

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



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

**CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA VALIDACIÓN DE UN MEDIO  
DE PRUEBA, OBTENIDO MEDIANTE LA AFECTACIÓN DEL  
DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES  
TELFÓNICAS EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Presentada por:

**LUZ MARINA POLANCO YAÑEZ**

Asesor:

**M.Cs. MUÑOZ OYARCE, BRUCE EUGENIO**

Cajamarca, Perú

2025

## CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador: Luz Marina Polanco Yañez  
DNI: 43574025  
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Programa de Maestría en Ciencias, Mención: Derecho Penal y Criminología.
2. Asesor: M.Cs. Bruce Eugenio Muñoz Oyarce
3. Grado académico o título profesional  
 Bachiller       Título profesional       Segunda especialidad  
 Maestro       Doctor
4. Tipo de Investigación:  
 Tesis       Trabajo de investigación       Trabajo de suficiencia profesional  
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:  
  
FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA VALIDACIÓN DE UN MEDIO DE PRUEBA, OBTENIDO  
MEDIANTE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS  
EN EL PERÚ.
6. Fecha de evaluación: 21/01/2026
7. Software antiplagio:  TURNITIN       URKUND (OURIGINAL) (\*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 20%
9. Código Documento: 3117:547977708
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:  
 APROBADO       PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 26/02/2026

*Firma y/o Sello  
Emisor Constancia*



---

M.Cs. BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARTE  
DNI:46165841

\* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2025 by  
**LUZ MARINA POLANCO YAÑEZ**  
Todos los derechos reservados



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 080-2018-SUNEDU/CD

**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERÚ



**UNIDAD DE POSGRADO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**


Siendo las 18:00 horas, del día 28 de noviembre de dos mil veinticinco, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. VÍCTOR ANDRÉS VILLAR NARRO**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. BRUCE EUGENIO MUÑOZ OYARCE**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA VALIDACIÓN DE UN MEDIO DE PRUEBA, OBTENIDO MEDIANTE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL PERÚ**, presentada por la **Bachiller en Derecho LUZ MARINA POLANCO YAÑEZ**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bachiller en Derecho LUZ MARINA POLANCO YAÑEZ**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 19:45 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**M.Cs. Bruce Eugenio Muñoz Oyarce**  
Asesor

  
.....  
**Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Víctor Andrés Villar Narro**  
Jurado Evaluador

**A:**

A mi madre, por estar siempre conmigo, enseñarme a crecer y superar las adversidades, así como apoyarme, guiarme y ser la base que me sostuvo hasta llegar aquí.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por ser fuente de fe y fortaleza, al doctor Domingo Celestino Alvarado Luis, por su valiosa orientación y empeño para guiar el desarrollo de la presente tesis; y, a mi familia por inspirar mi crecimiento profesional.

Sin piedad la justicia se torna crueldad. Y la piedad sin justicia, es debilidad.

(Prieto Metastasio)

**TABLA DE CONTENIDO**

Dedicatoria.....	vi
Epígrafe .....	vii
Tabla de contenido.....	viii
Lista de ilustraciones.....	xi
Glosario.....	xii
Resumen.....	xv
<i>Abstract</i> .....	xvi
Introducción.....	xvii
Capítulo I. Aspectos metodológicos .....	1
1.1. Planteamiento del problema .....	1
1.2. Formulación del problema .....	3
1.3. Justificación .....	3
1.4. Delimitación .....	5
1.5. El tipo y nivel de tesis .....	6
1.6. Hipótesis .....	7
1.7. Objetivos .....	8
1.8. Métodos y técnicas .....	8
1.9. Estado de la cuestión.....	16
Capítulo II. Marco teórico .....	16
2.1. Marco iusfilosófico.....	16
2.1.1. Positismo Jurídico Incluyente.....	16
2.2. Marco doctrinal .....	30
2.2.1. Paz Social y derecho penal .....	30
2.2.2. Política Criminal .....	32

2.2.3. Sistema acusatorio adversarial .....	35
2.2.4. Límites de los Derechos Fundamentales .....	36
2.2.5. El derecho a la prueba .....	38
2.2.6. La prueba prohibida .....	40
A. Naturaleza jurídica de la prueba prohibida .....	42
B. Clasificación de la prueba prohibida.....	43
C. Efectos de la prueba prohibida.....	45
D. Límites a la prueba prohibida .....	46
E. Valoración de la prueba prohibida .....	47
2.2.7. Carácter progresivo y no absoluto del derecho a la Prohibición de prueba obtenida con violación a derechos Fundamentales .....	50
2.2.8. Derecho Fundamental al secreto a las comunicaciones .....	51
2.2.9. Derecho a la intimidad.....	67
2.2.10. Principio de proporcionalidad .....	70
2.3. Marco normativo y jurisprudencial .....	79
2.3.1. La prueba en el Derecho Penal peruano.....	79
2.3.2. Enfoque jurisprudencial del derecho a probar .....	80
2.3.3. Enfoque jurisprudencial de la prueba prohibida .....	82
2.3.4. Enfoque jurisprudencial de derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.....	88
Capítulo III. Demostración de hipótesis.....	95
3.1. Análisis y discusión: Los fundamentos de la exclusión de la prueba anticipada .....	96
3.2. Demostración de hipótesis .....	116

3.2.1. Primer Fundamento .....	116
3.2.2. Segundo Fundamento .....	121
Conclusiones.....	127
Recomendaciones .....	129
Lista de referencias.....	130

**LISTA DE ABREVIACIONES**

art.	: Artículo
arts.	: Artículos
C	: Constitución
Cas	: Casación
CP	: Código Penal
Exp.	: Expediente
fj.	: Fojas
p.	: Página
pp.	: Páginas

## **GLOSARIO**

### **1. Derecho penal**

La disciplina del derecho penal se considera dentro del derecho público como la encargada de regular la capacidad sancionadora del Estado, es decir, su ius puniendi. El derecho penal establece como consecuencia jurídica a la realización de determinadas conductas, consideradas delitos, penas y medidas de seguridad.

