

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO**



**“ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y PROPOSITIVO DEL FUNDAMENTO DE  
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL  
2004”.**

**Tesis Presentada por el Bachiller, GEOVANNY  
ALONSO ABRILL ARANIBAR, para optar el  
Grado Académico de Maestro en DERECHO,  
con Mención en DERECHO PROCESAL.**

**Asesor:**

**Mag. Hugo César Salas Ortiz**

**AREQUIPA – PERÚ**

**2018**

**DEDICATORIA**

**La familia no es algo  
importante. Lo es todo.**

**Michael J. Fox**

**En Agradecimiento a ustedes.**

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| RESUMEN.....  | 1  |
| ABSTRACT .....  | 2  |
| INTRODUCCIÓN.....   | 3  |
| CAPÍTULO I.....   | 4  |
| NOTAS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LEGAL .....  | 4  |
| 1.1.    Propósito .....   | 4  |
| 1.2.    ¿Qué es la prueba? .....  | 4  |
| 1.3.    La probabilidad de la prueba .....  | 9  |
| 1.4.    Noción de prueba en el nuevo código procesal penal.....                                 | 12 |
| 1.5.    Característica de la prueba .....   | 14 |
| 1.6.    Finalidad de la prueba.....   | 15 |
| CAPÍTULO II: LA PRUEBA ILÍCITA .....  | 18 |
| 2.1.    Introducción.....   | 18 |
| 2.2.    Definición de prueba ilícita.....   | 18 |
| 2.3.    Fundamento de la prueba ilícita .....   | 23 |
| 2.4.    Supuestos de obtención.....   | 26 |
| 2.5.    Reglas de exclusión.....  | 32 |
| 2.6.    Postura a favor de su invalidez.....  | 36 |
| 2.7.    Postura a favor de su validez. ....   | 40 |
| CAPÍTULO III: REDEFINIENDO LA COMPRENSIÓN DE LA.....  | 44 |
| PRUEBA ILÍCITA. ....  | 44 |
| 3.1.    Objetivo .....  | 44 |
| 3.2.    Crítica al fundamento de la prueba ilícita. ....  | 46 |
| 3.3.    UTILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS DELITOS DE<br>CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO. .... | 50 |
| 3.4.    Validez de la prueba ilícita. ....  | 52 |
| CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA.....                                 | 55 |
| 4.1.    Introducción.....   | 55 |
| 4.2.    Posición del tribunal constitucional. ....  | 57 |
| 4.3.    Postura de la corte superior de justicia. ....  | 58 |
| 4.4.    Opinión evaluativa. ....  | 59 |
| CONCLUSIONES .....  | 61 |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 62 |

|  |    |
|--|----|
| ANEXO: BOSQUEJO METODOLÓGICO PARA DETERMINAR LA..... | 65 |
| VALIDEZ DE LA PRUEBA ILÍCITA .....                   | 65 |
| A.    Objetivo. ....                                 | 65 |
| B.    El núcleo duro.....                            | 65 |
| C.    El tipo de delito. ....                        | 67 |
| D.    El caso en específico (proporcionalidad). .... | 67 |
| E.    Contundencia de la prueba.....                 | 68 |
| PROYECTO DE INVESTIGACIÓN .....                      | 70 |

## RESUMEN

En el presente trabajo, se esboza de forma general, algunas consideraciones que versan sobre la validez de la prueba ilícita en los delitos de corrupción, crimen organizado, terrorismo y trata de personas.

La tesis está constituida por cuatro capítulos y un anexo. El primer capítulo se desarrolla aspecto de la prueba. En el segundo capítulo se describe sobre la prueba ilícita. En el tercer capítulo se analiza los fundamentos de la prueba ilícita. En el cuarto capítulo se analiza la posición de la jurisprudencia peruana en relación al tema. Y por último en el anexo se plantea algunas cuestiones metodológicas que el juzgador debe tener en cuenta al momento de decidir sobre la validez de la prueba ilícita.

## **ABSTRACT**

In the present work, some issues that refer to the validity of illegal evidence in the crimes of corruption, organized crime, terrorism and human trafficking are outlined in a general manner.

The thesis consists of four chapters and an annex. The first chapter develops the aspect of the test. The second chapter describes the illegal evidence. In the third chapter, the foundations of illicit evidence are analyzed. The fourth chapter analyzes the position of Peruvian jurisprudence in relation to the subject. And finally, in which there are some methodological issues that the judge must take into account when deciding on the validity of the illegal evidence.

## INTRODUCCIÓN

La tesis que se presenta tiene por objeto analizar la exclusión de la prueba ilícita introducido en los procesos penales. Desde la retórica legislativa, jurisprudencial y doctrinaria se ha asentado en nuestro medio una posición mayoritaria que afirma y defiende dicha posibilidad, en este sentido, el legislador y el operador jurídico peruano ha determinado que la prueba ilícita en cualquier contexto legal debe necesariamente ser excluida, esto es, que los elementos probatorios que pueda ofrecer dicha prueba no deben de ser tomados en cuenta dentro del proceso penal y el juzgado no tiene que fundamentar su decisión en las mismas.

Dicha exclusión probatoria, hasta cierto punto es válida y justificada, sin embargo, no puede decirse lo mismo en todos los escenarios jurídicos, es decir, no se puede pregonar de forma absoluta e irracional que la prueba ilícita tiene que ser siempre excluida del proceso penal.

Siguiendo el lineamiento esgrimido en el párrafo anterior, por nuestra parte, formulamos una atenuación a la perspectiva absolutista de la exclusión de la prueba ilícita; y argumentamos que la prueba ilícita en algunos contextos jurídicos tiene que ser valorada por el juzgador. Los delitos en los que creemos que la prueba ilícita tiene plena validez y eficacia son cuando se están ventilando temas de corrupción, crimen organizado, trata de personas y terrorismo.

El argumento que justifica nuestra posición, se centra fundamentalmente en la gravedad de dichos delitos y que el proceso penal tiene que procurar maximizar la probabilidad de obtener decisiones justas no solamente desde una perspectiva del sujeto que está inmerso en el proceso penal sino también desde una vertiente social. Bajo este último argumento, es necesario en algunos casos proteger a la sociedad y los intereses sociales.

## CAPÍTULO I

### NOTAS GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LEGAL

#### 1.1. PROPÓSITO

El presente apartado tiene como finalidad presentar un panorama general del concepto prueba dentro del proceso legal, haciendo especial referencia a la legislación procesal penal peruana. El objetivo, es dar una visión básica de lo que se entiende por prueba en el escenario jurídico.

Es preciso aclarar que no se pretende, en medida alguna, hacer un desarrollo exhaustivo de la normatividad y de la dogmática que se ha desarrollado para explicar dicha institución (la prueba). Hacer esto implicaría una disposición de esfuerzo cuyo resultado sería un tratado sobre la prueba.

A nivel de la teoría y de la praxis jurídica se tiene claro la importancia y la utilidad de la prueba. En el razonamiento judicial, la prueba constituye una herramienta fundamental, pues no es posible imaginar el desarrollo del debate procedimental sin dicho elemento. Las afirmaciones fácticas que se detallan y se discuten en el entorno judicial –sea cual sea su “naturaleza”- deben ser ratificadas o desvirtuadas por medio de la prueba, con el propósito de comprobar la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos que se han introducido en el proceso judicial.

#### 1.2. ¿QUÉ ES LA PRUEBA?

Por medio de la etimología es posible conocer el significado de un concepto. La denotación que se obtiene a través de la etimología, si bien es cierto, puede ser útil como primera aproximación de un concepto; sin embargo, es limitado debido a la escasa funcionalidad explicativa que tiene la etimología. Con lo afirmado no se pretende de ninguna manera, desacreditar las definiciones etimológicas, pues simplemente, se hace entrever su limitación para dar razón



de algunos conceptos. Por ejemplo, si recurrimos a una definición etimológica del concepto prueba, vamos a toparnos que dicha palabra tiene un origen en la terminología latina y significa lo *bueno*, lo *honradamente*<sup>1</sup>. En el contexto etimológico se entiende que es bueno el que prueba lo que pretende, en este sentido, antiguamente “en cualquier discusión, ante una afirmación del contradictor que se acepta se le dice: eso se le doy por bueno: esto es: eso lo admito, no lo discuto, lo doy por probado; y en otro caso se dice: eso me lo tendrá que hacer bueno: esto es, lo tendrá que probar”<sup>2</sup>. El resultado de transitar por el origen etimológico de una palabra es aleccionador y provee un punto de inicio para nuestras cavilaciones, pero es insuficiente para darnos un panorama general contemporáneo del tema que se desea tratar.

Una advertencia que siempre suele hacerse en cualquier trabajo que aborde el asunto de la prueba es la ambigüedad que tiene este concepto. Este problema genera dificultades insalvables al momento de intentar proponer una definición univoca de la prueba. Los autores especializados en la temática admiten sin dificultad la polisemia de dicho concepto, e indican que el término prueba es entendido de diversas maneras, en esta línea argumentativa, Jerzy Wróblewski, por ejemplo, señala que las significaciones más importantes de lo puede entenderse por prueba son<sup>3</sup>:

*Prueba 1* como razonamiento en el que el demostrandum  
está justificado por un conjunto de expresiones

---

<sup>1</sup> “Vicente y caravantes sostenía que su etimología se encuentra en el adverbio *probe*: honradamente, que es honrado el que prueba lo que pretende; o *probandum*, que quiere decir recomendar, probar, experimentar, hacer fe, según lee en varias leyes del Derecho Romano”, Flores García, Fernando, *Loa elementos de la prueba*, Revista del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1991, pág. 512

<sup>2</sup> Santis Melendo, Santiago, *Introducción al derecho probatorio*, en estudios procesales en memoria de Carlos Viada, Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1965, págs. 531-534.

<sup>3</sup> Wróblewski, Jerzy, *sentido y hecho en el derecho*, trads. Juan Igartua Salaverria y Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Editorial Grijley, Lima, 2013, págs. 235-236

lingüísticas (las “pruebas 2”) de las que se deduce por medio de una serie finita de operaciones.

*Prueba 2* como expresión lingüística (proposición o valoración) que constituye la base de la prueba 1.

*Prueba 3* como actividad de una persona que formula la prueba 2.

*Prueba 4* como objeto que sirve de fundamento de la prueba 2.

El término prueba ha sido y es utilizado en diversas situaciones particulares, por ejemplo, se habla de la prueba en un contexto contable, médico, científico, económico, legal, físico, teológico, etc., y en cada escenario la prueba adquiere una matización singular según el lugar donde se la utilice, en esta perspectiva, no es lo mismo hablar de la prueba en una esfera contable que de la prueba en una discusión médica o legal<sup>4</sup>. Pero, a pesar de existir distinciones entre cada realidad, es posible averiguar las propiedades formales y generales que toda prueba debe de tener<sup>5</sup>.

Un intento loable y plausible por explicar aquellas características ha sido emprendido por el profesor David A. Schum. El citado autor, señala que su aspiración es, “encontrar algún terreno común para un discurso sobre la prueba que no dependa del entorno en el que la prueba haya sido descubierta por primera vez y luego usada con el propósito de sacar conclusiones”<sup>6</sup>.

Schum refiere que:

---

<sup>4</sup> Schum, David A., Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico. Trad. Orión Vargas Velez, Editorial Orión Vargas, Colombia, 2016, pág. 35.

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> ídem.

“Un atributo de la inferencia humana, común en diferentes situaciones, es que la prueba *concluyente* o es muy escasa o es casi imposible de obtener. No existen indicadores pre-operativos concluyentes o perfectos de la posible mortalidad de un paciente luego de una cirugía cardíaca; no hay indicador concluyente alguno de las intenciones de la competencia en los negocios, de la culpa de una persona acusada en un proceso penal, o del comportamiento del tiempo en una semana a partir de este momento. Tales pruebas, de haber existido harían *necesario* considerar una hipótesis particular o una posible conclusión. En vez de tal perfección, usualmente hacemos uso de un *conjunto* de pruebas *no concluyentes* que tienen propiedades adicionales: la prueba es *incompleta* en aspectos relevantes para nuestras conclusiones, y ésta nos llega de fuentes (incluyendo nuestras propias observaciones) que son, por varias razones, *no completamente creíbles*”<sup>7</sup>.

De las ideas desarrolladas por Schum se desprende de forma muy clara, que las pruebas son no concluyentes, es decir, no existe prueba alguna que tenga una certeza del cien por ciento en cuanto a sus conclusiones; por lo tanto, las pruebas no generan una convicción total o absoluta, sino más bien, relativas o probables. “De este modo, las inferencias de tales pruebas pueden ser únicamente de naturaleza probabilística, y nuestras conclusiones deben ser compensadas de alguna forma”<sup>8</sup>. Del presente argumento es posible obtener dos características fundamentales que toda prueba tiene. El primero es de tipo estructural, y tiene que ver con la posible conclusión o hipótesis que toda

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 36.

