de buena fe, creyendo que su actuación es acorde a derecho, no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito (*deterrent effect*). La regla de exclusión no tiene, en estos supuestos, eficacia disuasoria. También se ha aplicado esta excepción en un caso en que la actuación policial se había desarrollado al amparo de una ley que con posterioridad fue declarada inconstitucional (caso *Michigan vs. De Filippo*, 443 US 31, 1979). Como puede observarse, la excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, amparando la utilización en el proceso penal de pruebas que, en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una verdadera excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión” (Miranda, 2010).

2.1.28. La teoría del nexo de causalidad atenuado o tinte diluido

“[Esta teoría] tiene aplicación práctica en violaciones constitucionales que han derivado en actos ulteriores, pero la contaminación del vicio ha ido disminuyendo, se ha ido diluyendo o ha desaparecido por la falta de inmediación entre los últimos actos y el inicial que se obtuvo en forma ilegal. Según Díaz Cantón, la exclusión de frutos prohibidos “no es necesaria si la relación entre la ilegalidad y la prueba actualmente cuestionada es tal que el veneno de la ilicitud fue atenuado al momento en que la evidencia fue obtenida. Fue en Estados Unidos donde nació esta excepción a la regla de exclusión probatoria. Tal excepción se predica, a partir de la sentencia recaída en el caso *Wong Sun vs US7* de 1963, en el cual el máximo tribunal estadounidense sostuvo que la confesión voluntaria la separa legalmente de la prueba obtenida con lesión de un derecho fundamental. El caso es el siguiente: la policía de narcóticos registró ilegalmente la lavandería de un señor llamado Toy, en el registro Toy dijo que el Sr. Yee estaba vendiendo drogas. Los agentes registraron luego el domicilio de Yee y encontraron los narcóticos. Yee hizo un trato para denunciar a su proveedor Wong Sun, que resultó ser un importante empresario, al que se le recibió declaración, negando los hechos. Después de abandonar la Comisaría Wong Sun regresó voluntariamente para hacer un trato con la policía, confesando la infracción. En el juicio la declaración de Toy y el descubrimiento de las drogas fueron excluidos como frutos del árbol envenenado, porque el registro fue hecho sin mandamiento judicial. El Abogado de Wong Sun argumentó que su confesión también debería ser excluida por tal razón, pero el Tribunal afirmó que en este caso la regla de exclusión tenía una excepción, porque Wong Sun había regresado voluntariamente a la Comisaría de Policía para hacer su confesión, un acto que atenuaba o rompía la cadena de evidencia, por lo que tal confesión era admisible como prueba”. A pesar de que el caso Wong Sun es el paradigma de la teoría del *purged taint*, muchos años antes de que se emitiera dicha resolución, la Corte Suprema estadounidense, en el caso *Nardone*, señaló, a través del voto

del Juez *Franfurter*, que aceptaba que como materia de buen sentido la conexión puede volverse tan atenuada, de forma tal que se disipe el veneno (Bernardini, 2011).

2.1.29. La teoría de la ponderación de intereses (balancing test)

El balancing test consiste en contrapesar bienes jurídicos, que pueden ser derechos individuales y/o intereses públicos, para determinar cuál tiene un peso mayor en el caso y, en consecuencia, cuál debe prevalecer y cuál debe dejarse de lado. Como método de interpretación constitucional, el balancing busca identificar, evaluar y comparar intereses jurídicos en competencia. La decisión constitucional que surja de esa tarea interpretativa será el resultado de una asignación de valores a los intereses identificados, sea de manera explícita o implícita.

Una premisa subyacente a este método tiene que ver con la idea de que no existen derechos absolutos, dado que la tarea interpretativa puede dar lugar a mayores o menores extensiones de los derechos, según el caso. Este método presenta un uso arraigado en la jurisprudencia constitucional estadounidense, y también en el ámbito europeo, en Alemania y España, aunque bajo la denominación de “ponderación” se ha difundido en muchos otros países. En el contexto de esas experiencias, los intereses que pueden ser objeto de balanceo pueden ser intereses individuales frente a intereses públicos, lo que a su vez pueden suponer intereses en el funcionamiento del gobierno –como cuestiones relativas a costos administrativos– o intereses fundados en razones públicas –como la seguridad o salud públicas–. Sin embargo, frente a la alternativa clásica entre lo individual y lo público, el balanceo también puede darse entre intereses privados, o incluso entre agencias pertenecientes al poder público. El desarrollo jurisprudencial del *balancing test* ha presentado, a su vez, al menos tres formatos. La distinción entre los formatos tiene que ver con el grado de concreción y apego a los hechos del caso de la decisión judicial respectiva. El primero de ellos, denominado ad hoc balancing

o balancing estricto supone “el examen dentro del caso concreto del peso respectivo de los intereses en juego, y no tiene más objetivos que resolver el litigio puntual que se encuentra sub iudice”. El segundo tipo, denominado balancing amplio, supone un balance de los intereses en pugna, pero en abstracto. Es decir que más que otorgarle relevancia a los hechos del caso como en el formato anterior, aquí se le da prioridad a razones políticas o filosóficas asociadas al interés en cuestión. El tercer formato denominado definitional balancing supone el establecimiento de un principio constitucional de aplicación general que traza los contornos de interpretación de determinado derecho. Los tres formatos se presentan en la jurisprudencia estadounidense, mientras que el primero es característico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el segundo de la jurisprudencia alemana. El desarrollo jurisprudencial del *balancing test* ha presentado, a su vez, al menos tres formatos. La distinción entre los formatos tiene que ver con el grado de concreción y apego a los hechos del caso de la decisión judicial respectiva. El primero de ellos, denominado ad hoc balancing o balancing estricto supone “el examen dentro del caso concreto del peso respectivo de los intereses en juego, y no tiene más objetivos que resolver el litigio puntual que se encuentra sub iudice”. El segundo tipo, denominado balancing amplio, supone un balance de los intereses en pugna, pero en abstracto. Es decir que más que otorgarle relevancia a los hechos del caso como en el formato anterior, aquí se le da prioridad a razones políticas o filosóficas asociadas al interés en cuestión. El tercer formato denominado definitional balancing supone el establecimiento de un principio constitucional de aplicación general que traza los contornos de interpretación de determinado derecho. Los tres formatos se presentan en la jurisprudencia estadounidense, mientras que el primero es característico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el segundo de la jurisprudencia alemana. En el ámbito puntual de la

tradición jurídica continental, el balancing ha presentado un desarrollo quizás más sofisticado que en el ámbito estadounidense, en cuanto se ha considerado parte de otro test constitucional como es el test de proporcionalidad. Más específicamente, ha sido asociado al tercer subprincipio del test de proporcionalidad. En este contexto, Alexy ha señalado que el balancing no consiste en otra cosa que la optimización relativa a principios en competencia. Es decir, introduce la noción de principios en el esquema de “intereses” al que se aludió precedentemente, lo que supone que dichos principios no se aplican a todo o nada, como las reglas, sino que pueden satisfacerse en mayor o menor grado. De este modo, para Alexy el balancing supone que a mayor insatisfacción de uno de los principios en competencia debe corresponderse una mayor importancia en la satisfacción del principio contrario. La estructura del balancing comprende, pues, tres pasos. El primero de ellos supone establecer el grado de no satisfacción o detrimento de uno de los principios en tensión. El segundo paso implica establecer el grado de importancia que la satisfacción del principio contrario representa. El tercero supone establecer si la importancia de satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción o detrimento del primer principio. Tanto el grado de insatisfacción del primer paso como el grado de importancia del segundo pueden establecerse en leve, moderado o serio. (Pedernera, 2021).

2.1.30. Evolución Constitucional de las Garantías Vinculadas a la prueba prohibida

En relación a este tópico de nuestra investigación consideramos pertinente remitirnos a la doctrina española, fuente de nuestro derecho, que en palabras de Gómez Colomer (2008) sostiene que “la base primordial, la Constitución de 1978, no regula ni directa ni indirectamente las prohibiciones probatorias. Tampoco de ninguno de sus preceptos se desprende directamente una regla de exclusión. Una cosa es que la Constitución contenga

derechos fundamentales de las partes procesales, sobre todo del acusado, que hagan referencia directa o indirectamente a temas probatorios, como el derecho a la igualdad procesal (art. 14), el derecho a ser informado de las razones de su detención (art. 17.3), el derecho a ser informado de la acusación formulada en su contra (art. 24.2), el derecho a la asistencia letrada durante la detención policial y judicial (art. 17.3), el derecho a la defensa técnica durante el proceso (art. 24.2), el derecho a no declarar durante la detención (art. 17.3), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), el derecho a que no se produzca indefensión (art. 24.1 y 2), el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2), el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2), el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2), el derecho a no confesarse culpable (art. 24.2), y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2). (...) Y otra cosa es que entre sus derechos fundamentales, garantías institucionales y libertades públicas reconozca los derechos a la vida (art. 15), a la integridad física (art. 15), a la libertad de movimientos (art. 17.1), al honor (art. 18.1), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2), y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), que de ser vulnerados en el proceso darán lugar sin duda alguna a una regla de exclusión. Como regla o prohibición probatoria, la Constitución española no recoge ninguna entre sus disposiciones. Pero veremos de inmediato que ello no significa en absoluto que las prohibiciones de prueba no se puedan basar sólidamente en normas constitucionales, precisamente las que acabamos de recoger, con el loable fin de que el ciudadano cuyos derechos fundamentales hayan sido vulnerados a través de pruebas prohibidas pueda acceder, en su caso, a la máxima tutela procesal que el ordenamiento prevé, el recurso de amparo ante el TC. (...) Entiende el TC que no hay ninguna norma en la Const. española que consagre un derecho constitucional autónomo a la desestimación de la prueba

ilícita, y que, por tanto, «la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental». De hecho afirma que estamos aquí ante una encrucijada de intereses, por un lado hallar la verdad material en el proceso, y por otro la garantía de los derechos de los ciudadanos, y dice: Estas últimas (se refiere a los derechos o situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos) acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infra constitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

Esta postura interpretativa del citado autor español guarda armonía con nuestra Constitución en la medida que los preceptos referidos de la Constitución española, están contenidos igualmente en nuestra carta magna. En suma, en la Constitución peruana no existe tampoco una referencia expresa a la regla de exclusión de la prueba prohibida, aunque una interpretación implícita nos conduce necesariamente a concluir que estaba siempre proscrita la incorporación o valoración de la prueba prohibida.

Esta lectura extraemos del expediente 0655-2010-PHC/TC, caso Alberto Quimper, cuando el Tribunal Constitucional sostiene que la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplada en la Constitución, pero se dice al mismo tiempo en esta resolución que *“nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado. En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las*

declaraciones obtenidas por: a) la violencia moral, psíquica o física; b) la tortura, y c) los tratos humillantes o denigrantes”.

“Resulta evidente que toda Constitución Política va reconocer y positivizar los derechos básicos que se concebían como fundamentales en su momento histórico jurídico y social, por eso resulta relevante rescatar que, en dicha prelación fundamental, nuestro país, desde 1834 tenía una pauta metodológica que subsiste hasta la actualidad, la cual consiste en quitar valor legal a la actividad probatoria que vulneraba cierto derecho fundamental (básicamente en el siglo XIX, el secreto de las cartas)” (Pisfil, 2013, p. 459) A esta apreciación del autor citado podemos agregar que también las Constituciones posteriores a la de 1834 consagraban la protección de derechos vinculados a una eventual obtención ilegal de la prueba. Entonces, las constituciones que se sucedieron en el tiempo también tuvieron el mismo sentido normativo. Así, a continuación, reproduciremos el texto de las constituciones que precedieron a nuestra actual carta magna.

2.1.30.1 Constitución de 1823

“**Artículo 118°** Nadie puede allanar la casa de ningún peruano, y caso que lo exija fundada e indispensablemente el orden público, se expedirá por el Poder Ejecutivo la orden conveniente por escrito, que remitirá desde luego al Juez que conozca de la causa, con la exposición de los datos que motivaron este procedimiento para que obre en el proceso (...)”

“**Artículo 193°** Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta Ley fundamental, se declaran inviolables:

1. La libertad civil.
2. La seguridad personal y la del domicilio.
3. La propiedad.

4. El secreto de las cartas.
5. El derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno.
6. La buena opinión o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.
7. La libertad de imprenta en conformidad de la Ley que la arregle.
8. La libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes.
9. La igualdad ante la ley, ya premié, ya castigué”.

Como se puede apreciar esta Constitución consagra el derecho a la inviolabilidad de domicilio y del secreto a las cartas del ciudadano, entonces se puede apreciar la protección de estos derechos íntimamente vinculados a una eventual obtención de pruebas vulnerando dichos derechos, sin embargo, no se dice nada respecto de la prueba prohibida, contrariamente, el artículo 119 de esta Constitución solo establece la responsabilidad del agente que vulnere la inviolabilidad del domicilio, sin referirse a la validez o invalidez de la prueba obtenida en esas condiciones.

2.1.30.2 Constitución de 1826

En esta Constitución vemos que de manera expresa se refieren a las garantías del ciudadano peruano en los siguientes términos:

Art. 121°.- No se usará jamás el tormento, ni se exigirá confesión al reo.

“Art. 145°.- Toda casa de peruano es un asilo inviolable. De noche no se podrá entrar en ella, sólo por su consentimiento; y de día sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley”.

De estos artículos se desprende la prohibición del tormento o tortura para extraer una

confesión al reo. No obstante, tampoco esta Constitución se refiere de manera expresa a la prueba prohibida; es más, no dice nada respecto del secreto de las cartas o comunicaciones a que hizo alusión la Constitución anterior. En suma, vemos una declaración genérica acorde, sin duda, al desarrollo del proceso penal de ese tiempo.

2.1.30.3 Constitución de 1828

Esta Constitución, siguiendo casi los mismos lineamientos de las anteriores prescribe lo siguiente:

Art. 129°.- Quedan abolidos:

- 1.- El juramento en toda declaración y confesión de causa criminal sobre hecho propio.
- 2.- La confiscación de bienes.
- 3.- El tormento.
- 4.- Toda pena cruel y de infamia trascendental

“Art. 155°.- La casa de todo peruano es un asilo inviolable; su entrada sólo se franqueará en los casos y de la manera que determine la ley”.

“Art. 156°.- Es inviolable el secreto de las cartas: la Administración de correos tiene la responsabilidad de esta garantía”.

Se aprecia que se prohíbe el juramento del reo en todo proceso penal; asimismo, proscribiremos el tormento como una forma de obtener una declaración auto incriminatoria por parte de los órganos de auxilio judicial, llámese policía de investigaciones. En el último aspecto, esta Constitución recoge nuevamente el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (secreto de las cartas) que consagró la primera Constitución. Sin embargo, tampoco se alude a la prueba obtenida como consecuencia de la vulneración de esos derechos fundamentales establecidos, esto es, a la prueba prohibida.

2.1.30.4 Constitución de 1834

Art. 126°.- Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal bajo su juramento u otro apremio. Tampoco está obligado a darlo contra su mujer, ni ésta contra su marido, ni los parientes en línea recta, ni los hermanos.

“Art. 155°.- La casa de todo peruano es un asilo inviolable, su entrada sólo se franqueará en los casos y de la manera que determine la ley”.

“Art. 156°.- Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal”.

En esta Constitución, por primera vez vemos una declaración expresa que prescribe que la infracción al derecho al secreto de las comunicaciones, no produce efecto legal. En otros términos, interpretando en función de la prueba prohibida, está vedada la obtención, incorporación y valoración de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, en este caso del derecho al secreto de las comunicaciones. En síntesis, este principio constitucional ya perfila positivamente la institución de la prueba prohibida en el ordenamiento penal peruano.