### **2. Fundamentos jurídicos**

Argumentos que ordenan, aclaran o concretizan la interpretación y aplicación del derecho o de los métodos jurídicos. En el fundamento jurídico encarna la legitimidad del ordenamiento jurídico y lo que éste sustenta.

Fundamentar algo jurídicamente, importa establecer la razón de ser de ese algo, así como también determinar el origen y el sentido de lo que se pretende fundar. Toda expresión jurídica contiene valoraciones que giran siempre en algún sentido, alrededor del valor superior justicia, el cual sirve de guía para el establecimiento del fundamento jurídico.

### **3. Investigación**

Se entiende por investigación un conjunto de actividades humanas destinadas a la obtención de nuevos saberes y conocimientos, y/o su aplicación a la resolución de problemas concretos o interrogantes existenciales.

#### **4. Proceso penal**

Es el conjunto de actos y procedimientos mediante los cuales el juez, aplicando la ley, conoce y juzga un conflicto de intereses traídos a su conocimiento por el fiscal.

#### **5. Prueba**

La prueba, en derecho, es toda justificación aportada al proceso conforme a los mecanismos y procedimientos establecidos en la norma vigente, cuyo objetivo es llevar al convencimiento del juez, respecto de la certeza sobre los hechos ventilados en el proceso judicial.

#### **6. Prueba prohibida**

Se denomina prueba prohibida a todo elemento de convicción recolectado a través de procedimientos que vulneran los atributos esenciales de la persona reconocidas en la Constitución. Este concepto abarca toda la cadena de obtención, desde la identificación de la fuente hasta su incorporación formal en el expediente judicial.

#### **7. Secreto de las comunicaciones**

Su naturaleza jurídica es estrictamente formal, lo que implica que su protección se activa independientemente de la relevancia o el carácter confidencial de la información compartida. En consecuencia, el ordenamiento tutela el proceso comunicativo en sí mismo, evitando que terceros no autorizados accedan a la interacción.

## **8. Test de proporcionalidad**

Es un método de interpretación de alta relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, pues resuelve conflictos de orden constitucional. La intención de Robert Alexy fue proponer un instrumento que permitiera dirimir, de manera razonable, conflictos normativos entre principios, garantía y/o derechos constitucionales.

## **9. Violación**

Una violación, es algo que va en contra de una voluntad, atenta contra lo preestablecido y cuando se comente se es consciente que se está actuando en contra de la moral y las buenas costumbres.

Las violaciones manifiestas, son aquellas que a simple vista podemos detectar que se está cometiendo un atentado en contra de los derechos, se diferencian de las encubiertas que no son tan claras o percibibles, no son tácitas, pero producen un efecto similar.

## RESUMEN

La presente investigación se encuentra orientada a determinar ¿cuáles son los fundamentos jurídicos para la validación de un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el Perú?. El Perú tiene su normas enmarcadas dentro del paradigma de Estado Constitucional de Derecho; lo cual obliga a todo ciudadano e institución a actuar con estricto respeto a los derechos fundamentales; es así que el proceso penal, se adhiere al sistema acusatorio con rasgos adversariales, el cual se encuentra direccionado y controlado por el llamado juez de garantías, quien garantiza la protección de los derechos del investigado; es así que el ordenamiento penal sanciona con nulidad a los medios de prueba obtenidos mediante la afectación de derechos tales como el debido proceso, secreto a las comunicaciones, intimidad y otros. Lo cual genera que la sociedad, se sienta en un estado de indefensión y frente a un clima de injusticia, ante la aparente sobreprotección del sujeto activo del delito, el mismo que en muchos casos no es sancionado por su actuar ilícito, puesto que, a pesar de existir prueba en su contra, ésta no sería válida, permaneciendo su conducta impune.

Siendo esto un grave problema para la administración de justicia del país, pues se desacredita en gran medida la actuación punitiva del Estado al generarse múltiples conflictos en los órganos jurisdiccionales, puesto que por un lado se tiene que asegurar la protección de derechos fundamentales del investigado y por el otro la obtención de justicia y la paz social.

**Palabras Clave:** Prueba prohibida, Derechos Fundamentales, Secreto de las comunicaciones, proceso penal, sanción punitiva.

**ABSTRACT**

*The present investigation is oriented to determine what is the constitutional legal basis for the validation of a means of proof obtained through the violation of the right to the secrecy of telephone communications.*

*Peru operates under the model of a Constitutional State of Law, which obliges all citizens and institutions to act with strict respect for fundamental rights. Thus, the criminal process adheres to an accusatory system with adversarial characteristics, which introduces the figure of the judge of guarantees, who ensures the protection of the rights of the accused. Therefore, the penal code sanctions with nullity any evidence obtained through the violation of rights such as due process, secrecy of communications, privacy, and others. This leads to a feeling of defenselessness in society and a climate of injustice, given the apparent overprotection of the perpetrator, who in many cases goes unpunished for their illicit actions because, despite the existence of evidence against them, it is deemed inadmissible, leaving their conduct unpunished.*

*This poses a serious problem for the administration of justice in the country, as it greatly discredits the punitive actions of the State by generating multiple conflicts in the jurisdictional bodies, since on the one hand it is necessary to ensure the protection of the fundamental rights of the person under investigation and on the other hand, to obtain justice and social peace.*

**Key Words:** *Prohibited test, Fundamental Rights, Secret of communications, criminal process, punitive sanction.*

## INTRODUCCIÓN

El Estado Peruano, como todo estado de derecho tiene como pilar del ordenamiento jurídico a la Constitución; es así también que en cuanto al Derecho Procesal Penal, nos encontramos dentro del sistema acusatorio adversarial, el cual a través del juez de garantías busca salvaguardar los derechos fundamentales del procesado, entre estos, el derecho al debido proceso, siendo que dentro de su contenido podemos considerar todo lo relativo a la prueba, existiendo límites para su obtención y actuación, así como la posibilidad de excluirla si se infringe algún otro derecho o interés protegido; dada la complejidad al resolver conflictos entre garantías, intereses o derechos, se han generado diversas problemáticas tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario en nuestro país.