<sup>8</sup> *Ídem*.

prueba ofrece. “Lo qué se está estructurando son *argumentos*, teniendo a menudo muchas etapas o pasos, que muestran la *relevancia* de la prueba en las conclusiones que consideramos, así como su credibilidad”<sup>9</sup>. El segundo tiene que ver con la contundencia de los argumentos que presenta la prueba para sostener la posible conclusión, “(...) rara vez somos capaces de sacar alguna conclusión con sólo mirar fijamente las estructuras argumentales que hemos creado. Lo que necesitamos, adicionalmente, son formas de clasificar la *solidez*, la *fuerza* o el *peso* de los elementos que nuestros argumentos y las formas de combinar estas clasificaciones de formas defendibles”<sup>10</sup>.

La prueba ofrece razones para suponer “algo”, en esta línea explicativa, se indica que toda prueba es un argumento para creer un relato o acontecimiento. Desde la vertiente racionalista, se ha señalado con insistencia que la prueba tiene como objetivo buscar la “verdad” de lo ocurrido en un tiempo y espacio.

A nivel de la literatura especializada existen dos perspectivas que dan respuesta a la cuestión de ¿qué es la prueba? La primera concepción es la persuasiva o subjetivista. Esta variante afirma que el operador jurídico tiene la plena libertad para determinar el valor de la prueba. “Las notas características de la concepción persuasiva serían, pues: a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; b) la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que se reserva casi la exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba; c) exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos; y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias. Como puede observarse, la combinación de estas distintas notas nos sitúa ante un

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, pág. 108.

<sup>10</sup> *Ídem.*

modelo perfectamente coherente, pero carente de racionalidad desde el punto de vista epistemológico”<sup>11</sup>. Bajo este paradigma la prueba tiene como finalidad crear un estado psicológico de persuasión al juez, aquí no interesa tanto la verdad de los hechos ni la finalidad del proceso como búsqueda de la verdad. Ya que la presentación subjetivista de la prueba formula que la noción de probabilidad de la prueba depende únicamente del carácter psicológico del juez, por lo tanto, la valoración de la prueba no depende de la situación fáctica o real sino del convencimiento psicológico del juez. La segunda corriente es conocido como concepción racionalista de la prueba. Esta posición plantea que la prueba y su respectiva valoración dependen de reglas racionales y epistemológicas; en esta línea argumentativa, se tiene que la prueba tiene como objetivo fundamental determinar correctamente las premisas fácticas a efecto de circunscribir la verdad de los hechos. Los partidarios de este modelo al reclamar que la valoración de la prueba sea sustentada en premisas racionales y epistemológicas, niega o rechaza que la valoración de la prueba dependa exclusivamente del estado mental o psicológico del juzgador. Esta última premisa encierra la característica básica de esta segunda presentación.

### 1.3. LA PROBABILIDAD DE LA PRUEBA

La probabilidad implica una posibilidad. El término probabilidad tiene su antecedente en la palabra latina *probabilitas*, y es el resultado de la conjunción del verbo *probare* (que significa comprobar) y de los sufijos *bilis* (que se refiere a una posibilidad) y *tat* (que hace alusión a una cualidad).

El diccionario de la real académica española indica que la palabra probabilidad encierra hasta tres significados: a) verisimilitud o fundada apariencia de verdad, b) cualidad de probable (que se verificará o sucederá) y

---

<sup>11</sup> Ferrer Beltrán, Jordi, Elementos para una decisión racional de la prueba, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 62-63.

c) en un proceso aleatorio, razón entre el número de casos favorables y el número de casos posibles.

“Para algunas personas, la palabra probabilidad está asociada inmediatamente con números entre cero y uno, que son empleados para graduar la extensión de nuestra incertidumbre acerca de eventos, afirmaciones o posibles conclusiones. Otros, quienes no han tenido el beneficio de clases convencionales en probabilidad, pueden simplemente asociar esta palabra o con términos numéricos tales como porcentajes y apuestas o con otras palabras tales como verisimilitud, que son a menudo empleados como sinónimas”<sup>12</sup>. Estos significados se encuentran en conexión y en cierta forma se complementan, pues la característica de lo probable es un elemento que explícita o implícitamente se encuentra en dichas presentaciones. Es probable que algo resulte verdadero o verosímil (significado a), es probable que suceda un evento o es probable que se verifique una situación (significado b) y es probable que de forma frecuente se obtenga un resultado (significado c).

No existe prueba alguna que se caracterice por ser contundente o absoluta. Las conclusiones que se obtienen de ellas son de naturaleza probables, provisionales y sujetas a revisión de acuerdo a las nuevas pruebas que se van obteniendo.

Una conclusión de naturaleza probable depende en buena medida de las pruebas que se tienen, si se agrega nuevas pruebas se modifica la probabilidad de nuestras conclusiones, razón por el cual estamos en la obligación, no sólo de revisar el material probatorio con el que se trabaja, sino también, nuestras posibles conclusiones.

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*, pág. 75.

La prueba permite cambiar nuestras apreciaciones u opiniones, direccionan de forma plausible nuestras conclusiones y argumentaciones sobre un determinado asunto, esto debido a que la prueba constituye un soporte fundamental para: a) la posible hipótesis que se maneja dentro de un caso, y b) ayuda a eliminar hipótesis alternas.

Es trascendente referir que la probabilidad de la prueba tiene que estar necesariamente conectado a las proposiciones fácticas que se presentan dentro del debate procesal y cuya valoración se justifican con base a premisas racionales y reglas epistemológicas.

La metodología utilizada para la corroboración de la hipótesis probable, con la evidencia y las proposiciones fácticas es la probabilidad inductiva por eliminación, la cual también es conocida como inducción por eliminación. El profesor Jordi Ferrer plantea una explicación de la inducción por eliminación por medio del siguiente ejemplo:

“Si la policía detiene a un hombre del que se sospecha que es el autor de la muerte a tiros, pocos minutos antes, del dueño de una joyería en la que han entrado a robar, puede hacer (y suele hacer) la siguiente predicción: si el detenido es el autor del disparo (H) y dados los rastros que un disparo deja sobre las manos de quien dispara, que pueden comprobarse mediante procedimientos técnicos x (SA), y dado que el autor del disparo no portaba guantes en el momento de disparar (CI), entonces se encontrarán rastros de pólvora sobre las manos del detenido (P). Por supuesto, está es una predicción constatable, que la policía comprueba. Si la predicción no se cumple, puede ser falsa la hipótesis, o bien los supuestos adicionales (porque, por ejemplo, el tipo de

arma usada no deje esos rastros al ser disparada) o las condiciones iniciales (porque, por ejemplo, el sujeto sí llevara guantes al momento de disparar). En la medida, en cambio en que estemos seguros de la verdad de SA y CI, esto nos llevará a rechazar o hipótesis analizada”<sup>13</sup>.

Si la hipótesis o predicción se cumple y es corroborada, entonces resulta correcta y adquiere mayor probabilidad inductiva; sin embargo, si la hipótesis no se cumple, entonces resulta que ha sido refutada.

#### **1.4. NOCIÓN DE PRUEBA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

La prueba dentro del modelo procesal penal peruano tiene mucha importancia, su trascendencia se deriva no únicamente de la función demostrativa que cumple en el proceso penal (solo si se prueba la culpabilidad del sujeto puede condenársele), sino también, del papel que tiene dentro de la estructura del proceso penal; en este último sentido, no se puede, por ejemplo, imaginar adecuadamente la mecánica del proceso penal sin el armazón probatorio.

Si bien es cierto, que la prueba tiene una regulación expresa en el Código Procesal Penal, sin embargo, es la constitución de 1993 un referente obligatorio del tema, en esta perspectiva, el marco regulatorio respecto al tema en la citada carta magna hace hincapié a ciertos principios que deben ser tenido en cuenta al momento de hablar acerca de la prueba.

Pablo Talavera Elguera indica que: “La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal penal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de

---

<sup>13</sup> Ferrer Beltran, Jordi, pág. 132



una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal; lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos”<sup>14</sup>.

En el Código Procesal Penal, el legislador nacional, en el artículo 155 ha prescrito los alcances generales de la prueba, a cuyo tenor indica que:

“1. La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código.

2. Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

3. La ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

4.- Los autos que deciden sobre la admisión de la prueba pueden ser objetos de reexamen por el juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

5.- La actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima”.

---

<sup>14</sup> Talavera Elguera, Pablo, La prueba en el nuevo proceso penal, Academia de la Magistratura, Lima, 2009, pág. 19.

Otro aspecto relevante que regula el Código Procesal Penal respecto a la valoración de la prueba. El artículo 158 del citado código prescribe que el juez debe valorar la prueba observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de las experiencias. Asimismo, señala que la prueba por indicios requiere que la inferencia esté sustentada en criterios lógicos, científicos o la experiencia. Y es el operador jurídico el encargo de brindar razones del porqué de su valoración probatoria y de los criterios adoptados (inciso 3 del artículo 394 del C.P.P. ordena que: “La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique. El esquema de valoración probatoria regulado por el legislador encuadra dentro de lo que se denomina libre valoración, al elegir este criterio, el legislador peruano dejó de lado el modelo de tasación legal de la prueba.

Por último cabe precisar que la valoración probatoria que auspicia el legislador peruano es el de la concepción racionalista. Esto se desprende debido a que la legislación procesal penal peruana exige que el juez al valorar la prueba debe hacerlo ineludiblemente teniendo como fundamento la sana crítica, las reglas de la lógica, los criterios científicos y la experiencia.

#### **1.5. CARACTERÍSTICA DE LA PRUEBA**

Una característica fundamental de la prueba es su probabilidad, quizá esta propiedad, sea la característica más importante que tiene toda prueba. El basamento de esta característica se encuentra en la siguiente afirmación: “No existen conclusiones de las controversias jurídicas que pueden ser expresadas

con absoluta seguridad. Por consiguiente, el uso de conceptos probabilísticos es tan común en las inferencias en el Derecho como lo es en las inferencias que se hacen en otros contextos. Los juicios probabilísticos en relación a distintos asuntos en el Derecho se expresan usualmente en forma lingüística. Por ejemplo, los estándares de la prueba legal recurren a fórmulas probabilísticas verbales tales como «más allá de la duda razonable», «prueba clara y convincente», y «causa probable»<sup>15</sup>.

Las conclusiones de naturaleza probabilística que ofrecen las pruebas en el ámbito del Derecho, se debe básicamente a cinco razones: “La primera es que nuestra prueba está *siempre incompleta*, nunca la tenemos toda. La segunda es que nuestra prueba es comúnmente *no concluyente*. Esto significa que la prueba podría hasta cierto punto favorecer, en algún grado, más de una proposición, o ser consistente con la veracidad de más de una proposición en cuestión. La prueba que tenemos es a menudo *ambigua*; no podemos decidir qué nos está diciendo la prueba o qué información trasmite. (...) Los conjuntos de pruebas son comúnmente *discrepantes*; algunas pruebas pueden favorecer a otra proposición. Finalmente, la prueba llega a nosotros de fuentes *que tienen diversos grados de credibilidad imperfectos*. Estos cinco aspectos influyen en cómo se evalúa la fuerza probatoria, y también influyen en cómo se expresan los estándares legales de la prueba”<sup>16</sup>.

## 1.6. FINALIDAD DE LA PRUEBA

Se advierte casi de forma consensuada que la prueba dentro del proceso cumple una finalidad demostrativa; en consecuencia, la prueba está destinada a demostrar la verdad o falsedad de los enunciados factuales que las partes

---

<sup>15</sup> Anderson, Terence; Schum, David; Twining, William, *Análisis de la prueba*, Trad. Flavia Carbonel y Claudia Agüero, Marcial Pons, Madrid, 2015, pág. 303

<sup>16</sup> *Ibidem*, págs. 303-304.

involucradas realizan dentro del proceso. Es importante señalar la prueba debe ser asumida y valorada dentro del proceso de acuerdo a los cánones que establece el propio procedimiento y los criterios de racionalidad. Los resultados que se obtienen de la respectiva valoración probatoria no son inimpugnables; por ende, dicho resultado siempre está sometido a control por los actores inmiscuidos en el proceso y por el operador jurídico, en este sentido, los resultados probatorios pueden ser impugnados.

Michelle Taruffo, advierte desde su perspectiva que “la prueba judicial desarrolla una función demostrativa, en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la selección que el juez realiza individualizando una versión atendible y verídica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal elección”<sup>17</sup>.

“De tal forma, la reconstrucción de la prueba judicial en términos demostrativos importa asumir como fundamentos de ésta, los siguientes:

- A. Que al interior del proceso se puedan distinguir lógicamente los aspectos que pertenecen al juicio sobre los hechos, de aquellos atinentes al juicio de derecho.
- B. Que con relación a los aspectos que pertenecen al juicio sobre los hechos sea necesario organizar el procedimiento probatorio del juez, de acuerdo a una elaboración de tipo racional.
- C. Que sólo de tal modo es posible obtener el control de la selección llevada a cabo por el juzgador en la elaboración

---

<sup>17</sup> Taruffo, Michelle, La funzione de la prova: La funzione dimostrativa, En revista trimestale di diritto e procedura civile, N3, Milano, Giuffré Editore, 1997, pág. 573.

de su convencimiento sobre la veracidad o no de los enunciados factuales de la causa”<sup>18</sup>.

