

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS**

PROGRAMA DE ESTUDIOS DE DERECHO



**FUNDAMENTOS JURIDICOS DOGMATICOS DE LA PRUEBA
PROHIBIDA EN EL PROCESO ACUSATORIO GARANTISTA-
2018**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el título profesional de
Abogado

Autor:

Coronado Tancarín, Jonás Javier

Asesor – 0000-0002-3860-1325

Diaz Ambrósio Silvério

**HUARAZ-PERU
2019**

DEDICATORIA

A mis padres Heraclio Coronado
Coronado y Violeta Tancarin Capra

AGRADECIMIENTO

A los docentes del programa profesional de derecho de la Universidad San Pedro – Filial Huaraz, por haber contribuido al logro de mis propósitos profesionales.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado : en cumplimiento a lo dispuesto por las normas establecidas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Pedro SAD – Huaraz , y con la finalidad de optar el título profesional de Abogado , someto a vuestra consideración el presente trabajo de suficiencia profesional que lleva por título , **Fundamentos jurídicos dogmáticos de la prueba prohibida en el proceso acusatorio garantista - 2018**, el mismo que tiene como objetivo principal conocer y analizar los fundamentos jurídicos dogmáticos de la prueba prohibida en el proceso acusatorio garantista y se ha realizado siguiendo la metodología de las investigaciones bibliográficas y ajustándose al esquema que para este trabajo señala la Universidad San Pedro.

Esperando que el presente reúna los requisitos para su aprobación, asimismo, esperando las sugerencias de tan excelente tribunal. Quedo de Ustedes.

Br. Coronado Tancarín, Jonás Javier

Palabras Claves:

Tema	Imputabilidad
Especialidad	Derecho Procesal Penal

Keywords:

Text	Imputability
Specialty	Criminal Procedural Law

Línea de Investigación:

Área	Sub área	Disciplina	Línea de investigación
Ciencias Sociales	Derecho	Derecho	Instituciones del derecho procesal y penal

INDICE GENERAL

Página

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Presentación.....	iii
Palabras Claves	iv
Índice General.....	v
Introducción.....	1
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES.....	2
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	6
CAPITULO III: LEGISLACIÓN NACIONAL.....	33
CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA.....	38
CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO	51
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES.....	54
CAPÍTULO VII RECOMENDACIONES.....	56
CAPÍTULO VIII: RESUMEN	57
CAPÍTULO IX REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58
CAPÍTULO X : ANEXOS.....	62

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de pericia profesional utiliza hace referencia a los **FUNDAMENTOS JURÍDICOS DOGMÁTICOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO ACUSATORIO GARANTISTA – 2018**. La prueba prohibida, ilegal o clandestina, es en nuestro medio un tema relativamente nuevo, a pesar de su relevancia para el derecho probatorio que resulta ser la piedra angular del proceso judicial, en cuanto a su estudio y desarrollo dogmático y jurisprudencial, por no haber existido un tradición jurídica garantista y vocación constante en la práctica judicial y forense sobre el tema, por lo que mal puede hablarse de un ocaso de la regla de exclusión como algunos autores han dado en llamar cuando se admite excepciones de algo que no ha sido doctrina y jurisprudencia consolidada, por el solo hecho de que la Corte Suprema en el conocido “caso el Polo” reconoce la admisión de excepciones a la regla de exclusión ello considerado como la “teoría de la ponderación de intereses” y la doctrina del “caso probable” , pero que hasta ahora no ha fijado una tendencia jurisprudencial sobre el tema.

Lo puntualizado, permitió analizar y explicar los principios jurídicos dogmáticos de la **prueba** prohibida en el proceso acusatorio garantista – 2018. Ante ello consideró el desarrollo de los siguientes acápite: los antecedentes; la revisión de la literatura o marco teórico; aspectos relacionados a la legislación nacional, la jurisprudencia y el derecho comparado y finalmente en los capítulos seis, siete, los temas referidos a las partes de un trabajo de índole investigativo.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1.1. Antecedentes. -

A. Antecedentes Internacionales.

Valconi (2011) presenta su investigación relacionado a la prueba ilícita en el proceso penal venezolano. Concluyendo que, de los numerosos nombres dados a dicha prueba ilícita, la más acertada es la de prueba ilícita, no sólo por ser el termino más encuadrado actualmente sino, por la mayor facilidad que tiene para definir su significado, sin molestia, de poder diferenciar las diversas variedades o características que invitan su ilegalidad.

Con el análisis desarrollado se pudo determinar que el asunto de la prueba ilícita es muy importante ya que señala, que los diversos operadores jurídicos, se contemplan las pruebas adquiridas por los órganos de investigación, los cuales son hechos sin cumplir los mandatos de ley, y la mayor parte son adquiridas rompiendo los derechos esenciales de las personas aceptado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los instrumentos internacionales y en nuestras leyes.

Este tipo de prueba no debe ser aceptada en un juicio, ya que el juicio debe ser un mecanismo que investigue la verdad, pero sin romper las leyes legales.

Gonzales y Arias (2004) Las singularidades a la exclusión de la prueba ilícita en el sistema penal, es referido bajo los límites permitidos la Constitución Política de 1991, el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, con las que se procura vislumbrar, como las exclusiones de la prueba ilícita, son modos que facilitan su estimación en un juicio

penal, sin desvelar que han sido conseguidos vulnerando de los derechos esenciales y por fuera de los protocolos procesales legales. Ahora bien, es en la Ley 906 de 2004 que se integra en el sistema penal acusatorio, en el que se ordenan las pruebas ilícitas y en él se explican, que toda prueba conseguida con violación de las garantías esenciales será castigada con la nulidad y tendrá que ser excluida del proceso. Ahora bien, el juez colombiano tomo algunas de las excepciones de la prueba ilícita, para facilitar la valoración de un modo de prueba conseguido ilegítimamente, las cuales son: el comienzo independiente, el hallazgo inevitable y la relación atenuada. Acorde a lo señalado, se acogió el modelo norteamericano de la regla de exclusión, por ser un castigo común en las democracias más garantistas de los derechos fundamentales.

B. Antecedentes Nacionales

Pareja (2017) Esta investigación plantea empezar la temática desde el paradigma de Estado Constitucional; en el que se puede aclarar un derecho esencial que por poco se ha estado pasando por alto: el derecho a vetar la prueba de cargo con profanación a los derechos esenciales. En esta situación, este derecho con estas particularidades y/o singularidades individuales tiende a relacionarse con otros frente a probables contradicciones recurrentes en la realidad; donde será indispensable inducirlo a un análisis que autorice que los operadores del derecho aprendan las posiciones en las cuales, a través de un Modelo de Control Constitucional, se podría determinar que están definidos supuestos donde podría prevenir la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, y así, instaurar la validación de medios de prueba que ayuden esta prohibición y hagan factible la admisión de un medio probatorio aceptado hasta ahora como “prohibido” o “ilícito”. Por ello, en la construcción de esta investigación, se sugiere un modelo o esquema de control constitucional para el ingreso de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el Sistema Jurídico Peruano a

la luz de las reglas de estado constitucional y el rol del órgano jurisdiccional ante ello. se ha avanzado brevemente, algunos principios evidentes ampliamente desarrollados en la Constitución e implícitos, a modo de ejemplarizar este modelo sugerido. Igualmente, se ha planteado –a modo de dar a la teoría Jurídica en la normativa peruana- la reformación de los artículos 159° y 351° del nuevo Código Procesal Penal, con el propósito de garantizar que los operadores del Derecho tengan la facultad de utilizar este modelo de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, en el proceso penal ante determinadas posturas.

Chavarry (2011) La finalidad de su tesis es argumentar y aclarar las magnitudes jurídicas doctrinarias para la aceptación y valoración de la prueba ilícita penal en la gestión de justicia. Los frutos y la controversia rotan alrededor de los siguientes aspectos: “La Justicia en el siglo XXI”, “El bien jurídico tutelado en la elaboración de la prueba ilícita”, “Los Derechos Fundamentales de los justiciables y elaboración de la prueba ilícita”, “La administración de justicia en el Perú: admisión y valoración y “La prueba ilícita frente a la construcción de una nueva sociedad. Concluyó que es notable es que existe la imprescindible necesidad de promover en los estudiosos del Derecho, básicamente en los operadores y auxiliares de justicia, la persuasión de desarrollar una Teoría Penal de los Derechos Humanos, impidiendo la prueba Ilícita, constituyéndola en un eje demarcado y sustento normativo de la administración de justicia en el Perú.

C. Antecedentes Regionales

Uriarte (2017) La finalidad de su investigación fue determinar la divergencia la aplicación de excepciones de la prueba ilícita de un crimen de cohecho de funcionarios. Utilizó en su investigación el método jurídico. Llegando a concluir que no hay divergencia en cuanto la

aplicación de las excepciones de la prueba ilícita en el delito de corrupción de funcionarios, con lo cual esto permitiría ser reguladas y sigüentemente aplicadas en nuestro Distrito Judicial.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Generalidades de la Prueba Prohibida.