La problemática que envuelve la investigación, está en la exclusión de la prueba prohibida, ello por cuanto, por ejemplo, cuando se obtiene un elemento de prueba con afectación al derecho al secreto de las comunicaciones, esto genera que éste y sus derivados sean excluidos de la investigación causando dificultades en la investigación e incluso generando impunidad. Hecho que causa en la sociedad una sensación de inseguridad jurídica y deslegitima la actuación de las instituciones de justicia; presentándose el conflicto entre dos ámbitos de protección, por un lado, se tiene que asegurar la defensa de derechos fundamentales del investigado, y por otro; la obtención de justicia y la paz social.

Los objetivos desarrollados en esta investigación están orientados a establecer cuáles serían los fundamentos jurídicos que de manera

excepcional podrían sustentar la validación de un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el Perú; Dentro del desarrollo, se definirán puntos concretos sobre cómo se justificará la validez de las pruebas obtenidas mediante la violación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en relación con la defensa del derecho a la intimidad personal. Además, se establecerá cómo se justificará la validez de estas pruebas en cuanto al respeto al derecho al debido proceso. Por último, se explicará cómo se justificará la validez de las pruebas obtenidas a través de la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en apoyo a la defensa de la justicia y la paz social. Es así que el presente trabajo comprende tres capítulos: En el capítulo I, se hace referencia a los aspectos metodológicos, en el mismo que se plantea el problema, la hipótesis, objetivos y los métodos y técnicas que se utilizaron en la investigación.

En el capítulo II, se desarrolla los aspectos doctrinarios y jurisprudenciales, siendo que en primer lugar se dará una revisión a las corrientes iusfilosóficas que darán sustento a las hipótesis planteadas, para pasar a desarrollo de los derechos fundamentales, específicamente a la prueba y la prueba prohibida, entendida como aquella que ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, siendo que la obtención debe ser considerada como toda labor tendente a obtener un resultado probatorio dentro del proceso, comprendiendo tanto la actividad de obtención o búsqueda de fuentes de prueba, así como el procedimiento que lleva al resultado, todo ello dentro del marco de la garantía del debido proceso. Así también, se desarrolla lo

correspondiente al secreto de las comunicaciones, derecho fundamental, que es considerado como el derecho a mantener en secreto una comunicación, no interesando su contenido de la misma, empero, se encuentra en estrecha relación con la protección a la intimidad personal. Así como tópicos referidos a política criminal, la paz social, el principio de proporcionalidad, entre otros relevantes para la sustentación de las hipótesis planteadas.

En el capítulo III, se desarrolla la demostración de la hipótesis, analizando los resultados obtenidos en cuanto a cuáles serían los criterios válidos para determinar el contenido esencial y no esencial de los derechos fundamentales en conflicto, siendo los principales derechos involucrados el debido proceso, la prueba, al secreto de las comunicaciones telefónicas, a la intimidad personal, entre otros; y así también se desarrollará cómo aplicar el principio de proporcionalidad a fin de llegar a determinar cuáles serían los fundamentos jurídicos válidos para de manera excepcional valorar un medio de prueba obtenido mediante la violación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas; debiéndose tener en cuenta las características de cada caso en concreto, el cual debe poseer especial gravedad y complejidad, para la aplicación de los criterios establecidos en el desarrollo de la presente investigación.

Finalmente, sobre la base de todo lo desarrollado se plasmaron las conclusiones y recomendaciones respectivas.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad nuestro sistema jurídico, concretamente en el ámbito procesal penal, al regular la valoración de los medios de prueba, toma en cuenta aspectos como su pertinencia, conducencia y utilidad, así como también su licitud; siendo que en lo concerniente a la valoración de la prueba prohibida o prueba ilícita, la legislación ha establecido la “teoría de la exclusión”, es decir se sanciona con ineficacia a todo medio de prueba obtenido mediante la vulneración de algún derecho fundamental.

En la presente investigación se analiza en concreto, la prueba prohibida obtenida mediante vulneración del secreto a las comunicaciones telefónicas, teniendo en cuenta el marco legal y jurisprudencial vigente.

Al respecto, la Constitución Política establece en su artículo 2, inciso 10, que: “No tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado”.

Así mismo, el Código Procesal Penal, en su el Art. VIII del título preliminar señala que: “Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo” y en su artículo 159°, establece que: “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de

prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. Y en consecuencia carecerían de efecto legal todas las pruebas obtenidas, de manera directa o indirecta, con afectación al contenido esencial de otros derechos fundamentales de las personas.

De lo anteriormente señalado, podemos establecer que tanto el texto constitucional como el legal son muy claros; sin embargo, si observamos la realidad actual nos podemos dar cuenta que, gracias al avance tecnológico y al incremento del uso de aparatos magnéticos, se han dado a conocer por los distintos medios de comunicación, hechos que evidenciarían la comisión de ilícitos penales, que a pesar de su espacial gravedad quedan impunes debido a que estos medios de prueba habrían sido obtenidos mediante la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, lo cual generó su invalidez y por ende la falta de prueba de cargo en contra de las personas involucradas.

En estos casos el Estado estaría actuando conforme a ley y dentro del marco de constitucionalidad, propio de todo Estado de Derecho; pero a pesar de ello, la población en general, se siente en un estado de indefensión y frente a un clima de injusticia y aparente impunidad.

El escenario actual evidencia una crisis en el sistema judicial peruano, pues el prestigio del poder punitivo estatal se ve comprometido al enfrentar una dicotomía. Por un lado, existe el deber ineludible de salvaguardar las garantías procesales y la privacidad del investigado;

por otro, la urgencia social de alcanzar la verdad material y preservar la convivencia armónica.

En consecuencia, en el proceso penal se debe tomar en cuenta el respeto de los derechos fundamentales, pero también se debería evaluar la posibilidad de su limitación, sin embargo atendiendo a la naturaleza de los derechos en conflicto y la expresa prohibición legal de valorar los medios de obtenidos con afectación de los mismos, esta valoración debe realizarse con carácter excepcional, por ser una excepción a la regla general; debiéndose establecer criterios que permitan en principio determinar en contenido de cada derecho y que además justifiquen la prevalencia de un derecho sobre otro, lo cual deberá aplicarse a cada caso en específico según sus particularidades y atendiendo a criterios de gravedad y complejidad.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Problema Principal**

¿Cuáles son fundamentos jurídicos que sustentan la validez de los medios de prueba obtenidos mediante la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, considerando la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos y valores constitucionales?