Queda claro que los tres presupuestos se encuentran vinculados, dado que su objetivo es dejar controlable desde el exterior el razonamiento probatorio del juzgador, lo cual impone el elaborar dicho razonamiento sobre bases racionales<sup>19</sup>.

La función demostrativa de la prueba tiene operatividad; en tal sentido, un adecuado sistema probatorio es aquel que posibilita al operador jurídico utilizar todos los medios probatorios con la finalidad de obtener o demostrar la verdad o falsedad de las premisas fácticas que se discuten dentro del proceso.

---

<sup>18</sup> Matheus López, Carlos Alberto, Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba, en revista de derecho, Vol. XIV, 2003, pág. 177.

<sup>19</sup> Ídem.

## **CAPÍTULO II: LA PRUEBA ILÍCITA**

### **2.1. INTRODUCCIÓN**

En la legislación procesal penal peruana se ha establecido la imposibilidad de utilizar pruebas que han sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales. Esta consideración, es una garantía que auspicia la democracia y el Estado de Derecho. Su análisis por parte de la dogmática procesal penal ha tenido caminos diversos; por un lado, existe una posición mayoritaria que recepciona y defiende la no utilización de las pruebas obtenidas ilícitamente; por otro lado, hay un sector minoritario que cuestiona hasta cierto punto la invalidez de dichas pruebas.

La construcción dogmática que defiende la citada categoría conceptual tiene en cuenta, como punto de inicio de sus reflexiones, dos cuestiones: el primero es la comprensión sobre una teoría general de la prueba, en este sentido, toman en consideración sobre qué es la prueba, cómo es obtenida, cuál es su finalidad y qué rol tiene dentro del proceso penal; el segundo está circunscrito por las garantías constitucional que profesa y protege la Constitución de 1993. Con base en estos aspectos, puntualizan en el papel limitador y garantistas que tienen los derechos fundamentales; asimismo, resaltan la incompatibilidad existente entre la prueba obtenida ilícitamente y los derechos fundamentales. La derrotabilidad manifiesta de la prueba ilícita tiene como argumento central la protección de las garantías constitucionales.

### **2.2. DEFINICIÓN DE PRUEBA ILÍCITA**

La prueba ilícita es un tema complejo. El problema que se presenta cuando se analiza esta figura jurídica es el de su terminología, tanto la doctrina como la jurisprudencia no se han puesto de acuerdo en su denominación, como consecuencia de esto, se ha generado un variopinto de denominaciones.

Las designaciones que más se utilizan para referirse a la prueba ilícita son: prueba prohibida, prueba ilegal, prueba inconstitucional, prueba viciada y prueba nula. La gama de terminología acuñada para referirse a una misma cuestión ocasiona una impresión en su conceptualización y en su alcance.

Este heterogéneo nominativo siempre ha estado presente desde el nacimiento de la prueba ilícita. “Desde las primeras formulaciones de la teoría de la prueba ilícita se advierte una diversidad de conceptos doctrinales que apuntan a la misma idea. Se conoce en el Derecho continental europeo como *prohibiciones de prueba* y en el derecho anglosajón como *exclusionary rule* o regla de exclusión. Fue Ernst Beling quien inició el estudio de este tema, bajo el rubro de “prohibiciones probatorias”<sup>20</sup>.

Muy al margen de los nombres otorgados, es preciso preguntarse ¿qué es la prueba ilícita? Una respuesta a esta interrogante, implica proveer una definición, y esta se obtiene por medio de dos procedimientos; o bien se dice que lo que no es prueba ilícita o bien se señala lo que es prueba ilícita.

La primera metodología es una definición por negación, cuyo proceso exige que primero se diga lo que no constituye prueba ilícita y posteriormente señalar lo que sí es prueba ilícita<sup>21</sup>.

La segunda posibilidad es definición por afirmación, es decir, se señala de manera directa lo que es la prueba ilícita.

Teniendo en cuenta estos dos matices metodológicos, se pondrá mayor énfasis en la segunda metodología al momento de dar respuesta a la pregunta formulada.

---

<sup>20</sup> Zapata García, María Francisca, *La prueba ilícita*, Lexis Nexis, Chile, 2004, Pág. 17.

<sup>21</sup> Poner el ejemplo de los romanos sobre la definición de ser humano. Ser humano es todo aquello que no es cosa ni animal.

“Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de corte acusatorio han incorporado una regla de exclusión probatoria en virtud de la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (ilicitud probatoria). Ya es clásica la cita del principio proclamado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365) al establecer que «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio». Históricamente, en los modelos penales inquisitivos, la invocación de la verdad material, según la teoría de la dualidad de verdades procesales (material y formal), había servido para justificar la admisibilidad y valides de la denominada prueba ilícita. Se defendía que todo aquello que pueda ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debía ser valorado por el juez para formar su convicción fáctica. Y como *razón de refuerzo* se invocaba, a su vez, el principio de libre valoración judicial de la prueba en su formulación histórica de la íntima convicción. En un contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cuales quiera que fuese su forma de obtención”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Miranda Estrampes, Manuel, La prueba ilícita: la regla de excepción probatoria y sus exclusiones, En revista catalana de seguridad pública, España, Mayo 2010, pág. 133.



Siendo que el último proceso penal peruano instaurado es preponderantemente de corte acusatorio, no ha sido ajeno al regular la prueba prohibida. Dentro de la normatividad procesal penal nacional (NCPP) existen los artículos VIII del título preliminar (legitimidad de la prueba) y 159 (utilización de la prueba), los cuales ordena que:

- “1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucional 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”.

“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 las personas”.

La definición legal que provee el legislador peruano hace énfasis en que la prueba ilícita supone una afectación al contenido de los derechos fundamentales. Sin embargo, desde el marco regulativo constitucional no existe precepto alguno que regule de forma expresa la exclusión y limite a la actividad probatoria, su prohibición es el resultado a partir de una interpretación sistemática entre la Constitución (como garante de derechos fundamentales) y el código procesal penal peruano. En esta línea argumentativa, es trascendente los siguientes artículos constitucionales: 1, 2 y

139. El primer precepto normativo es de suma importancia no únicamente por el puesto que ocupa en la Constitución, sino también, por el contenido que tiene. En el segundo artículo se regulan los derechos fundamentales que tiene toda persona. El tercero regula los principios y funciones de la labor jurisdiccional.

“La prohibición de que una prueba traída al proceso, mediante el menoscabo de un derecho fundamental, pueda provocar efecto procesal alguno es, de hecho, el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal, resultado de acentuar el carácter acusatorio de nuestro proceso penal y convertirlo, cada vez más, en un proceso garantista: son los derechos fundamentales los que prevalecen”<sup>23</sup>. El profesor Asencio Mellado, refiere que la prueba ilícita indica dos realidades; por un lado, la prueba ilícita configura una limitación a la investigación de los hechos; por otro lado, conlleva a que no se utilicen medios desproporcionados al momento de la investigación.<sup>24</sup>

Entre las definiciones que ha otorgado la doctrina especializada en el tema se tiene; por ejemplo, a Devis Echandia, quien refiere que la prueba ilícita es contraria a la Constitución, la ley, la moral o las buenas costumbres, debido a que afecta derechos fundamentales, viola la libertad y la dignidad humana, y su prohibición está determinada ya sea expresa o tácitamente por la ley<sup>25</sup>. Para Manuel Miranda Estrampes, la prueba prohibida constituye aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales<sup>26</sup>. Cesar Augusto Giner Alegría, manifiesta que la prueba prohibida es un límite

---

<sup>23</sup> Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo, La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Editorial Civitas, España, 2001, pág. 19.

<sup>24</sup> Asencio Mellado, José María, Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso de los allanamiento y secuestro de los vladivideos, Editorial Grijley, Perú, 2008, pág. 33.

<sup>25</sup> Devis Echandia, Teoría general de la prueba judicial, 5ta edición, 1981, pág. 531.

<sup>26</sup> Miranda Estrampes, Manuel, op. cit, pág. 133.

extrínseco del Derecho Constitucional a la prueba. Y cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un Derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con identidad infracción de un derecho fundamental. En consecuencia, como puede comprobarse el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los derechos fundamentales<sup>27</sup>.

### **2.3. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA**

La prueba ilícita es una figura jurídica que ha sido recepcionada de forma categórica por los diversos sistemas procesales. La naturaleza de su fundamentación radica en la protección constitucional que tiene el contenido de los derechos fundamentales; en este sentido, todo material probatoria que se obtenga debe insoslayablemente respetar en la mayor medida posible dichos derechos. Aquella (la prueba ilícita) representa una garantía constitucional que se aplica cuando se lesiona derechos fundamentales.

“Para que se pueda hablar de ilicitud probatoria, además del binomio actividad probatoria /menoscabo de derecho fundamental, tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos. La obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, como el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona, por caso. La característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera seria muy dudoso que se lograra”<sup>28</sup>. En este contexto argumentativo, es posible afirmar, que la naturaleza de la fundamentación de la prueba ilícita se encuentra en la constitución, no porque existe una regulación expresa de ella desde el paradigma constitucional, sino

---

<sup>27</sup> Giner Alegria, Cesar agosto, Prueba Prohibida y prueba ilícita, Anales de derecho N 26, España, 2008, pág. 581.

<sup>28</sup> Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo, op. cit., pág. 22.

porque hay una protección directa de los derechos fundamentales; es en este sentido, cualquier mecanismo que los vulnere va hacer siempre contrarrestado o sancionado; en el caso de la prueba ilícita la consecuencia que ha previsto el legislador es su invalidez y su ineficacia, es más, ni siquiera deberían ser admitidas dentro del proceso jurisdiccional.

Se entiende que al prohibirse la prueba ilícita, se está pretendiendo proteger todos los derechos fundamentales configurados expresa o tácitamente en el marco constitucional. Solo que la protección es absoluta cuando se trata de derecho como la vida y la integridad física y psicológica, y es relativa cuando versa sobre derechos a la intimidad, inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones, es decir, que estos derechos pueden ser afectados, siempre en cuando se den las condiciones que el mismo Estado ha señalado para su conculcación (aquí hay una restricción de derechos). Hay una interpretación, de un sector de la doctrina que limita la protección únicamente a los derechos que están ligados a la libertad y dignidad del ser humano, con base a esta consideración solo entrarían los siguientes derechos: integridad física, intimidad, libertad personal, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad de domicilio; y quedarían excluidas aquellos derechos que también son fundamentales, pero que tienen relación con el derecho a la propiedad, al trabajo y la salud. Una observación importante que realizan Díaz Cabiale y Martín Morales, en relación a la vulneración de derechos fundamentales, es que aunque todos los derechos fundamentales son en principio susceptibles, a través de su lesión, de provocar la aplicación de la garantía constitucional de la inadmisión del prueba ilícita, los que habitualmente conllevan ilicitud probatoria son contenidos de derecho que tiene que ver con: integridad física, libertad personal, intimidad, propia imagen, inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones y auto determinación informática en relación al

uso de la informática<sup>29</sup>. En esta misma línea argumentativa, Neyra Flores, sostiene que “los derechos generalmente violados son los relativos a la integridad física (obtención de una confesión por medio de tortura), la libertad personal (detención sin causa legal que lo sustente para realizar), intimidad (una video grabación de dos personas teniendo relaciones sexuales que luego es usado en un proceso civil como causal de divorcio), inviolabilidad de domicilio (registro de domicilio sin causa legal obteniendo documentos usados luego para condenar a su dueño), secreto de las comunicaciones (grabaciones telefónicas sin permiso de los intervinientes)”<sup>30</sup>.

Un argumento que también es usado para apoyar el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es el de un proceso equitativo y garantista. Equitativo en el sentido de que las partes involucradas en el proceso deben de circunscribir su actuar en torno a las herramientas de juego que el Estado de Derecho auspicia y defiende. Garantista es la perspectiva de que todo el mecanismo probatorio, desde su obtención, admisión y valoración debe efectuarse con todas las garantías procesales y sustanciales.

La protección de derechos fundamentales es el argumento central que justifica la prueba ilícita, por lo menos, eso fue la pretensión que se buscaba originalmente. En esta forma, por ejemplo, la Corte Suprema Norteamericana en el caso *Weeks vs. United States* alegó la exclusión de la prueba ilícita con base a lo siguiente: la exclusión de la prueba ilícita se origina con la finalidad de proteger los derechos consagrados en las enmiendas constitucionales; bajo esta idea se concibió a la prueba ilícita como una garantía constitucional. Este aspecto, hoy día cobra mayor importancia debido a la influencia del

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, pág. 25.

<sup>30</sup> Neyra Flores, José Antonio, *Manual del proceso penal & de litigación oral*, Editorial IDENSA, Perú, 2010, pág. 652.

neoconstitucionalismo, el cual defiende la aplicación inmediata y directa de la constitución. Los jueces, por lo tanto, en sus decisiones deben excluir las pruebas que se han obtenido vulnerando algún derecho fundamental.