2.1.30.5 Constitución de 1839

Art. 128°.- Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal, bajo juramento u otro apremio. Tampoco debe admitirse el del marido contra su mujer, ni el de ésta contra su marido, ni el de los parientes en línea recta, ni el de los hermanos ni cuñados.

“Art. 158°.- La casa de todo peruano es un asilo inviolable; de noche no se podrá entrar

en ella, sino por su consentimiento conforme a las leyes, y de día, sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley, y en virtud de orden de autoridad competente”.

“Art. 159°.- Es inviolable el secreto de las cartas; las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal”.

Esta Constitución sigue literalmente los mismos lineamientos de su antecesora. Persiste, entonces, por lo menos en la letra, el principio de ineficacia o invalidez de la prueba obtenida como consecuencia de la sustracción de las cartas y la ulterior vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

2.1.30.6 Constitución de 1856

Art. 21°.- El secreto de las cartas es inviolable no producen efecto legal las que fueren sustraídas

“Art. 30°.- Es inviolable el domicilio: no puede penetrar en él, sin que se manifieste previamente el mandato escrito de juez o de la autoridad encargada del orden público, cuya copia podrá exigirse”

Esta Constitución de manera muy breve y concisa se refiere a los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y de inviolabilidad de domicilio. Sin embargo, en el capítulo relacionado al Poder Judicial, es más, concretamente a las garantías de la administración de justicia, no dice nada respecto a la prohibición de la autoincriminación.

2.1.30.7 Constitución de 1860

Artículo 22.- El secreto de las cartas es inviolable: no producen efecto legal las que fueren sustraídas

“Artículo 31.- El domicilio es inviolable: no se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de Juez o de la autoridad encargada de conservar el orden público. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les exija”.

Como se puede apreciar, también esta Constitución se ha limitado a repetir los derechos del secreto a las comunicaciones y el de inviolabilidad de domicilio señalados en su antecesora la de 1856. Además, se ha omitido también el tema relacionado a las garantías de la administración de justicia, en este caso, como dijimos, la prohibición de la autoincriminación y el juramento del reo, o la incriminación a sus parientes más próximos.

2.1.30.8 Constitución de 1867

Art. 21o.- El secreto de las cartas es inviolable: no producen efecto legal las que fueren sustraídas

“Art. 29o.- El domicilio es inviolable; no se puede penetrar en él, sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de Juez competente o de la autoridad encargada de conservar el orden público.

Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les exija”

Esta Constitución reproduce prácticamente en su integridad lo prescrito en la Constitución anterior, esto es, la de 1860. Tampoco ha consignado en las garantías de la administración de justicia el derecho del imputado a la no autoincriminación.

2.1.30.9 Constitución de 1920

“Art. 26°.- No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y

nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los Jueces que las leyes establezcan”.

“**Art. 31º.-** El domicilio es inviolable. No se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de Juez o de la autoridad encargada de conservar el orden público. Podrán también penetrar en el domicilio los funcionarios que ejecuten las disposiciones sanitarias y municipales. Unos y otros están obligados a presentar el mandato que los autoriza y dar copia de él cuando se les exija”.

“**Art. 32º.-** El secreto de las cartas es inviolable. No producen efecto legal las que fueren sustraídas”

Esta Constitución consagra de manera expresa la ineficacia o invalidez de prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de la persona; en este caso de aquellas declaraciones que se hayan conseguido por medio de la agresión física, tortura o tormento del imputado. Por otro lado, reproduce el derecho al secreto de las comunicaciones sancionando su vulneración con la ineficacia legal en el resultado; además suscribe también el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

2.1.30.10 Constitución de 1933

“**Artículo 57.-** Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia”

“**Artículo 61.-** El domicilio es inviolable. No puede ingresar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito y motivado del juez o de la autoridad competente”

“**Artículo 66.-** La correspondencia es inviolable. Las cartas y los papeles privados no

pueden ser ocupados, interceptados ni registrados, sino por la autoridad judicial, en los casos y en la forma establecida por la ley. No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos”

La Constitución de 1933 reproduce los derechos consagrados en su antecesora de 1920; así se tiene la invalidez de la prueba conseguida con sufrimiento físico del imputado, el secreto de las comunicaciones y la ineficacia de la revelación de su contenido, así como la inviolabilidad de domicilio.

2.1.30.11 Constitución de 1979

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

“**2.8.-** A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones. La correspondencia solo puede ser incautada, interceptada o abierta por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohíben la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas. Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros comprobantes y documentos de contabilidad están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley”

“**2.20. j)** Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor, quien la emplea incurre en responsabilidad penal”.

“**2.20. k)** Nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

Se puede advertir que la Constitución de 1979 que precedió a la actual, agrega la prohibición de tomar juramento al imputado en un proceso penal y la prohibición de compelerle a declarar contra sí mismo o contra sus parientes. De esta manera se amplía el espectro de la prueba prohibida.

2.1.30.12 Constitución de 1993

Llegamos así a la Actual Constitución cuya cobertura sobre la prueba prohibida se fija en los siguientes artículos:

“Artículo 2.9.- 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”.

“**Artículo 2.10.-** Al secreto ya la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a

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

“**Artículo 2.24.h).**- Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien lo emplee incurre en responsabilidad”.

En esta Constitución, que es la que actualmente se encuentra vigente en nuestro país, podemos observar que se ha reproducido lo previsto en la Constitución anterior de 1979. En efecto, se preceptúa la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones, la proscripción de la violencia psíquica moral o física, la tortura, los tratos humillantes, etc. Se prohíbe dar valor a las declaraciones obtenidas por medio de la violencia, responsabilizando a su autor.

Con este panorama constitucional, Pisfil (2013, p. 461) señala: “que nuestros modelos constitucionales han tenido una lógica propia y por ende metodológica, de excluir elementos probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales, eso nos sirven de base para afianzar la fundamentación constitucional de la garantía de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, pues (...) este instituto procesal tiene caracteres propios de constitucionalidad, la cual privilegia la eficacia de los derechos fundamentales de las personas en contra de un arbitrio irrestricto del *ius perseguendi* estatal, significando que su basamento parte de la Constitución política porque si pensamos que es solo creación del Código Procesal Penal del 2004, podemos caer en el déficit interpretativo y relativizarla,

como está pasando en otros sistemas procesales, no negamos que posteriormente esto pueda suceder, sin embargo habrá que hacerlo de una manera prudente y sensata, teniendo presente que éste es un problema estrictamente constitucional y que en nuestro país existen antecedentes constitucionales y normativos, exigiéndose por ello una interpretación conforme a la Constitución”.

2.1.30.13 Antecedentes Normativos

“Las normas contenidas en el Código Procesal Penal del 2004 referidas a la regla general de exclusión, encuentran sus antecedentes en metodologías propias de algunas de nuestras constituciones políticas, asimismo, si bien es cierto en los cuerpos normativos de los códigos procesales penales, que alguna vez regularon nuestros procesos penales, no mencionan expresamente nada sobre el presente tema, esto se explica por el propio sistema procesal penal que reflejaban en su momento, como en la cultura inquisitiva o inquisitiva reformada (...) Con el devenir de los años se modela un proceso penal que asienta su base en la Constitución porque es desde esta norma donde nacen los principios rectores (...) este cambio de paradigma lo encontramos en el Código Procesal Penal de 1991 donde por primera vez se trata de instituir una norma expresa que permitía excluir elementos probatorios obtenidos ilícitamente” (...) señalaba el artículo 195: “Todo medio de prueba para ser valorado debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo o incorporado al proceso conforme a la ley” “Como otro antecedente [relevante] podemos señalar el Proyecto de Huanchaco de 2003, donde en el artículo VI del Título Preliminar referente a los principios que rigen la prueba disponía: “Es deber del titular del ejercicio de la acción penal, la carga de la prueba. Solo se admitirán las pruebas obtenidas legítimamente. Las obtenidas con infracción de la Constitución o infracción grave de la ley, así como aquellas que se originen en ellas, no podrán ser valoradas por el juez, salvo que provenga de una fuente de prueba independiente, o

merezca ser razonablemente valorada según el criterio de la ponderación de intereses”.

(Pisfil, 2013, p. 462)

2.1.30.14 Código Procesal Penal del 2004

“Artículo VIII. Legitimidad de la prueba

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

Artículo 159.- Utilización de la prueba

(...) 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 (...)

(...) “Podemos señalar que el concepto que maneja nuestro Código Procesal Penal es la restrictiva, la cual hace referencia que la regla general de exclusión abortará los elementos probatorios que hayan sido obtenidos, practicados y o valorados con vulneración de derechos fundamentales (...) Finalmente, es necesario preguntarnos si el ámbito de aplicación de la regla de exclusión, se reconduce a la sola obtención de fuentes de prueba o es extensible a la práctica y actuación de medios probatorios (...) al respecto debemos enfatizar que esta problemática es superflua en nuestro sistema procesal penal en razón de que nuestro cuerpo normativo es claro sobre este supuesto [Art. VIII del TP del Código Procesal Penal, 157 incisos 1 y 3, 159, inciso 1] Esta garantía procesal excluirá todo aquel material probatorio

que se obtenga, incorpore, practique y/o valore, con lo cual toda duda se disipa sobre esto”.

(Pisfil, 2013, p. 471.

2.1.30.15 Jurisprudencia Nacional

a) Tribunal Constitucional (Pleno Sentencia 318-2023)

EXP. N.º02309-2022-PHC/TC LIMA NORTE (extracto)

(...) 3. Reza la Constitución en el artículo 200.1 que por medio del habeas corpus se protege la libertad personal y derechos conexos. Pero hay que tener en cuenta que no cualquier reclamo que invoque la afectación de estos derechos puede entenderse como tal y merecer tutela, pues para ello es imperativo verificar a priori si los actos denunciados afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

4. La parte demandante alega que, pese a que se cuestionó el contenido de la sentencia de primera instancia, en el extremo del derecho a la prueba, la Sala superior no se ha pronunciado sobre ello. En esta línea, sostiene que el acta de incautación, el acta de lacrado y de pesaje fueron actuadas cuando no debieron hacerlo, pues dichas actuaciones fueron realizadas sin la presencia ni del investigado ni de su abogado defensor, ya que los investigados en el momento de la incautación y lacrado se encontraban físicamente detenidos en la Comisaría de Aucayacu. Agrega el recurrente que no está de acuerdo con el criterio del juzgado cuando aplica la regla de la excepción de la exclusión de la prueba prohibida.

Ahora bien, en relación con la violación del derecho a la prueba vinculada con el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el demandante aduce que existió violación de dicho derecho, en la modalidad de falta de motivación externa, pues la Sala superior no se pronunció al respecto; no obstante, conforme se advierte del fundamento 7.2 de la resolución cuestionada, haciendo alusión a la resolución de primera instancia (f. 153, pdf), manifiesta lo siguiente:

En cuanto a la materialidad del delito, si bien la defensa durante el juicio oral ha refutado la oralización del Acta de Prueba de Campo, Pesaje, Comiso y Lacrado de Droga, sosteniendo que tal instrumento no cuenta con las firmas de los imputados, ni de sus defensores, por lo que dicho medio probatorio debe ser excluido por constituir prueba prohibida, y considerando la teoría del árbol envenenado, también debe excluirse las pruebas que de él deriven, como lo es el Informe Pericial de Química - Droga 8914/12; sin embargo, el A quo ha considerado factible aplicar la regla de excepción de la exclusión de la prueba prohibida, ya que la prueba que demuestra que ha existido la droga ha sido obtenida como fuente independiente con la declaración del imputado Witson Salas Ushiñahua, quien ha aceptado ser la persona que transportaba la droga el día en que fueron intervenidos los imputados y que lo obtuvo porque se lo entregó el conocido como “Charapa” a lo que los demás defensores de los imputados no manifestaron su disconformidad, aunado a que el propio imputado Carlos Alberto Cárdenas Saavedra ha expresado en su declaración que se encontró droga en el maletín que se encontraba en el interior del referido vehículo, con lo que está probado que en el interior del vehículo, en la maletera se encontró pasta básica de cocaína en tres paquetes precintados, con un peso neto de 6,592kg.; asimismo de acuerdo a lo señalado por el testigo Ademir del Castillo Pérez, el imputado Carlos Alberto Cárdenas Saavedra, cuando fueron intervenidos por la Policía, se acercó a los miembros de la PNP y les dijo que estaba trabajando para la DIRANDRO y que [la] droga era de un infiltrado que tenía que entregar en Progreso. (Sic).

6. Por otro lado, el recurrente, además de no presentar las resoluciones que cuestiona a través del presente proceso, tampoco adjunta el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que condenó penalmente al favorecido, a fin de verificar si realmente alegó

como medio de defensa lo relativo a la prueba ilícita. Sin perjuicio de ello, debe dejarse dicho que, verificada la sentencia de vista, Resolución 32, de fecha 6 de marzo de 2014, mediante la cual se confirmó la sentencia condenatoria, se aprecia que esta sí habría dado respuesta al cuestionamiento de la prueba ilícita, aunque lo efectúa haciendo alusión de este cuestionamiento como impugnación de otro de los condenados, don Deivin Izquierdo Meza (fundamento 7.3.1.) y no directamente respecto del recurrente. Así, en lo relativo a la prueba ilícita, manifiesta que:

Para responder a este primer cuestionamiento efectuado por la defensa técnica del imputado Deivin Izquierdo Meza, habría que mencionar previamente que, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, establece que “todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”, “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”; y, “la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”. Para nuestro sistema procesal penal, la prueba prohibida, es aquella que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales. La regla de exclusión de la prueba ilegítima que contiene nuestro Código Procesal Penal, tiene dos facetas, la primera es la prohibición de admisión y la otra es la prohibición de valoración de las pruebas que se obtengan vulnerando derechos fundamentales. La prohibición de admisión se refiere a la regla de exclusión que debe invocarse cuando la ilicitud se haya producido en el momento de la obtención de las fuentes de prueba; ello significa el análisis de tres momentos, esto es, durante la labor de búsqueda, la identificación y el recojo de las fuentes de prueba; es decir tanto en la búsqueda, como en la

identificación y en el recojo de pruebas, las actividades tienen que ejecutarse sin vulnerar ningún derecho fundamental de la persona.

En lo referente a la valoración de la prueba, la doctrina más difundida es la denominada teoría de los frutos del árbol envenenado, por la cual, toda prueba que ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales es inválida, así como toda fuente que se origine en ella, pues dicha ilicitud se extiende a toda prueba derivada. Si la raíz del árbol está envenenada, entonces los frutos que produce también. El fundamento 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. No obstante, lo expuesto, existen excepciones a la Regla de Exclusión, las cuales se han desarrollado a partir de dos campos o escenarios, el primero referido a excepciones a la prohibición de valoración de la prueba ilegítima; y el segundo escenario, concerniente a la excepción a la eficacia refleja (o prueba derivada). En cuanto al segundo escenario de la clasificación propuesta, encontramos las excepciones a la eficacia refleja, y dentro de ellas a la excepción de fuente independiente, es decir, es procedente valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente; la excepción de descubrimiento inevitable, ligada a los cursos de investigación hipotéticos cuando no cabe la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta respetuosa de los derechos fundamentales e independientes de la actuación inicial.