2.1.1. El derecho a Probar.

El derecho a evidenciar, o derecho a la prueba, es aquel componente trascendental del derecho fundamental en un litigio justo, en virtud de cualquier persona de derecho que participa, o participará, como una parte o tercero legitimado en un juicio o procedimiento, tiene el derecho a elaborar la prueba imprescindible para formar la firmeza del juzgador acerca de lo que existe y no existe de los derechos que son o serán objeto concreto de prueba. Es parte del debido proceso. (Bustamante 2001)

Puntualiza Bustamante (2001) que, precisamente ha sido el Tribunal Constitucional el que ha realizado un significativo desarrollo de la jurisprudencia en este aspecto como la aplicación del denominado debido proceso material o sustancial, en los ámbitos administrativo, arbitral, militar, parlamentario, incluso hasta en lo corporativo, cuya característica principal gira en determinar que la decisión se dicte bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad; en otras palabras, que el proceso sea justo, que se haya emitido una sentencia en justicia. En este mismo orden de ideas se pronuncia (Bustamante 2001), señalando: "que su trascendencia es tal, que allí donde no posea eficacia real o efectiva, o sea restringida en forma injusta o desmedida, no habrá proceso o procedimiento justo. Por ello, no sorprende que muchas de las constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos contemplen expresa o implícitamente -confirmando su posición preferente- y que se reivindique su vigencia en todo tipo de proceso o de procedimiento".

Que las partes tengan el derecho a demostrar un hecho, significa que poseen la facultad de mostrar por todos los medios de pruebas notables y válidas para alentar su versión en el proceso judicial. Para la parte que alega un hecho, significa que debe tener la facultad de presentar todas las pruebas auténticas con las que cuenta; para la parte opuesta, supone que debe tener la posibilidad de mostrar todas las pruebas opuestas o impugnatorias de que disponga en relación con esos derechos (Taruffo 2008).

En ese sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06712-2005 (caso Magaly Medina), señalando que "una de las garantías que asiste a las partes del juicio es la de presentar los medios probatorios necesarios que faciliten crear la convicción en el juzgador de que sus razonamientos son los precisos. De esta manera, si no se garantiza la presentación precisa de pruebas justificables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace señalar que ello sería irrealizable. 3010 con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá condenar adecuadamente " (Taruffo, 2008)

2.1.2. Contenido esencial de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha establecido que, en nuestra nación, la Constitución no engloba la idea de "contenido esencial", pero sí observa a la persona y a sus derechos con fines supremos de la sociedad y del Estado, por lo que sería inadmisibles permitir que pueda obstaculizar sin más en las libertades y derechos fundamentales de las personas. Asimismo, el máximo Tribunal ha interpretado que el legislador peruano se halla implícitamente vinculado a no infringir el "contenido esencial" de los derechos constitucionales, pues ello se desprende "de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario". La noción de "contenido esencial" hace mención al ámbito resguardado e inderogable de los derechos fundamentales. La expresión fue utilizada en las constituciones alemanas y españolas para referirse al asunto de los derechos constitucionales que no puede ser trasgredido el regularse su ejercicio.

En consecuencia, la Ley Fundamental de Bonn en Alemania del año de 1948, manifiestan en su artículo décimo noveno que por medio de la manifestación de leyes que limitan los derechos "[e]n ningún caso se podrá afectar [su] contenido esencial"; mientras que la Constitución española (1978) prescribe que podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales "[solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial]".

Castillo (2005), por su parte expresa que este contenido estará formado por las facultades de acción y todas las obligaciones de acción a las que debe comprometerse el poder político con el fin de obtener la vigencia plena y real del derecho mismo (dimensión objetiva de los derechos fundamentales); y que tiene como características las siguientes: limitado (derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen su contenido); es ilimitable (ni el legislador ni nadie pueden desconocer esas fronteras inmanentes o internas); delimitable (el legislador y los órganos ejecutivos y judiciales van perfilando con sus normas, actos y sentencias los contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales). (Castillo 2005).

Cierto sector de la doctrina ha venido siempre exponiendo que el aval del contenido importante se origina básicamente como un margen para el legislador, con el fin de que este no vacíe de contenido o desnaturalice a los derechos al prohibirlos o regularlos; en este sentido, se crea el contenido esencial como un límite de límites" (Castro, 2005). Al respecto, cabe especificar que los derechos no son limitables, en el sentido de que constituyan una cuadratura o un círculo y que todo lo que salga de él, se considera no constitucional, ni menos que por esa razón se afirme que los derechos colisionan unos con otros.

Por su parte, Castillo "de manera comprensible nos indica cuáles son esas pautas que nos permiten delimitar el contenido esencial; y además cómo lograr desde la Constitución su determinación, para ello considera las siguientes pautas: Debe conocer el significado del contenido constitucional de los derechos fundamentales, así como las delimitaciones de los contornos del mismo como parte de lo establecido

en la Constitución. También debe apreciar el fin del derecho, su naturaleza debido a que el contenido del derecho brota de su esencia misma. Por otro lado, debe considerar el contenido del derecho para atender a las circunstancias del caso concreto examinado.

Por otro lado, indica, que para lograr desde la Constitución su determinación, esta señala que se debe determinar del contenido del derecho que se consagra como parte del dispositivo constitucional, además de acudir a otros dispositivos constitucionales y tomarse en cuenta las previsiones de las normas internacionales como parte de los derechos humanos vinculantes para el Perú.

2.1.3. Contenido esencial del derecho a probar.

En la doctrina nacional autores como Bustamante (2001) delimitan el derecho a probar manifestando que su contenido esencial está conformada por los derechos: 1) A brindar los medios justificativos destinados a acreditar la presencia o inexistencia de los sucesos que son objeto concreto de prueba; 2) A que se acepten los medios probatorios así prometidos; 3) A que se ejecuten adecuadamente los medios acreditativos aceptados y los que han sido incluidos de oficio por el juzgador; 4) A que se asegure el desarrollo o inclusión de la prueba a través de la acción anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, 5) A que se valúen de modo adecuada y motivada los medios de prueba que han sido ejercidos y que se han incorporado al proceso o procedimiento.

Por nuestro lado, consideramos que el contenido esencial del derecho fundamental a acreditar, se interpreta en la facultad de las partes de recurrir al estado para pedir o petitionar la actividad probatoria, la cual debe delimitar y realizarse en las mejores condiciones y garantías de eficacia, en los espacios de la producción, ofrecimiento, admisión, conservación, actuación y valoración fundamentada de la prueba.

- **El derecho a presentar medios de prueba.**

Se constituye en uno de los iniciales elementos del derecho fundamental a acreditar, mediante el cual las partes quedan autorizadas a brindar, presentar y postular los medios de pruebas indispensables y adecuados para autorizar cada una de sus aseveraciones que encarna su pretensión o para refutar aquellas que le son contradictorios por la parte contraria, o para disponer en preciso el objeto de prueba (Mixán, 1992).

Bustamante (2001) argumenta que se trata de un componente del derecho a probar que consiste en el derecho que tiene su titular a plantear los medios probatorios que considere imprescindible para confirmar la existencia o inexistencia de los sucesos que constituyen el objeto preciso de prueba: es decir, para probar la existencia o inexistencia de aquellos sucesos que conforman un fin o una defensa o que han sido integrados por el juzgador para la adecuada solución del proceso concreto. Por lo tanto, incorpora el derecho de su titular a brindar los medios probatorios que aprecie imprescindibles para cuestionar los medios probatorios que han sido brindados contra ella, o cuya actuación ha sido ordenada de oficio por el juzgador.

En ese mismo sentido, Taruffo (2008) sostiene "que las garantías procesales de las partes serían formales y vacías si se les imposibilitara presentar todos los medios de prueba necesarios que precisan para atestiguar sus interpretaciones de los sucesos en juicio. Consecuentemente, el derecho a mostrar todos los medios de prueba notables que estén al alcance de las partes es una presencia esencial del derecho al adecuado proceso y debe inspeccionarse que pertenece a garantías fundamentales de las partes". En tanto el Tribunal Constitucional, en el caso Magaly Medina STC Exp. N° 06712-2005-HC/TC, ha señalado que "en este esquema, uno de las garantías que auxilia a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios indispensables que faciliten crear la ideología en el juzgador de que sus razonamientos son los justos. De este modo, si no se consiente la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se logrará considerar cobijada la tutela procesal efectiva? Todo hace advertir que ello sería inviable. Solo con los medios probatorios esenciales, el juzgador podrá condenar apropiadamente (...)".

- **El derecho a que los medios de prueba prometidas sean aceptados.** -

Plantea en que los medios ofrecidos por las partes deben ser aceptados o rechazados (bajo los presupuestos, garantías y condiciones que la ley establece) por el órgano jurisdiccional, para que las partes confirmen sus afirmaciones que formulan en las pretensiones, como expresión de su derecho subjetivo de acción y contradicción, que finalmente se constituyen en el objeto de prueba.

El derecho a probar alcanza cuerpo si los medios de prueba prometidos por las partes procesales son aceptados por el magistrado ante el cual se proponen. Taruffo (2008) afirma que: "la principal cuestión probatorio esencial es establecer qué los componentes o medios de prueba deben ser aceptados e incorporados al juicio. En teoría, se podría utilizar cualquier medio de prueba en cualquier tipo de juicio y la determinación de qué medios serán los que ayuden la decisión sobre los sucesos en disputa podría ser algo que se dejara al juez al momento que de la resolución final". En la legislación española tenemos la condena Alfaro (2010) STCE Exp. N° 316, del 15 de noviembre, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional (ponente: Vicente conde Martín de Hijas) siguiendo su uniforme doctrina ha mencionado que en relación con el derecho a usar los medios de prueba pertinentes para la defensa reunió en el artículo 24.2 del CE, es reiterada doctrina constitucional que tal derecho, soporte importante del derecho de defensa, exige que las pruebas concernientes sean aceptadas y practicadas sin desconocimiento ni obstáculos, resultando perjudicado el derecho fundamental en aquellos supuestos en los que repudio de la prueba carezca de toda motivación o la causa que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable".