#### **2.4. SUPUESTOS DE OBTENCIÓN**

Habitualmente la obtención de la prueba ilícita se dan en los siguientes supuestos: intervenciones telefónicas, video grabaciones y comunicaciones electrónicas; con esto, no se está pretendiendo en medida alguna, señalar que son los únicos supuesto, lo que se intenta es simplemente, indicar que generalmente son en estos que se obtienen las pruebas ilícitas.

##### **a) Intervenciones telefónicas.**

Las intervenciones telefónicas son procedimiento que se utiliza para la persecución penal, pues aquellas constituyen (si se ejerce dentro del marco constitucional y con las garantías debidas) una limitación al derecho al secreto de las comunicaciones, cuya regulación se halla en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución del 93, y señala que: Toda persona tiene derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Este derecho, intenta proteger de forma objetiva la libertad amplia de comunicación que tienen todas las personas, se protege el contenido de las comunicaciones y las personas que intervienen en la misma, con esto lo que se persigue es la no intromisión de terceras personas. La injerencia a la misma sin el procedimiento legal correspondiente, es una afectación grave; asimismo, no puede ser utilizado como prueba dentro de un proceso sea cual sea su naturaleza.

Cesar San Martín Castro, respecto a la intervención de las comunicaciones ha escrito que es un mecanismo eficaz para la

persecución penal, sobre todo, cuando se trata de investigar determinados delitos de cierta entidad y cualidad y los sujetos que lo cometen, muchas veces forman parte de tramas organizadas, como ocurre en los casos de corrupción<sup>31</sup>.

Se ha entendido a la intervención telefónica como el hecho que conculca y limita el derecho al secreto de las comunicaciones, si la afectación es por mandato judicial justificado para averiguar la comisión de un hecho punible, la policía procede a intervenir y grabar las conversaciones del investigado o imputado. Como bien sabe, todas las comunicaciones, para su apertura, incautación, interceptación e intervención necesitan orden judicial motivada conforme a los requisitos que la ley exige. Las conversaciones que no tienen que ver con el hecho investigado se mantienen en reserva.

El profesor Asencio Mellado señala que: “En la persecución de formas de criminalidad organizada la interceptación de comunicaciones privadas, con mayor énfasis las telefónicas, han tenido un significado fundamental, ya que, de acuerdo con las posibilidades técnicas de cada época, se han establecido limitaciones al derecho a la intimidad”.

López Fragoso define a las intervenciones telefónicas como: “(...) aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse-, con el fin de, a través de la captación

---

<sup>31</sup> San Martín Castro, Cesar, El procedimiento penal por delitos contra la administración pública, En delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, aspectos sustantivos y procesales, editorial idemsa, Lima, 2002, pág. 311.

del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”<sup>32</sup>.

En el artículo 230º del NCPP se regula las intervenciones telefónicas, siempre en cuando se cumplan los siguientes requisitos:

“1) Existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad, y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones.

2) Lo haya solicitado al Juez de la Investigación preparatoria previamente.

3) Esté dirigido contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación.

4) La interceptación no puede durar más de 30 días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria”.

---

<sup>32</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Colex, Madrid, 1991, pp.14 y ss.



Como último considerando se puede señalar que el sistema jurídico peruano admite las intervenciones telefónicas, siempre en cuando sea ordenado conforme lo determina la ley, y pueden ser utilizadas como prueba en el proceso, si la intervención no es justificada la prueba obtenida es ilícita y no se toma en cuenta dentro del proceso.

b) Prueba de videos.

Al igual que el supuesto anterior la prueba de videos está también regulada por el NCPP en el Título III del Libro II, en el artículo 207<sup>o</sup> y ha sido denominado por el legislador como video vigilancia, la cual procederá en las investigaciones por delitos violentos graves o contra organizaciones delictivas

La prueba de videos puede consistir en:

a) Realizar toma fotográfica y registro de imágenes; y, b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

Y debe darse de manera excepcional, es decir sólo cuando resulte indispensable para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultara menos provechosa o se vería seriamente afectada por otros medios.

Debe realizarse por el fiscal, a iniciativa propia o a pedido de la policía, y sin conocimiento del afectado.

A diferencia de las intervenciones telefónicas que exigen una resolución motivada del juez para su ejecución, en el caso de la video vigilancia sólo se necesitará esta autorización judicial cuando este tipo de investigación se realice en el interior de un inmueble o en lugares cerrados, por lo que

se entiende que en lugares abiertos no será necesaria la autorización judicial.

Por lo que contrario sensu si no se lleva a cabo esta exigencia en estos casos podríamos situarnos en el supuesto de prueba ilícita; en este caso, la filmación de imágenes producidas al interior de un lugar están prohibidas y se necesitará una autorización judicial, sin importar que el equipo técnico se encuentre en el interior o fuera del lugar de los hechos; a partir de este enunciado cabe señalar la regla de inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 2. 9 de la Constitución, que señala lo siguiente:

Art. 2º.- Toda persona tiene derecho a:

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

La necesidad de una autorización judicial para la obtención de información y búsqueda de la verdad a través de este medio exigirá que se apliquen los mismos requisitos dados al supuesto de las intervenciones telefónicas para su utilización dentro del proceso. Me refiero a la existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave, imposibilidad o gran dificultad de la averiguación de la infracción por otra vía, control judicial de la intervención, y fijación por el juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo la filmación.

La filmación efectuada por los particulares debe ser admitida con tal de que se acredite su autenticidad e integridad, y que sea ocasional, ya que

es el principio de necesidad informador del sistema procesal penal y la aspiración del proceso penal de hacer constar la verdad material lo que debe primar frente a la casualidad o lo circunstancial de la grabación.

A mi parecer la ilicitud de la video vigilancia estará configurada cuando no se haya realizado con la diligencia prevista por el ordenamiento, y que por lo tanto, al ser dejadas de lado originen la vulneración al derecho a la inviolabilidad de domicilio o al derecho a la intimidad sin ningún fundamento que pueda darles validez; pero no habrá tal vulneración cuando el que realiza la grabación en video es el destinatario de los actos y manifestaciones grabadas.

#### c) Intervención de Comunicaciones electrónicas

Aunque la comunicación vía electrónica hoy está muy en boga, el legislador peruano no se ha expresado abiertamente al respecto, tal como si lo ha hecho respecto a las intervenciones telefónicas y video vigilancia antes estudiados.

En este punto la doctrina española entiende que la validez y autenticidad de un documento electrónico podrá ser obtenida por medio de la firma digitalizada, ya que constituye un grado de seguridad alcanzable en la transmisión de documentos y que además podría convertir los sistemas informáticos de comunicaciones en el cauce ordinario del tráfico jurídico entre particulares y entre éstos y los poderes públicos. Desde mi punto de vista, serán aplicables los requisitos de admisión necesarios para las intervenciones telefónicas entendido como un supuesto dentro de otras formas de comunicación previstas en el artículo 230º del NCPP, al igual que en éstas se verá afectado el derecho al secreto de las comunicaciones sino se cumple con los requisitos de

autorización judicial para su intervención, y por lo tanto se constituirá como prueba ilícita en el caso concreto.

## 2.5 REGLAS DE EXCLUSIÓN.

La exclusión de las pruebas ilícitas es considerada una regla universal, pero a efecto de su mejor comprensión, la literatura jurídica especializada en el tema analizado su naturaleza y sus efectos desde dos perspectivas teóricas: el primer modelo es el norteamericano y el segundo es el esquema continental.

Modelo norteamericano: Este modelo tiene como característica fundamental la desconstitucionalizar la regla de exclusión, bajo este contexto, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra o es propio del sistema procesal norteamericano. Si se revisa el origen de la exclusión de la prueba ilícita, uno se encuentra que su nacimiento ha estado ligado de forma directa con las enmiendas que se hicieron en la Constitución de EEUU, sobre todo la IV y V enmienda, estas prohibían las detenciones y los registros arbitrarios.

Las intervenciones podían realizarse únicamente si existe una causa probable para su actuación. Posteriormente la Corte Federal Norteamericana ha señalado como fundamento que la exclusión de las pruebas ilícitas es la limitación de la actuación policial en las investigaciones no lícitas. Su efecto disuasorio se encuentra plasmada, por ejemplo, en las sentencias de los siguientes casos: US vs Calandra y US vs Janis. “En esta última sentencia se declara que «el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas» y más adelante añade que «la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no

tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...»<sup>33</sup>.

“Son, por tanto, razones pragmáticas, como destaca en la doctrina española Fidalgo Gallardo (2003, 28), las que fundamentan en el modelo norteamericano la *exclusionary rule*, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*). Estamos, por tanto, ante un remedio de creación judicial que no descartaría la aplicación de otros remedios alternativos (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto demostrasen su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria. Desde esta perspectiva no faltan voces autorizadas en la doctrina estadounidense que cuestionan precisamente la regla de exclusión al no estar comprobado empíricamente que la misma tenga realmente la eficacia disuasoria de conductas violatorias de derechos fundamentales que se le atribuye. Es cierto que con este fundamento se produce, como efecto indirecto, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental, como apuntan Díaz Cabiale y Martín Morales (2001, 77)”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Zanabria Villamizar, Ronadl Jesús, Teología de cláusula de exclusión en Colombia, *Revista Academia & Derecho*, Año 5, N° 9, 2014, pp. 83-110.

<sup>34</sup> Ídem.

“Siendo este su fundamento en el modelo norteamericano, si la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo (Congreso) llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada, aunque por el momento esta situación aún no se ha producido”<sup>35</sup>.

El segundo modelo es el continental, en un momento inicial el argumento justificativo para la exclusión de las pruebas ilícitas se basaba en cuestiones éticas y constitucionales. Posterior a esto, la justificación se centró únicamente en aspectos constitucionales, en este sentido, el profesor Ferrajoli, es el propio Estado Constitucional y Democrático, que desde el marco constitucional, defiende a exclusión de las pruebas ilícitas con la intención de proteger los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

“El Tribunal Constitucional Federal alemán elaboró la teoría de los tres círculos o esferas en atención al grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad garantizados en el art. 2.1 en relación con la dignidad de la persona humana reconocida en el art. 1.1, ambos de la ley fundamental alemana. Con arreglo a dicha doctrina se reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del ius puniendi. En la segunda esfera de protección la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de

---

<sup>35</sup> Ídem.

proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del *ius puniendi*, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación. Por último, en la tercera esfera las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, esta delimitación en esferas o círculos, según exponen en la doctrina alemana Roxin (2000b) y Jäger (2003), no está exenta de dificultades en su aplicación práctica acerca de lo que debe entenderse como núcleo intangible o simple ámbito privado, como lo demuestra el análisis de la casuística jurisprudencial alemana”<sup>36</sup>.

Dentro de este modelo justificativo, también se encuentran la postura del tribunal italiano y español. Tanto las sentencias italianas como españolas refieren que las pruebas ilícitas obtenidas vulnerando derechos fundamentales afecta las garantías procesales que la constitución protege. En este sentido, el marco para la exclusión en ambos tribunales está circunscrito por la Constitución.

Por último, “el debate acerca del fundamento de la regla de exclusión no es baladí ni accesorio sino que presenta una importancia crucial dentro de la doctrina sobre la prueba ilícita, pues condiciona su propia naturaleza así como su alcance y efectos. En los últimos tiempos hemos visto como el TC español

---

<sup>36</sup> Ídem.

se ha ido desmarcando de su inicial línea argumentativa para ir asumiendo paulatinamente la construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano sobre la finalidad disuasoria de la regla de exclusión con las inevitables consecuencias que derivan de este nuevo planteamiento, como son la limitación no sólo de la eficacia refleja de la prueba ilícita sino de su propia eficacia directa cuando la misma pueda ser calificada de «remedio excesivo». La regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico para convertirse en un simple remedio judicial que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos fundamentales sustantivos no lo exijan. Las dificultades de aplicación práctica de esta doctrina son evidentes, en línea con las dificultades de delimitación que denuncia la doctrina alemana en relación con la teoría constitucional de las tres esferas o círculos<sup>37</sup>.

## **2.6. POSTURA A FAVOR DE SU INVALIDEZ.**

El tema tratado ha sido causa de muchos pronunciamientos por diferentes sectores de la doctrina, así algunos defienden con argumentos plausibles la validez de la prueba ilícita, por lo tanto creen que es posible la admisión y valoración de este tipo de prueba en un proceso; sin embargo, no debemos olvidar que otro gran sector doctrinario opina que la obtención de una prueba por medio de la vulneración de un derecho fundamental de ninguna manera puede ser considerada una prueba pasible de ser admitida y mucho menos valorada por el órgano jurisdiccional.

---

<sup>37</sup> Ídem.



Así como hay autores que consideran a la prueba ilícita como prueba válida, habrán sujetos que se opongan a ellos, y como ya hemos adelantado cada una de las tesis tienen sus detractores.