En el presente caso, si bien expresamente el Colegiado A quo no ha excluido como prueba prohibida el Acta de Prueba de Campo, Pesaje, Comiso y Lacrado de Droga, así como el Informe Pericial de Química - Droga N° 8914/12 que confirma la sustancia comisada y el peso del mismo; sin embargo, ello se infiere cuando para corroborar la materialidad del delito

considera como medio probatorio idóneo la declaración del sentenciado Witson Salas Uchíñahua, quien de manera independiente ha reconocido la posesión y transporte de droga, sosteniendo haber adquirido la droga de un conocido como “Charapa” y cuya finalidad era venderlo por un precio superior a la ciudad de Progreso, localidad a donde coincidentemente se dirigían los sentenciados Carlos Alberto Cárdenas Saavedra y Deivin Izquierdo Meza, y por cuya razón se acogió a la conclusión anticipada del proceso; dicho juicio razonativo no resulta ser incongruente conforme lo denuncia el recurrente, toda vez que la prueba constituida en la declaración del acusado Witson Salas Uchíñahua, ha sido recibida de manera independiente y legítima, consecuentemente, el carácter probatorio que le otorgó el Colegiado A quo para acreditar la materialidad del delito se encuentra legítimamente establecido; además que el Colegiado para los efectos acreditativos de la droga, no ha considerado sólo la versión del sentenciado Witson Salas Uchíñahua, conforme se aparenta de la intervención oral del recurrente, sino que también se ha meritado la declaración del sentenciado Carlos Alberto Cárdenas Saavedra, quien ha expresado en su declaración que se halló droga en el maletín que se encontraba en la maletera del vehículo marca Toyota, color blanco, modelo station wagón, de placa de rodaje TID- 483, lo que confirma el hallazgo de la sustancia ilícita. Ahora, escuchado en su integridad la intervención oral de la defensa técnica de los recurrentes, en ningún momento han cuestionado el reconocimiento de la existencia de la droga realizada por el sentenciado Witson Salas Uchíñahua, lo que confirma aún más su valor probatorio. (Sic).

De igual manera, la Sala Suprema, en el auto de calificación del recurso de casación, “Análisis del caso”, numeral 10, sobre la alegada prueba ilícita cuestionada por don Deivin Izquierdo Meza, expone que “(...) las actas han cumplido con los requisitos necesarios para

su validez contenida en el artículo ciento veintiuno del Nuevo Código Procesal Penal, no evidenciándose que la aplicación de dicha norma contenga un mandato incompatible con el derecho de defensa, y consecuentemente tampoco existiría infracción a las normas contenidas en los artículos ciento cincuenta y nueve, inciso uno, y octavo inciso uno de Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal”.

8. Por consiguiente, al no haberse acreditado la violación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales en lo relativo a la impugnación de la prueba ilícita en el caso de autos, corresponde declarar infundado este extremo de la demanda.

b) Pleno Sentencia 699-2021

Expediente EXP. N° 01019-2017-PA/TC LIMA

El secreto de las comunicaciones en la Constitución 2. La Constitución en el artículo 2, inciso 10, señala lo siguiente: Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. 3. En ese sentido, la protección otorgada por la Constitución no condiciona la protección a su contenido, y solo será válida la interceptación que cuente con la respectiva autorización judicial. Pretender lo contrario vía una interpretación constitucional, implica desconocer el contenido de la Constitución, así como reformar por la vía de los hechos, la carta fundamental. 4. Ciertamente, una conversación puede ser grabada —y por tanto, servir como prueba en un proceso judicial—, cuando las partes que intervienen en ella están de acuerdo en hacerlo, si no ocurre ello, tal grabación es per se, inconstitucional, y no puede ser objeto de convalidación. 5. Esta conducta es más grave aún, cuando una

conversación es gravada fuera de los supuestos precedentemente señalados y quien realiza la grabación toma conocimiento y difunde hechos que puede afectar la intimidad de cualquiera de los intervinientes en aquella. 6. En principio, la intimidad se encuentra protegida por el artículo 2, inciso 7 de la Constitución, y también puede resultar vulnerada cuando una conversación que se desarrolla en un ambiente en el que existe una expectativa de privacidad (no en una vía pública o como consecuencia de un discurso o debate, sino en un ambiente privado como su domicilio, habitación de un hotel, etc.), o que se desarrolla vinculando únicamente a las personas que intervienen en ella (sea de modo verbal o utilizando herramientas tecnológicas), resulta intervenida o interceptada. 7. Sin embargo, verificar la afectación del derecho a la intimidad no es un requisito para determinar si el secreto de las comunicaciones también ha resultado afectado, pues la vulneración de este último se producirá siempre que se intervenga una conversación o comunicación sin contar con las autorizaciones respectivas. Por ello, no es de recibo apelar al carácter delictivo de algunas conversaciones privadas (o a razones de interés público o de moral pública), para convalidar la interceptación de comunicaciones hechas al margen de la Constitución 8. La necesidad de la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones, impone al legislador ordinario la obligación de regular el procedimiento para su desarrollo, pues tal atribución no puede ser ejercida de modo discrecional por los jueces penales. 9. Ello permite, además, el adecuado control constitucional de la medida dispuesta por el juez, así como de su implementación. Esto es, que se debe verificar no solo si se han cumplido los presupuestos legales para la autorización de las intervenciones, sino que también se debe analizar la legitimidad, necesidad e idoneidad de la medida y establecer mecanismo para evitar el mal uso de la información interceptada (divulgación de información que no está relacionada con

la investigación de la que deriva la intervención o que pueda afectar la intimidad de los afectados, entre otras). En el presente caso, se alega la presunta afectación de un derecho fundamental, no en un procedimiento judicial ya finalizado, sino contra un procedimiento administrativo en trámite, el cual, por el agotamiento de la vía administrativa, podría devenir en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional). Por ello, este Tribunal considera que podría analizarse el fondo de la controversia. 11. No obstante, no se acredita en autos la existencia de la grabación o grabaciones supuestamente intervenidas a la recurrente. Si bien en los actuados se aprecia la denuncia en tal sentido, el análisis de la presunta afectación del derecho invocado no puede ser realizado en abstracto, razón por la que la petición debe ser desestimada.

c) Sentencia 1157-2024 (Tribunal Constitucional)

EXP. N.º 04580-2023-PA/TC LIMA

Antecedentes

[El demandante] sostuvo que en [el proceso disciplinario] se usó como prueba un video en el que aparecen la parte recurrente y L.S.C.R. manteniendo relaciones sexuales, el cual fue obtenido de manera ilícita, por lo que se ha vulnerado además su derecho a la intimidad, puesto que ellos no presentaron el video ante el Consejo de Disciplina, sino un tercero, lo que constituye una injerencia a su esfera privada y al resultar ser prueba inválida el proceso también lo es. Agregó que la Resolución Directoral 0090-DIGPE, por la que se le dio de baja, fue impugnada el 10 de febrero del año 2021, no obstante, no fue resuelta por la demandada y con escrito del 4 de agosto del año 2021 procedió a dar por agotada la vía administrativa (...)

34. En el presente caso, el recurrente señala que el video usado como prueba ha sido obtenido de manera ilícita, con lo que se vulnera su derecho a la intimidad, puesto que fue presentado por un tercero ante el Consejo de Disciplina, lo que constituye una injerencia a su esfera privada y al resultar ser prueba inválida, el proceso también lo es.

35. En el presente caso, la propia parte recurrente ha reconocido en su demanda que: “...es verdad que me grabé manteniendo relaciones sexuales (sexo oral)” con el ciudadano L.S.C.R. Asimismo, del medio probatorio ofrecido con la demanda, se acredita con el descargo de L.S.C.R. que: “... en el mes de diciembre del 2019, siendo alumno de segundo año realizamos el video de juego de una forma irresponsable inmadura, con [K.A.V.A.]”.

36. Respecto a lo anterior, se acredita que la grabación del recurrente manteniendo relaciones sexuales ha sido efectuada, no solo por la parte demandante, sino aceptada también por su compañero L.S.C.R., razón por la cual no se encuentra acreditada la presunta intromisión ilegítima al ámbito privado; en esa misma línea, no se acredita que un tercero, valga decir, la demandada o el técnico supervisor de la FAP, señor José Acha Rodríguez, se hayan entrometido en la esfera personal de los recurrentes de manera ilícita. Lo constitucionalmente prohibido sería la grabación a cargo de un tercero sin autorización de ninguno de los interlocutores o de la autoridad judicial.

d) Exp.00655-2010-PHC/TC. Caso Alberto Quimper.

“19. Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto

y a la inviolabilidad de las comunicaciones (...) **20.** Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional. Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo, debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se[a] legítima. (...) **23.** En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”. Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente”.

e) Casación 591-2015-Huánuco

“Décimo Noveno. Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere

de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental”. **Vigésimo.** De manera que, si bien las normas procesales pueden establecer una protección de un ámbito específico, como manifestación específica derivada de un derecho fundamental, no puede excluirse la posibilidad que se presente un supuesto de prueba irregular no regulado específicamente. Ahora bien, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular. **Vigésimo Primero.** De ser este el caso, es pertinente analizar la entidad de la infracción de la norma concernidos, en consecuencia, se deberá tener en consideración el ámbito específico de regulación de la norma procesal, el contexto en que se suscitó su inobservancia, la persistencia en la inobservancia de la norma procesal y la intensidad de afectación del derecho fundamental, a efectos de constatar si concurre una mera inobservancia de una norma procesal o una afectación al contenido esencial de un derecho fundamental. **Vigésimo Segundo.** En el presente caso, conforme se detalló en el fundamento jurídico primero de la presente Ejecutoria Suprema, durante la etapa intermedia se expidió La resolución N° 07, del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, donde “se resolvió no admitir los medios de prueba consistentes en las actas de registro personal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano. La defensa legal de los procesados aduce que los demás medios de prueba admitidos y actuados durante el proceso;” a saber: – declaración testimonial del Suboficial de segunda PNP Pablo Ayala Ferrer, declaración testimonial de Marco Antonio Díaz Correa, declaración testimonial del PNP Robert David Tolentino Gonzales (...) son derivados de las actas de intervención que fueron declaradas pruebas ilícitas, por lo que deben ser excluidos. **Vigésimo Tercero.** De una lectura de la resolución N° 07, en el fundamento jurídico cuarto, se especificó que las actas de intervención fueron excluidas por no cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo doscientos diez, del Código Procesal Penal (...) **Vigésimo Sétimo.** (...) las deficiencias anotadas en la resolución N° 07 son pertinentes para cuestionar la capacidad acreditativa del elemento de prueba y en virtud de la inobservancia de la norma procesal sustentar su exclusión, constituyendo, por tanto

prueba irregular. Sin embargo, esta circunstancia no lleva automáticamente a que se asuma que haya existido una afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales de los encausados. Del análisis del caso concreto tampoco se aprecia vulneración al contenido esencial de algún otro derecho fundamental, por lo que, no existe sustento para excluir los demás elementos de prueba derivados de ella. DECISIÓN Por estos fundamentos declararon: I. INFUNDADO el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa legal de los encausados (...) ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos décimo sexto al vigésimo segundo de la presente Sentencia Casatoria” (...)

f) Casación 817-2016-Lima

“El procurador del Estado instó la nulidad de la absolució de todos los imputados: Alegó que la exclusión por prueba ilícita no es de aplicación al *sublite* que la jurisprudencia se decantó por el carácter relativo de la prueba ilícita y reconoció excepciones; que no se valoró la declaración del testigo Rafael Huamán Cornelio, representante de Ernest y Young, coordinador general del Informe “Revisión de Operaciones y Control Interno de Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima”; que .la prueba de cargo acreditó la intervención delictiva de todos los imputados absueltos; que la reparación civil debe ser de un millón de soles

Genéricamente se atribuye a los acusados quienes, como integrantes del Comité de Licitación, se coludieron con los representantes de la empresa consorciada Automotores Gildemeister para que obtenga ilícitamente la buena pro, a cuyo efecto concertaron especificaciones técnicas de los vehículos para favorecerlos, así como direccionar el valor referencial de los mismos y sobrevalorarlos en desmedro de los intereses del Estado.

La sentencia estimó que el correo electrónico y el programa o comanda de mensajería de varios de los gerentes de Automotores Gildemeister están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Su intervención solo puede realizarse

mediante autorización judicial motivada o con autorización del empleado, tanto más si existe de por medio una expectativa de confidencialidad. La propia empresa tenía como regla no abrir los correos electrónicos enviados o recibidos por sus empleados por lo que al hacerlo vulneró ese derecho fundamental y, por ende, las fuentes de prueba obtenidas no tienen efecto legal alguno, además no está comprobada su autenticidad. A partir de esta exclusión probatoria y al análisis de las demás pruebas de cargo, al considerarlas insuficientes o no relevantes para afirmar un juicio de culpabilidad, absolvió de los cargos a los ocho acusados.

La Sala Penal Suprema, en resumen, razonó de la siguiente manera para anular la sentencia: No es posible calificar de excesivo o desproporcionado el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos archivados, de suerte que impide su utilización en este proceso penal. La medida efectuada por la empresa supera satisfactoriamente los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es de acotar que lo realizado por la empresa era la vía para examinar íntegramente los procedimientos utilizados por la empresa y conocer lo ocurrido, sin esa información y examen no se podía conseguir el propósito buscado –no había otra medida menos moderada para hacerlo; los email era una comunicación necesaria para garantizar una eficaz gestión e información, y la actividad de fiscalización ejecutada fue ponderada porque se derivó más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. En consecuencia, no fue correcto inutilizar o excluir de la apreciación de la prueba actuada el Informe “Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima”. La correcta valoración de la prueba –de todo el material probatorio pertinente, conducente y útil, excluido lo ilícito, si lo hubiere, en tanto forma parte de la garantía de defensa procesal en orden al derecho a la valoración de la prueba pertinente- requiere el examen individual de los medios de prueba, y luego su análisis conjunto (...) Por estos motivos, declararon nula sentencia”.

g) R.N. N° 3182-2012. Sala Penal Transitoria. 15-Abril-2013

“**Sexto:** Que, en el presente caso, es obvio que no se recabó mandamiento judicial para el ingreso y registro domiciliario, menos para la incautación de material delictivo. La policía al planificar y desarrollar la operación de interdicción, ni siquiera –pudiendo hacerlo- notició al fiscal con carácter previo para garantizar y controlar la corrección jurídica de la diligencia que se realizaría. De igual manera, no se está ante un supuesto de “delito flagrante”, pues no se trató de una situación de venta o traslado de droga que requería la urgente intervención para evitar su consumación. Además, en los denominados “delitos de tenencia” para efectos procesales no puede configurarse la flagrancia que exija la urgente intervención policial pues es evidente que podía recabarse previamente la orden judicial, más aún si se contaba con información e inteligencia operativa de un individuo que se dedicaba “...al acopio y comercialización de drogas en su domicilio” [...]. Tampoco se ha probado que el imputado autorizó voluntariamente el ingreso y registro domiciliario. La sola referencia policial, sin prueba que la corrobore –atento a que ni siquiera se firmó el acta de incautación y el imputado y su padre niegan la autorización-, es insuficiente para liberarla de la obtención de un mandamiento judicial. Cabe precisar que a la policía y al fiscal, en su caso, corresponde probar la autorización del titular del derecho de exclusión; no al imputado y ocupante de un inmueble que sirve de domicilio. **Séptimo:** Que, en consecuencia, la droga supuestamente incautada -vista la negativa del imputado y que no firmó el acta de incautación- constituye prueba de valoración prohibida por lo que no puede ser utilizada para justificar una sentencia condenatoria. Hacerlo, como lo hizo el Tribunal Superior, importa una infracción a los derechos fundamentales o garantías procesales constitucionalizadas”.

h) R. N. N° 4826-2005- Corte Suprema Caso el Polo II. 19-Julio-2007

“Décimo (...) el derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio no es absoluto [...] la propia Carta Magna autoriza restringir la libertad domiciliaria en supuestos excepcionales y calificados –Art.2.9- [...] que es así que la irrupción de las autoridades en un recinto resguardado por la inviolabilidad domiciliaria sólo puede darse sin mandamiento judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia o es inminente la consumación de una conducta punible, de tal manera que si no se dieran estas dos hipótesis el allanamiento extrajudicial constituye una de las injerencias arbitrarias prohibidas no sólo por la Constitución Política del Estado sino también por instrumentos internacionales (...) que en

el registro domiciliario se halló evidencia pertinente y relevante, entre otros, ropa de Meza Majino, diversa documentación de claro contenido y vinculación terrorista y un costal con nitrato de amonio, que convertido en *anfo* se utiliza en acciones de sabotaje o estragos; que si se asume la concepción o "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto", es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio -ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida -en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia par[a] la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal -que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación -su propia dimensión como consecuencia del estrago generado- y, en especial, a las circunstancias que determinaron su obtención, en la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por lo autoridad legítima para la consecución de la evidencia será determinante; (...) que, por tanto, el objeto del allanamiento domiciliario no ha sido desproporcionado con los propósitos legítimos perseguidos, tiene justificación razonable y fue compatible con las circunstancias particulares del caso, por lo que no se está frente a una prueba de valoración prohibida por existir una excepción razonable que la permite: que, en ese sentido, esta fuente de prueba es jurídicamente admisible y debe ser incorporada al proceso como un medio de prueba excepcionalmente válido; en consecuencia, debe efectuarse un nuevo juicio oral al respecto”.

i) Corte Suprema R. N. 4824-2005-Lima-Caso el Polo. 24-Mayo-2006.