En cuanto a la pertinencia del medio probatorio, la misma norma procesal penal en el artículo 155.2 del NCPP le prescribe al juez la obligación de rechazar la prueba que es impertinente. "La pertinencia exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el suceso que es objeto del juicio. Los medios acreditativos pertinentes sostienen hechos correlacionados directamente con el objeto

del juicio”. A la razón la pertinencia de un medio probatorio está definida por lo que se pretende justificar con tal medio, y aquello que se pretende acreditar es el nombrado 'tema de prueba' (thema probandum), es decir, aquel conjunto de sucesos concretos que forman en concreto un juicio 'objeto de prueba'. En esa trayectoria, el artículo 156.1 del NCPP recomienda: "Son ente de prueba los sucesos que se refieren a la incriminación, reprochable y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la obligación civil derivada del delito".

En segundo lugar, la conducencia o idoneidad de la prueba forman un presupuesto de aceptabilidad y está regularizada en la parte in fine del artículo 155.2 del NCPP. Para García "la capacidad es la adecuación de la prueba al objeto acosado por ella. Si se trata del delito de lesiones, es idóneo aceptarlas mediante un acta médico, no lo será pretender hacerlo con testigos". (García, 1984).

En tercer lugar, tenemos la aplicación del medio de prueba, es decir, el vínculo que hay entre la prueba y el objeto del juicio, El Tribunal Constitucional explica que "se presenta cuando ayuda a conocer lo que es objeto de prueba, a descifrar la verdad, a obtener probabilidad o verdad. Solo pueden ser aceptados aquellos medios probatorios que den algún servicio en el juicio de seguridad del juzgador, mas ello no podrá originarse cuando se ofrecen medios probatorios dedicados a aceptar sucesos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se prometen medios probatorios para aceptar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de estimación y ha hecho movimiento a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el apropiado para verificar con él los sucesos que pretenden ser demostrados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios vánales, bien porque se han planteado dos medios probatorios iguales con la misma finalidad (dos maestros con la finalidad de acreditar un mismo suceso) o bien porque el medio de prueba ya se había elaborado antes" – STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso Magaly Medina, f. j. 26 -. Este presupuesto está también regulado en la parte final del artículo 155.2 del NCPP.

Finalmente, en cuanto a la legalidad de los medios de prueba, estos no serán admitidos si se han conseguido violando el contenido importante de los derechos fundamentales o violando la legitimidad procesal.

- **El derecho a que se asegure la producción o preservación de la prueba.**

Este derecho tiene dos elementos; uno que se asegure el desarrollo de la prueba; y por el otro, la preservación de la misma. En primer lugar, la producción o actuación de la prueba, una vez aceptada la evidencia esta tiene que actuarse, le compete al juez hacer cumplir dicha obligación, para ello está abastecido de herramientas legales como las medidas coercitivas para hacer presentar a testigos, peritos o agraviados rebeldes a prestar sus declaraciones, tal como lo recomienda el artículo 379.1 del NCPP. En ese aspecto, el titular no solo tiene el derecho a que se accionen los medios probatorios aceptados, sino, además, a que su actuación no sea deficiente, arbitraria o irregular, es decir, a que sea correspondiente con una serie de principios que demarcan su contenido y regulan su entrenamiento, como el de publicidad, contradicción, inmediación, comunidad y colaboración, sin omitir las particulares cuestiones de cada caso y los principios de equilibrio, razonabilidad y motivación adecuada.

La prueba al ser actuada e ingresar al debate tienen que hacerse en absoluto respeto de las garantías procesales, entre ellas, garantizar el derecho de contradicción de las partes, a fin de determinar su validez y utilidad. Las pruebas son producidas independientemente de quien las propuso y el resultado no necesariamente favorecerá al proponente, lo importante es que se hayan actuado con el control de ambas partes, control que se debe realizar desde la obtención y admisión. Es preciso señalar, que aun cuando la prueba es ordenada de oficio por el juez, su actuación estará controlada y garantizada por la intervención de las partes, pues de existir arbitrariedad tanto en su admisión como actuación será observada por los contrincantes, quienes interpondrán los remedios y los recursos pertinentes a fin de reponer el agravio o que se revise la decisión por una instancia superior.

Ahora bien, cómo se materializaría la vulneración a este derecho, para ello seguiremos a Sánchez (1996) quien expone los siguientes supuestos: 1) cuando a pesar de afianzarse claramente en la norma la resolución a la práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial asume una decisión opuesta a la práctica de dicha prueba, provocando indefensión constitucional; 2) cuando, acepta una prueba, no se practica a origen de una inactividad asignable en privilegio a la instancia judicial; 3) cuando es aceptada al inicio la práctica de una prueba, la instancia judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una novedosa resolución, bien de oficio o a causa de algún medio de parte que le haga cambiar la decisión primigenia; 4) cuando la prueba aceptada se practica en el exterior de la sede o del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se acepta luego su nexa a los autos o no se tiene en cuenta en la condena o resolución decisiva.

Con respecto al segundo componente de este derecho es el de aseguramiento y conservación de la prueba, en virtud del cual el titular tiene derecho a que el órgano jurisdiccional tome todas las previsiones a fin de mantener y preservar la prueba y ser merituada en la oportunidad debida. Así tenemos que el nuevo ordenamiento procesal penal ha previsto mecanismos idóneos, como la prueba anticipada (art. 242 y siguientes del NCPP), y la denominada prueba pre-constituida, como las confiscaciones de bienes u cosas vinculadas con el delito (art. 218 del NCPP), la inspección de las comunicaciones objeto de intervención (art. 231 del NCPP), el aseguramiento y confiscación de documentos reservados (arts. 233 y 234 del NCPP), entre otras medidas.

- El derecho a que se aprecien adecuadamente y estimula los medios probatorios.

Radica en la demanda constitucional para que los magistrados mediante resolución debidamente motivadas darán una respuesta al ciudadano, del resultado de la valoración personal y compuesta de las pruebas recibidas y actuadas en el juicio, con un objetivo principal, razonable y ponderado; admitiendo las reglas de la sana

crítica y fundamentados en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. La valoración se desarrolla sobre bases objetivas (aceptando la veracidad que resulte de la prueba), no tiene sustento la mera subjetividad del magistrado ni menos sus conocimientos individuales (rechazando todo juicio a priori sobre hechos o circunstancias), de tal modo que el resultado de ella no será absurdo y estará falto de toda arbitrariedad.

La valoración debe comprenderse como un conglomerado de operaciones mentales relacionadas al estado crítico de las pruebas actuadas en un juicio, tanto las aportadas por las partes como las alcanzadas directamente por el juez. Es la tarea exclusiva del juez. Los individuos del proceso son colaboradores. Cooperan con el magistrado el testigo que cuenta los sucesos observados, el experto señala la naturaleza de una mancha, el imputado que, al negar su responsabilidad, ofrece datos sobre quienes pudieron ser los responsables, el afrentado cuenta la forma como se originaron los sucesos, el Ministerio Público indaga a los testigos, los imputados y agraviados, etc. Es decir, todas las partes del proceso -principales y auxiliares- ayudaron con al magistrado en su tarea de formarse decisión. Del análisis de la prueba depende que haya armonía entre condena y justicia. Vida, honor y herencia del imputado dependen de que el magistrado obtenga éxito en esta actividad” (García, 2008).

Lo antes expuesto es importante por cuanto en la valoración de la prueba existen dos niveles de afectación de derechos, por un lado, se viola la legalidad procesal ordinaria (cuestionamiento que le corresponde resolver al juez ordinario), cuyo efecto no constituye violación material al derecho fundamental objeto de estudio; y otra muy diferente, es la violación del contenido importante del derecho a probar, que se concretiza cuando se dicta una resolución sin respetar el estándar mínimo de motivación en el momento en que se hace la valoración de la prueba, cuya evaluación (fáctica y jurídica) ha sido absurda, ilógica, irracional o arbitraria.

El Tribunal Constitucional al respecto ha señalado: "Como puede observarse, de las piezas que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está

conformado por el hecho de que las pruebas elaboradas dentro del proceso penal sean valoradas de modo adecuado y con la causa debida. De lo cual se deriva de la exigencia para el magistrado: en primer lugar, la exigencia del magistrado de no suprimir la valoración de aquellas pruebas que son dadas por las facciones al proceso dentro del marco del respeto a los derechos esenciales y de lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables” (Vide STC Exp. N° 04831.2005-PHC/TC, f.j.8). Y agrega el Tribunal: "Por ello, la supresión injustificada de la valoración de una prueba dada por las partes, no respetando los derechos esenciales y las normas que la regulan, comporta una vulneración del derecho esencial a la prueba y, por ende, al debido juicio” (Vide STC Exp. N° 04831-2005-PHC/TC, f. j. 9.)

De esta manera se finaliza cuál es el contenido de este derecho, la obligación constitucional que la prueba actuada sea valorada y debidamente motivada por el juez; de cuya premisa nacen dos exigencias: primero, la no omisión de la valoración de la prueba dada respetando los derechos esenciales; además que la valoración sea objetiva, ponderada y razonable. Caso contrario se vulnera el derecho a la valoración de los medios acreditativos y, por ende, al debido proceso.