### **1.3. Justificación**

La presente investigación, encuentra su justificación en la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos que deberán tener en cuenta los

jueces del nuevo modelo procesal penal, a fin de poder establecer la validez o invalidez de un medio de prueba obtenido mediante la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, todo ello dentro del marco de legalidad y respeto a los principios de orden constitucional que inspiran nuestra Legislación.

Esto es, estableciendo criterios jurídicos básicos para poder limitar determinados derechos en forma legítima, ofreciendo de esta forma directrices que guíen la actuación de los operadores jurídicos para una mejor administración justicia, ya que hasta la actualidad no existe aún consenso acerca de cómo resolver el mencionado conflicto. Intentando aportar de esta forma al conocimiento jurídico, estableciendo criterios válidos para la aplicación e interpretación de la norma penal.

La justificación teórica se sustenta en base a que, la investigación busca crear debate científico y académico en función al valor probatorio que se le debe dar a un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el Perú, así como también el desarrollo de instituciones jurídicas como la prueba prohibida, el derechos al secreto a las comunicaciones, el derecho a probar, derecho a la intimidad, al debido proceso, la justicia y paz social, entre otros relacionados, lo cual va ampliar el conocimiento dentro del ámbito jurídico penal.

La justificación práctica, se sustenta cuando la investigación genera un aporte a la comunidad jurídica en base a los resultados o datos obtenidos en la investigación, aportando criterios jurídicos constitucionales para la

valoración de un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el Perú, ofrecerá a los operadores jurídicos algunas herramientas para comprender e interpretar de mejor manera el conflicto entre los derechos fundamentales a la prueba y el derecho al secreto de las comunicaciones.

La justificación metodológica de la investigación se desarrolla en base al enfoque de investigación lo cual motiva a realizar un estudio con mayor confiabilidad para la comunidad jurídica, haciendo uso correcto de los métodos y técnicas de investigación, lo cual genera la utilidad metodológica de la investigación.

#### **1.4. DELIMITACIÓN**

##### **1.4.1. Espacial**

La presente investigación se desarrolló en base a la legislación peruana tomando sólo como referencia el derecho comparado.

##### **1.4.2. Temporal**

La presente investigación se avocó al estudio de la legislación, doctrina y jurisprudencia peruana creada a partir del año 2010.

## **1.5. EL TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1. De acuerdo con el fin que persigue**

#### **A. Básica**

Porque permite gracias al estudio sistemático de datos teóricos, ampliar los conocimientos respecto a la forma cómo se han venido desarrollando las instituciones jurídicas del derecho a la prueba, la prueba prohibida, así como las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida y el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a fin de poder dar respuesta a la hipótesis planteada. Es preciso aclarar que una investigación básica no busca una aplicación práctica, al menos no de manera inmediata, sirviendo de fundamento para otras investigaciones (Carruitero, 2014, p.40).

### **1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación**

#### **A. Descriptiva y explicativa**

Descriptiva, porque se buscó indagar y detallar el conocimiento sobre las instituciones jurídicas del derecho a la prueba, la prueba prohibida, sus excepciones y el derecho al secreto de las comunicaciones, permitiéndonos concluir con la explicación o razones por las cuales se podrá aplicar una excepción a la exclusión de la prueba prohibida y así valorar un medio de prueba obtenido mediante la afectación al derecho al secreto a las comunicaciones.

### **1.5.3. De acuerdo al enfoque**

#### **A. Cualitativa**

“Una investigación cualitativa es cuando se recurre a la riqueza interpretativa y el análisis del problema dentro de un contexto” (Hernández, 2006, p. 3). El estudio prescinde de herramientas cuantitativas o métricas estadísticas, centrando su rigor en la interpretación hermenéutica de las variables jurídicas. Se prioriza el análisis cualitativo de las categorías analíticas, tales como las limitaciones al derecho a la prueba y las excepciones a la regla de exclusión

## **1.6. HIPÓTESIS**

### **1.6.1. Hipótesis**

Los fundamentos jurídicos para la validación de un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el Perú, son:

- a) La prevalencia del derecho a probar frente a los derechos a la intimidad personal y el debido proceso, determinada a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.
- b) La primacía de la justicia y la paz social frente a otros derechos o garantías constitucionales, determinada a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.

## **1.7. OBJETIVOS**

### **1.7.1. General**

Determinar los fundamentos jurídicos para la validación de un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las **comunicaciones telefónicas en el Perú**

### **1.7.2. Específicos**

- Desarrollar y analizar los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones telefónicas, la intimidad y al debido proceso en el Perú.
- Desarrollar y analizar la aplicación de la ponderación y el principio de proporcionalidad.

## **1.8. MÉTODOS Y TÉCNICAS**

### **1.8.1. Métodos generales**

#### **A. Analítico**

“En el método analítico el investigador tiene que formarse una opinión sobre cada uno de los elementos que integran una figura jurídica” (Carruitero, 2014, p. 124). Esto es, que se analizaron de manera sistemática y detallada cada una de las instituciones jurídicas que involucran el problema de investigación, desde un punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, es decir se analizó el derecho a la prueba, la prueba prohibida, las excepciones a la prueba prohibida y el derecho al secreto de las comunicaciones.

## **1.8.2. Métodos jurídicos**

### **A. Dogmático**

La dogmática jurídica, se encarga del estudio de las normas, instituciones y conceptos jurídicos derivados de las distintas fuentes del derecho (Ramos, 2011), siendo su estudio básicamente documental y para su aplicación se han tenido como referencia a la norma, doctrina y jurisprudencia, a fin de poder desarrollar el tratamiento de las distintas instituciones jurídicas que abarcan el presente trabajo, estas son el derecho al secreto de comunicaciones, el derecho a la prueba, la prueba prohibida y sus excepciones, aceptados por la doctrina mayoritaria.