“[...] **Primero:** Que el encausado Wilbert Elki Meza Majino [...] indica que la sentencia [...] resulta ser injusta [...] que las actas de verificación de comunicación de internet resultan ser pruebas prohibidas al haberse vulnerado el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones y

documentos privados, debiendo agregarse que existen irregularidades respecto a la formalidad y suscripción del contenido de las mismas [...] **Segundo:** Que la necesidad de que el Estado Democrático vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales, obliga a que se defina en la Constitución los límites del ejercicio del poder estatal. Y como quiera que en el proceso penal esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es a fijar en la Constitución las reglas mínimas de un debido proceso penal, es decir, realizar como lo afirma Alberto Binder en su libro, un diseño constitucional del proceso penal - BINDER, Alberto. Introducción al derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires - Argentina. 1993. Pág. 61 ss. - Así la Constitución Política en nuestro País posee una particular concepción de lo que debe ser la administración de justicia penal; en ella se han consagrado varias disposiciones que, con valor jurídico normativo, resultan siendo de obligatoria observancia para el proceso penal peruano. **Tercero:** Que el Principio de la necesidad de la Prueba se erige como pauta rectora y fundamental para la seguridad jurídica, porque el encartado y los demás sujetos de la relación jurídico procesal penal saben a ciencia cierta que sin la prueba el Estado no podría cumplir su función esencial de administrar justicia, dado a que la prueba permite la aplicación de las normas jurídicas sea para tipificar el delito, acreditar la antijuricidad de la conducta, la culpabilidad o para concluir en la inexistencia de estos fenómenos jurídicos. **Cuarto:** Sin embargo esta prueba debe ser legítimamente obtenida para que así pueda servir de argumento al operador jurisdiccional cuando éste deba emitir el juicio de valor correspondiente. En el caso de autos, se aprecia que los registros domiciliarios efectuados en los domicilios de las encausadas Pilar Sulena Montenegro Soria y Giovanna Marilú Anaya Salvarte, cuyas actas obran a fojas cuatrocientos ochenta y cinco y cuatrocientos noventa y uno, respectivamente, han sido realizados con clara afectación al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, pues estos no revistieron las formalidades de ley, - inmediatez y flagrancia - por ende, el material incautado y decomisado a los encausadas no puede ser valorado convenientemente, por ello es que resulta correcta la decisión del Tribunal A-quo respecto a la absolución de Pilar Sulena Montenegro Soria al no existir otro elemento de prueba que la vincule con el grave delito imputado [...]"

j) Expediente 105-2008 Tercera Sala Penal Liquidadora de Lima. Febrero, 2016. Caso Petro audios

“[...] el Tribunal Constitucional considera que la prueba prohibida –entiéndase la interdicción de la prueba ilícita- es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas, que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para [decidir] la situación jurídica de una persona (...) Que en atención a su vínculo causal directo con los audios antes mencionados –producto de la interceptación ilícita de las comunicaciones de dichos procesados- considerados como prueba ilícita directa durante el estadio de ofrecimiento de piezas documentales para oralización y debate, el colegiado juzgador declaró inadmisibile la incorporación al acervo probatorio del juicio, por alcanzarles prohibición probatoria –dada su condición de prueba ilícita derivada o indirecta- (...) Que siendo esto así, los informes en comento son alcanzados por la ilicitud probatoria derivada de los referidos audios, dada su conexión con éstos al tomarlos como referentes, por lo que se debe inferir que tales informes se orientan en función de la información contenida en las comunicaciones telefónicas en los mencionados audios (entiéndase su transcripción) lo que determina su ilicitud como prueba ilícita derivada o indirecta, razón por la que en armonía con las consideraciones expresadas en los considerandos precedentes, con relación a la prueba ilícita, corresponde excluir del caudal probatorio del juicio los informes en mención (...) Siendo menester precisar que a diferencia de los casos en que últimamente se ha establecido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la República, la exclusión de la prueba directa e indirecta obtenida mediando la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales; en el presente caso la ilicitud de

la obtención de la fuente de prueba, ha sido establecida judicialmente en sentencia ejecutoriada, constituyendo verdad legal, en virtud de lo cual, la evidencia de tal ilicitud probatoria resulta incontrovertible y de obligatoria declaración (...)

k) Acuerdo Plenario N° 03-2023/CIJ-112 (Extracto) 28 de noviembre de 2023

11°. El segundo aspecto a tomar en cuenta es la denominada prueba ilícita –que deriva del principio de legalidad de la prueba, es decir, de la ineludible exclusión por razones de antijuricidad de los medios de investigación y de prueba–, en tanto límite general del derecho a la prueba, que será de rigor analizar, en este caso, solo desde la perspectiva del juicio de admisibilidad. Aquí, como plantea SERRA DOMÍNGUEZ, se tiene (i) la prueba prohibida por la ley, (ii) la prueba realizada en forma distinta a la regulada por la ley –y con ostensible inobservancia de la garantía del debido proceso y del principio de igualdad de armas–, y (iii) la prueba inconstitucional [Estudios de Derecho Probatorio, Editorial Communitas, Lima, 2009, p. 178]. ∞ A. Un ejemplo de la primera, de carácter general, es lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 157 del CPP: utilización métodos o técnicas idóneos para influir sobre la libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos del interesado. También será una prueba prohibida por la ley el testimonio de quien tiene derecho de abstención y en las condiciones previstas legalmente, a menos que voluntaria e informadamente exprese su aquiescencia al interrogatorio (parientes del imputado, secreto profesional y secreto de estado: ex artículo 165 del CPP); el careo entre el imputado y la víctima menor de edad, a menos que su representante o su defensor lo solicite expresamente (ex artículo 182, apartado 3, del CPP); los testimonios de referencia de policías acerca de lo que expresó un informante cuyo nombre no reveló y no fue interrogado como testigo (ex artículo 163, apartado 3, del CPP); el testimonio del testigo de referencia que se niega a proporcionar la identidad del testigo fuente o la fuente de su conocimiento (artículo 166, apartado 2, del CPP); los documentos que contengan declaraciones anónimas, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado (ex artículo 184, apartado 3, del CPP); y, los medios de prueba no reconocidos por la ciencia como idóneos para generar conocimiento [CAFFERATA NORES, JOSÉ – HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO: La prueba en el Proceso penal, Editorial LexisNexis, 6ta. Edición, Buenos Aires, 2008, p. 44].

El artículo 135 del CP incorpora dos supuestos de prueba prohibida; así, en los procesos por delitos contra el honor, no cabe prueba: (i) sobre la imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero, y (ii) sobre cualquier imputación que se refiere a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo.

* Pueden incluirse en esta clase de prueba ilícita –no permitida por la ley– la prueba de los hechos notorios, de las máximas de la experiencia, de las leyes naturales, de la norma jurídica interna vigente, de aquello que es objeto de cosa juzgada y de lo imposible (ex artículo 156, apartado 2, del CPP). [1] Lo notorio es un concepto indeterminado y relativo. Ya explicaba CALAMANDREI que notorio es aquel hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión, lo que no supone generalidad, sino que el hecho sea conocido por personas dotadas de cultura media, entre las que debe estar el juez –de lo contrario, sí sería necesaria prueba– [“notorium non egent probatione”]. Tiene explicitado el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt 26, 56, 59) que hechos notorios son aquellos sobre los cuales una persona razonable generalmente tiene conocimiento, o sobre los que se puede informar con seguridad a partir de fuentes confiables y sin conocimientos teóricos especiales [VOLK/AMBOS/SÁNCHEZ: Derecho Procesal Penal, Editorial Ubi Lex Asesores, Lima, 2023, p. 423]. Es, pues, una cualidad que el órgano judicial atribuye a un hecho en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente cierto y por la cual considera innecesaria toda prueba sobre ese hecho. Ante la negación de lo notorio por una de las partes, la contraprueba debe ser admitida siempre que la contradicción hacia lo notorio no sea manifiestamente infundada [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros: Curso de Derecho Procesal Civil II, Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ra. Edición, Madrid, 2016, pp. 109-110]

[2] Las máximas de la experiencia no son hechos, sino definiciones o juicios hipotéticos de contenido general procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos; es obvio que, si tales máximas de la experiencia requieren de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, han de ser aclarados a través de la prueba pericial [GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Civil – Tomo I,

2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, pp. 400-401]. [3] La prueba imposible es aquella que, ab initio, no permite su actuación, es impracticable o inalcanzable. Por ejemplo, cuando el testigo o perito falleció, padece de una enfermedad que lo inhabilita para declarar o se desconoce su paradero o, por alguna otra razón, (v.gr.: tiene mandato de captura en un proceso penal) no es habido, no se conoce su identidad o, ubicándolo, es inviable traerlo al lugar del juicio o que pueda rendir testimonio por vía virtual o exhorto. También cuando no se sabe la ubicación de un documento o, en el caso de la prueba informativa, la institución sufrió la desaparición o pérdida de sus archivos. Asimismo, cuando no existe método científico válido o asequible que pueda explicar o mejor comprender algún hecho de la causa. Otro aspecto relacionado es la prueba de lo imposible, es decir, cuando se aporta un medio de prueba dirigida a probar lo que va en contra de los conocimientos científicos o de aspectos o temas de conocimiento consolidado.

∞ B. En el caso de la segunda clase de prueba ilícita se trata de aquella referida a los actos de investigación que se buscan acceder al juicio como prueba documentada (prueba anticipada y prueba preconstituida). Así, por ejemplo, no es admisible introducir la oralización de una declaración jurada notarial en reemplazo del testimonio judicial de una persona, tampoco lo es la oralización de un acta labrada por la policía o la fiscalía incumpliendo los requisitos legales para su actuación. Es el caso, entre otros supuestos, de las declaraciones de personas actuadas en sede de investigación preparatoria sin que se hubiera citado a la parte afectada –o a su abogado–, y, en general, de los actos de investigación que incumplan lo dispuesto en el artículo 383, apartado 1, del CPP.

∞ C. En el caso de la tercera clase de prueba ilícita: la prueba inconstitucional (más concretamente aquellas susceptibles de inutilizabilidad fisiológica), tipifica, –en los supuestos de examen de su admisibilidad– aquellas fuentes de prueba obtenidas mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, o las obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona o, de un supuesto más amplio, al margen de un procedimiento constitucionalmente legítimo, que sitúa a la Constitución en el centro de una actividad probatoria conforme a sus disposiciones [vid.: artículos VIII del Título Preliminar y 159 del CPP] y que, de no rechazarse en el momento procesal oportuno, el órgano jurisdiccional de juicio deberá inutilizarla. La Constitución reconoce y regula los derechos fundamentales; también dispone cómo debe configurarse un

proceso penal respetuoso de sus normas; y, desde ella, la ley ordinaria –como regla, el Código Procesal Penal– desarrolla las instituciones indispensables para obtener la prueba regulando las autorizaciones para ello, asumiendo como eje fundamental el respeto a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad, que es el caso, comúnmente, de los actos de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, reglados en el Título III de la Sección II La Prueba del Libro II La Actividad Procesal del CPP [v.gr.: artículos 202 y 203 del CPP].

∞ Cabe acotar que el artículo 155, apartado 1, del CPP precisa que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada, además de la Constitución y de los Tratados aprobados y ratificados por el Perú, por el CPP –sin perjuicio, claro está, de las demás leyes procesales especiales–. En consecuencia, también es un supuesto de prueba ilícita, desde esta perspectiva general, cuando se trata de fuentes de prueba que en su obtención se contravengan los requisitos formales y las disposiciones señaladas en el CPP, en tanto en cuanto se trata de disposiciones esenciales que afecten el debido proceso o el principio de igualdad de armas – las denominadas normas de garantía de la prueba–. ∞ Por otro lado, la utilización de una fuente de prueba obtenida en sede de investigación preparatoria depende no solo de las garantías en su obtención, sino también de las garantías en su conservación en el caso de las llamadas “pruebas materiales”, cuya corrección comprende el cumplimiento de la cadena de custodia, entre otras técnicas de certificación, para evitar la contaminación o alteración de los vestigios materiales y pruebas materiales que pueden estar sujetas a prueba pericial. El análisis, en estos casos, debe ser muy prudente, pues pueden existir otros medios de prueba que nieguen la falta de fiabilidad de un medio de prueba por el hecho mismo de la ruptura de la cadena de custodia.

I) Pleno Jurisdiccional Nacional Penal – Trujillo, 2004. La Prueba Ilícita y la Prueba Prohibida. (Extracto)

“Acuerdos: Primero.- Por mayoría: Las excepciones a la regla de 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 siempre y cuando que esté bajo el control de

la fiscalía o el juez penal; **Tercero.-** Por unanimidad: Admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado; **Cuarto.-** Por mayoría: Admitir la prueba de la valoración de la prueba ilícita para terceros, bajo [el] 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 ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por sí ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad, **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 extrajudiciales o 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; **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. Si el defecto no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración”.

II) Prueba Ilícita y Derecho Comparado

En este acápite de nuestro trabajo nos remitimos al artículo de la profesora española Armenta (2007) quien sostiene lo siguiente:

Estados Unidos de América

“La tendencia del país que opera como parangón mundial en materia de prueba ilícita, es la eliminación de la regla de exclusión, que será sustituida por remedios civiles o disciplinarios adecuados. Así, las pruebas ilícitas podrán valorarse en el juicio con independencia de las acciones civiles y/o disciplinarias que se ejerciten contra los agentes de policía (funcionarios públicos) que hayan obtenido dichos materiales probatorios ilícitos.

Esta evolución resulta perfectamente explicable desde la óptica estadounidense, en la medida en que si las funciones esenciales de la incorporación de dicha regla habían sido el efecto disuasorio (deterrent effect) y la integridad judicial (Judicial integrity) y tales objetivos pueden verse alcanzados por la creciente profesionalización de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la Exclusionary Rule no resulta necesaria.

Cuestión muy diversa es su traslación a países en los que el fundamento de la prueba ilícita no es ése, o incluso, cuando si lo es, parafraseando el párrafo transcrito de la sentencia Hudson vs Michigan, cabe asumir el riesgo que conlleva tal erradicación sobre las futuras generaciones

m) Doctrina del Tribunal de Derechos Humanos

A diferencia del sistema de los EEUU de Norteamérica y las *exclusionary rules*, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acude a la valoración conjunta de la prueba, lícita e ilícita, para ponderar a partir de ahí la existencia de un proceso justo en el que la eventual condena del acusado resulte fruto de un proceso de tales características

[Por ejemplo] el TEDH recoge la prohibición de aceptar elementos probatorios

obtenidos a través de tortura. Ahora bien, a la hora de resolver el caso Jalloh vs. Alemania de 11 de julio de 2006, califica el trato sufrido por el primero como inhumano y degradante pero no constitutivo de torturas. A tal efecto se acoge a dos criterios: que la infracción del artículo 3° no era particularmente grave, y que los medios probatorios así obtenidos resultaban determinantes para la condena.