- **Concepto de prueba.**

"Dios, se ha afirmado con razón, no tiene necesidad de proceso. Basta la exposición de las afirmaciones de las partes para que pueda pronunciar sentencia justa. En cambio, los hombres, en cuanto falibles mendaces, requieren inexcusablemente comprobar la exactitud de las diversas afirmaciones que otros hombres les proponen, y es de esta comprobación de donde surge la esencia de la prueba” (Serra 2009). La idea de prueba no solo tiene correlación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo habitual de este, para propagarse a todas las ciencias que componen el saber humano, e inclusive a la vida práctica cotidiana. los profesionales como el historiador, el cronista, el arqueólogo, antropólogo, el biólogo, el agricultor o ganadero, entre otros, en suma, el

investigador, hasta el artista, deben probar los sucesos, los resultados, los efectos y la causa de estos, restaurar el pasado, examinando el presente, deduciendo el futuro. (Devis, 2009)

García (2008) puntualiza "que las pruebas son los medios por los cuales el magistrado obtiene destrezas que le sirven para juzgar". Por otro lado, "las pruebas son las llaves que apertura las puertas a lo extraño". La prueba requiere siempre de dos términos. La proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba. En rigor, justificar consiste en comprobar la exactitud de una aceptación, mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces" (Carnelutti, citado en Serra, 2009).

2.1.4. Aspectos relacionados a la prueba.

- Objeto de prueba.

Respecto al objeto de prueba no se encuentra homogeneidad en la disciplina respecto a su esencia, para un sector el objeto de prueba es el hecho inculpado entendido como fenómeno visible al hombre; y para otros, el objeto de prueba son las aseveraciones en relación con los sucesos. Para Mixán (1996) el "objeto es el ente sobre el cual se centraliza la actividad cognoscitiva" y especifica que "objeto de prueba instituye la materia de la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser indagado, conocido y comprobado. Debe tener la calidad de real o creíble o posible

García (2008), concluye: "Para identificar apropiadamente en un caso dado aquello que constituye el 'objeto', se requiere una respuesta apropiada a las preguntas: ¿qué es? o ¿sobre qué? ¿Qué es lo que se necesita probar?, ¿sobre qué se concentra la actividad probatoria?". En esa misma línea de argumenta: "Como el delito constituye una modificación al mundo exterior, el objeto de la prueba será demostrar que esa alteración se ha ejecutado a consecuencia de un acto del hombre y en consecuencia de esta acción ilícita, se [ha] modificado el mundo circundante, causándose daño en el individuo o en su herencia. Los sucesos probar comprenden: a) actos palpables

en que ha entrometido la actividad humana; b) los hechos de la naturaleza; c) las cosas u objetos del hombre, como son documentos; d) los estados o hechos síquicos del hombre, como es la voluntariedad en su proceder”.

- Órgano de prueba.

Para Neyra (2010) "se establece en órgano de prueba, la persona física que lleva una prueba o componente de prueba y concurre al juicio, constituyéndose así en mediador entre el juez y la prueba. Son así órganos de prueba, las personas que traslada de modo directo el dato objetivo (puede ser oral como el testimonio o por escrito, como los dictámenes periciales”. En ese mismo sentido. el autor mencionado señala que el órgano de prueba es "la persona física mediadora que se interfiere entre el objeto de la prueba y el magistrado, y que suministra a este el conocimiento que proporciona el objeto de prueba”, así pues, un órgano de prueba es un testigo o perito, que mediante su manifestación o informe pericial (medio de prueba) transmiten directamente un dato o información al juez. Aunque también indica que un escrito puede ser órgano de prueba cuando contiene explicaciones o datos provistos por personas físicas. Sostiene, además: "en forma indirecta la persona puede comunicar el conocimiento por medio del escrito. En virtud de su consistencia física y de su asunto ideológico, el escrito es usable en un juicio. Aprovisiona menciones sobre lo que se investiga cuando su contenido radica en afirmaciones, datos e informes dados por personas físicas. Este contenido puede establecer invalorable ayuda para el magistrado. En ese sentido el documento es órgano de prueba por cuanto indirectamente, trasfiere la reflexión un ser humano”.

- Fuente de prueba.

Es aquel hecho (sentido estricto), objeto, hecho, conducta, (fenómeno natural o psíquico), que contiene en sí un sentido originario capaz de cambiarse en "argumento probatorio". La fuente de prueba es reconocida mediante operaciones cognoscitivas (sensación, percepción, representación y proceso de abstracción: concepto, juicio o inferencia) y son suspicaces de ser incluidas en el juicio través de los medios de

prueba. Lo importante de la fuente es el "razonamiento probatorio" que circula de ella. La polémica sobre si la fuente de prueba es de naturaleza únicamente objetiva o si se aminora exclusivamente a las formas de la actividad mental, carece de solidez, la conciencia de sujeto cognoscente: pero, desde el momento que es conocida se precisa la relación inescindible entre ese "objeto de conocimiento" y la conciencia que la plasma modificándola en forma de pensamiento o reflexión (concepto, juicio o inferencia que es lo "subjetivo") (Mixán 1996).

- **Medios de prueba.**

Es el procedimiento dedicado a poner el objeto de prueba -en rigor, el elemento de prueba- al alcance del magistrado. Se trata de fabricaciones legales dedicadas a proporcionar garantía y eficiencia para el hallazgo de la verdad, y forma un nexo de unión el objeto a probarse y el conocimiento que el magistrado obtendrá sobre el objeto (San Martín 2003). Para García (2008) "es total lo que puede valer para conseguir la verdad. Es el modo de brindar datos al magistrado, puente que une el objeto por conocer con el sujeto cognoscente".

- **Finalidad de la prueba.**

Al respecto existe dos posturas bien definidas, la que sostiene que es buscar la verdad histórica de los sucesos; y la otra, postula que es lograr la convicción del magistrado sobre la veracidad o falsedad de las aseveraciones que las facciones hacen sobre los sucesos.

Así, Chocano (1997) dice: "El fin de la prueba debe brindar conocimiento, que debemos valorarla como útil; es el verdadero fin último de las partes que conducen a la verdad. La prueba es una fuente de verdad". En tanto García (2008) sostiene: "En el juicio, siempre se necesita señalar cómo realmente ocurrió, qué requisitos definieron su verificación, qué participación

ha tenido a quien indica como autor, los motivos que determinaron su accionar, etc.".

2.1.5. Actos de aportación de hechos al proceso.

Los actos de aportación de hechos o suceso, tienen el único propósito introducir los sucesos al proceso. Estos se subdividen en: los actos de investigación; y los actos de prueba (Rosas 2009).

El nuevo proceso penal está separado en tres grandes fases o etapas: a) investigación preparatoria que incluye diligencias preliminares (art. 337.2 NCPP), b) etapa intermedia y c) juzgamiento. En estas tres etapas los individuos procesales incluyendo sucesos, en este sentido para las dos primeras etapas, tales hechos o sucesos se transcribe en actos de investigación dedicados a servir de fundamento para que se promulguen decisiones de acusación, medidas limitativas de derechos (detención preliminar, prisión preventiva, comparecencia restrictiva o medidas reales, etc.) y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento; y para la tercera, -fase de juzgamiento-, se elaboran los denominados actos de prueba que estarían dedicados a concebir la persuasión en el magistrado y que son los que sirven de fundamento para dictar la sentencia respectiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que los actos de contribución de sucesos al proceso son actos procesales de suma importancia que van a sustentar decisiones de importancia procesal en cada una de estas fases, su estructura e ingreso al proceso tiene que estar envuelta del cumplimiento de las garantías y los supuestos que establece la Constitución y la ley y, sobre todo, sin transgredir el contenido importante de los derechos esenciales.

El acto de investigación se ejecuta esencialmente en la fase de investigación previo e instructiva, y tiene por fin la de averiguar de los sucesos relacionados con el hecho criminal que se averigua. Sirve entonces de fundamento para proveer la imputación penal; decretar la apertura de proceso y juicio oral, y para amparar medidas cautelares. La sentencia se ampara en actos de prueba, los cuales se presentan esencialmente en el juicio oral, acto procesal respecto de la cual el litigante

no ha explicado la falta de un intérprete", pues no se ignore de que si bien las actuaciones de la investigación solo sirven de fundamento para publicar las decisiones exclusivas de la investigación preparatoria y de la fase intermedia, también es verdad que existen las denominadas pruebas anteriores (art. 242 y siguientes) que pese a practicarse en estas dos primeras fases, sin embargo, se constituyen en actos de prueba que luego serán estimados en la sentencia; y qué decir de las actuaciones objetivas e irreproducibles – Artículo 383.- Lectura de la prueba documental - recogidas o elaboradas en las agencias preliminares o investigación preparatoria, las que son incluidas mediante su lectura en el juicio oral, y sirven para crear una decisión.

- **Actos de investigación.**

“Se refiere a una hipótesis y busca alcanzar el conocimiento de los sucesos, para decidir si luego puede hacerse una aseveración y qué aseveración sobre esos sucesos”. "La eficacia jurídica del acto de investigación radica en proveer el argumento para que se dicten decisiones de imputación, de medidas limitativas de derechos y actas de sobreseimiento y de enjuiciamiento (...) Las decisiones instructoras y de la etapa intermedia se ayudan en un juicio de mera probabilidad acerca de la responsabilidad penal de un individuo. Solo la completa convicción de lo opuesto excluye que esas decisiones se dicten en sentido afirmativo”. (San Martín, 2003)

En este orden de ideas se tiene que los actos de investigación son acciones que realizan el fiscal y la policía en las denominadas gestiones preliminares, que tienen como propósito inminente realizar las acciones urgentes o impostergables dedicadas a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su criminalidad, así como salvaguardar las partes materiales de su comisión, particularizar a las personas envueltas en su comisión (art. 330.2 NCPP); y en la investigación preparatoria, se practica todo un grupo de gestiones o acciones funcionales técnico-científicas con el propósito de agrupar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y al acusado preparar la

defensa (Cubas 2009); así como utilizan de argumento para dictar medidas de impedimento de derechos como las medidas cautelares (prisión preventiva, detención, interceptación judicial de las comunicaciones, entre otras), y los autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento.