Además de la oposición a los planteamientos anteriores, han surgido en el panorama actual dos corrientes de manera casi uniforme en la doctrina; así tenemos: a) la conexión de antijuridicidad y, b) la teoría del árbol envenenado.

**a) Conexión de antijuridicidad.**

Esta tesis surge en contraposición a las excepciones de buena fe, descubrimiento inevitable y nexos causal atenuado; en virtud de que si no pueden comprobarse los requisitos previstos para la procedencia de estas excepciones se considerara la prueba obtenida como ineficaz.

En esta postura cobra importancia la consideración de la prueba ilícita como independiente o como prueba reflejo de la obtenida con la agresión de derechos fundamentales, por lo que será muy importante tratar el tema de la conexión entre la prueba obtenida ilícitamente y la posterior a ella.

La transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior, requiere la presencia tanto de una conexión causal llamada también conexión natural como de una conexión jurídica.

La conexión natural es un requisito necesario pero no suficiente, para extender el efecto invalidante de la violación de derechos fundamentales, ya que se necesitará la conexión jurídica de manera obligatoria, de otro modo se entendería contaminada y debería, por esto, ser ineficaz.

Para poder llegar a la conclusión acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad en el caso concreto será preciso: 1) Examinar la índole

y las características de la vulneración del Derecho fundamental que en cada caso se trate, así como el resultado de esta lesión con el fin de determinar si hay algún elemento fáctico que permita romper la relación de causalidad entre la prueba ilícita y la conectada con ella, y por lo tanto estimar su eficacia o ineficacia, 2) Debe valorarse la intencionalidad de la violación originaria, la existencia de negligencia grave y la importancia objetiva de dicha violación.

La consecuencia de este procedimiento será: Si se considera que en el caso concreto se ha producido algún hecho en el que pueda sustentarse de forma más o menos independiente el resultado probatorio en cuestión; y si además se llega al convencimiento de que la valoración de la prueba no conlleva a nuevas lesiones del derecho fundamental vulnerado, debe considerarse que esta prueba es independiente jurídicamente y por tanto apta para la valoración procesal, pero si no se cumple lo anterior tendríamos que hablar de una prueba que es ineficaz por ser considerada como refleja.

#### **b) Teoría del árbol envenenado.**

Desde mi punto de vista, ésta teoría es el punto de inicio para la calificación de una prueba como ilícita y frente a su existencia la aplicación de ciertas excepciones a las reglas de exclusión, con el fin de que las pruebas ilícitamente obtenidas sean sujetas a valoración judicial.

Ésta teoría, también conocida como la teoría de la ineficacia refleja, es reconocida en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos que proclaman la regla de la exclusión de la prueba ilícita.

Al referirse a pruebas directas el legislador hace referencia a aquellas obtenidas con la vulneración de un derecho fundamental; y al mencionar

las pruebas indirectas se refiere a las pruebas que deriva o que es consecuencia de la anterior; en este caso es muy discutible que en los supuestos de menoscabo de un derecho fundamental y posteriores actuaciones derivadas de ella sólo exista una lesión del derecho fundamental al comienzo. La prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales es una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmación de condición de inviolables.

Como crítica a esta teoría se dice que la teoría de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y el derecho a la prueba; que puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo una intolerable desprotección social; además se dice que esta teoría fomenta las actuaciones fraudulentas por parte del sujeto investigado, quien podría provocar actuaciones ilícitas con el fin de conseguir su inmunidad; y finalmente que la vía sancionadora penal, civil o administrativa constituye suficiente vía de defensa de los derechos fundamentales.

Sin embargo, debe considerarse que si bien es cierto esta teoría ha significado la anulación de muchos actos de investigación, lo más trascendental en un ordenamiento como el nuestro es la protección a los derechos fundamentales.

Finalmente, podemos observar que hoy por hoy se han consolidado límites<sup>18</sup> específicos a la consideración de invalidez de la prueba refleja, límites del efecto contaminante de una prueba ilícita a la posterior derivada de ella, tales como el descubrimiento inevitable, el nexo de causalidad atenuado y la excepción de buena fe; todas estas figuras con requisitos cada vez más aceptados por la doctrina.

## 2.7. POSTURA A FAVOR DE SU VALIDEZ.

Las posturas a favor de la validez de la prueba ilícita: Esta posición tiene como eje central tres argumentos; el primero es el de descubrimiento inevitable, el segundo es el nexa causal atenuado, el tercero es el de la buena fe.

Desde el primer enfoque, es decir, del descubrimiento inevitable, se alega que los operadores jurídicos deben admitir y valorar dentro del proceso las pruebas ilícitas obtenidas, esto debido a que dichas pruebas por una investigación lícita y regular, inevitablemente van a hacer encontradas u obtenidas. Bajo esta perspectiva, dichas pruebas necesariamente tenían que ser encontradas en el curso de la investigación.

“La excepción del descubrimiento inevitable será admitida, en virtud del principio de proporcionalidad, pues no hay un aprovechamiento de la ilicitud, siempre que se cumplan dos condiciones: a) Solidez del razonamiento que conduce a sostener la inevitabilidad del descubrimiento de la prueba de forma independiente, y, b) salvaguarda de las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado”<sup>38</sup>.

Se habla de una solidez en la argumentación relativa a la razonabilidad fáctica de la inevitabilidad del descubrimiento y a la existencia de la buena fe en el sujeto infractor y siempre que, además, no se comprometan de ninguna otra manera las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado.

Esta teoría ha sido muy criticada, debido a que la ilicitud adherida a este tipo de pruebas no puede ser desechada tan fácilmente, ya que los autores de esta

---

<sup>38</sup> GALVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales ,Aranzadi, España, pág 197.

tesis para algunos doctrinarios-se basan sólo en hechos hipotéticos que no necesariamente llegarán a concretarse siempre por diversas circunstancias.

Desde este punto de vista, no siempre el descubrimiento de ciertos delitos será inevitable, por lo que puede haber una agresión a los derechos fundamentales por el simple hecho de creer en una construcción hipotética, considerando que puede ser real o verdadero algo que tal vez está lejos de serlo.

Respecto al segundo argumento, esto es, el nexo causal atenuado, se tiene que las pruebas ilícitas deben ser admitidas debido a la atenuación de la prueba ilícita, ya sea por el transcurso del tiempo, la intervención de un tercero o la confesión. A diferencia del descubrimiento inevitable aquí la prueba no se habría obtenido de no haberse producido la afectación del derecho fundamental. Se exige a consecuencia de esto una cierta diferenciación entre la lesión del derecho y la obtención de la prueba derivada.

Por ejemplo, en el allanamiento ilegal de una local donde de acopia ilegalmente armas, son encontrados correos electrónicos impresos en papel señalando que un nuevo envío de armas sería recibido por un sujeto "X", quien posteriormente fue interrogado por la Policía, en presencia de su abogado defensor, señalando que su proveedor es el sujeto "Y" quien finalmente guarda las armas en su domicilio, el que luego es allanado por disposición judicial. En esta secuencia de hechos, si bien el primer allanamiento es ilícito, constituyendo prueba ilícita y determinando la ilicitud del derivado (interrogatorio al sujeto "Y"), el allanamiento final de la casa de dicho sujeto resulta admisible debido a que la influencia de la raíz ilícita de este medio probatorio es distante.

Aunque debe entenderse que por más atenuado que esté el nexo causal, éste siempre subsistirá; este argumento sostendrán algunos doctrinarios que

consideran que la lesión del derecho fundamental persistirá y esto no puede tolerarse por quienes decimos vivir en un Estado Constitucional de Derecho, donde prevalece de forma primigenia el respeto a los derechos fundamentales.

De esta manera, no es menos cierto que esa posible distancia temporal entre la lesión del derecho fundamental y la prueba derivada de ella quede minimizada, si se comprende que, habitualmente la inicial lesión del derecho fundamental es seguida de posteriores conculcaciones de otros derechos fundamentales y que la obtención de la fuente de prueba puede ser consecuencia inmediata de esas lesiones posteriores.

Por otro lado, también será cuestionable el contenido de lo que se entiende como atenuación, hasta donde puede reducirse el nexo causal, y por tanto cual es el grado de afectación que será permitido en la obtención de una prueba. Al respecto, este sector doctrinario ha omitido pronunciarse por lo que su tesis quedaría debilitada si no se da respuesta a las controversias antes planteadas.

La buena fe, considerada una de las excepciones más relevantes de la regla de exclusión probatoria; esta excepción propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención quienes la consiguieron actuaron en la creencia que lo hacían bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencidos que procedían correctamente, es decir de buena fe.

Es una prueba ilícita directa y ya no indirecta o derivada como el planteamiento de las excepciones anteriores.

Claro ejemplo de la aplicación de esta excepción, es la actividad de un policía que realiza un allanamiento con orden judicial que ellos consideran válida pero que en realidad no lo es. Otro ejemplo, si un juez autoriza la interceptación telefónica de un ciudadano sin fundamentar su resolución y la

interceptación es afectivamente realizada, dicho medio probatorio - de acuerdo a la presente excepción – debería ser admitido en el proceso pese a la grave afectación al debido proceso se habría producido.

Así en nuestro país, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004 realizado en Trujillo se acordó por mayoría admitir la excepción de buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de flagrancia, siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez penal, por lo tanto podía entenderse que el pensamiento del especialista va por esa línea.

Los críticos de esta tesis indicarán que un medio probatorio no deja de ser menos lesivo a los derechos fundamentales del procesado por el hecho que su ilicitud proviene de actos aparentemente lícitos y por lo tanto considerarán que este tipo de pruebas no deben ser admitidos en un proceso penal.

## **CAPÍTULO III: REDEFINIENDO LA COMPRENSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

### **3.1. OBJETIVO**

La dogmática penal y procesal penal, casi de forma homogénea, admiten sin duda alguna que la prueba ilícita debido a la afectación de derechos fundamentales no puede ser usada dentro de un proceso; por lo tanto, cualquier intento o esfuerzo por utilizar dicho material probatorio en el proceso penal debe ser excluido. La respectiva validez y la eficacia de la misma, se ven afectadas inmediatamente por la condición misma de su obtención, esto es, la prueba ilícita carece de validez y eficacia debido a la forma en como fue obtenida.

Sucede que al momento de admitirse la invalidez y la exclusión de la prueba ilícita, se aniquila la eficacia probatoria de la misma, en consecuencia, no tiene razón alguna discutir o defender su eficacia. Los argumentos que apoyan hoy en día dicha concepción son básicamente lo siguiente: a) la prueba ilícita atenta contra los derechos fundamentales que la Constitución y el Estado Derecho auspician y protegen, b) es inadmisibles toda prueba que ha sido obtenida por procedimientos ilícitos. Este razonamiento, básicamente proviene de la doctrina anglosajona del árbol envenenado, la cual ha influido considerablemente en la dogmática, legislación y en el tribunal peruano, c) la regulación expresa en el actual Código Procesal Penal, cumpliéndose de esta manera el denominado principio de legalidad.

Si bien es cierto, que estos razonamientos en su conjunto ofrecen, en buena medida, una explicación para la exclusión de la prueba ilícita y han ayudada su enraizamiento en el ambiente jurídico peruano; sin embargo, los argumentos esgrimidos no constituyen premisas incuestionables y pueden ser



impugnables con base a buenas razones, en este sentido, lo que se pretende, en el presente apartado es analizar desde una posición crítica los fundamentos de exclusión de la prueba ilícita, sobre todo, en aquellas situaciones donde se ventilan delitos de corrupción y de criminalidad organizada.

Con lo referido no se está, ni se pretende reclamar, la validez absoluta de las pruebas obtenidas ilícitamente, lo que se quiere es hacer notar primordialmente dos cosas. La primera, es que la exclusión de la prueba ilícita no puede ser absoluta. La exclusión en cierto tipo de proceso es adecuada, pero en otros casos es impertinente. La segunda, la funcionalidad que tiene la prueba ilícita para descubrir algunos delitos ha sido muy importante, piénsese, por ejemplo, en los delitos de corrupción, crimen organizado, lavado de activos y terrorismo.

Un aspecto bien conocido y muy tenso de la prueba ilícita es la contraposición de intereses individuales y colectivos; por un lado el individuo exige cierta libertad y respeto irrestricto de sus derechos fundamentales consagrados por el sistema jurídico; por otro lado se encuentra la colectividad reclamando seguridad, justicia y rechazando cualquier intento de impunidad. Conciliar estos dos aspectos, constituye un reto desde la vertiente judicial y la perspectiva social, y tener equilibrada la balanza implica considerar ambas situaciones. La tensión entre dichos intereses es más fuerte cuando de por medio se encuentra la denominada prueba ilícita.

En cuanto concurren al proceso elementos de prueba conseguidos de formas no amparadas por la ley, salta a la vista la interrogante acerca de ¿si dichas pruebas pueden ser o no utilizadas como argumentos demostrativos que sustenten las sentencias judiciales? La respuesta que se va a brindar en el desarrollo del presente rubro se encuentra enmarcada dentro de aquella posición que sugiere el aprovechar algunas y descartar otras pruebas. Para

llegar a concluir qué pruebas ilícitas y en qué procesos se debe utilizar, es necesario realizar un mecanismo de ponderación en cada caso de acuerdo a los intereses que están comprometidos en el juego.