### **B. Exegético y jurisprudencial**

El método exegético se utiliza para interpretar la voluntad del legislador al momento de dictar una norma jurídico penal, voluntad que es interpretada por los jueces del sistema penal al momento de aplicar la norma, por lo cual es necesario el estudio de la jurisprudencia de nuestros más altos órganos jurisdiccionales, tales como la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, además de lo resuelto por la Corte Interamericana respecto de la interpretación de los conceptos, contenidos, alcances y límites de las instituciones como el derecho a la prueba, la prueba prohibida, sus excepciones y el derecho al secreto de las comunicaciones.

## **1.8.3. Técnicas e instrumentos**

Se utilizó la técnica de la observación documental para el estudio de la norma, doctrina y jurisprudencia, respecto del instrumento utilizado para

esta técnica, se utilizó la ficha resumen la cual nos permitió seleccionar y ordenar la información relevante, esto es, normas, conceptos, jurisprudencia y otros, atinentes a el derecho a la prueba, la prueba prohibida, las excepciones a la prueba prohibida y el derecho al secreto de las comunicaciones.

## **1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Luego de revisar los trabajos de investigación en los repositorios de las universidades nacionales y locales; se ha encontrado las siguientes investigaciones, desarrolladas en torno al tema de estudio.

### **1.9.1. Nacional**

Conversaciones grabadas sin consentimiento y su validez probatoria en los procesos penales en el distrito fiscal de Junín - año 2016. (Tesis de pregrado). Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

La presente investigación tuvo como objetivo general determinar si las conversaciones grabadas sin consentimiento tienen validez probatoria en los procesos penales en el distrito fiscal de Huancayo en el año 2016, llegándose a concluir que la grabación telefónica obtenida por uno de los interlocutores, que posteriormente será presentada como prueba dentro de un proceso, esta no podrá ser considerada ilícita, ya que no existe violación de derechos fundamentales, lo que será una herramienta que contribuirá con el fin del proceso penal que es llegar al conocimiento de la verdad. (Aranda,2017).

Respecto a la naturaleza de la prueba prohibida, Hidalgo (2017), en su tesis para la Universidad San Pedro, examina cómo el sistema procesal

peruano adopta un enfoque dual para la regla de exclusión. El autor sostiene que dicha regla se fundamenta tanto en el modelo anglosajón —orientado a disuadir la mala praxis estatal— como en la tradición eurocontinental, que prioriza la integridad del ordenamiento jurídico. Finalmente, destaca que la jurisprudencia nacional no aplica una exclusión absoluta, sino que emplea la teoría de la ponderación para admitir elementos probatorios en supuestos excepcionales donde el valor de la justicia prevalece sobre la irregularidad formal.

Modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano. (Tesis de maestría) Pontificia Universidad Católica del Perú. La presente investigación tuvo como objetivo general, determinar un modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano”. (Pareja, 2017, p.7). Llegándose a concluir que, el derecho a la no valoración de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, es autónomo lo cual no lo desvincula de su relación con los demás derechos fundamentales, tanto implícitos como explícitos en la Constitución, siendo que su plena vigencia o goce sólo podrá ser percibido al colisionar con otros derechos, momento en que deberá realizarse un control constitucional, valorando el grado de afectación a los derechos y bienes jurídicos que se verán afectados con su inadmisión, para lo cual se deberá ponderar haciendo uso de la interpretación constitucional, pudiendo determinar así la admisión o

inadmisión de la prueba prohibida, por lo cual el juzgador deberá contar con competencia constitucional.

El test de ponderación como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano. (Tesis de pregrado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. La presente investigación tuvo como objetivo general, analizar la procedencia de que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, al superar el test de ponderación puede constituirse como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida". (Ruiz, 2018, p.18). Llegándose a concluir que nuestro sistema procesal penal al derivarse del sistema jurídico euro continental, tiene una finalidad garantista, por lo cual la figura de las excepciones a la prueba prohibida se deben abordar de una manera restrictiva y el análisis llevado a cabo para su valoración o exclusión se debe hacer mediante el test de ponderación, siendo necesario establecer límites a su aplicación con normas de carácter legal, ello es necesario por la disparidad de criterios de nuestros tribunales al emitir sus sentencias y más aún al fundar las mismas en excepciones creadas por el sistema jurídico norteamericano.

Prueba prohibida o prueba irregular. Un análisis a propósito del levantamiento del secreto de las comunicaciones en el caso Cuellos Blancos. (Tesis de pregrado). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. La presente investigación tuvo como objetivo general, analizar si el los audios obtenidos en el marco de la investigación de la organización criminal denominada "los cuellos blancos del puerto", obtenidas con levantamiento del secreto de las comunicaciones solicitadas por un fiscal

y otorgadas por un juez, ambos de inferior jerarquía que los afectados con la medida, constituye prueba prohibida (ilícita) o irregular y si ello implica su exclusión del acervo probatorio en el proceso penal. (Gálvez, 2019, p. 16). Llegándose a concluir que los audios obtenidos como elementos de prueba en el caso “Los Cuellos Blancos del Puerto”, a pesar de haber sido autorizados por una resolución judicial emitida por un juez de menor jerarquía al que ostentaban en su momento los magistrados intervenidos; no constituyen prueba prohibida, puesto que si bien no ha sido emitidos por el juez natural (exigencia de carácter legal), esto no los invalida, más aún si tanto el fiscal que solicitó la medida y el juez que la otorgó desconocían la identidad de los intervenidos; respecto al desarrollo jurisprudencial de la prueba prohibida en nuestro país, considera una falta de predictibilidad de la resoluciones en cuanto a la admisión o inadmisión de la prueba prohibida, existiendo supuestos en los que al ser excluida en algunos puede afectar gravemente el prestigio de la administración de justicia.