- **Actos de Prueba.**

Para San Martín (2003) "el acto de prueba está destinado a persuadir al magistrado de la verdad de una determinada aseveración. Presupone elaboración previa de tal aseveración que se convierte en el objeto de la prueba (...). La eficacia del acto de prueba (...) es la de funcionar de argumento a la condena, que el órgano jurisdiccional debe dictar según su criterio de conciencia".

En este sentido, tienen por fin confirmar pretensiones a través de proposiciones aseverativas; de ahí la exigencia de que, previamente a la etapa del juicio, exista una etapa de investigación, pero va a ser en el juicio oral donde se realizan las acciones de prueba; ello porque al entrar a la etapa de juzgamiento las facciones muestran ante el magistrado el caso que van a demostrar cómo verdadero, y se basarían para ello de la labor que realizarán en el juicio; de ahí lo esencial de las acciones que se realizan dentro del juicio oral (Nakazaki 2004) .

2.1.6. Regulación jurídica de la prueba prohibida o ilícita.

- **Concepto.**

El ofrecer una noción de prueba prohibida o ilícita, significa que tenemos que tomar el problema desde el punto de vista del Derecho Legal y otro en el campo legal ordinario. Así lo entiende Asencio (2008), diferenciando una prueba ilícita por violación de derechos esenciales; y en otro nivel, la llamada prueba irregular puntualiza: "Por prueba ilícita ha de comprenderse la conseguida con violación de derechos fundamentales, no siendo esta noción ampliable a otro patrón de faltas que pudieran cometerse tanto de derechos no esenciales, como de otras normas del

procedimiento o, en fin, en momentos diferentes de la adquisición de la fuente de prueba, lo que lleva a ir a otras categorías" , En ese mismo camino, San Martín ubica el concepto de prueba vetada en el primer nivel, nos dice: "Que es aquella prueba que se consigue con faltas a los derechos esenciales, entendiendo por obtención aquel trabajo tendente a llegar a un producto probatorio en el juicio, esto es, tanto la tarea de búsqueda o investigación de la fuente de prueba, cuando el trabajo de la obtención del producto a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos esenciales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un producto que en sí mismo infringe el contenido esencial (Castillo, 2003) del derecho”.

- **Denominación.**

El vocabulario usando tanto en la doctrina como la ley se separará mucho de ser uniforme. Es regular que se usen indistintamente términos como el de "prueba prohibida" o "prohibiciones probatorias", "prueba ilegal", o incluso el de "prueba clandestina" (Miranda 2004).

En Perú, el léxico más utilizado de manera indistintamente es la de "prueba prohibida" o "prueba ilícita", tal como lo podemos corroborar en la ley del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Así, por modelo, en el caso Lastra Quiñones (STC N° 02053-2003-HCITC) se empleó la terminología "prueba ilícita" entendida como "(...) aquella en cuya adquisición o acción se lesionan derechos esenciales o se quebranta la legalidad procesal (...)", mientras que en el caso Químper Herrera (STC N° 00655-2010-PHC/TC) se usó la frase de "prueba prohibida" descrito como un derecho esencial; en la Corte Suprema tenemos la ejecutoria, recaída en el recurso de nulidad R. N° 05-02-2008-Lima de 4 de mayo de 2009, que recomienda: "La prueba prohibida o ilícita es aquella prueba cuya adquisición o acciones, lesionan derechos esenciales o se quebranten normas constitucionales(...) y la Ejecutoria Suprema N° 342-2001-Lima de 17 de setiembre 2004 que consigna: "(...) Quedando desde esta perspectiva la inaceptable e ineficiente de la **prueba**

ilícita limitada a aquella adquirida con abuso de derechos esenciales; (...)". Finalmente, en el acuerdo plenario de magistrados superiores se plantea que la prueba ilícita o prueba prohibida son equivalentes, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente conseguida mediante el abuso de derechos esenciales, así como también a la prueba que se deriva de ella. (Asencio, 2008).

- **Naturaleza.**

Cabe especificar que la naturaleza de la prueba ilícita no es la búsqueda de la veracidad total, al decir de Mixán (1996), "la veracidad total solo la tiene Dios, pues es la verdad misma". Por lo tanto, solo se habla de una verdad legal. De esta forma, la naturaleza legal de la prueba ilícita no parte del argumento epistemológico de la veracidad, sino del derecho; así nuestro Tribunal Constitucional en la condena, Alberto Químper Herrera, STC. Exp. N° 00655- 2010-PHC/TC, hace toda una mejora argumentativa al respecto, delimitando que en la dogmática y regimen comparada no existe acuerdo para determinar cuál es la naturaleza legal de la prueba prohibida.

- **Fundamento.**

La ilegalidad de la prueba desde sus orígenes europeos siempre ha tenido como argumento constitucional, el haber estado conectado al derecho con todos los avales, un derecho constitucional; mas no así en el organismo norteamericano, cuyo principal argumento o propósito ha sido el efecto disuasivo. (deterrent effect) de las acciones policiales ilegales. En consecuencia la tenencia que amplifica la legislación norteamericana considera que la norma de la omisión (exclusionary rule) de la prueba conseguida con abuso de los derechos esenciales tiene como funciones esenciales el efecto disuasivo (deterrence effect) frente a los comportamientos de los oficiales de la policía que infringen algún derecho esencial para conseguir material probatorio y la honradez legal (judicial integrity) (Miranda 2004), En buena cuenta, en la legislación norteamericana la norma de la omisión del material probatorio conseguido ilegalmente no compone un genuino derecho esencial, sino que explica

una función correctiva en la medida en que busca prever y eludir los comportamientos policiales ilegales. En ese aspecto la Corte Suprema de Justicia de los EE UU, en los casos U.S. v. Calandria, 414 US 338 (1974) y U.S v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), declaró que "la norma por la que se omite la prueba conseguida en quebrantando la IV Enmienda tiende a respaldar los derechos reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasivo (de la violación misma) y no tanto como declaración de un derecho constitucional personal de la parte ofendida". En cambio, nuestro Tribunal Constitucional ha ido más allá al mantener en primer lugar, que la prueba ilegal es un derecho y, en segundo lugar, que tiene arraigo constitucional, es decir, que tiene el rango de derecho reglamentario, pero con un asunto sobreentendido al no estar controlado dicho derecho expresamente en la Constitución – STC. Exp. N° 00655-2010-PRC/TC, Alberto Quimper Herrera, se puntualiza que "(...) -. la realidad plasmada en el proceso legislación nos dice otra cosa -la constatación de un fenómeno de debilitamiento progresivo de la norma de omisión, sumergida así en un honda crisis de reconocimiento-, esta crisis se distingue en el sistema euro continental con el origen de la nombrada doctrina de unión de antijuridicidad , "que se establece en un argolla más de la ya larga cadena de principios restrictivos en la aplicación de la norma de omisión de la prueba conseguida con lesión de derechos esenciales (González 2009) y en nuestra nación, basta con inspeccionar el acuerdo plenario de magistrados superiores, nombrado Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal"?", en que se establecen un sucesión de normas para el uso de excepciones a la omisión de la prueba ilegal.

Las consecuencias del testimonio prohibido. -

Los llamados ideales del "fruto del árbol venenoso" tuvieron su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe la denominación de fruit of the poisonous tree o, simplemente. Fruit doctrine. Su procedencia se remonta al caso Silverthone Lumber Co. V. United States (1920) en el que se proporciona el expediente, reconocida por la policía por medio de un registro ilegal. Luego, en Nardone v. United Sates (1939), ese juzgado empleo por primera vez de la expresión "fruto del árbol venenoso", al solucionar que no solo debía omitirse como prueba en

contra de un procesado reproducido de sus charlas ejecutadas sin orden judicial, sino también otras pruebas a las que debieron llegar utilizando la información que brotaba de tales reproducciones (Taravera , 2009).

Al respecto, Parra (1997) dice: "Quitándole mérito a la prueba ilícitamente conseguida perjudica a aquellas otras evidencias que, si bien son en sí mismas legales están argumentadas en datos adquiridos por aquella evidencia ilegal, llegándose a finalizar que tampoco tales pruebas legales pueden ser aceptadas". Para justificarse la inutilización de la prueba bifurcada, tiene que justificarse que evidentemente hay una relación de causalidad entre la evidencia ilícita directa y la evidencia derivada. Castro (2005), señala "que lo esencialmente en este ejemplo de casos es determinar la correlación causal entre la acción originariamente abusiva de derechos esenciales y el acto consecuencia del primero". Agrega, "que, el asentimiento de esta correlación causal no está exento de obstáculos y problemas. Es por ello que no sería apropiado que desde la dogmática se perfilen normas generales cuando dicha actividad debe ser estipulada a quienes tiene la responsabilidad de inspeccionar y solucionar los casos precisos: los magistrados".