La posición expuesta, se encuentra sustentada en la finalidad del material probatorio (esto es en su capacidad demostrativa) y en las nociones de: a) que el proceso judicial y la prueba deben ser entendidos instrumentos que tienen por objetivo buscar la verdad, y b) el interés colectivo preponderante. Es a la luz de estas ideas que se puede obtener y mantener un equilibrio adecuado de los binomios contrapuestos entre individuo y sociedad.

### **3.2. CRÍTICA AL FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

El argumento que se ha construido para el rechazo del material probatorio obtenido ilícitamente, es en cierta forma, percibido como una realización concreta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; como consecuencia de esto, se acepta sin reproche alguno, el sacrificio del poder demostrativo que tiene la prueba y el posible descubrimiento de la verdad en beneficio de la realización de ciertos valores y de determinados procedimientos que el derecho ha establecido.

Como puede observarse, la concepción esgrimida en el párrafo anterior se encuentra construida en la noción de un individualismo extremo heredado de la modernidad y de la revolución francesa. Es debido a esto que se impone a toda costa el interés individual sobre el interés colectivo. John Rawls<sup>39</sup>, en relación al asunto plantea que nada justifica el desmedro del individuo y sus derechos en pos del interés social, salvo para evitar que el individuo se produzca un menoscabo en su propia vida.

---

<sup>39</sup> Véase Rawls, John, Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica.

El proceso penal constituye una herramienta mediante el cual se ejerce la tutela jurisdiccional, permite el debate entre las partes involucrados en el proceso y tiene por objetivo buscar la verdad de los hechos. A efecto de que el debate entre las partes se desarrolle de forma adecuada es preciso que se regule el proceso. Sin embargo, esta regulación no tiene por qué llegar al extremo de excluir aquellas pruebas obtenidas ilícitamente en algunos delitos que por su trascendencia aniquilan a la sociedad.

Los argumentos que sustentan la posibilidad de aceptar e incorporar con plena eficacia al proceso penal las pruebas ilícitamente obtenidas son:

a) Que la búsqueda de la verdad material<sup>40</sup>, como objetivo que tiene que cumplir el proceso penal justifica que se emplee cualquier medio para demostrar la existencia de un hecho delictivo, en consecuencia, da cabida a una justificación que justifica el empleo de cualquier medio: el argumento que se esgrime en defensa de la validez de los viciados elementos probatorios reside en la proclamación de la verdad material como fin del proceso penal, y por tanto, también de la prueba procesal, en contraposición con la denominada verdad formal característica del proceso civil. Para los partidarios de esta postura, la prueba obtenida ilícitamente debe admitirse en el proceso y puede ser objeto de apreciación por el juez en aras al descubrimiento de la verdad. El fin enarbólese la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez que la fuente de prueba es incorporada al proceso resulta intrascendente su forma de adquisición. Lo verdaderamente importante es su disponibilidad por el magistrado para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos.

---

<sup>40</sup> Lockhart, José Francisco, La prueba ilícita en el proceso penal, Revista Intercambios N° 16.

b) La exclusión entorpece el accionar de la justicia<sup>41</sup>: esta objeción a la regla de supresión aduce que el principio no hace sino entorpecer la acción de la justicia, dificultando la investigación y represión del crimen, al declarar inadmisibles pruebas de la comisión de un delito. Ergo, lo que corresponde es admitir la prueba, preconizándose la sanción del responsable del delito.

c) El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado<sup>42</sup>: por aplicación de esta idea, se sostiene que si un domicilio es allanado ilegalmente, o si las grabaciones contenidas en una cinta magnetofónica o de video.

En la medida que ante procesos donde se debate la validez o eficacia de pruebas obtenidas ilegalmente, se opte por reivindicar el sistema garantizador de nuestra Carta Magna aún a costa de soportar impunidad en el caso concreto, se consolida la idea de que las investigaciones penales deben ser respetuosas de los derechos constitucionales, por lo que es cada vez más difícil que se tenga que presenciar este tipo de consecuencias indeseables. "... Los buenos investigadores tratarán de evitar que su trabajo se convierta en inútil por exceder los márgenes legales...".

Se logran a través de interceptación clandestina de comunicaciones telefónicas o mediante la violación a la intimidad del inculcado, o si la confesión del reo es producto de la tortura, ante tales circunstancias debe investigarse la conducta de los responsables del allanamiento ilegítimo, de las interceptaciones espurias, o de los malos tratos por separado, pero los abusos de unos no vuelven lícitos los delitos de los otros

---

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> Ídem.

ni dejan de lado una realidad intangible, como la existencia de material demostrativo de la responsabilidad criminal del imputado.

*d)* El alto costo social de la exclusión<sup>43</sup>: a través de este criterio se menciona que la sociedad paga un altísimo costo por el drástico remedio. Mediante su empleo, se priva de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, porque ya no sólo el delincuente no recibe su condigno castigo, sino que además, la pena puede perder la finalidad preventiva, porque no es concebible que pueda existir una motivación conforme a derecho, cuando no se lleva a cabo el mal amenazado por las conductas contrarias al orden jurídico. De este modo, al no aplicar la regla de exclusión, el juez se limita a ejercitar adecuadamente el derecho de la sociedad a defenderse del delito y que es consecuente con el deber de los magistrados de resguardar la razón de la justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios.

*e)* El falso efecto persuasivo<sup>44</sup>: otra observación aduce que no es dable suponer que el precepto de postergación de la prueba de génesis ilícita ejerza real efecto de persuasión respecto de futuros procedimientos irregulares. Ello así por cuanto el verdadero destinatario de la regla no es el agente que conduce el allanamiento anómalo o propina torturas. Antes bien, el perjudicado por la exclusión es la Administración de Justicia -y más específicamente el Ministerio Público Fiscal- al frustrarse una importante prueba en contra de quien comete el delito. Así, ante la comprobación de procedimientos ilegales cumplidos por agentes policiales, debe optarse por denunciar a sus responsables criminalmente,

---

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> Ídem.

demandarlos por daños y perjuicios, obtener su corrección por vía disciplinaria o cualquier otro mecanismo que puede crearse a esos fines.

f) La exclusión es una regla indiscriminada<sup>45</sup>: por último, los detractores refuerzan la crítica esforzándose por demostrar cómo la pauta peca por exceso al propiciarse una aplicación indiscriminada de ella. No se distingue entre aquellos procedimientos “putativos” (como lo son, por ejemplo, los casos en que la agencia policial actúa de buena fe y con la razonable creencia de realizar un allanamiento o un arresto legítimo, sin perjuicio de carecer de la orden correspondiente) y los que son deliberadamente practicados en contravención al orden jurídico vigente.

### **3.3. UTILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO.**

La hipótesis general de la prueba ilícita admite sin cuestionamiento alguno que dichas pruebas deben ser excluidas de todo de tipo de proceso. Este planteamiento goza entre nosotros una aceptación mayoritaria y no ha sido puesto en tela de juicio por la dogmática penal y procesal penal. Teóricamente los fundamentos de exclusión de la prueba ilícita, al parecer hallan una solidez incuestionable, sin embargo, la realidad y los últimos sucesos ocurridos en el ámbito nacional reclaman con insistencia que se replanteen y se moderen los argumentos de exclusión de la prueba ilícita. El hecho de que la dogmática especializada en el tema defiende la exclusión de la prueba ilícita y la realidad de los últimos acontecimientos solicita su moderación, nos hacen ver que la teoría y la realidad van por caminos distintos.

El reto, por lo tanto, está en construir un punto intermedio donde puedan converger los planteamientos que defienden la exclusión de la prueba ilícita y

---

<sup>45</sup> Ídem.

la realidad. Si se logra conseguir el aludido punto de convergencia es factible que la exclusión de la prueba y la realidad miren hacia un mismo punto y generen una funcionalidad adecuada.

Desde nuestra perspectiva, creemos que la flexibilización de la exclusión de la prueba ilícita es posible en los delitos de corrupción y crimen organizado. Con lo referido, no se pretende en medida alguna que la exclusión de la prueba ilícita sea desmantelada, pues lo que se quiere simplemente es su atenuación, en este sentido, lo que se busca es su inaplicación de exclusión de la prueba ilícita en los delitos de corrupción y crimen organizado.

Para reforzar nuestro razonamiento nos centraremos fundamentalmente en los siguientes criterios: a) relación de causalidad directa entre la prueba ilícita y el resultado probatorio, b) los criterios de la buena fe del agente, c) el descubrimiento inevitable y d) el criterio de proporcionalidad.

En cuanto al primer argumento, es la jurisprudencia española la que se ha encargado de desarrollar el tema. Inicialmente el planteamiento español exigía que exista una relación de causalidad inmediata o directa entre la prueba ilícita y el resultado probatorio que se obtiene. Si no existe ese requisito de causalidad, por lo tanto, no puede atenuarse la prueba ilícita, es decir, tiene que ser necesariamente excluida.

Respecto al criterio de la buena del agente, es importante señalar que la prueba obtenida ilícitamente tiene que ser puesta y actuada en un proceso penal, siempre en cuando dicha prueba haya sido obtenida en el marco de la actuación de la buena fe del funcionario o del agente policial.

El descubrimiento inevitable, implica que la prueba ilícita de todas formas hubiera sido descubierta por otros procedimientos legales, en esta perspectiva,

se admite que la prueba nunca hubiera permanecido oculta ante los procedimientos legales en curso.

El principio de proporcionalidad manifiesta que si excluye del proceso las pruebas ilícitas se pone en riesgo otros valores de suma importancia para a dinámica social y Estatal. Aquí existe una ponderación de todos los valores relevantes y de la prueba ilícita. Bajo esta concepción se admite que la prueba ilícita tiene que ser actuada dentro del proceso penal y surtir los efectos necesarios, con la finalidad de evitar la producción de daños mayores que afecten al Estado y la sociedad. En los casos que se puede admitir la utilización de la prueba ilícita es generalmente en asuntos que tienen que ver con los delitos de corrupción, crimen organizado y terrorismo.

#### **3.4. VALIDEZ DE LA PRUEBA ILÍCITA.**

En términos generales la exclusión de la prueba ilícita es a nivel de la práctica judicial un procedimiento aceptado, es decir, es una regla que se exige que cumplan todos los operadores del derecho en el ámbito procesal penal. La prueba excluida, por lo tanto, no será considerada en el proceso por haber afectado en su obtención derechos fundamentales que garantiza y protege la Constitución, y el juez no debe valorarlo y muchos menos fundamentar su decisión en la misma.

Por nuestra parte consideramos que cualquier postura que se acomoda dentro de un criterio absoluto encierra un peligro. La posición que admite el absolutismo respecto a la exclusión de la prueba ilícita en todos los procesos peca de ser negativo y no da cabida a otras posibilidades en el tratamiento de a prueba ilícita.

Desde nuestro punto de vista, si bien es cierto que los derechos fundamentales deben ser respetados en la medida posible. Pero dicha inviolabilidad no puede



ser entendida de forma absoluta y categórica, ya que consideramos que los derechos fundamentales así como son protegidos también pueden ser restringidos, en este sentido, pueden ser limitados siempre en cuando sea para conseguir un objetivo social que permita la convivencia y el desarrollo de la sociedad. Como consecuencia, y con la intención de obtener la verdad procesal y el balance entre los intereses privados y colectivos, es necesario, en cierto modo, plantear una excepcionalidad o una atenuación para la utilización de las pruebas ilícitas en los procesos de corrupción y crimen organizado. Pues la sociedad al ser un conjunto de individuos también merece ser protegido.

Dentro de la ponderación que debe realizar el juez, debe analizar cuál de los dos bienes en conflicto debe prevalecer. Si el interés de la sociedad en el descubrimiento de la verdad, la realización del valor justicia, o por el contrario, el derecho de un individuo.

No podemos dejar de mencionar que el principio de proporcionalidad supone la graduación de la naturaleza del delito, su gravedad, factibilidad de descubrimiento por otros medios y valoración, siempre bajo la inspiración de que sólo los delitos graves o de gran trascendencia social pueden dar lugar a la vulneración de un derecho fundamental, una interceptación telefónica, por ejemplo<sup>46</sup>.

“A la última premisa podemos agregar, que existe un tratamiento diferenciado para los diferentes tipos de delito, afirmar que existe la posibilidad de aplicar un Derecho Penal del Enemigo para quienes forman parte de organizaciones terroristas o realizan actividades de Narcotráfico o análogas a ellas y, por otra

---

<sup>46</sup> Bayona Flores, Marita, ¿Es siempre inválida la prueba ilícita en el proceso penal? Ita Ius Esto.

parte, el Derecho Penal Común que será aplicable a sujetos de peligrosidad común”<sup>47</sup>.