Al igual que en el supuesto previo, ésta última resolución ha sido duramente criticada desde una doble perspectiva: a) por negar que la obtención de pruebas mediante actos inhumanos y degradantes no implica automáticamente la calificación del proceso como injusto (inequitable); y b) por dibujar una fina y confusa línea que propicie el aprovechamiento de trasgresiones del art. 3° CEDDH que permitan condenas fundadas en tales tratos inhumanos y degradantes, sin merecer la calificación de "torturas". (Revista Ius Praxis N° 13. Scielo.conicyt.cl)

n) Jurisprudencia Supranacional Relevante

1.- Caso Gafgen contra Alemania

Juárez (2012) “En un hecho que suscitó la atención de la opinión pública alemana, un niño de 11 años fue secuestrado y se pidió rescate por su liberación. Se montó un dispositivo de vigilancia en el lugar previsto para retirar el dinero del rescate y se identificó allí a Magnus Gafgen, a quien se detuvo más tarde en el aeropuerto de la ciudad alemana de Fráncfort, donde habían ocurrido los hechos

Luego de su detención, a tres días de la desaparición del niño, Gafgen fue llevado a la sede central de la policía, donde un detective comenzó a interrogarlo respecto de la ubicación del menor, mientras otros agentes de policía revisaban su departamento. Allí encontraron parte del dinero del rescate y anotaciones vinculadas con la planificación del hecho. Antes de entrevistarse con su abogado, en la madrugada del día de su detención, Gafgen había insinuado a la policía que el niño seguía vivo y era retenido por otros de sus captores en una

cabaña a las afueras de la ciudad. Al día siguiente llegó al cuartel el jefe de la Policía local, Wolfgang Daschner, quien ordenó a otro agente que amenazara a Gafgen con someterlo a dolor físico si no revelaba la ubicación del niño y que, de ser necesario, concretara esa amenaza infligiéndole dolor, pero sin provocarle lesiones. El agente en cuestión cumplió la orden y amenazó a Gafgen, quien finalmente confesó que el niño ya estaba muerto e indicó el lugar donde se hallaba su cuerpo. Aún a disposición de la policía, Gafgen llevó a los agentes al lugar en cuestión donde, efectivamente, se encontró el cuerpo, así como marcas correspondientes a las ruedas del auto de Gafgen. En el viaje de regreso confesó haber sido quien secuestró y mató al niño y, forzado por la policía, según dijo luego, indicó el sitio dónde encontrar las pertenencias del niño y la máquina de escribir con la cual había redactado la carta pidiendo rescate. El oficial Daschner agregó al expediente policial una nota con su firma, dejando constancia que ordenó se amenazara a Gafgen con miras a salvar la vida del niño. Sin embargo, en la audiencia preliminar al juicio ante el Tribunal Regional de Fráncfort, el abogado solicitó que las declaraciones vertidas por su defendido no fueran tenidas en cuenta, todo ello con base en las amenazas de tortura que había sufrido. Más aún, solicitó que se aplicara al caso la doctrina del fruto del árbol envenenado y se prohibiera el uso de la prueba material obtenida con base en la confesión obtenida forzosamente, ante lo cual el tribunal declaró la inadmisibilidad de las confesiones, pero no de los elementos obtenidos con base en ellas, especialmente el hallazgo del cuerpo del menor. El Tribunal Regional consideró que la exclusión de esa evidencia resultaría desproporcionada, ya que Gafgen solo había sido amenazado con sufrir violencia física, mientras que la conducta imputada consistía en el asesinato consumado de un niño. Continuó así el proceso, a cuyo fin se condenó a Gafgen a la pena de prisión perpetua por la muerte y el secuestro extorsivo del menor, declarando además que el hecho era especialmente grave, lo cual en el derecho alemán imposibilita el cumplimiento de la pena bajo un régimen más leve. La particularidad presentada en la instancia de debate fue que Gafgen, ante el panorama que enfrentaba en virtud del rechazo a sus pedidos de exclusión de la evidencia, admitió en las audiencias iniciales y conclusivas su responsabilidad por la muerte del menor, como modo de disculparse por el hecho. Esta confesión, ahora sí, había sido precedida por una información calificada del Tribunal advirtiéndole que sus anteriores declaraciones — obtenidas de modo ilícito— no iban a ser valoradas.

El TEDH recalcó así que el derecho consagrado en el artículo 3° es absoluto, y la seriedad del delito imputado o el interés público en la persecución del delito no pueden ser ponderados en su contra. Para el Tribunal Europeo: [...] ni la protección de la vida humana ni el aseguramiento de la condena del delincuente pueden ser obtenidas a expensas del compromiso del derecho absoluto a no ser objeto de malos tratos, prohibido por el artículo 3° , ya que ello [...] desacreditaría a la administración de justicia. Sin embargo, el TEDH, al tener que analizar si en el caso se había lesionado también el derecho a un juicio justo, recogido por la CEDH en su artículo 6°, restringió bastante el alcance de su decisión. Es que, para el TEDH, aunque el uso de la evidencia obtenida como resultado de una violación al artículo 3° supone un serio cuestionamiento a la legitimidad del proceso penal en cuestión, desde su óptica, el artículo 6° no consagra un derecho absoluto. Para estimar entonces si el juicio ha sido, o no, justo habrá que considerar cuáles son las medidas necesarias para garantizarlo. Para la mayoría del TEDH, las garantías para un proceso justo y una efectiva vigencia de la prohibición establecida por el artículo 3°: El argumento que esgrimió para considerar que no había habido violación al artículo 6° se basa en que el tribunal que impuso la condena a Gafgen basó su decisión, en cuanto a los hechos, en la nueva confesión del imputado en el juicio. La restante evidencia, a la que se llegó a partir de las confesiones viciadas, fue, según el TEDH, evidencia adicional que “no fue usada por la corte local en contra del imputado y para probar su culpabilidad, sino solamente para poner a prueba la veracidad de su confesión”. Esa prueba no era otra que la de los resultados de la autopsia sobre el cuerpo del menor y las marcas de las ruedas dejadas cerca del estanque donde se encontró el cuerpo. Además, dijo el TEDH, existía prueba independiente de la primera confesión de Gafgen: la vigilancia sobre él desde que recogió el rescate y el allanamiento de su departamento poco después de su arresto, donde se encontraron notas y el dinero del rescate, entre otras cosas. Esta prueba, dijo el TEDH, no estaba manchada por la violación al artículo 3° del CEDH (untainted, en el original en versión inglesa). Como podrá advertir quien esté familiarizado con el devenir de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, el lenguaje del TEDH se le asimila. Confirmando tal analogía, en el parágrafo 180, la mayoría declaró que existía un quiebre de la cadena causal que ligaba los métodos prohibidos de investigación con la condena del

imputado. Ya que en aquella última confesión se había instruido a Gafgen respecto de su derecho a guardar silencio y se le había hecho saber que sus declaraciones anteriores no iban a poder ser usadas en su contra, con lo que se lo restituyó, según el derecho local y la postura del TEDH, a la situación previa a sufrir el maltrato policial, la condena sostenida en esa declaración era válida. Además, dijo el TEDH, Gafgen había estado representado por su abogado al momento de prestar sus declaraciones en juicio. En definitiva, el derecho a no autoincriminarse había sido respetado y la no exclusión de la evidencia obtenida luego de la confesión invalidada no tuvo peso en su condena; de allí que el juicio, como conjunto, debía ser declarado como acorde con el artículo 6° de la CEDH”.

2.- Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México

Juárez (2012) “Conforme surge del relato efectuado por la Corte IDH, los peticionantes habitaban una comunidad del municipio de Ajuchitlán, del Estado de Guerrero, en la que ingresó una fuerza militar destacada en dicha región alegando la ejecución de un operativo de lucha contra el narcotráfico. Durante tal operativo, Cabrera García y Montiel Flores se escondieron por horas entre arbustos y rocas hasta que fueron finalmente detenidos y posteriormente llevados hasta las instalaciones de aquella fuerza militar (40° Batallón de Infantería, en la ciudad de Altamirano). Los peticionantes fueron denunciados por portación de armas de uso exclusivo del Ejército, sin licencia, y por siembra de amapola y marihuana. Luego de la investigación penal, el 28 de agosto del 2000, ambos fueron condenados, respectivamente, a penas de 6 años y 8 meses y 10 años. Al declarar ante las autoridades del Ministerio Fiscal que se sucedieron durante el proceso, Cabrera y Montiel alegaron que, tanto mientras se encontraban detenidos cerca de su comunidad (poblado de Pizotla) como durante su estadía en la sede del 40° Batallón, habían sido sometidos a torturas. Si bien en las declaraciones prestadas por ambos se presentaron contradicciones, la Corte IDH tuvo por suficientemente acreditado que habían sido sometidos a tortura en instalaciones del Ejército mexicano

En lo que a aquí importa, los ataques contra la integridad física de Cabrera y Montiel sirvieron para que estos confesaran su responsabilidad, con lo cual debía resolverse si la prueba en cuestión podía servir de base al proceso penal y la posterior condena recaída sobre ellos. Si bien aquellas declaraciones habrían sido prestadas unos días después de los

tormentos sufridos, la Corte IDH destacó que fueron vertidas “bajo los efectos del miedo, la angustia y sentimientos de inferioridad” generados por los tratos recibidos. Indicó además que fueron expuestas ante el Ministerio Fiscal y no ante el juez del caso, quien las recibió posteriormente, pero cuyo tenor ratificatorio no debía ser tenido en cuenta por cuanto subsistían los efectos de las torturas recibidas y los imputados desconocían el alcance de aquel acto.

En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación de las garantías judiciales (Cf. Caso Bayarri vs. Argentina, Serie C, No. 187, del 30 de octubre de 2008, párr. 108). Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica solo a los casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar [...] que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción.

[...] las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo.

[...] la Corte destacó que el carácter absoluto de la regla de exclusión “se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no solo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción”. Esto, según parece, no es más que la aplicación de la llamada teoría de los frutos del árbol venenoso”.

2.2. MARCO CONCEPTUAL (Palabras clave)

A.- GÉNESIS: Proceso mediante el cual se ha originado o formado una cosa. En el caso de nuestro estudio el proceso cómo se han originado las teorías de la prueba prohibida, que a su vez han generado el instituto procesal en el Código adjetivo.

B.- EVOLUCIÓN: Cambio o transformación gradual de algo, como un estado, una circunstancia, una situación, unas ideas, etc. En el caso materia de estudio, la transformación del instituto procesal de la prueba prohibida a través del tiempo.

C.- PRUEBA PROHIBIDA: En sentido amplio se entiende por prueba prohibida aquella que se obtiene o produce vulnerando el ordenamiento jurídico en general, sea que la vulneración sea de una norma de rango constitucional o legal.

D) REGLA DE EXCEPCIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA: Se presenta cuando hay situaciones en que a pesar que una prueba se obtuvo de manera ilegal o violando derechos fundamentales, puede ser admitida en un proceso judicial

D.- ORDENAMIENTO JURÍDICO: Es el conjunto de normas que rigen en un determinado lugar en una época concreta. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico puede variar según la ciudad, provincia o país, o de acuerdo al momento histórico en cuestión.

2.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

1.- Gonzales (2024) del Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado (PGE) escribió el artículo “La prueba ilícita: una defensa a la tesis de la ponderación”.

La autora llega a las siguientes conclusiones:

Conclusiones

a. En torno al tema controversial sobre la admisión y valoración de la prueba ilícita, la doctrina ha fijado tres posturas que pugnan por la admisibilidad, el rechazo total o la ponderación en cada caso en concreto. De este modo se encuentra la teoría de los frutos del

árbol prohibido, la teoría de la bandeja de plata y, en última instancia, la teoría de la ponderación.

b. Es de vital importancia tener en claro que la figura de la prueba ilícita se diferencia de la prueba prohibida. Esta última es producto de la vulneración del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y por ende, no debe ser admitida ni valorada, pues de hacerlo se infringen las garantías mínimas del debido proceso.

c. Se concluye que, para brindar un mejor tratamiento procesal a la prueba, se debe optar por la teoría de la ponderación. A través de un examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, se podrá evaluar la admisibilidad de la prueba en cada caso concreto, así como su impacto en los derechos y principios en conflicto en cada caso

2.- Mendoza (2024) en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, en el año 2024 sustentó la tesis titulada: “El criterio de fiabilidad para la admisión o exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano”, para optar al título de abogada. La autora llegó a las siguientes conclusiones

Conclusiones

En correspondencia con lo expuesto, se puede concluir que, los operadores del derecho no deben complicar la comprensión de la prueba prohibida, siendo aquella que se obtiene directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos constitucionales, si bien existían preceptos que pudieron adelantar su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano, resulta de desenvolvimiento reciente. En la CPP vigente se tienen dos referencias específicas a tal figura, el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados recogidos en el artículo 2 inciso 10, y a su vez, el inciso 24 literal h que alude a las declaraciones obtenidas con violencia carecen de todo valor, más en ningún momento se

regula expresamente la misma, incluso, algunos juristas reflexionan arduamente que existen otros supuestos que exigen el cumplimiento de determinados requisitos para tener injerencia en los derechos fundamentales, como son: la inviolabilidad de domicilio, secreto bancario y libertad ambulatoria.

De conformidad con el segundo objetivo planteado, se arriba a la conclusión que, la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no se agota con lo regulado en los artículos VIII del TP y el artículo 159° del NCPP, más, por el contrario, se retrotrae a la extensa data de las Cartas Magnas en nuestro país, las mismas que han descartado tal material cuando se circunscribía a la intervención de las comunicaciones y la declaración mediante violencia, obteniendo auge al surgimiento de casos mediáticos. En el principio, era de aplicación absoluta generando severos cuestionamientos, en especial la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los encausados, más los costos, el aplazamiento procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia. En la actualidad, a través del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal que lleva por título “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria” recoge varias excepciones que permiten conservar aquel material probatorio considerado proscrito.

A continuación, visto el tercer objetivo propuesto, se arriba a la conclusión que la aplicación de la regla de exclusión frente al material probatorio considerado proscrito y sus excepciones exhiben un desarrollo sumamente desorganizado y endeble, lo que ha quedado reflejado en jurisprudencia contradictoria, cuanto más, si estas últimas pretenden solucionar la problemática que subyace en la aplicación absoluta de la primera, generada por la limitación a la averiguación de la verdad en el proceso penal y la exigencia social de satisfacer los ideales de justicia que imperan en los miembros de la sociedad.