- Las irregularidades a la exclusión de la evidencia prohibida.

La legislación, especialmente la norteamericana, ha tenido un fértil avance en cuanto a las irregularidades de la exclusión de la evidencia ilícita, quizá originada por la sensación de protección que la omisión probatoria en algunos casos evidencia. El siempre presente conflicto del respeto a los derechos esenciales, por un lado, facilitando a través de la omisión de la evidencia ilegal; y, por otro lado, la demanda social de amparo. Por ello, en este juicio se ha buscado un término medio, expresado en las siguientes exclusiones.

a) Fuente independiente.

Es una excepción desarrollada por la legislación norteamericana que recibe el nombre de fuente independiente. Se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, en donde la sede postuló que las evidencias conseguidas por vías ilícitas podían de todas maneras ser aceptadas en juicio si el entendimiento de ellas podría derivarse de una fuente autónoma. Talavera (2009) en realidad, la fuente autónoma se argumenta en la existencia de dos o más vías de investigación y resulta que se considera fuente autónoma aquella que no ha seguido la vía de la fuente considerada ilegal sino una elección, si existe en un proceso un cauce de investigación diferente del que se tenga por ilegal, de maneja de poder aseverarse que existía la posibilidad de conseguir la prueba disputada por una fuente autónoma, entonces esa prueba será permitida".

b) Descubrimiento inevitable. -

El origen de dicha excepción se sitúa en el proceso *Nix vs. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), en una indagación ilegal al acusado confesó ser el culpable de un asesinato y condujo a la policía al escenario donde había sepultado a la víctima. Si bien se omitió la declaración del acusado, no se admitió que el cadáver de la víctima fuera también tachado como producto de la indagación ilegal, ya que el cadáver habría sido hallado en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la confesión por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cuerpo. Miranda (2004) concretamente, según este principio es procedente aceptar medios probatorios considerados ilegales, siempre y cuando su obtención se habría producido siguiendo presuntamente otros medios, caminos o vías legales lícitas. Lo esencial es la existencia de la conexión causal entre la prueba conseguida con abuso de derechos esenciales y la fuente refleja o derivada, la misma que no se descarta, por la hipótesis de que se hubiera hallado también aquellas pruebas, respetando los derechos esenciales. González (2009) define, "el resultado probatorio se hubiese elaborado asimismo recurriendo a otros métodos ilegales. La correspondencia con el recurso nombrado curso causal hipotético es más

que inevitable, no existen otros métodos de prueba, sino exclusivamente una teoría, una conjetura, o un argumento contrafáctico; a pesar del abuso, se afirma que, si el procedimiento regular hubiese continuado respetando las normas procesales, la prueba se hubiese podido conseguir de todas maneras". Sin embargo, tiene que quedar claro cuál es la disconformidad entre la excepción de la fuente autónoma y la teoría del descubrimiento ineludible; en esta última, los magistrados aceptan y valúa una acción probatoria que ha sido conseguido ilegalmente a través de una teoría sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos -ineludiblemente-sería conseguido a través de una labor regular y legal. En cambio, tratándose de la fuente autónoma, lo que se comprueba es una interrupción causal entre la acción inicial ilegal y el producto probatorio que se estima precisamente porque no deriva del primer acto.

c) La conexión de antijuridicidad.

En realidad, no se trata de una particularidad de aquellas desarrolladas por la legislación norteamericana, como las excepciones de fuente independiente, hallazgo ineludible o excepción de buena fe, sino a un desarrollado de la legislación euro continental. (González 2009). Esta conjetura se elabora sobre un baremo genérico y pretende con ello dotar de herramientas que proporcionen mayor seguridad legal en la solución del problema de la prueba ilegal. Ha sido un sustituto a la teoría del árbol del fruto prohibido, pues "coopere a organizar las excepciones, a renovar e inspeccionar las jerarquías e introducir nuevos criterios de proceso en esta materia" (González 2009)

d) La denominada excepción de buena fe.-

Es la excepción usada en la legislación norteamericana, al considerar que el propósito provisorio de la exclusión de la prueba no es necesario cuando la policía ha actuado suponiendo que lo hacía dentro de la norma. Presupone la existencia de un

error, con lo que necesariamente acepta la falta del dolo o propósito (mala fe), y, por consecuente, se sitúa en el campo de la imprudencia. Este fallo puede venir estimulado por insuficiencia o defectos de la norma, o como consecuencia de una acción legal incorrecta (González 2009). El argumento que se ha dado para aceptar esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y prudente ha confiado en que actuaba acorde a derecho. De esta manera, su argumento radica en prever y desanimar al funcionario, ya sea policía, fiscal o juez, para que sus acciones se realicen en el marco del deferencia de los derechos esenciales; sin embargo, de no ejecutarse este objetivo debido a que el funcionario no sabía (actuaba de buena fe) que la orden que portaba era ilícita o que el mandamiento legal era arbitrario o anticonstitucional, no cabe arrojar la prueba, por cuanto no se está cumpliendo con la principal finalidad disuasiva, lo que la doctrina norteamericana llama el (deterrent effect). Al respecto Castro (2005) tiene un parecer crítico a esta postura, pues no le parece posible hacer depender la autenticidad de una actividad probatoria ilegal en las creencias subjetivas del agente policial interpretadas en una supuesta buena fe, porque ello dirigiría proporcionarles a los agentes del convencimiento penal la posibilidad siempre abierta para alegar buena fe aun en acciones dolosas y vulnerables de derechos esenciales, en las que aquella no existe.

e) **Nexo causal debilitado.**

Se le nombra como mancha disuelta o mitigada (purged taint exception attenuation of the taint) contaminación mitigada, y para graficarlo mejor citamos un ejemplo de la legislación norteamericana (caso Wong Sun); "A" es preso ilícitamente por la policía, e incrimina en su declaración a "B". Tras ello, la policía detiene a "B", requisada droga en la inspección de su hogar, y esta imputa a "E", este concurre espontáneamente ante la policía y se declara responsable. En el proceso, "A" logra descartar la evidencia de la droga embargada a "B", alegando que deriva directamente de su previa detención ilícita. Sin embargo, la demanda de "E" para que su testimonio fuera también inhabilitada no prosperó: fue revelada como un suceso que estorbo la cadena causal. Subrayar que, aunque el testimonio de culpabilidad de "e" fue optativo y espontánea, al no haber sido avisado previamente de la nulidad de

la detención y en consecuencia del registro y aprehensión de drogas, no debió valora como válida. (Guariglia, 2005). Al respecto, González (2009) explica que esta excepción opera allí donde, aunque establecida una correlación causal, la imputación objetiva –o nexo de antijuridicidad- se rompe por la acción voluntaria de alguien, en los supuestos testimonios precedidas de fiscalizaciones declaradas nulas; sin embargo, para que aquellas sean aceptadas, han de estar avisadas previamente de la declaración de nulidad de las anteriores diligencias, así como que ha de ser prestada libre y voluntariamente, esto es, sin presiones (doctrina de la advertencia calificada).

El profesor Neyra (2010) nos dice: "Se analiza que el testimonio, en este caso, es una 'acción autónoma sanadora' que rompe la cadena con la lesión inicial, pero se debe tener en cuenta que, si no se hubiera dado la inicial afectación al derecho esencial, no se hubiera dado la prueba última, por lo cual aún existe unión causal". Como es el caso de nuestra legislación nacional (caso del expresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori), - Exp. N° AV. 19-2001, Sala Penal Especial, sentencia de fecha 7 abril 2009, Alberto Fujimori Fujimori por los cargos de secuestro, lesiones y asesinato en agravio de Luis Alberto León Borja y otros.

f) Teoría del riesgo.

Es muy utilizada en los países europeos, es de linaje alemán y se origina a partir de la intervención a las comunicaciones. Lo que dice esta hipótesis es que la prueba conseguida no lesiona derechos esenciales, toda vez que no hay una simulación importante al secreto de las comunicaciones por ser una acción que realiza un integrante de la comunicación. Esta teoría es entendida cuando dos individuos se comunican, una le expresa o narra a la otra una actividad delictuosa o relacionada con el crimen, de modo que asume el riesgo que su dialogador lo delate. Sobre la base de esta intervención a las comunicaciones se realizan intervenciones y se encuentra[n] los efectos del crimen".

En el vigente caso, no hay abuso al derecho a la intimidad del emitente por cuanto el oyente es titular del derecho a las comunicaciones y el emitente asumió su

propio riesgo al confiar una tarea prohibida a su oyente. Así, Asencio (2008) es rotundo en sostener "que la grabación, filmación o captación de una conversación hechas por uno de los comunicantes sin conocimiento del resto, cualquiera que sea su contenido, no afecta ni al derecho a la confianza personal, ni al relativo a la protección del secreto de las comunicaciones, de manera que en caso alguno puede concluirse la ilegalidad de tales instrumentos y por ello su disminución de valor probatorio".

CAPÍTULO III LEGISLACION NACIONAL

3.1. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Las resoluciones judiciales respecto a las fuentes de pruebas que se han obtenido con una notada infracción de derechos fundamentales, no han tenido un pronunciamiento de manera expresa, precisando la existencia de tal categoría jurídica para exceptuar, si no que en la mayoría de casos se ha aceptado en forma tácita, admitiendo en su gran mayoría de casos dichas actuaciones de la autoridad policial.