La interceptación y difusión de las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación, límites e interés público. (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La presente investigación tuvo como objetivo general: Precisar los elementos de la evolución de las comunicaciones y a partir de ello la evolución de la protección jurídico penal del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones en relación a las comunicaciones interceptadas ilegalmente. Establecer la importancia del uso del concepto de interés público como un parámetro

objetivo para la protección de las libertades comunicativas, la intimidad y el secreto de las comunicaciones, en el caso de la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente. (De la Puente, 2020, p. 58). Llegándose a concluir que la existencia de una estrecha relación entre el derecho a la intimidad, a la vida y las libertades informativas, derechos que se han ido configurando y mutando en la legislación peruana a la par de la evolución de las comunicaciones.

Existen serias contradicciones y vacíos en la múltiple normatividad existente que regula entre otros supuestos, el acceso a la información pública, la prohibición de acceso a las comunicaciones y datos de la vida privada, la intervención y difusión de comunicaciones privadas y más, que generan incertidumbre en la resolución de conflictos jurídicos, más aún quedan conceptos básicos aún indeterminados que resultan importantes para determinar los límites y alcances de estos derechos en conflicto, tales como el derecho a la vida privada, el derecho a la intimidad y el interés público; por lo cual se recomienda un análisis sistemático y la modificación y unificación normativa que los regula.

### **1.9.2. Local**

Criterios jurídicos para valorar a la prueba irregular en el proceso penal peruano. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Cajamarca. La presente investigación tuvo como objetivo general, determinar los criterios jurídicos por los que la prueba irregular debe ser valorada en el proceso penal". (Villegas, 2018, p. 8)

Llegándose a concluir que los criterios para determinar cuando la prueba irregular puede ser valorada en un proceso, se encuentran en su relación con la prueba prohibida, esto es que no haya afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales, pudiéndose aplicar las reglas de las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita y la teoría de la ponderación, no debiéndose excluir la prueba al no lesionar derechos del imputado.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

El presente capítulo comprende tanto el marco iusfilosófico como el doctrinal, en los que se expondrán las instituciones jurídicas que darán sustento al presente trabajo, es así que dentro del iusfilosófico se desarrollaran las corrientes filosóficas más representativas para concluir en el positivismo incluyente, y dentro del doctrinal se desarrollaran instituciones como los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a la prueba, el debido proceso, la intimidad personal, entre otros, así como su contenido y límites; y la ponderación de derechos.

#### **2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO**

##### **2.1.1. Positivismo Jurídico Incluyente**

La evolución desde comunidades regidas sólo por normas básicas de conducta hacia sistemas legales complejos, dotados de órganos legislativos y judiciales, proporciona beneficios innegables en cuanto a la flexibilidad normativa y la operatividad del sistema. Sin embargo, este avance implica el peligro de que la estructura institucional sea utilizada para ejercer dominio o coacción sobre los ciudadanos, una amenaza inexistente en modelos sociales más simples.

Muchas afirmaciones de ese tipo o bien no aclaran el sentido en que, según se pretende, la conexión entre el derecho y la moral es necesaria; o bien al examinarlas resulta que quieren decir algo que es a la vez

verdadero e importante, pero que es muy confuso si se lo presenta como una conexión necesaria entre el derecho y la moral. (Hart, 2023).

El enfoque del Poder y autoridad (Hume, 1739), refiere que dentro de un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre, es una condición necesaria de la existencia del poder coercitivo que por lo menos algunos tienen que cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas. En este sentido es verdad que el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada. Pero la dicotomía de derecho basado meramente en el poder y derecho aceptado como moralmente obligatorio no es exhaustiva.

No hay por cierto razón alguna que se oponga a que quienes aceptan la autoridad del sistema continúen haciéndolo por una diversidad de consideraciones, no obstante que un examen de conciencia los haya llevado a decidir que moralmente no deben aceptarla. Quienes aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo ven desde el punto de vista interno, y expresan su apreciación de las exigencias de aquél en enunciados internos, acuñados en el lenguaje normativo que es común al derecho y a la moral, sin duda alguna que si no se dice nada más, existe la presunción de que cualquiera que se expresa de esa manera respecto de sus obligaciones jurídicas o de las obligaciones jurídicas de los demás, no piensa que hay alguna razón moral o de otro tipo que se oponga al cumplimiento de las mismas (Kelsen, 2007).

Esto, sin embargo, no demuestra que nada puede ser reconocido como jurídicamente obligatorio si no es aceptado como moralmente obligatorio. La presunción aludida se apoya en el hecho de que comúnmente carecerá de objeto que reconozcamos o señalemos una obligación jurídica, si tenemos razones concluyentes, morales o de otro tipo, para abogar en contra de su cumplimiento.

La influencia de la moral sobre el derecho, dentro de todo estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios.

Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como en Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral. (Hart, 2023, p. 90)

De acuerdo con (Kelsen, 2007), refiere que la interpretación de las normas jurídicas exige interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción mecánica, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que

tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos.

En todo esto aparece la ponderación y el balance característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto. Pocos negarán la importancia de estos elementos, que pueden bien ser llamados morales en cuanto hacen que las decisiones sean aceptables; y las tradiciones o cánones flexibles y cambiantes, que en la mayor parte de los sistemas rigen la interpretación, con frecuencia incorporan vagamente dichos elementos. Sin embargo, si se ofrecen estos hechos como prueba de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, es menester recordar que esos mismos principios han recibido casi tanta transgresión como acatamiento (Hart, 2023).

La crítica del derecho es necesaria entre el derecho y la moral no quiere decir más que esto: que un buen sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, tales como los que hemos mencionado ya en el último apartado, a las exigencias de la justicia y de la moral. Alguno puede considerar que esto es una cosa obvia; pero no es una tautología, y en realidad, en la crítica del derecho puede haber desacuerdo tanto en lo que hace a los criterios o pautas morales apropiadas como en lo que atañe a cuáles son los puntos en que debe haber conformidad.