Finalmente, la propuesta que abraza este proyecto, el criterio de fiabilidad no supone un cambio en el fundamento de la prueba prohibida, si bien no se puede negar la exclusión de aquellas pruebas que vulneren derechos constitucionales, sólo no debe operar la regla, si y solo sí son irrefutables, en concreto, cuando sea manifiesta la realidad de los hechos materia de investigación y no exista duda acerca de su verosimilitud. En contrapartida, el magistrado debe hacer una interpretación lo más restrictiva posible, entendiendo que existirá el riesgo de la deformación de la verdad, al no seguirse las etiquetas para la obtención de pruebas, en caso de duda debe operar a favor del acusado. El mencionado criterio debe emplearse bajo el recurso del método de corroboración y refutación de hipótesis, en conjunto con otras pruebas obtenidas de forma lícita, y es que deviene en irrazonable solamente excluir aquel material probatorio obtenido de manera ilegal, una perspectiva que coincide con algunos juristas, partiendo de la premisa que el NCPP es garantista para el imputado y el agraviado. De llevarse a cabo la implementación de este criterio, podría ser mediante un Acuerdo Plenario

3.- Begazo (2022) en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal, sustentó la tesis titulada análisis de la valoración de la prueba prohibida y la prueba ilícita como elemento de vulneración de los derechos fundamentales en el proceso penal, para optar el grado académico de Maestra en Derecho Penal. La autora llegó a las siguientes conclusiones:

Conclusiones

La valoración de la prueba prohibida y la prueba ilícita constituye un elemento que vulnera de manera significativa los derechos fundamentales en el proceso penal; en ese sentido, es imperativo que se efectúen reflexiones profundas acerca la manifestación de la adecuada y

correcta valoración de las pruebas que realiza el Juez, mediante principios como el de inmediación, concertación y contracción desarrollados en el juicio oral, con el objeto de determinar si se excluye o no la prueba ilícita, para que se logre amparar y proteger los derechos fundamentales.

➤ Con respecto al primer objetivo específico, se pudo determinar, luego de la aplicación del instrumento de recolección de datos, que el debido proceso se vulnera significativamente por los efectos de la prueba ilícita. Entre los derechos contenidos en el debido proceso que se ven afectados por dichos efectos son principalmente: el derecho probatorio, el de defensa, el de la motivación de resoluciones y el de pluralidad de instancias.

➤ En cuanto al segundo objetivo específico, se comprobó que las excepciones a la regla de exclusión no están reguladas por la legislación especializada, y están siendo desarrolladas por los tribunales especializados, buscando de esta manera garantizar el debido proceso.

4.- Canales (2022) en la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada San Juan Bautista sustentó la tesis titulada: “Estudio de la prueba prohibida y su tratamiento en el proceso penal en los años 2005-2020, para optar el grado académico de maestro en Derecho Procesal Penal”. El autor llegó a las siguientes conclusiones:

Conclusiones

1.- El Derecho Comparado, la jurisprudencia y la doctrina nacional inciden significativamente en la resolución de casos en la jurisprudencia nacional (Corte Suprema y Tribunal Constitucional). Se debe precisar que: - El Derecho Comparado tiene mayor incidencia en relación a la jurisprudencia y la Doctrina Nacional. La pirámide de Kelsen otorga mayor peso normativo a la legislación y jurisprudencia nacional; sin embargo, los magistrados peruanos no aplican dicha regla de jerarquía de normas. - Los autores nacionales

de nuestra Doctrina son citados para conceptos generales como La Prueba, mas no por sus opiniones respecto la Prueba Prohibida

2.- Del análisis de la regulación nacional, se tiene las siguientes afirmaciones respecto al tema en estudio: - Se utiliza indistintamente la nomenclatura Prueba Prohibida o Prueba ilícita. Pero, la norma procesal la denomina “Prueba ilegítima”. - La jurisprudencia se inclina por otorgarle categoría de Derecho Fundamental, mientras que la Doctrina Nacional la califica de Garantía Procesal. - No hay definición del Fundamento Jurídico de la Regla de Exclusión en la jurisprudencia, pero de la Constitución Política se desprende que se debe al principio de Protección de los Derecho Fundamentales. - La jurisprudencia concluye que la consecuencia procesal en la INUTILIZACIÓN, sin embargo, la norma procesal le atribuye la consecuencia de NULIDAD ABSOLUTA. - La oportunidad Procesal para promover la regla de exclusión es en la Audiencia de Tutela de Derechos; lo que no limita a que se pueda discutir en otra etapa procesal.

3.- El Perú como España cuentan con regulación Constitucional específica de supuestos de Prueba Prohibida: Prohibición de la Tortura, Inviolabilidad de domicilio y la interceptación de Comunicaciones. Sin embargo, sus respectivas Cartas Magnas no cuenta con una regla general como el caso colombiano, mexicano y ecuatoriano. En los ordenamientos jurídicos de Colombia y México se tiene las siguientes conclusiones: - Se tiene definido la nomenclatura de “Prueba Ilícita”; a diferencia de Perú que indistintamente utiliza la denominación: “Prueba Ilícita” o “Prueba Prohibida”. - La jurisprudencia diferencia entre Prueba Ilícita, Prueba Ilegal y Prueba Irregular; así como también ya no se utiliza el término “Prueba Prohibida”. Por el contrario, la jurisprudencia peruana no ha desarrollado el concepto de “Prueba Ilegal”. - En el Proceso Penal se discute la aplicación o no de la Regla

de Exclusión en su fase intermedia previa al Juicio, pues se encuentra regulado de forma expresa. Situación que no sucede en el Proceso Penal Peruano.

4.- Finalmente, de modo general, se puede precisar que el Proceso Penal Peruano es de corte Acusatorio, sin embargo, todavía nos falta desarrollar más su institucionalidad como el caso colombiano y mexicano. No necesariamente la su regulación normativa (Colombia y México) se debe aplicar de forma directa al caso peruano, pero sí debe servir de guía en la modernización del Proceso Penal Nacional. La Prueba Prohibida es el tema más complejo de todo ordenamiento procesal; de modo que, la modernización del Proceso Judicial (peruano) determinará el tratamiento jurídico que se le dé al tópico central del presente trabajo.

5.- Cárdenas (2022) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Católica de Santa María, sustentó la tesis titulada: “Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020]”, para optar al título profesional de abogada. La autora llegó a las siguientes conclusiones:

De todo lo analizado, se concluye que a partir de la denominación de la prueba prohibida o ilícita más allá de aquella terminología, esta institución tiene una concepción restringida la cual es mayoritaria, por lo que nos queda claro que estamos frente a la ilicitud de un medio probatorio, como toda aquella prueba que se obtiene ya sea de forma directa o indirecta para su admisibilidad y valoración en el proceso, pero con transgresión tan solo de los derechos fundamentales de la persona.

Nuestro CPP en su art. VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, asume una concepción restringida, en correspondencia con la línea jurisprudencial del TC, es decir, será considerada prueba ilícita aquella que es obtenida siempre transgrediendo derechos

fundamentales, concepción mayoritaria y absoluta pues es tomada por nuestra norma procesal.

Cabe puntualizar, que debe entenderse como contenido esencial del derecho fundamental, a todo el conjunto que sujeta el derecho constitucional específico, es decir, son aquellas facultades necesarias que necesita un derecho para ser reconocido como tal, es en esta medida que debe generarse la violación para que recién pueda operar la prueba prohibida y posteriormente la regla de exclusión.

Por otro lado, aunque no existe un consenso sobre cuál es la naturaleza jurídica de la prueba ilícita, mediante su fundamento podemos inferir que estamos ante un derecho fundamental, pero no al derecho al uso de la prueba ilícita, sino al derecho que no pueda vulnerar ningún derecho fundamental a raíz de la aplicación de esta institución, lo cual es concordante con la concepción restringida que adopta el Código Procesal Penal.

Ahora bien, respecto a la regla de exclusión es preciso señalar que no solo aplica a la prueba directa, pues en realidad está presente en todo el árbol desde la raíz hasta la prueba derivada, es decir, ésta se aplicará tanto a la prueba directa como indirecta, esta última a través de la teoría del árbol ponzoñoso porque éste nos permite observar que ha habido pruebas que han derivado a otras, las cuales se han contaminado y la única manera de que prueba directa y refleja no sean admitidas y utilizadas en un proceso, es mediante la regla de exclusión.

En lo esencial, se entiende que las raíces del árbol están envenenadas, los frutos también lo estarán, toda vez que todo el árbol se ha formado en base de la obtención de pruebas prohibidas, es así que el hecho de aquella obtención ha generado el nacimiento de otras pruebas, las cuales se habrían contaminado por aquella raíz.

Finalmente, ante lo desarrollado en el presente capítulo se concluye que la prueba prohibida es un instituto con un amplio desarrollo que tiene muchas directrices que aún falta por delimitar y es válido analizar cada aspecto porque estamos ante una figura que requiere de mucha seguridad ante el ámbito jurídico porque no solo genera la vulneración de derechos fundamentales, sino que un efectivo debido proceso, un respeto ante la tutela jurisdiccional efectiva y sobre todo el actuar de los sujetos procesales en el proceso penal.

6.- González (2018) en la Escuela Universitaria de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal sustentó su tesis titulada "*Estudio de La Prueba Prohibida y la Prueba Ilícita como regla de exclusión en el Código Procesal Penal de 2004*", para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Penal. El autor, llega a las siguientes conclusiones relevantes:

- 1.- Está terminantemente prohibido introducir al proceso directa o indirectamente las pruebas prohibidas, debido a que las mismas causan perjuicio a los derechos constitucionales
- 2.- La prueba prohibida y la prueba ilícita deben ser excluidas de nuestra normatividad penal vigente ya que los operadores de justicia al valorar las mismas vienen afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.
- 3.- La vulneración de derechos fundamentales se viene realizando de manera constante, por ello es necesario establecer la inaplicabilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita o declararse nulos de pleno derecho.

7.- Uriarte (2017) en la Universidad César Vallejo sustentó la tesis titulada "Aplicación de las excepciones de la Prueba Ilícita y su divergencia en el Delito de Corrupción de Funcionarios en el Distrito Judicial del Santa, 2017" para optar el título

profesional de abogado. El autor, llegó, en resumen, a las siguientes conclusiones:

1.- No existe divergencia en cuanto la aplicación de las excepciones de la prueba ilícita en el delito de corrupción de funcionarios en el Distrito Judicial del Santa, 2017; tanto los jueces como fiscales estarían de acuerdo que se apliquen dichas excepciones. Posteriormente se determina los factores que coadyuvan a que se apliquen las excepciones

2.- Uno de los principales factores [para su aplicación] es buscar el bienestar social ante el inminente incremento de la corrupción en la Región de Ancash. En ese mismo orden de ideas se logró determinar que sí es posible aplicar las excepciones de la prueba ilícita en el delito de corrupción de funcionarios.

3.- Además se logra establecer que, de las excepciones de la prueba ilícita, el más recomendable para que se pueda aplicar en el Distrito Judicial del Santa, es la excepción de buena de fe, esto debido a los resultados obtenidos con las encuestas realizadas a los jueces y fiscales.

4.- Finalmente, se logró establecer que, ninguno de los derechos fundamentales se vería afectado si se aplican las excepciones de la prueba ilícita en el delito de corrupción de funcionarios, ya que según la encuesta realizada a los jueces y fiscales, ellos dieron como respuesta que en casos excepcionales deberían aplicarse estas excepciones para que de esta manera se logre el bienestar social en la comunidad jurídica.

8.- Giner (2008) en un artículo publicado en la Universidad de Murcia sobre la prueba prohibida y prueba ilícita concluye:

a) La ilicitud y la legalidad son dos conceptos que inciden directamente sobre la eficacia del Derecho a la prueba, siendo ambos un límite extrínseco del mismo.

b) La ilicitud de la prueba comporta la vulneración de cualquier Derecho fundamental en la

obtención o práctica de la prueba, y la consecuencia procesal de la misma es la imposibilidad de que «surta efecto alguno», esto es, que pueda ser valorado por el Juez.

c) La ilegalidad de la prueba comporta la limitación del Derecho a la prueba, pues no puede admitirse ningún tipo de actividad probatoria prohibida por la ley. De esta manera se concreta en materia probatoria el mandato constitucional de sumisión judicial a la ley, no pudiendo el Juez admitir la proposición de pruebas que comporte vulnerar la legalidad ordinaria.

d) Ambos conceptos ilicitud e ilegalidad de la prueba tiene un tratamiento procesal distinto. Mientras que la prueba ilícita exige siempre un incidente contradictorio entre las partes, por lo que se excluye que el Juez pueda admitirla ab initio o estimar directamente su existencia sin antes proceder al incidente del artículo 287 L.E.C.; la prueba ilegal sólo permite un control inicial, esto es, en el momento de la admisión.

e) La doctrina de los «frutos del árbol prohibido» supone un límite a la eficacia y virtualidad del Derecho a prueba, configurado como fundamental en nuestra norma normarum (artículo 24.2 de la Constitución), lo que obliga, como reiteradamente destaca el Tribunal Constitucional, a efectuar una lectura restrictiva del mismo. Esta interpretación conduce a negar que el artículo 11,1 de la L.O.P.J. suponga la consagración legal de los efectos de la prueba ilícita, además, en el proceso civil, en ningún momento se recoge la doctrina del árbol prohibido.

f) La eventual valoración de pruebas ilícitas por parte del órgano jurisdiccional puede ponerse de manifiesto en cualquier instancia del proceso, y sólo la cosa juzgada impide hacer valer la imposibilidad de su utilización.

9.- Gonzáles (2005) en un artículo publicado en la Revista de Derecho (Valdivia-Chile) sobre la prueba ilícita y el proceso penal español, entre otras llega a las siguientes conclusiones:

1.- Hasta la LEC de 2000, ha sido la jurisprudencia, y particularmente la del Tribunal Constitucional español, la encargada de perfilar las notas del régimen sobre prueba ilícita en España. Con todo, tanto en su regulación legal como en su interpretación jurisprudencial, las restricciones a los medios de prueba ilícitamente obtenidos chocan con el hecho de que el interés de la investigación penal se inserta dentro de la tutela efectiva de los juzgados y tribunales y al derecho a practicar los medios de prueba pertinentes. En otras palabras, toda restricción a la prueba lo es a estos dos derechos fundamentales, y, por ello, el legislador español solo priva de eficacia a la prueba que sea ilícita por violentar derechos de igual calidad al derecho a la prueba, esto es, derechos fundamentales, quedando una zona sombría por debajo de posibles derechos de rango inferior que, de ser vulnerados, estarían desamparados por el art. 11 de la LOPJ y sus normas de desarrollo.

2.- Por otra parte, la evolución de la jurisprudencia constitucional ha conducido a la introducción en el Derecho español de criterios de flexibilización de la regla sobre prueba ilícita, en especial en el caso de la denominada "prueba derivada", esto es, de la practicada legítimamente a partir de hechos averiguados por medios ilícitos. Así, el Alto Tribunal ha construido la tesis de la "conexión de antijuridicidad", en cuya virtud no toda prueba derivada de una fuente de prueba ilícita es también ilícita, sino solo en determinadas condiciones. Según esta doctrina, no existe dicha conexión, en todo caso, por el hecho de que la prueba de cargo inicial sea ilícita, sino que para ello es preciso efectuar un razonamiento lógico deductivo que permita establecer, primero, las características de la vulneración del derecho

materializada en la prueba originaria; segundo, cuál es su resultado, con el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla, y tercero, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del vulnerado exige. Una línea jurisprudencial que se fija en la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, que modula la transferencia de los efectos de la prueba ilícita a la prueba derivada cuando hay inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que a todas luces aparecían con vinculación lógico-causal, cuando el descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito hubiera sido inevitable y cuando hubiera buena fe en la obtención de las pruebas directas.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1 TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es cualitativa con un enfoque dogmático de tipo descriptivo, explicativo en la medida que analiza y describe el problema y pretende encontrar las causas y explicarlas, teorizando racionalmente acerca del hecho o fenómeno jurídico. La explicación se sustenta en la argumentación del investigador.

3.2 UNIDAD DE ANÁLISIS

La unidad de análisis en el presente trabajo de investigación está concentrada en los artículos VIII del Título Preliminar y artículo 159 del Código Procesal Penal que contemplan la proscripción de la obtención, incorporación y/o valoración de la prueba prohibida o ilícita.

3.3 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

La técnica que aplicamos en nuestro estudio es la del análisis documental que importa la revisión de bibliografía especializada y actual. Los instrumentos que utilizamos son la ficha de análisis documental o bibliográfico.