Citamos esto en la medida que, en el caso de Terroristas el reconocimiento y respeto a sus derechos fundamentales no va a ser tan exigible como en el caso de cualquier otro imputado, por lo tanto cabría decirse a mí entender que la admisión y valoración de la prueba ilícitamente obtenida en estos casos es realmente aceptable<sup>48</sup>.

Finalmente, me parece acertado que no se destierre la posibilidad de admisión de una prueba ilícita en procesos donde realmente es necesaria para la obtención de la verdad y protección del bien social<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> Ídem.

<sup>49</sup> Ídem.

## CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA.

### 4.1. INTRODUCCIÓN

La prueba ilícita no solo ha sido regulada por nuestro sistema jurídico nacional, sino también ha sido objeto de manifestación por parte de la jurisprudencia peruana. Con base a la línea trazada por la jurisprudencia nacional, en lo que sigue se hará un análisis de algunas sentencias relevantes que sobre la prueba ilícita se han originado en el ámbito del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema.

Como bien se sabe la prueba ilícita tiene su origen en la jurisprudencia comparada. En este sentido es posible afirmar que el tratamiento teórico inicial de la prueba ilícita tiene su génesis en la jurisprudencia. Pues, fueron las diversas sentencias los que abordaron por vez primera el problema de la prueba ilícita. El argumento nuclear sobre la exclusión de la prueba ilícita ha sido en cierta forma desarrollado a nivel jurisprudencial, argumentos que dicho sea de paso fueron recepcionados por nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia.

Es por eso que es fundamental iniciar un estudio analítico de la jurisprudencia peruana. Previo a comenzar con el respectivo estudio, quizá se imprescindible mencionar, aunque sea tangencialmente algunos fallos icónicos que fueron emitidos en la jurisprudencia compara.

Para esto se escogerá dos sentencias que fueron emitidas por el Tribunal de la Corte Suprema de los Estados Unidos y una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español. El criterio utilizado para la selección de algunas sentencias norteamericanas y españolas radica básicamente en la importancia histórica y del razonamiento que desarrollan. El argumento histórico se

sustenta en que son sentencias que han dado origen a la exclusión de la prueba ilícita.

El primer caso en el que la Corte de los Estados Unidos se manifiesta respecto a la inadmisibilidad de la prueba ilícita es conocido como *Weeks vs. US* 1914. La prueba que se excluye es aquella que fue obtenida en violación a la enmienda IV. Dicha prueba fue obtenida por medio de un allanamiento y registro arbitrario realizado por la policía Federal. En el desarrollo de la sentencia la Corte Suprema de los Estado Unidos hace una referencia textual a la cuarta enmienda, la cual establece que: “El derecho de la gente a la seguridad en sus personas, casas, papales y efectos, en contra de exorbitantes registros y embargos, no deberá ser violado, y ninguna orden será expedida sino sobre causa probable, sustentada en juramentos o afirmación, y que particularmente describa el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser confiscadas”.

El segundo caso es denominado *Olmstead contra E.U.* 1928. Aquí el tribunal de los Estados Unidos decide excluir la prueba ilícita obtenida a través de grabaciones telefónica no consentidas. La evidencia que se presenta como prueba el proceso es excluido debido a que las grabaciones telefónicas violan la cuarta y quinta enmienda.

Por su parte el Tribunal Constitucional español, respecto a la prueba ilícita se ha manifestado en la sentencia TC 114/1984. El caso es una acción de amparo promovido por Francisco Poveda en contra la casación emitida por el Tribunal Supremo. El argumento eje de la sentencia radica básicamente en que dicha casación vulnera el secreto de las comunicaciones de Francisco Poveda, el cual se halla consagrado en la Constitución Española.

Respecto a la jurisprudencia peruana se analizara una sentencia emitida por el Tribunal constitucional y una sentencia por la Corte Suprema de justicia. Esto con la finalidad de exponer cual es el criterio elegido por la jurisprudencia

peruana respecto a la exclusión de la prueba ilícita, y si dicho derrotero es o no el adecuado en relación a los delitos que afectan gravemente a la sociedad, como es el caso de los delitos que provienen de actos de corrupción.

#### **4.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la constitución, ha intentado, básicamente, fundamentar la exclusión de la prueba ilícita de todo tipo de procesos en la idea que de que la prueba ilícita afecta al derecho del debido proceso y al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva. De forma reiterada el Tribunal Constitucional peruano ha traído a colocación dicho argumento en la mayoría de las sentencias que sobre el tema a tratado.

Asimismo, el tribunal constitucional en relación a la prueba ilícita ha manifestado su posición en la sentencia STC N° 0655-2010 PHC/TC, la misma que es conocida como el “caso Alberto Quinper”.

El eje central del caso gira alrededor del derecho al secreto de las comunicaciones, el mismo que tiene regulación expresa en la Constitución de 1993. El caso se origina debido a que se inicia apertura de instrucción con base a pruebas ilícitas; y el afectado plantea ante el tribunal constitucional que dicho auto de apertura de instrucción afecta al debido proceso, porque las pruebas ilícitas han sido obtenidas vulnerando el secreto a las telecomunicaciones.

Desde la perspectiva del tribunal constitucional la prueba prohibida y su respectiva exclusión constituyen derechos fundamentales, que en cierta forma garantiza a todas las personas que las pruebas que se obtengan deben de respetar los derechos fundamentales. Como consecuencia, toda prueba que sea considerada ilícita tiene que ser excluida de cualquier proceso o procedimiento. En este sentido, dice el tribunal constitucional, que 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.

Tribunal Constitucional resalta la regulación del literal h, inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, la misma que indica lo siguiente: “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”.

#### **4.3. POSTURA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA.**

El 11 de diciembre del 2004 en Trujillo se llevó a cabo el pleno jurisdiccional nacional penal. En dicha sección, el colegiado en relación a la prueba ilícita acordó que: “las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución – sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso”. Con esta posición, los miembros del pleno se reservan la facultad de señalar por medio de la jurisprudencia los casos en los que es posible valorar dentro de un proceso las pruebas obtenidas ilícitamente.

Los casos más resaltantes que se han dado en relación al tema han seguido en cierta forma dos lineamientos. Por un lado la jurisprudencia penal excluye del proceso penal las pruebas que han sido obtenidas afectando o vulnerando derechos fundamentales. Por otro lado se observa que los magistrados penales han permitido la admisión de pruebas ilícitas en un proceso. Quizá, el caso que mejor grafica esta segunda posibilidad se encuentra en el proceso que se le siguió a Alberto Kouri, el mismo que fue sentenciado a seis años de pena

privativa de la libertad y al pago de una reparación civil de 500 mil nuevos soles. Cabe señalar que las personas que aparecían en los “Vladivideos”, calificaban a los mismos como pruebas ilícitas y las cuestionaban con base a los siguientes argumentos: a) se vulneraba el derecho al secreto de las telecomunicaciones, b) que ellos no dieron su consentimiento para que fueran grabados, c) vulneraba al derecho a la intimidad, y d) las diligencias que se llevaron a cabo para su obtención se realizaron sin ninguna garantía legal. Pero a pesar de estos cuestionamientos el poder judicial otorgó valor probatorio a los Vladivideos. La fundamentación para la no exclusión del valor probatorio en el proceso de Alberto Kouri se basó en el hallazgo inevitable.

Otro proceso en el que se ha admite y se da valor probatorio a las pruebas ilícitas es el caso “El Polo”. El atentado terrorista de “El Polo”, realizado el 20 de marzo del 2002, resultaron nueve muerto y cuarenta heridos. La Policía dio seguimiento a algunos sospechosos, y como consecuencia la policía allana el domicilio de uno de ellos y encuentra material subversivo, sin embargo, dicha diligencia atentaba contra el derecho a la inviolabilidad de domicilio. El tribunal de la Corte Suprema con base al principio de ponderación de intereses indica que las pruebas obtenidas tienen valor probatorio.

#### **4.4. OPINIÓN EVALUATIVA.**

Desde nuestra perspectiva, es importante tener en cuenta que la exclusión de la prueba ilícita no puede ser considerada como un principio absoluto y que no permite excepciones. Pues creemos que es posible otorgar valor probatorio a algunas pruebas ilícitas, para esto, es necesario que se haga una evaluación de cada caso y sus particularidades.

Quizá un punto de partida que permita la valoración de las pruebas ilícitas en un proceso, es la de proceso, el delito y el tipo de intereses que está en juego. En este sentido, por ejemplo, es mucho más factible y prudente que en un

proceso donde se ventilen derechos privados y los intereses también son privados, si las pruebas que se presentan son ilícitas deben ser excluidas. Sin embargo, cuando el proceso verse, sobre delitos de corrupción, crimen organizado, trata de personas y terrorismo, las pruebas ilícitas que se ofrecen deben ser merituadas, debido a que en dichos procesos los intereses que se intentan proteger son cuantitativa y cualitativamente trascendentes.



## CONCLUSIONES

1. Que la prueba dentro de un escenario jurídico tiene como finalidad respaldar o desvirtuar los enunciados que las partes sobre los hechos han planteado.
2. Una característica fundamental y formal de la prueba es que esta no es de tipo concluyente; es decir, que la prueba es una posible probabilidad.
3. Que en el escenario jurídico la prueba constituye un eje central del mismo, al punto de que no puede concebirse el debate dentro del procesal penal sin dicho elemento.
4. 4.- La prueba ilícita desde la perspectiva legal ha sido planteado por el legislador peruano y defendido por los operadores jurídicos peruanos.
5. La exclusión de la prueba ilícita, desde los planteamientos legislativos es absoluta, es decir, que la prueba ilícita debe siempre ser excluida del proceso penal.
6. La exclusión de la prueba ilícita no debe ser absoluta, en este sentido, es posible dicha exclusión acepte cierta excepcionalidad y sea atenuada.
7. Que en los delitos de corrupción, crimen organizado, terrorismo y trata de personas las pruebas ilícitas no deben ser excluidas, y deben de ser valoradas por el juzgador según las circunstancias.
8. Si bien es cierto que es importante la protección de la persona individual y sus derechos, también, es importante que se proteja la sociedad y los intereses colectivos.
9. Que afecto de conseguir un resultado justo en el proceso penal el operador jurídico debe tener en cuenta los intereses (tanto individuales como colectivos) que están en juego.
10. Que la exclusión de la prueba ilícita no es un absoluto inderrotable.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, Knut, “Constitución y proceso penal en Alemania”. En AMBOS, Kai y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Comp.), *Constitución y sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2005.
- ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1989.
- BRAVO LLAQUE, César William, “La prueba ilícita a partir de una resolución del Tribunal Constitucional”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Nro. 104, Año 12, Mayo 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.
- BROWN, Guillermo: *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Editorial Jurídica Nova Tesis. Rosario, Santa Fe, 2002.
- CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Rubinzal – Culzoni, Editores, Santa Fe, reimpresión de la 1era. Edición, 2005.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- CREUS, Carlos, *Derecho procesal penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996. CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *El proceso penal. Teoría y práctica*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- DANNECKER, Gerhard, “Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán”, en AA.VV., *La prueba en el nuevo*

proceso penal oral, Coloma Correa, Rodrigo (Editor), LexisNexis, Santiago, 2003.

- DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal en el estado de derecho. Diez estudios doctrinales*, Palestra editores, Lima, 1999.
- GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano: *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2002.
- MIXÁN MASS, Florencio, *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones jurídicas, Lima, 1990.
- MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, Juan, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *La Prueba*, Juan Montero Aroca (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004.
- SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, 3era. Reimpresión de la 1era.

- TALAVERA ELGUERA, Pablo: *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “*La reforma procesal penal de Chile: Retrospectiva y perspectivas*”, Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2005.
- TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2003
- VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al*, *Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1era. reimp. de la 2da. ed., 2007.

## ANEXO:

### BOSQUEJO METODOLÓGICO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA PRUEBA ILÍCITA

#### A. OBJETIVO.

En el presente acápite se esbozará algunos planteamientos metodológicos que han de servir como guía al momento de determinar la validez de la prueba ilícita dentro de un proceso penal.

La metodología que se formula está circunscrita con base a los siguientes elementos: a) el núcleo duro, b) tipo de delito, c) el caso en sí (la proporcionalidad) y d) la contundencia de la prueba ilícita.

El esquema metodológico sugerido, no tiene la calidad de ser exhaustiva. Sin embargo, son pre-requisitos a sí mismos en el siguiente sentido: Si la prueba ilícita no pasa el primer tamiz metodológico, de forma automática los restantes criterios metodológicos no necesitan ser aplicados, en consecuencia, la prueba ilícita no debe ser utilizada en el proceso penal. Sólo podrá ser aplicado el segundo criterio cuando la prueba ilícita para su validez logre satisfacer el primer criterio, y así sucesivamente.

Por último, cabe señalar que solamente la prueba ilícita podrá ser utilizada dentro del proceso penal, siempre en cuando logre pasar los cuatro criterios metodológicos antes propuestos.