Sin duda la tesis de que un sistema jurídico debe tratar a todos los seres humanos incluidos en su ámbito como acreedores a ciertas protecciones y libertades básicas, es aceptada generalmente ahora como enunciado de un ideal de evidente relevancia en la crítica del derecho. Aun en los

casos en que la práctica se aparta del mismo, comúnmente se le rinde tributo verbal. Es posible incluso que la filosofía pueda demostrar que una moral que no acepta el derecho de todos los hombres a igual consideración encierra alguna contradicción interna, dogmatismo, o irracionalidad.

El principio de legalidad y justicia dentro de un buen sistema concuerda en ciertos puntos con la moral y la justicia, y un sistema jurídico que no lo hace, es una distinción falaz, porque necesariamente se realiza un mínimo de justicia dondequiera la conducta humana es controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas. En realidad, hemos señalado ya, al analizar la idea de justicia, que su forma más simple justicia en la aplicación del derecho consiste simplemente en tomar en serio la noción de que lo que ha de aplicarse a una multiplicidad de personas diferentes es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos (Austin, 2009).

En el enfoque positivista, los derechos fundamentales se encuentran agregados o ligados a todos los seres humanos, sin distinción alguna, es por ello que dichos derechos son indisponibles e inalienables.

En esa línea, (Laporta,1995), menciona que el derecho es estimado como un universo que se encuentra regulado en una norma jurídica, no considera tener una relación con los valores axiológicos por su naturaleza propia de encontrarse en un grupo de normas jurídicas.

Continúa en cuanto a una definición de derecho positivo, esto es como parte de la dogmática constitucional e internacional, señalando que son

derechos fundamentales, los derechos universales e indisponibles, establecidos en el ordenamiento jurídico o derecho positivo de cada país, esto es, los derechos que se encuentran reconocidos como tales mediante la normatividad constitucional y legal; del mismo modo serán derechos fundamentales internacionales, los derechos universales e indisponibles, recogidos en la declaración universal de los derechos humanos y demás pactos internacionales. (Ferrajoli, 2006).

Los derechos fundamentales vienen a ser “sólo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la constitución” (p. 63). En Carl Schmitt (1973, p.190, como se citó en Alexy, 1993).

En consecuencia y en base a los conceptos ya mencionados, se puede establecer que los derechos fundamentales son piedra angular de todo estado constitucional de derecho, ya que su institución se fundamenta en el respeto de los derechos, libertades y garantías de todo ciudadano en cuanto sujeto de derecho, por lo cual el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales legitimará la actuación del Estado; para nuestro caso, los derechos fundamentales se encuentran detallados en la constitución política, siendo que su reconocimiento, marca el inicio para su interpretación, esto es la determinación de su contenido, alcance y límites.

Según lo que se señala, “el elemento central de la interpretación y tutela judicial de los derechos fundamentales es precisamente la delimitación de su contenido esencial” (Martínez, 2005, p.105).

Dentro de los mismos lineamientos (Alexy,1993) los derechos fundamentales positivizados recogen conceptos vagos, esto es que no poseen un contenido determinado y que el problema más grande que se tiene es su interpretación, también señala que el órgano que está llamado a determinar el contenido mediante su interpretación es el tribunal constitucional y que mientras más consenso y aceptación haya respecto al contenido de un derecho acarreará menos discusiones, no así en el sentido contrario.

Lo cual nos lleva a plantearnos la interrogante de si es posible o no determinar el contenido de un derecho fundamental, puesto que, si bien es cierto, no puede establecerse un contenido de manera universal, ya que en principio los ordenamientos jurídicos difieren en cada país, lo mismo que las costumbres, moral, niveles de desarrollo, entre otros factores, e incluso conforme al paso del tiempo el derecho va mutando y se va adaptando a las distintas necesidades de la sociedad. Pese a ello el derecho internacional o derecho establecido por los tratados y convenciones aún esfuerzos para establecer conceptos generales sobre el contenido de los derechos fundamentales, lográndose de esta manera sumar esfuerzos al establecimiento del contenido de los derechos fundamentales, que si bien es cierto no es un contenido acabado, lo que si nos ofrecen son contenidos generales de estos derechos que se consideran de carácter universal.

En este sentido se pronuncia (Castillo,2011), al señalar que sí es posible determinar el contenido jurídico de un derecho subjetivo, pues se conoce a qué se tiene derecho, siendo este contenido expresado en las

posiciones jurídicas que el derecho otorga a su titular. En consecuencia, se puede establecer el contenido de un derecho fundamental por ser un derecho subjetivo.

Por otro lado, se tiene que respecto al contenido de un derecho fundamental “Este contenido puede tener naturaleza constitucional o naturaleza *infra* constitucional. La primera conforma el contenido jurídico *ex constitutione*, y la segunda conforma el contenido jurídico *ex lege*”. (Martínez, 2005, p. 70)

En este orden de ideas, se puede establecer que si bien como lo señala acertadamente Robert Alexy, el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en un texto constitucional resulta siendo vago en cuanto a su contenido, ello no impide que se pueda establecer el contenido de un derecho fundamental, puesto que sólo así se podrá gozar de dicho derecho; ahora bien dada la trascendencia e importancia de la plena vigencia de los derechos fundamentales dentro de todo estado de derecho, es preciso establecer su contenido, alcances y límites, los cuales se darán en base a la interpretación constitucional, llamada en la actualidad interpretación conforme tanto a la constitución como a los tratados internacionales, en tal sentido esta ardua tarea deberá partir del texto constitucional, que inicia el establecimiento de su contenido a partir de su reconocimiento como tal y consecuente regulación, además de ello se deberá tomar en cuenta lo establecido en los tratados y convenciones internacionales a los cuales el Perú se encuentra adscrito y que son considerados normas de nivel constitucional, seguido de ello se tendrá que poner especial atención a la interpretación que realiza el legislador

al momento de elaborar las leyes que van a desarrollar los alcances y límites de los distintos derechos fundamentales; para pasar a aterrizar en la interpretación que de la norma tanto constitucional como legal realizan los órganos jurisdiccionales, siendo las interpretaciones a tomarse en cuenta las reconocidas por el texto constitucional y las normas del mismo nivel, estos son el Tribunal Constitucional Peruano y Corte Interamericana de Derechos Humanos, por último también será importante recurrir a la doctrina tanto nacional como extranjera a fin de poder conceptualizar y desarrollar de mejor manera las instituciones jurídicas involucradas en los distintos derechos fundamentales.