3.4 TÉCNICAS DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Al concluir esta acción se efectuó el procesamiento en la forma que se indica:

- a. Selección:** Las fichas de análisis documental fueron ordenadas de manera seriada y en forma correlativa.
- b. Análisis de la información:** Que consistió en escoger los datos más importantes para encontrar la explicación a los resultados de acuerdo a nuestros objetivos planteados para la investigación.

A partir de ello se establecieron conclusiones y luego se formularon las recomendaciones.

*Por tratarse de un estudio que tiene un enfoque cualitativo de tipo dogmático interpretativo y propositivo, en la presente investigación no corresponde incorporar los rubros de localización política y geográfica, población de estudio, tamaño de muestra y técnicas de selección de muestra.

3.5 HIPÓTESIS PRINCIPAL

Las excepciones a la regla de exclusión no están contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico nacional. Su aplicación es facultad del juez penal en el caso concreto.

3.6 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1.- La jurisprudencia nacional contempla varias excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida que han sido materia de pronunciamiento tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia.

2.- El origen y evolución de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional se encuentra establecida implícitamente en la Constitución histórica a través de las diversas constituciones, y de manera expresa recién en el nuevo Código Procesal Penal.

3.- Los jueces y fiscales convienen mayormente en dar valor a la prueba prohibida en casos concretos, mientras que los abogados defensores sostienen lo contrario.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1.- ¿Se contemplan excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional?

En la ley peruana no se han considerado excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida. En verdad, los artículos que se refieren a la proscripción de valoración de la prueba prohibida o ilícita prescriben de manera genérica o abstracta la prohibición de valorar la prueba maculada. En efecto, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal preceptúa de la siguiente manera la legitimidad de la prueba: 1.- Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido o 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. Por otro lado, el artículo 159 de este código reproduce el principio del Título Preliminar y enuncia que “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o los medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. En esta misma línea de pensamiento el Artículo 159 de este Código preceptúa lo siguiente: Utilización de la prueba 1.- El juez no podrá utilizar directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Finalmente, el Artículo 393.1 establece: 1. El juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Estas disposiciones tienen un sentido, aparentemente, expansivo, lo que significa que

no existirían excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita o prohibida. Sin embargo, la jurisprudencia nacional proveniente tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia de la República, han dejado claro que la interpretación de la regla de exclusión de la prueba prohibida es restrictiva. Esta posición, de nuestra jurisprudencia de los más altos tribunales del país, guarda armonía con el Pleno Jurisdiccional Nacional 2004, llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, lugar donde los jueces penales de la República, fijaron líneas de interpretación generales invocando la doctrina contemporánea comparada. Es más, el Acuerdo Plenario 03-2023/CIJ-112, de data reciente, incluso ha mencionado de manera expresa los casos en que los jueces deben considerar la ilicitud de la prueba. De esta manera, se concluye que los jueces están facultados para aplicar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el caso concreto. En consecuencia, tanto la jurisprudencia del TC y de la Corte Suprema, así como el Pleno Jurisdiccional Penal 2004 Trujillo y el Acuerdo Plenario 03-2023 son los instrumentos jurídicos que han desarrollado adecuadamente la interpretación de la regla de exclusión de la prueba prohibida contenida en el Código Procesal Penal. Siendo esto así, la regla de exclusión de la prueba prohibida, actualmente ha sido relativizada por nuestra jurisprudencia suprema y constitucional, lo que significa que la interpretación que se le debe dar es restrictiva.

2.- ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida que contempla la jurisprudencia nacional?

Examinando algunos pronunciamientos de nuestros altos tribunales de justicia sobre la prueba prohibida o ilícita, podemos concluir llanamente que las excepciones a la regla de exclusión que propugna la doctrina penal en el derecho comparado, son de aplicación en el derecho nacional. De hecho, al haber aplicado la jurisprudencia constitucional y suprema excepciones a la regla de exclusión, se ha convalidado los acuerdos del Pleno Jurisdiccional

Penal de Trujillo 2004 y otros pronunciamientos en el derecho comparado. Además, el Acuerdo Plenario 03-2023/CIJ-112 también se ha referido a la prueba ilícita detallando los casos en los que se debe considerar su expulsión del proceso penal. En consecuencia, se ha ratificado la facultad otorgada a los jueces para aplicar las excepciones en el caso concreto. Entonces, tenemos que las excepciones que se pueden aplicar son la doctrina de la buena fe, la teoría del riesgo, la teoría de la ponderación de intereses, la teoría del nexo causal atenuado o tinte diluido, el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable, la teoría de la fuente independiente, entre otras, que pueden ser aplicadas por los jueces, tales como la prueba obtenida con infracción constitucional siempre que favorezca al imputado, la prueba ilícita para terceros, etc. No hay duda que con el avance de los conocimientos del derecho procesal penal que tiene que responder necesariamente a las necesidades del avance de la delincuencia con sus nuevas y sofisticadas formas delictivas, la valoración de la prueba prohibida será siempre un capítulo abierto para la doctrina y jurisprudencia penal. Por lo tanto, como sostiene el procesalista español Jordi Nieva (2017) el dar valor o no a la prueba prohibida depende del juzgador, quien puede, en un caso concreto, dar validez a la prueba prohibida a causa de la gravedad del delito, que a su vez genera una gran indignación social. En el fondo ésta es la propuesta que hace el Pleno Jurisdiccional 2004 – Trujillo efectuado por los Jueces Superiores del Poder Judicial.

3.- ¿Cómo ha sido la génesis y evolución de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional?

En realidad, como sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia 00655-2010-PHC/TC, caso Alberto Quimper, la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplada en la Constitución, aunque en esta misma resolución se dice también que nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al

inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado. En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por:

a) la violencia moral, psíquica o física; b) la tortura, y c) los tratos humillantes o denigrantes.

Entonces, podemos concluir que la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional se ha visto tratada implícitamente desde la primera Constitución que data de 1823. Esta Constitución consagra el derecho a la inviolabilidad de domicilio y del secreto a las cartas del ciudadano, entonces se puede apreciar la protección de estos derechos íntimamente vinculados a una eventual obtención de pruebas vulnerando dichos derechos, a pesar que no se menciona expresamente a la prueba prohibida. La Constitución de 1826 estipula la prohibición del tormento o tortura para extraer una confesión al reo. No obstante, tampoco esta Constitución se refiere de manera expresa a la prueba prohibida. En la Constitución de 1828 se aprecia que se prohíbe el juramento del reo en todo proceso penal; asimismo, proscribire el tormento como una forma de obtener una declaración auto incriminatoria por parte de los órganos de auxilio judicial, llámese policía de investigaciones. También recoge el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (secreto de las cartas) que consagró la primera Constitución. En la Constitución de 1834 por primera vez vemos una declaración expresa que prescribe que la infracción al derecho al secreto de las comunicaciones, no produce efecto legal. En otros términos, interpretando en función de la prueba prohibida, está vedada la obtención, incorporación y valoración de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, en este caso del derecho al secreto de las comunicaciones. En síntesis, este principio constitucional ya perfila positivamente la institución de la prueba prohibida en el ordenamiento penal peruano. La Constitución de 1839 sigue literalmente los

mismos lineamientos de su antecesora. Persiste el principio de ineficacia o invalidez de la prueba obtenida como consecuencia de la sustracción de las cartas y la ulterior vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. La Constitución de 1856 de manera muy breve y concisa se refiere a los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y de inviolabilidad de domicilio. La Constitución de 1860 se ha limitado también a repetir los derechos del secreto a las comunicaciones y el de inviolabilidad de domicilio señalados en su antecesora la de 1856. Igualmente, la Constitución de 1867 reproduce prácticamente en su integridad lo prescrito en la Constitución anterior, esto es, la de 1860. La Constitución de 1920 por su parte consagra de manera expresa la ineficacia o invalidez de prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de la persona; en este caso de aquellas declaraciones que se hayan conseguido por medio de la agresión física, tortura o tormento del imputado. Por otro lado, reproduce el derecho al secreto de las comunicaciones sancionando su vulneración con la ineficacia legal en el resultado; además suscribe también el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La Constitución de 1933 reproduce los derechos consagrados en su antecesora de 1920; así se tiene la invalidez de la prueba conseguida con sufrimiento físico del imputado, el secreto de las comunicaciones y la ineficacia de la revelación de su contenido, así como la inviolabilidad de domicilio. En la Constitución de 1979 se puede advertir que se agrega la prohibición de tomar juramento al imputado en un proceso penal y la prohibición de compelerle a declarar contra sí mismo o contra sus parientes. De esta manera se amplía el espectro de la prueba prohibida. En la Constitución actual podemos observar que se ha reproducido lo previsto en la Constitución anterior de 1979. En efecto, se preceptúa la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones, la proscripción de la violencia psíquica moral o física, la tortura, los tratos humillantes, etc. Se prohíbe dar valor a las declaraciones obtenidas por medio de la violencia, responsabilizando a su autor. En

suma, a través de los años las primeras constituciones que ha tenido el Perú se han referido principalmente al derecho al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad de domicilio, posteriormente, se ha ampliado también el derecho a no sufrir violencia física o psíquica para obtener declaraciones y el derecho a no auto incriminarse ni incriminar a familiares cercanos. De esta manera concluimos que si bien las constituciones examinadas no prescriben de manera expresa la prohibición de la prueba prohibida, pero sí al contemplar el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad de domicilio, el derecho a no sufrir violencia física o psíquica antes de sus declaraciones, acuñando en algunos casos, la ineficacia de sus resultados, entonces de manera implícita ya se puede apreciar el instituto de la prueba prohibida. Finalmente, el legislador nacional decidió incorporar al nuevo Código Procesal Penal la institución de la prueba prohibida, recogiendo el derecho comparado contemporáneo.

4.- ¿Cuál es la opinión de los jueces del Cusco con relación a la regla de exclusión de la prueba prohibida y sus excepciones?

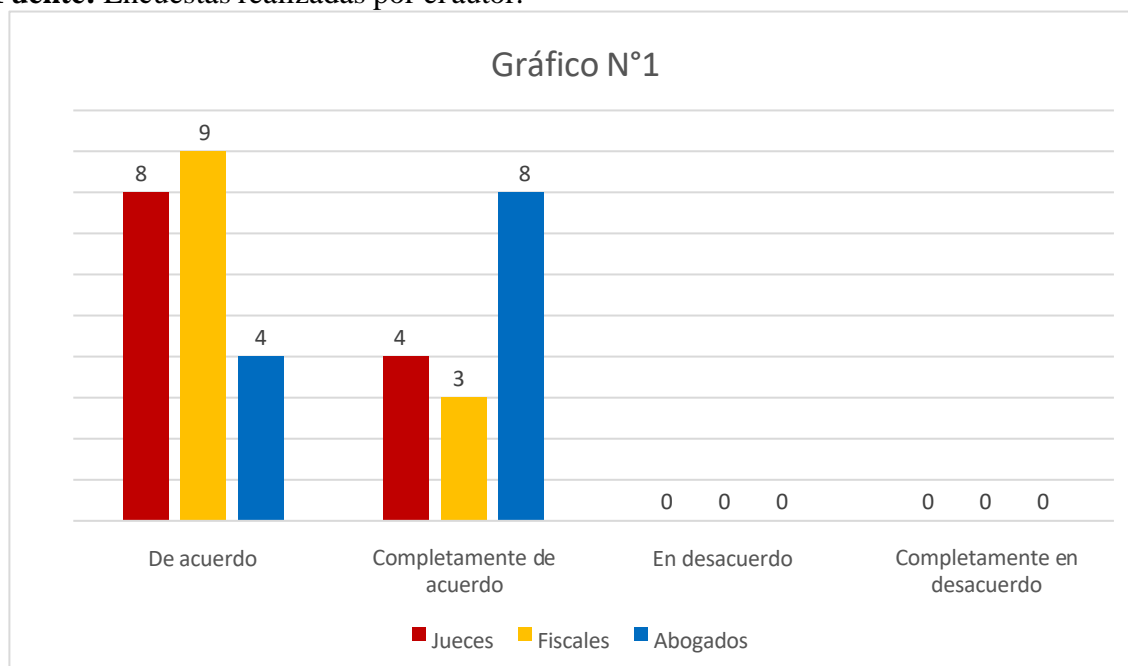
ENCUESTA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS

I.- ¿Está usted de acuerdo con la incorporación de la prueba prohibida en el proceso penal?

Tabla 1

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
De acuerdo	8	66.6	9	75	4	33.3
Completamente de acuerdo	4	33.3	3	25	8	66.6
En desacuerdo	0	0	0	0	0	0
Completamente en desacuerdo	0	0	0	0	0	0
Total	12	100	12	100	12	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor.



Fuente: Encuestas realizadas por el autor.

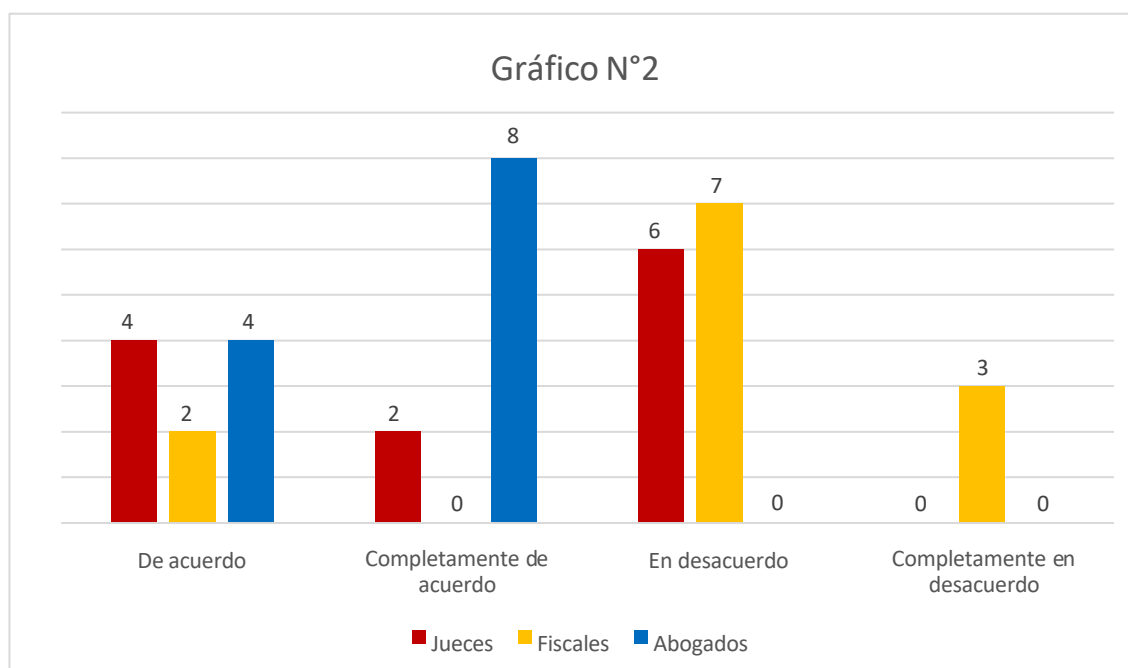
Análisis: Este cuadro revela que un 66.6% de jueces, 75% de fiscales y 33.3% de abogados está de acuerdo con la incorporación de la prueba prohibida; 33% de jueces, 25% de fiscales y 66.6% de abogados está completamente de acuerdo con la incorporación de la prueba prohibida en el proceso penal.

II.- ¿Está usted de acuerdo en que la valoración de la prueba prohibida debe estar proscrita completamente del proceso penal?

Tabla 2

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
De acuerdo	4	33.3	2	16.6	4	33.3
Completamente de acuerdo	2	16.6	0	0	8	66.6
En desacuerdo	6	50	7	58.3	0	0
Completamente en desacuerdo	0	0	3	25	0	0
Total	12	100	12	100	12	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor.