Es necesario recordar que desde 1981 aparece el fenómeno del terrorismo por lo que el Estado comenzó a divulgar un conjunto de normas para enfrentar tal fenómeno, que contenía un quebrantamiento del orden socio político, de tal suerte que durante 20 años aproximadamente el país vivió en emergencia y en la indagación de los delitos sucedieron muchos casos en los que se utilizó como medios de prueba la denominada "prueba ilícita", sin embargo como incluso los órganos que juzgaban tales delitos estaban constituidos por Tribunales con identidad secreta por lo que nunca siempre se admitió y se validó en forma de dichas pruebas y por lo general se emitió fallas condenatorias teniendo como sustento dichas pruebas.

3.2. PRUEBA ILÍCITA Y LA CONSTITUCIÓN

a) Constitución del Estado (1979)

Art. 2; Inc. 20, Num J: Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor, quien la emplea incurre en responsabilidad penal.

Num. k: Nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer responsabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

b) Constitución del Estado Peruano (1993)

Art. 2; Inc. 24, num h). “Nadie debe ser víctima de violencia moral 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”.

Art. 139; Inc. 3: “Constituye un principio de la Administración de Justicia la "observancia del debido proceso" y la "tutela jurisdiccional". Anteproyecto de Reforma de la Constitución (Publicado el 05 de abril del 2002).

Cap. I, art. 1; "Derecho de la Persona".

Inc. 9 y 10. "Derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

Inc. 20; "Derecho a la Reserva de Convicciones".

Inc. 25, lit. a: "Libertad Personal". lit. í: "Prohibición de tortura y hatos degradantes". "Nadie debe ser víctima de violencia moral, Psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos, humillantes o degradantes. Cualquiera

puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carece de valor la declaración y la prueba obtenidas por violencia o con prescindencia de la forma prevista en la ley".

Inc. 26; "Derecho al Debido Proceso", lit. I: "Derecho a no inculparse".

Art. 2; "Límites de la Potestad Punitiva del Estado, el Estado al ejercer su potestad punitiva, debe respetar los principios de Constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad en el ámbito penal, procesal y penitenciario, así como el Debido Proceso".

Art. 4; "Deber de investigación de violación de Derechos Humanos, el Estado está obligado a investigar las violaciones a los Derechos Humanos, cometidas por cualquier funcionario público, persona natural, jurídica u organización de personas".

3.3. El Tratamiento Legal de la Prueba Prohibida en el Nuevo Código Procesal Peruana.

El artículo 159° del Código Procesal Penal señala: "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". Este precepto guarda íntima concordancia con lo dispuesto por el artículo VIII del Título Preliminar del citado código que señala sobre la legitimidad de la prueba lo siguiente: 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Nos permitimos consignar literalmente la norma inherente a esta

garantía procesal, que determina la proscripción de pruebas obtenidas ilícitamente, es decir, sin respetar el debido proceso, porque constituye parte elemental del fundamento del mismo, que tiene como norte la búsqueda de la verdad legal dentro del juicio histórico que desarrolla el operador jurisdiccional. Aclaremos, expresamente, que no define la prueba ilícita, pero de su contenido aflora que solo se está frente a pruebas prohibidas, cuando las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violan o vulneran el contenido esencial de derechos elementales del individuo; es pues, en esencia, lo que el legislador nos ha transmitido.

Por contenido fundamental debe comprenderse el núcleo básico de un derecho fundamental, que rige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, cuyos funcionarios jamás deben trasgredir, definir o limitar tales derechos, en los que atañe a la esencia del Derecho, a su naturaleza, a sus valores, de modo que todo el contenido es en sí mismo necesario por esencia. Como lo hemos señalado, ese “contenido esencial” ha sido calificado como “contenido constitucionalmente protegido” por el Tribunal Constitucional; en otros términos, blinda al órgano que delimita los contornos de su ámbito de protección.

Desde otra actitud, hay quienes sustentan que el contenido principal es lo que queda después del ejercicio de la ponderación o principio de proporcionalidad.

La referencia del artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal al contenido esencial de los derechos fundamentales, ha llevado a sostener al profesor Miranda (2004) que ello permitiría mantener que el legislador peruano no hay configurado la regla de exclusión de un modo absoluto, de tal manera que cuando la vulneración no afecta el contenido esencial del derecho fundamental, los jueces podrán admitir excepciones. Consideramos que esto deberá ser establecido en cada caso en concreto, por el operador jurisdiccional.

CAPÍTULO IV JURISPRUDENCIA

4.1. STC Exp. N° 00655-2010 – PHC/TC, Alberto Quimper Herrera, Lima, 27 de octubre de 2010, Prueba Ilícita. -

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC LIMA

ALBERTO QUIMPER HERRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 730, su fecha 12 de enero de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de junio de 2009 doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alberto Químper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, a cargo del Juez Jorge Octavio Barreto Herrera, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha

21 de octubre de 2008, emitido en el Exp. N.º 107-2008, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. Alega que el auto de apertura cuestionado viola el derecho al debido proceso del beneficiario, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que con fecha 5 de octubre de 2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” difundió cuatro audios ex-profesamente editados y que días después el diario “La República” también presentó nueve audios ex-profesamente editados y obtenidos con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son conversaciones interceptadas del favorecido que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la cual no pueden servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado.

Por último, refiere que en el proceso penal que se le sigue a don Elías Manuel Ponce Feijoo y otros, el beneficiario ha sido admitido como parte civil, por cuanto había sido objeto de interceptaciones telefónicas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda expresando que el auto de apertura cuestionado ha sido emitido sin contravención de algún derecho constitucional del beneficiario, por cuanto el juez emplazado ha valorado las pruebas al momento de dictarlo. Añade que en el proceso penal que se le sigue al beneficiario puede cuestionarse la razonabilidad de los elementos de prueba que sustentan el auto de apertura cuestionado.

Realizada la investigación sumaria el juez emplazado manifiesta que la causa seguida en contra del beneficiario es compleja y se encuentra en estado de investigación. Asimismo, señala que las resoluciones judiciales que ha emitido han respetado los derechos fundamentales del beneficiario.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 21 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que lo que en puridad se pretende es que el juez de hábeas corpus se arrogue las facultades reservadas al juez ordinario y proceda al reexamen o revaloración de los elementos probatorios que sirvieron de base para el dictado del auto de apertura de instrucción.

La Sala revisora, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS:

1. Delimitación de la pretensión y de la materia controvertida .-

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocinio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Se alega que el auto de apertura cuestionado afecta los derechos al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al debido proceso del beneficiario, en conexión con su derecho a la libertad individual, por cuanto las pruebas de cargo que sustentan el auto de apertura de instrucción son pruebas prohibidas, toda vez que son producto de interceptaciones telefónicas.

En dicha línea argumentativa, también se pretende que se le ordene al juez emplazado que en el Exp. N.º 107-2008 dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. Delimitadas las pretensiones y los alegatos que sustentan la demanda, este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre algunas cuestiones que plantea la denominada prueba prohibida en el proceso penal, también conocida en la doctrina como prueba ilícita o prueba inconstitucional. Para ello, se habrán de responder las siguientes interrogantes ¿cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida?; ¿la prueba prohibida es un derecho constitucional explícito, un derecho constitucional no enumerado o es el contenido implícito de un derecho constitucional?; y ¿qué efectos genera la prueba prohibida en el proceso penal?

A continuación de ello se analizará el contenido del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como sus límites, debido a que en la demanda se alega que se habría producido la presunta vulneración de este derecho.

2. Naturaleza jurídica de la prueba prohibida

1. En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

2. De otra parte, existen otras posiciones que predicen que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido

no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.

En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó 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”.

3. También se ha considerado 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 Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”.

En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”.

4. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido

ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

5. En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

3. El fundamento de la prueba prohibida. -

1. Con relación al fundamento que garantiza la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, este Tribunal considera pertinente enfatizar que también en la dogmática constitucional comparada no existe consenso para concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento.

2. Así, existen posiciones que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, a decir 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” [Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 120].

En este sentido, se destaca que la presunción de inocencia como primera garantía del proceso penal exige no sólo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de las fuentes de prueba se produzca sin la violación de algún derecho fundamental.

3. De otra parte, se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
4. En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.
5. Proponiendo una concepción amplia sobre la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000,

ha destacado 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 basa asimismo “en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

4 La prueba prohibida en la Constitución. -

1. Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2º 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 2º 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.

2. En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159º del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que “[e]l 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”.
3. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.

5. Los efectos de la prueba prohibida. -

1. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l 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”.

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

2. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”.

6. Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas. -

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela “a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su

grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

2. 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.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil* precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima “debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”.

3. 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 constituirían 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 legitima.

4. Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso *Schenk vs. Suiza*, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”.

5. Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, ha enfatizado que:

- a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y 147].
 - b. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].
 - c. La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].
6. En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”.

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.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

VERGARA GOTELLI

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

URVIOLA HANI

CAPÍTULO V DERECHO COMPARADO

5.1. La Prueba Prohibida en el Comparado. –

Modelo Italiano. - Su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 34/1973, se dio en un tema de intervenciones telefónicas, donde proclamó la inutilizabilidad en el procedimiento de las pruebas obtenidas mediante métodos o conductas realizados en desprecio de los derechos esenciales de los ciudadanos garantizados en la constitución, basándose en el artículo 13.3 de la Constitución de la República, que sanciona la violencia sobre cualquier investigado (Miranda 2004).

Tiene como marco legal el artículo 13.3 de la Constitución Italiana que sanciona la violencia sobre cualquier investigado, el artículo. 188 código Procesal Penal Italiano de 1988 que recoge el principio de la libertad de la persona en la práctica de los medios de prueba y el artículo. 191 del Código Procesal Penal Italiano vigente.