#### B. EL NÚCLEO DURO.

Desde la filosofía del derecho, el profesor Garzón Valdés, ha propuesto que dentro de los derechos fundamentales, existen determinados derechos que por su trascendencia e importancia son inviolables e inmodificables. En este sentido, esta categoría de derechos fundamentales son absolutos y no pueden

ser limitados bajo ninguna circunstancia, y representan hasta cierto punto un límite al poder del Estado.

Los derechos fundamentales que se encuentran dentro del denominado núcleo duro están básicamente el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica. Estos derechos tienen su protección a nivel nacional por parte del Estado y en el ámbito internacional encuentran su auspicio y protección por diversos instrumentos internacionales que el Estado peruano ha suscrito y ratificado.

Tanto el derecho a la vida y el de integridad física y psicológica constituyen ejes fundamentales para el desarrollo del ser humano, y que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia. Esto implica que dichos derechos son hasta cierto punto derechos absolutos que deben ser respetados en situaciones normales y de anormalidad; de forma excepcional pueden ser limitados pero nunca suspendidos. Teniendo en cuenta lo señalado, es posible afirmar que los derechos referidos mantienen una independencia en relación a las concepciones y coyunturas políticas, sociales y económicas que el Estado pudiera asumir. El respeto a los mismos es una obligación que se impone a las autoridades del Estado y a los particulares.

Desde la perspectiva asumida, el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica son un primer tamiz importante que el juzgador debe observar en relación a la obtención de la prueba ilícita y su respectiva validez dentro de un proceso. Es decir, que el operador jurídico (juez o fiscal) encargado de analizar la validez de la prueba ilícita dentro de los procesos que se ventilan delitos de corrupción o crimen organizado, están en la obligación de observar si dichas pruebas han sido obtenidas por medio de mecanismos que pongan en peligro el derecho a la vida y la integridad física y psicológica. Si para la obtención de dichas pruebas se han vulnerado el derecho a la vida, a la integridad física o

psicológica, las mismas deben ser rechazadas, esto es, que dichas pruebas ilícitas no deben de tenerse en consideración.

### **C. EL TIPO DE DELITO.**

Un segundo criterio metodológico que debe de tener en cuenta el operador jurídico para justificar la validez de la prueba ilícita es el tipo de delito que se está ventilado en el escenario del proceso penal. Este criterio metodológico implica de forma específica que las pruebas ilícitas únicamente tienen que ser utilizadas en los siguientes delitos: corrupción, crimen organizado, terrorismo y trata de personas. Con base a esta consideración, es importante apuntar que en otro tipo de delitos la prueba ilícita no puede ser utilizada bajo ninguna consideración.

Que si bien es cierto que todos los delitos que el legislador ha decidido regular afectan en cierta medida y menoscaban a la sociedad, sin embargo, no todos los delitos tienen el mismo impacto debido a la gravedad de los mismos. Por ejemplo, los delitos de corrupción, crimen organizado, terrorismo y trata de personas tienen consecuencias más graves desde la perspectiva social, política, económica que otros delitos.

### **D. EL CASO EN ESPECÍFICO (PROPORCIONALIDAD).**

El tercer elemento que permite justificar la validez de la prueba ilícita proviene del caso en particular y del interés que están en juego. Este criterio en relación con los dos anteriores es más específico por dos cuestiones. El primero, implica que todos los casos son particulares y presentan singularidades únicas que hacen que se diferencien de otros casos que probablemente se asemejen. Con esto se indica que no todos los casos de corrupción, crimen organizado, terrorismo y trata de personas son iguales o no todos los casos comparten las mismas propiedades, el caso X de corrupción podrá parecerse al caso Y de

corrupción pero nunca es igual, por ende, ambos casos no pueden ser tratados de igual manera. El segundo, exige ponderar intereses a través de la proporcionalidad. Es decir, tomar en consideración los intereses sociales que se ven afectados en cada caso. Cabe precisar que cuando utilizamos el término proporcionalidad no estamos usándolo en la acepción alexiana. La utilización del cita palabra es únicamente en su significado común, esto es, simplemente sopesar intereses.

#### **E. CONTUNDENCIA DE LA PRUEBA.**

El último criterio metodológico implica determinar la contundencia de la prueba ilícita para justificar la sentencia que el juzgador va a decidir. En este sentido, si la prueba ilícita es determinante y provee razones de peso para condenar a los involucrados de la comisión de un delito, pues corresponde a dichas pruebas otorgarle la validez debida.

En cambio si dichas pruebas únicamente muestran razones o elementos indiciarios de la probable comisión de un delito, y su correspondiente probanza depende de otras pruebas, pues las pruebas ilícitas deben de ser descartadas.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA

ESCUELA DE POSGRADO

UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO



“ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y PROPOSITIVO DEL FUNDAMENTO DE  
LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL  
2004”.

Tesis Presentada por el Bachiller, **GEOVANNY  
ALONSO ABRILL ARANIBAR**, para optar el  
Grado Académico de Maestro en **DERECHO**,  
con Mención en **DERECHO PROCESAL**.

AREQUIPA – PERÚ

2018

# PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

## I.- DATOS GENERALES

- 1.- UNIVERSIDAD: Nacional de San Agustín de Arequipa
- 2.- MAESTRÍA: Derecho Procesal
- 3.- TÍTULO: Análisis del fundamento de la prueba prohibida
- 4.- RESPONSABLE: Geovanny Alonso Abrill Aranibar
- 5.- ASESOR:

## II.- PLANTEAMIENTO TEÓRICO

### 1.-PROBLEMA

#### A) ENUNCIADO:

“Análisis descriptivo y propositivo del fundamento de la prueba prohibida en el código procesal penal del 2004”.

#### B) DESCRIPCIÓN:

Un aspecto sumamente álgido en materia probatoria, dentro de la legislación procesal, es la no utilización dentro de un proceso aquellas pruebas que ha sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales. La doctrina especializada en el tema, la ha denominado prueba ilícita, y su tratamiento teórico ha generado un debate acerca de su supuesta invalidez; por un lado, existe un sector, por cierto casi homogéneo, que admite la no utilización general alegando que es una prueba contaminada, por otro lado, está la posición que admite su utilización en contextos muy particulares.

No existe duda alguna que su tratamiento actual es muy delicado y complejo, debido a las implicancias que tiene a nivel constitucional,

desde la perspectiva de las garantías y libertades personales que la constitución profesa.

Sin embargo, es preciso preguntarse en qué medida y hasta qué punto es posible mantener el lineamiento de exclusión probatoria de la prueba ilícita. En ese sentido, se hace necesario analizar, de forma crítica el fundamento o la “naturaleza” de la denominada prueba ilícita a efecto de corroborar o desacreditar su sostenibilidad absoluta.

## **2.- CAMPO Y ÁREA DE INVESTIGACIÓN**

- A) **CONOCIMIENTO:** Jurídico
- B) **CAMPO:** Derecho Público
- C) **ÁREA:** Procesal Penal
- D) **LÍNEA:** Teoría de la prueba

## **3.- ANÁLISIS DE VARIABLES**

- A) **VARIABLE INDEPENDIENTE:** Prueba ilícita
- B) **VARIABLE DEPENDIENTE:** Validez o invalidez de la prueba ilícita

## **4.- PREGUNTAS BÁSICAS**

- ¿Qué es la prueba ilícita?
- ¿Cuál es el fundamento de la prueba ilícita?
- ¿Es sostenible el fundamento de la prueba ilícita?
- ¿Cuáles son los criterios de exclusión de la prueba ilícita en un proceso?
- ¿Los criterios de exclusión de la prueba ilícita son irrefutables?
- ¿Qué garantías constitucionales vulnera la prueba ilícita?

## **5.-DELIMITACIÓN DEL TIPO DE PROBLEMA**

El problema a desarrollar como tesis es de tipo descriptivo y propositivo.

## **6.- JUSTIFICACIÓN**

### **A) ORIGINALIDAD:**

El presente trabajo es original, debido a que en nuestro medio no se ha encontrado tesis que hayan desarrollado el tema que se plantea como investigación.

### **B) RELEVANCIA:**

El tema que se pretende desarrollar con el presente proyecto de investigación, tiene como finalidad, desde la perspectiva teórica, ordenar y –en alguna medida- aclarar el debate existente en torno a la fundamentación de la prueba ilícita.

Con el trabajo a realizar, se pretende, ni mucho menos, aportar elementos novedosos y relevantes al debate actual, la intención es simplemente, y no menos importante, ordenar y ofrecer bases sólidas que permitan, en alguna medida, analizar adecuadamente la naturaleza de la prueba ilícita.

## **7.-OBJETIVOS**

### **A) GENERAL:**

Demostrar que el fundamento de la prueba ilícita para su exclusión de un proceso no es absoluto y general.

### **B) ESPECIFICO:**

Analizar la doctrina especializada en el tema a efecto de averiguar el estado del debate actual sobre la prueba ilícita.

Analizar la jurisprudencia relevante que se ha emitido sobre la prueba ilícita, con la finalidad de evaluar la posición de los oficiales del derecho.

Analizar el fundamento de la prueba ilícita a efecto de determinar su contundencia.

Revisar los preceptos normativos de la prueba ilícita en la legislación procesal penal peruana, con la intención de analizar y evaluar su regulación.

### **III.-MARCO TEÓRICO**

#### **1.-APARATO CONCEPTUAL**

##### INTRODUCCIÓN

##### CAPÍTULO I: NOTAS GENERALES DE LA PRUEBA Y SU REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL.

- 1.- PROPÓSITO
- 2.- ¿QUÉ ES LA PRUEBA?
- 3.- LA PROBABILIDAD DE LA PRUEBA
- 4.- NOCIÓN DE PRUEBA EN EL NCPP
- 5.- CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA
- 6.- UTILIDAD DE LA PRUEBA
- 7.- FINALIDAD DE LA PRUEBA

##### CAPÍTULO II: LA PRUEBA ILÍCITA.

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- DEFINICIÓN DE PRUEBA ILÍCITA
- 3.- FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA

4.- SUPUESTOS DE OBTENCIÓN.

5.- REGLAS DE EXCLUSIÓN.

6.- POSTURA A FAVOR DE SU INVALIDES.

7.- POSTURA A FAVOR DE SU VALIDEZ.

### CAPÍTULO III: REDEFINIENDO LA COMPRENSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.

1.- OBJETIVO.

2.-ANÁLISIS DE LA NOCIÓN DE PRUEBA ILÍCITA.

3.- CRÍTICA AL FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

4.- LA PRUEBA ILÍCITA Y LA CORRUPCIÓN.

5.- VALIDEZ DE LA PRUEBA ILÍCITA.

### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA ILÍCITA.

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

3.- POSTURA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA.

4.- OPINIÓN EVALUATIVA.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO: BOSQUEJO METODOLÓGICO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA PRUEBA ILÍCITA.

## **2.-ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:**

De la verificación en los bancos informativos de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa y demás universidades de nuestro departamento,

no se han encontrado investigación alguna sobre el tema, por lo tanto, no se tiene antecedentes investigativos.

### **3.-HIPOTESIS**

Es posible que la fundamentación de la prueba ilícita y su respectiva exclusión de un proceso sean derrotables.

## **IV.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL**

### **1.-MÉTODO**

**A) PRINCIPAL:** Racionalismo crítico

**B) SECUNDARIO:** Como complemento al método principal ha de utilizarse el deductivo e inductivo, puesto que ambos razonamientos metódicos, son de suma importancia en la construcción de la teórica de la dogmática jurídica.

**C) LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:** El trabajo de investigación se encuentra dentro de la teoría de la prueba.

### **2.-TÉCNICA.**

La técnica que ha de emplearse en el presente trabajo es la observación y análisis documental, y tendrá como propósito identificar las propuestas de la doctrina en el tema, asimismo, permitirá la recolección de información mediante los sentidos y el procesamiento de la información correspondiente a través de fichas documentarias.

### **3.-INSTRUMENTOS:**

Fichas de observación documentaria.

Libros, revistas y artículos especializados en el tema.

Jurisprudencia relevante que ha emitido sobre el tema la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Computadora y material de escritorio.

**4.-CAMPO DE VERIFICACIÓN**

**A) ÁMBITO GEOGRÁFICO:** AREQUIPA

**B) UNIDAD DE ESTUDIO:** Doctrina, jurisprudencia y Código Procesal Peruano

**C) TEMPORALIDAD:** 2017-2018

**5.- CRONOGRAMA:**

| Actividades   | 2017              |                  |                          | 2018  |         |       |
|---|-------------------|------------------|--------------------------|-------|---------|-------|
|   | Febrero/<br>Marzo | Abril/<br>Agosto | Septiembre/<br>Diciembre | Enero | Febrero | Marzo |
| Revisión bibliográfica                              | X                 |                  |                          |       |         |       |
| Investigación, recolección y procesamiento de datos |                   | X                |                          |       |         |       |
| Redacción de la investigación                       |                   |                  | X                        | X     |         |       |



|                                   |  |  |  |  |   |   |
|-----------------------------------|--|--|--|--|---|---|
| Análisis y conclusiones           |  |  |  |  | X |   |
| Revisión                          |  |  |  |  | X |   |
| Presentación para su sustentación |  |  |  |  |   | X |