Fuente: Encuestas realizadas por el autor.

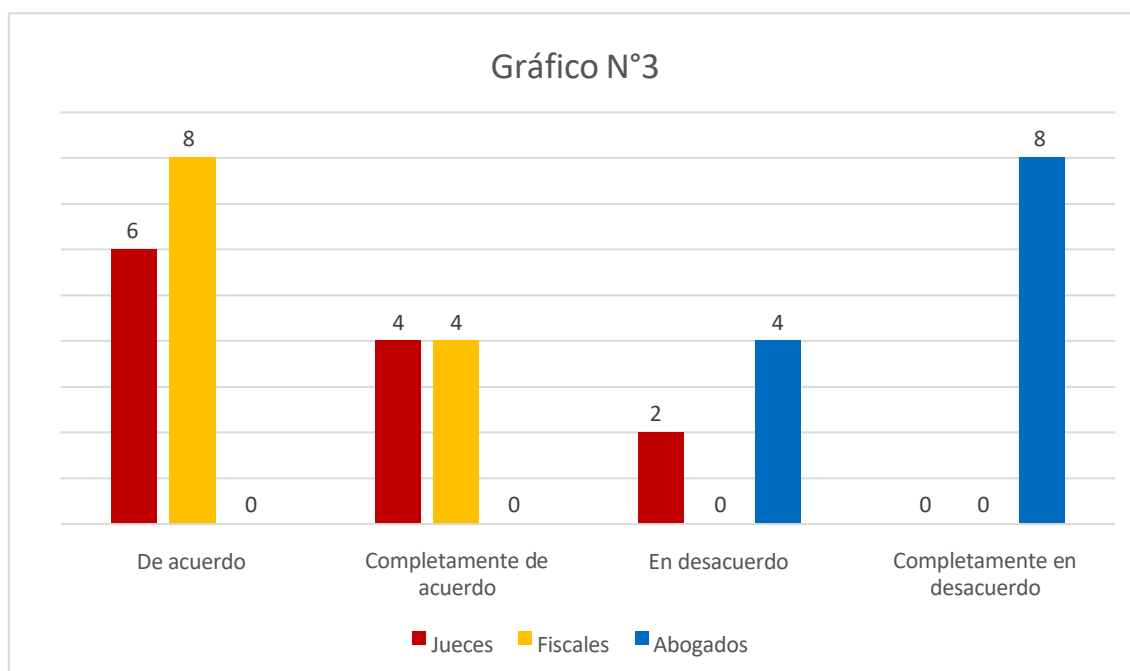
Análisis: En este cuadro apreciamos que 33.3% de jueces, 16.6% de fiscales y 33.3 de abogados están de acuerdo en que la prueba prohibida debe ser proscrita del proceso; 16.6% de jueces y 66.6% de abogados están completamente de acuerdo con esta respuesta; y por otro lado vemos que un 50% de jueces y 58.3% de fiscales están en desacuerdo en se proscriba la valoración de la prueba prohibida; finalmente un 25% de fiscales está en completo desacuerdo con que se proscriba dicha valoración.

III.- ¿Está usted de acuerdo en que en algunos casos la prueba prohibida debe ser valorada en el proceso penal?

Tabla 3

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
De acuerdo	6	50	8	66.6	0	0
Completamente de acuerdo	4	33.3	4	33.3	0	0
En desacuerdo	2	16.6	0	0	4	33.3
Completamente en desacuerdo	0	0	0	0	8	66.6
Total	12	100	12	100	12	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor.



Fuente: Encuestas realizadas por el autor.

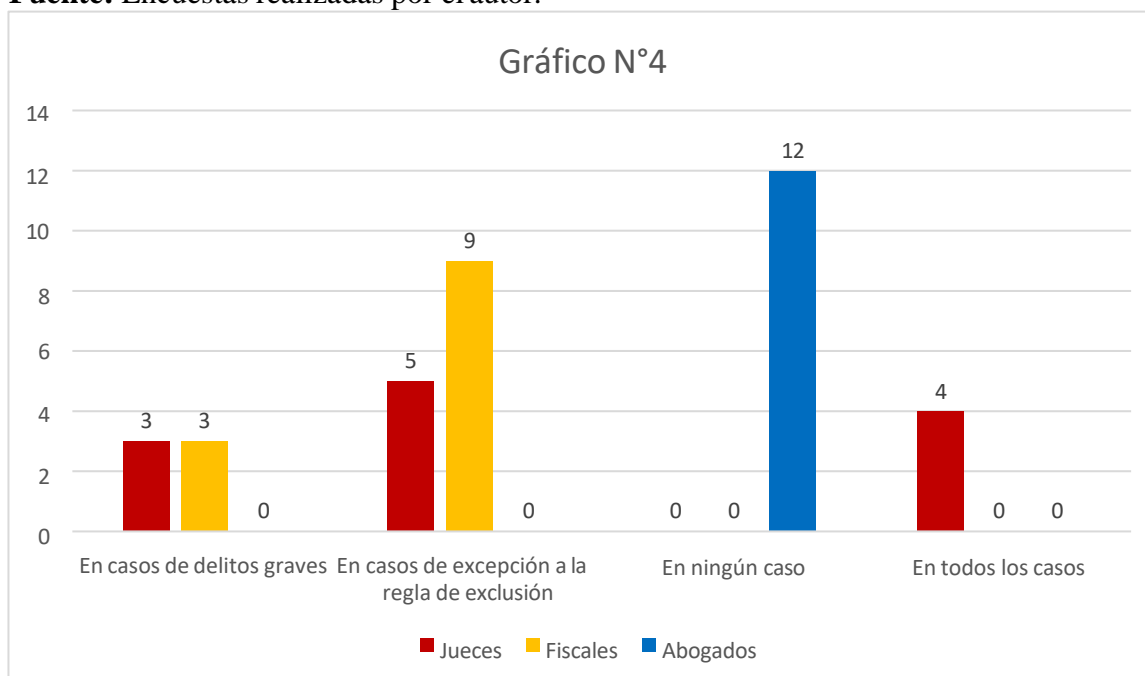
Análisis: Aquí un 50% de jueces, 66.6% de fiscales están de acuerdo en que la prueba prohibida debe ser valorada en algunos casos en el proceso penal; 33% de jueces y 33% de fiscales muestran su completo acuerdo en ese sentido; a su vez, un 16.6% de jueces y 33% de abogados expresan su desacuerdo; finalmente un 66% de abogados expresan su completo desacuerdo.

IV.- ¿En qué casos cree usted que se debe valorar la prueba prohibida en el proceso penal?

Tabla 4

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
En casos de delitos graves	3	25	3	25	0	0
En casos de excepción a la regla de exclusión	5	41.6	9	75	0	0
En ningún caso	0	0	0	0	12	100
En todos los casos	4	33.3	0	0	0	0
Total	12	100	12	100	12	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor.



Fuente: Encuestas realizadas por el autor.

Análisis: En el cuadro precedente un 25% de jueces y fiscales considera que se debe valorar la prueba prohibida en casos de delitos graves, un 41.6% de jueces y 75% de fiscales opina que se debe valorar la prueba en casos de excepción a la regla de exclusión; el 100% de abogados cree que no se debe valorar la prueba prohibida en ningún caso; y finalmente un 33.3% de jueces considera que se debe valorar la prueba prohibida en todos los casos.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

PRIMERA: En la ley peruana no se han considerado excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida. En verdad, los artículos que se refieren a la proscripción de valoración de la prueba prohibida o ilícita prescriben de manera genérica o abstracta la prohibición de valorar la prueba maculada. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia con sus pronunciamientos en diferentes casos, ha facultado a los jueces valorar la prueba prohibida en el caso concreto cuando se presente una excepción a la regla.

SEGUNDA: Son diversos los casos en que se puede valorar la prueba prohibida, entre otros tenemos, la teoría de ponderación de intereses, del descubrimiento inevitable, del hallazgo casual, de la fuente independiente, la teoría del riesgo, del nexo causal o tinte diluido, etc.

TERCERA: El origen y evolución de la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico nacional se encuentra establecida implícitamente en la Constitución histórica a través de las diversas constituciones desde la primera Constitución de 1823 hasta la actual de 1993. De manera expresa recién en el nuevo Código Procesal Penal se ha instituido este tema del derecho procesal

CUARTA: Los operadores de justicia, tanto jueces, fiscales como abogados defensores han expresado su opinión respecto de la valoración de la prueba prohibida. El resultado arrojó que los fiscales y jueces convienen mayormente en que se debe dar valor a la prueba prohibida en los casos en que se presente una excepción a la regla de exclusión y en casos graves, mientras que los abogados fueron resistentes a dar valor a la prueba prohibida tal como se desprende de los cuadros expuestos en la investigación.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a las Salas Penales de la Corte Suprema a fin de que emitan jurisprudencia vinculante, reiterada y uniforme en casos de procedencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida a fin de que la judicatura nacional recogiendo los lineamientos del alto tribunal de la República pueda impartir justicia con justicia, juicio y equidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Armenta, T.** (2007). “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”. Revista Ius et Praxis, N° 13. www.scielo.conicyt.cl
- Asencio, J.M.** (2016). “Derecho procesal Penal”. Estudios Fundamentales. Lima: Inpeccp-Cenales
- Asencio, J.M.** (2008). “Derecho Procesal Penal”. Cuarta Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Bedoya, L.** (2008). “La Prueba en el Proceso Penal Colombiano”. Colombia: Fiscalía General de la Nación.
- Begazo, G.** (2022) “Análisis de la valoración de la prueba prohibida y la prueba ilícita como elemento de vulneración de los derechos fundamentales en el proceso penal”. <https://repositorio.unfv.edu.pe/>
- Bernardini, P.** (2011). “La teoría del nexo de causalidad atenuado o tinte diluido como excepción a la regla de exclusión probatoria”. Revista Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/>
- Cafferata, J.** (2012). “Manual de Derecho Procesal Penal”. Advocatus. Universidad de Buenos Aires
- Calderón, E.** (2021). “La prueba ilícita una cuestión de concepto”. <https://revistas.pucp.edu.pe/>
- Canales, J.** (2022). “Estudio de la prueba prohibida y su tratamiento en el proceso penal en los años 2005-2020”. <https://repositorio.upsjb.edu.pe/>
- Cárdenas, N.** (2022) “Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020]”.
- Caro, C.** (2015). Lima: Artículo publicado en el Diario El Comercio
- Castañón, L.** (2010). “La Carga de la Prueba en el Proceso Penal: la Disyuntiva Judicial entre la Prevalencia de los Intereses Sociales-Institucionales o los del Justiciable”. Medellín: Sello Editorial de la Universidad de Medellín
- Castillo, L.** (2014) «Las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita». *La prueba prohibida. Su tratamiento en el Código Procesal Penal y en la jurisprudencia*, 56-64. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. <https://juris.pe/blog/excepciones>
- Castro Cuba, I.** (2019). “Investigar en Derecho”. Texto de apoyo a la docencia. Universidad Andina del Cusco. Escuela de posgrado. Cusco.
- Chanjan, R.** (2016). “Sobre la *¿ilicitud? de unas pruebas y una sentencia*” en el Boletín N°4 del Instituto de Defensa de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cobo,** (2008). “Tratado De Derecho Procesal Penal Español”. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas (CESEJ).
- Devis, H.** (1984). “Compendio de la Prueba Judicial”. Buenos Aires: Rubinzal – Culzone Editores

Gimeno, V. (2012). “Derecho Procesal Penal”. Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, España.

Giner, C.A. (2008). “Prueba prohibida y prueba ilícita” en Revista Anales de Derecho, Universidad de Murcia, Número 26

Gómez, J. (2008). Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles. <https://perso.unifr.ch/derechopenal>

González, J.M. (2005) “El proceso penal español y la prueba ilícita” en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XVIII, número 2, diciembre

González, L. (2018). Tesis titulada: “Estudio de la Prueba prohibida y la prueba ilícita como regla de exclusión en el Código Procesal Penal del 2004” presentada en la Universidad Nacional Federico Villarreal para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal”

Gonzales, M. (2024) “La prueba ilícita: una defensa a la tesis de la ponderación”. <https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/>

Hernández, R. (2014). “Metodología de la Investigación”. Sexta Edición. Mc Graw Hill Education. México D.F.

Horvitz & Lopez (2005). “Derecho Procesal Penal Chileno” Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago

Juárez, M.G.. (2012). “La Regla de Exclusión de la Prueba Prohibida en la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”. corteidh.org.cr. **Moras, J.** (2004). “Manual de Derecho Procesal Penal”. Sexta Edición. Buenos Aires: Editorial LexisNexis

Medina, R. (2017). . La teoría del árbol envenenado. Excepciones a la regla de exclusión. In: Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal: análisis teórico-práctico en derecho comparado [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017, pp. 39-53. Textos de Jurisprudencia collection, Maestría serie. ISBN: 978-958-738-884-8. Available from: <https://books.scielo.org/id/qyznn/pdf/medina9789587388848-07.pdf>.

<https://doi.org/10.12804/tj9789587388848>

Mendoza, M. (2024). “El criterio de fiabilidad para la admisión o exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano” <https://tesis.usat.edu.pe/bitstream>

Moreno, V. (2003). “Lecciones de Derecho Procesal Penal”. Madrid: Editorial Colex

Miranda, M. (2010). “La Prueba Ilícita, la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. España: Revista Catalana de Seguretat Pública . . <https://www.raco.cat>

Neyra, J. (2015). “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Lima: Editorial Moreno S.A. IDEMSA.

Nieva, J. (2017). “*Conferencia Internacional: Exclusión de la prueba ilícita*” en la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima en fecha 15 de agosto de 2017.

Oré, A. (2016). “Derecho Procesal Penal Peruano”. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

Peña Cabrera, A. (2011). “Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Lima: Editorial Rodhas

Rifá, González y Riaño (2006). “Derecho Procesal Penal”. Pamplona, España: Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública

Sánchez, P. (2013). “Código Procesal Penal Comentado”. Lima: Editorial Moreno. S.A. IDEMSA.

Pardeza M, (2022) Las diligencias de investigación y los hallazgos casuales. Portal Jurídico Legal Today. <https://www.legaltoday.com/>

Pedernera, M. (2021). “El uso del “balancing test” en litigios constitucionales sobre derecho a la salud”. Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. <https://www.academia.edu/>

Pérez, J. (2018). “La Prueba Indiciaria” en “La Prueba en el Proceso Penal”. Lima: Gaceta Jurídica.

Pisfil, D. (2013). “La Constitucionalización de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en el Código Procesal Penal de 2004: Tratamiento Procesal y marco aplicativo” en “Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal”. Lima: Gaceta Penal

Rosas, J. (2013). “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Volumen II. Lima: Pacífico Editores.

Sánchez, F. (2018). “¿En qué momento se debe excluir la prueba ilícita en el proceso penal peruano? En “La Prueba en el Proceso Penal”. Lima: Gaceta Jurídica.

Talavera, P. (2009). “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal”. Lima: AMAG.

Uriarte, E. (2017). Tesis titulada: “Aplicación de las excepciones de la Prueba Ilícita y su divergencia en el Delito de Corrupción de Funcionarios en el Distrito Judicial del Santa, 2017” presentada en la Universidad César Vallejo para optar el título profesional de abogado. <http://repositorio.ucv.edu.pe>

Vásquez, J. (1997). “Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores.

Villegas, E. (2018). “La Prueba por Indicios, Valor probatorio en el proceso penal” en “La Prueba en el Proceso Penal”. Lima: Gaceta Jurídica.

Vallino, J. (sf) Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Socio FICP. ~El hallazgo casual y el descubrimiento inevitable como excepción a la ilicitud de la prueba en el proceso penal. Fundación internacional de Ciencias Penales. <https://www.ficp.es/wp>