Modelo Alemán. - Es común reconocer como descubridor de la prueba prohibida (para ellos prohibiciones probatorias) a Struensee (1994) quien la caracterizó como los límites en la indagación de la verdad en el proceso penal y divide las reglas aplicables a ella en dos partes: i) de forma negativa, limitando la obtención de pruebas por razones diferentes al aseguramiento de la verdad, y ii) de forma positiva por proteger intereses extraprocesales.

En este país el Tribunal Supremo Federal (BGH) crea la teoría del entorno legal en auto del 21-1-58 que prohíbe el beneficio del material probatorio que pueda llegar a lograrse cuando la violación afecta de forma esencial el contexto de los derechos del imputado y no cuando tenga importancia secundaria.

Para decir si este es el caso se debe tener en cuenta “el fundamento de la disposición” y la “cuestión de en qué interés ha sido creada” (...) es decir cuál es el fin de protección de la norma. (Struensee 1994)

En ese sentido, el Tribunal Federal Alemán propugna porque se exceptúe totalmente toda prueba que infrinja los derechos más fundamentales de la persona.

En cuanto a su código la prohibición de la valoración de la prueba se ha aplicado en las conjeturas de aplicación de la garantía de no autoincriminación del 136 Ordenanza procesal alemana.

Modelo Español. – Esta legislación no contempla la doctrina de la prueba prohibida. López (1989) se utilizó una grabación subrepticia de un diálogo de uno de los interlocutores, que fue luego utilizada para argumentar el despido de la persona es que se incorpora la teoría de la prueba prohibida.

A partir de la sentencia 114/1984 se crea el artículo 11. 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial español el primero de julio de 1985, que positiviza la regla de exclusión. Que ha generado todo un debate en ese ámbito ya que se discute si es que se ha positivizado la doctrina de los frutos del árbol prohibido; esta teoría tiene rasgos distintos en base a la fundamentación que cada sistema le dé, el sistema norteamericano que se argumenta en el efecto disuasivo que quiere lograr, pero no un efecto disuasivo en pos de proteger los derechos esenciales de las personas, convenciendo a los agentes policiales a cumplir sus labores respetando los derechos esenciales, lo cual siendo un aspecto muy subjetivo no se llega a verificar sino que el tribunal en su caso decidirá según su arbitrio.

La Prueba Prohibida en México. - La prueba es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos. - Puntualiza que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos que, a decir 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. Se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA: La verdad real, material o histórica que se trata de investigar en el proceso penal, no puede obtenerse a cualquier precio, sino sólo al precio legítimo de lo que es viable y hacedero, de acuerdo con los altos principios que gobiernan al Estado de Derecho.

SEGUNDA: La prueba ilícita es la que se obtiene violando derechos y libertades fundamentales, garantías establecidas en las normas procesales y normas procesales que regulan la actividad probatoria.

TERCERA: No tienen efectos evidenciables los elementos de prueba obtenidos o incorporados al proceso vulnerando derechos y libertades fundamentales, garantías establecidas en las normas procesales que regulan la actividad probatoria. Estos efectos abarcan a aquellos elementos de prueba que han sido obtenidos legalmente, pero que se han basado en datos conseguidos por prueba ilegal o prohibida (teoría del árbol envenenado).

CUARTA: Desde nuestro punto de vista el Código Procesal Penal (2004) permite utilizar, como única excepción, elementos de prueba ilícitos, si a partir de su irregularidad se obtuviera información o elementos probatorios favorables al procesado; por tanto, no existe impedimento para utilizarlos en el proceso solamente a su favor.

QUINTA: Finalmente, consideramos que la jurisprudencia penal peruana no ha desarrollado profusamente lo relacionado a la prueba prohibida, sin embargo, ha sentado las bases para su progresivo perfeccionamiento.

VII. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la conformación de un equipo de la Policía Nacional del Perú especializada en investigación criminal, soporte a la justicia, apoyo al ministerio público y Criminalística, y que actúe con respeto a los derechos fundamentales de la persona, para lo cual se le debe ofrecer una formación constitucional conforme con Sistema Penal garantista que nos rige en estos momentos.

2.- Recomendar que en concordancia con la soberanía el Código Procesal Penal le confiera a la Policía Nacional del Perú en la etapa de investigación preliminar, a la fiscalía la capacitación en lo relacionado a los actos de investigación, contribuyendo de esta manera con su formación constitucional y a un mejor proceso investigatorio que ayude a mejorar la justicia.

3.-Recomendar a los juristas de la legalidad, solicitar confirmatoria judicial de las inspecciones sin orden judicial en los casos de flagrancia delictiva y grave peligro de su consumación y así evitar abusos por parte de la Policía aduciendo los supuestos excepcionales, a fin de dar oportunidad al fiscal de reunir a tiempo más elementos válidos de prueba.

VIII. RESUMEN

El trabajo de suficiencia tuvo como finalidad analizar y explicar los argumentos jurídicos dogmáticos de la prueba prohibida en el proceso acusatorio garantista. Este trabajo es una investigación jurídica dogmática, desplegada en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia peruana. El método empleado tenemos al exegético, dogmático, hermenéutico y la revisión bibliográfica. Concluyendo que la verdad real, material o histórica que se trata de descubrir en el proceso penal, no puede conseguirse a cualquier precio, sino sólo al precio legítimo de lo que es viable hacer, de acuerdo con los altos principios que gobiernan al Estado de Derecho. Además, considera como prueba ilícita aquella que se obtiene violando derechos y libertades fundamentales, garantías establecidas en las normas procesales que regulan la actividad probatoria.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alfaro, L. G (2010). *Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Gaceta Jurídica.

Alfonso, O. (2004) *Prueba Ilicita Penal*. Bogota: Jurídicas Gustavo Ibañez,

Asencio, J. M (2008) *El Caso del Allanamiento y Secuestro de los “Vladivideos”*.
Lima: Grijley.

Bustamante, R. (2001). *El Derecho a Probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo*. Lima: Palestra.

Castillo,L. (2005) *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica.

(2003). *Elementos de una Teoria de los Derechos Constitucionales*. Lima:
Ara.

Castro, H. (2005) *Derecho Procesal Penal*. Lima: Ara.

Chavarry, B (2011) *La prueba ilícita penal en la administración de justicia en el Perú*. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo. Tesis para optar el grado de Doctor en derecho y ciencias políticas.

Chocano, P. (1997) *Teoria de la Prueba* . Lima: Idemsa.

Cubas, V. (2009) *Lo Nuevo del Código Procesal Penal* . Lima: Gaceta Juridica.

Devis, H. (2009) *Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista.

Garcia, D. (2008) *Manuel de Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista.

Garcia, C. (1984) *Derecho Tributario Penal*. Buenos Aires: Depalma.

- González, J. (2009) *Procesal Penal Tomo I*. Lima: Gaceta Penal.
- Gonzales, L y Arias, F (2004) *Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal penal con tendencia acusatoria Ley 906 de 2004*. Santiago de Cali: Universidad de San Buenaventura Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Especialización en Derecho Procesal Penal y Criminalística. Trabajo de grado como requisito parcial para obtener el título de especialista en Derecho Procesal Penal y Criminalística.
- Guariglia, F. (2005) *Concepto Fin y Alcance de las Posibilidades de Valoracion Probatoria en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Puerto.
- Lopez - Barja, J. (1989) *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal.
- Miranda, M. (2004) *El Concepto de Prueba Ilicita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. Barcelona: Bosch editor.
- Mixán, F. (1996) *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*. Trujillo: BLG.
- Mixán, F. (1992) *Derecho Procesal Pena/o Teoría de la Prueba*. Trujillo: BLG.
- Nakazaki, C. (2004). *Lo Nuevo del Codigo Procesal Penal*. Lima: Gaceta Juridica.
- Neyra, J. A. (2010) *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigacion Oral*. Lima: Idemsa.
- Pareja, B (2017) *Modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho procesal.

- Parra, J. (1997) *Pruebas Ilicitas*. Lima: Revista Lusset veritas.
- Pavon, C. (1946) «Tratdo de familia en el derecho civil argentino. Tomos I Y II.»
Tomo II:111. Buenos Aires: Ideas.
- Rosas, J. (2009) *Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista.
- Roxin, C. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Puerto.
- San Martin, C. C.(2003) *Derecho Procesal Penal T.II*. Lima: Griley.
- Sánchez, J. (1996). *La Vertiente Juridica Constitucional del Derecho a la Prueba el Ordenamiento Español*. Madrid: Revista de Derecho Politico.
- Struensee, E. (1994) *Prueba Prohibida*. En Revista de Ciencias Penales N°4. Lima.
- Serra, E.(2009). *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas.
- Talavera, P. (2009) *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal* . Lima.: Academia de la Magistratura
- Taruffo, M. (2008) *La Prueba* . Madrid: Ara .
- Uriarte, E (2017) *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*. Chimbote: Universidad Cesar Vallejo. Tesis para obtener el título de Abogado.
- Valconi, T (2011) *La prueba ilícita en el proceso penal venezolano*. República Bolivariana de Venezuela: Universidad del Zulia Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas división de estudios para graduados programa: Maestría en ciencias penales y criminológicas.

Vide STC Exp. N° 04831-2005-PHC/TC, f. j. 8.

Vide STC Exp. N° 04831-2005-PHC/TC, f. j. 9.