La protección del contenido constitucional de un derecho fundamental es la garantía de su incolumidad, es decir todo derecho fundamental tiene un contenido constitucional que vincula y exige ser respetado (Martínez, 2005, p. 72).

El sentido básico del orden constitucional es el llamado aspecto lógico jurídico, es decir, la norma fundamental, que garantiza la realización de los derechos fundamentales, esta norma positiva llega a ser una norma suprema, por tener orden institucional que hace viable garantizar esos derechos. (Kelsen, 1979).

En consecuencia, a lo anteriormente señalado el positivismo jurídico incluyente, Explica que así los sistemas jurídicos desarrollados dependan de criterios morales, estos no son necesarios, pues la regla de reconocimiento de estos sistemas introduce junto con los criterios

relacionados a su origen, criterios morales de identificación (Atienza, 2009, p. 135).

El primero en referirse a esta corriente fue Carrio (1986), refiere que, si la regla de reconocimiento incluye criterios morales, continúa siendo jurídica, no por el hecho de estar de acuerdo con la moral, sino por estar conforme a la regla de reconocimiento. Esta forma de entender el positivismo, también está registrada en el Postscriptum de Hart, donde el autor inglés, explícitamente, acepta que: la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos, y por ello es que su doctrina es llamada positivismo suave (Hart, 2023, p. 269).

Los positivistas jurídicos incluyentes consideran que puede haber tales criterios; esto es, creen que hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez jurídica incorporen principios morales. Entre los destacados positivistas incluyentes se encuentran Hart, Jules Coleman, Waluchow y Matthew Kramer.

Por otro lado, si bien el positivismo incluyente, se identificaría de algún modo con los lineamientos postpositivistas, en tanto acepta la posibilidad de que se presenten algunos preceptos con contenido moral, también sostiene que solo en ellos se acude a la moral, y ante la ausencia de dichos preceptos, la misma no será necesaria, reafirmando así su naturaleza circunstancial. La última y tercera forma, el positivismo ético, axiológico o normativo, presupone que es posible que la determinación del contenido del Derecho dependa de argumentos morales; sin

embargo, el Derecho ha de ser de tal manera que pueda identificarse aquello que prescribe sin recurrir a la moralidad, intenta negar cualquier tipo de relación entre Derecho y moral, e incluso, si existiese alguna conexión; señala el positivismo normativo, ésta debe evitarse, formulando en forma clara y precisa las reglas, de modo que no haya lugar para razonamientos valorativos por parte del aplicador. (Moreso, 2017).

Inicialmente el positivismo incluyente surge como un intento de respuesta a las críticas de Dworkin a Hart que insinuaban que el positivismo jurídico hartiano no es capaz de explicar la apariencia de los principios morales en los sistemas jurídicos actuales. Dicha defensa del positivismo hartiano intenta rechazar algunas de las críticas de Dworkin y admitir otras, mostrando que éstas caben perfectamente en el modelo teórico de Hart.

En concreto, el investigador Etcheverry (2006), indica que, se caracteriza por sugerir que es posible dentro del modelo positivista hartiano que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan o incorporen normas morales sustantivas. El análisis crítico del intento de adaptación del positivismo jurídico, llevado adelante por el positivismo incluyente, a fin de volverlo capaz de explicar la realidad imperante en los sistemas constitucionales de Derecho actuales, constituye la finalidad del presente trabajo.

Más en concreto, pretendemos dilucidar si el esfuerzo de acomodamiento realizado por el positivismo incluyente logra renovar la

tradición del positivismo jurídico o si, por el contrario, es un reflejo de su decadencia (Serna, 2006, p. 46).

Si el positivismo jurídico incluyente tiene el objetivo de defender al positivismo jurídico de las críticas de Dworkin, rechazando algunas de dichas críticas y admitiendo que otras caben perfectamente en el modelo teórico positivista de Hart, en buena medida el debate sobre el positivismo jurídico incluyente es un debate acerca de la esencia del positivismo jurídico.

De hecho, tanto Dworkin como Raz (principales opositores del positivismo jurídico incluyente) han puesto en tela de juicio la posibilidad de que una versión coherente del positivismo jurídico pueda admitir la presencia de principios morales dentro del Derecho, aunque uno de ellos desde dentro y el otro desde fuera de la tradición positivista.

Por un lado, la tesis clásica de la separación entre el Derecho y la moral y del estudio avalorativo del derecho es relativizada de tal manera por el positivismo jurídico incluyente que parece abandonarse en su fundamento y sentido originario. Al admitir el positivismo incluyente que las descripciones pueden contener valoraciones se pone en jaque el sentido de la tradicional distinción metodológica propuesta por Bentham entre un Derecho que es y un Derecho que debe ser y entre la Ciencia Jurídica que se ocuparía de la descripción del Derecho que es y la Ciencia de la Legislación que se ocuparía de criticarlo y valorarlo.

El problema ahora sería que esta afirmación no permitiría distinguir al positivismo jurídico de otras posiciones teóricas. Precisamente, sólo el

positivismo más ortodoxo no admitiría esto. Al final de cuentas, los caminos intermedios que pretende transitar el positivismo jurídico incluyente para explicar el Derecho se bifurcan en dos grandes posibilidades: hacer una descripción de tipo sociológica de cuáles son las características de una práctica jurídica en concreto; o determinar cuáles son las características esenciales de toda práctica jurídica y cuándo y bajo qué condiciones las reglas dan efectivamente razones.

Algunos positivistas incluyentes como Schauer (1991) tiene su versión del positivismo quien refiere que,

“De algún modo facilitaría o admitiría la existencia de mecanismos institucionales que permitirían evitar resultados injustos, arbitrarios o absurdos en la identificación, interpretación y aplicación del Derecho. Sin embargo, del hecho de que se reconozca y muestre cómo algunos sistemas jurídicos modernos incorporan criterios morales de validez que funcionan como válvulas de escape para evitar que la identificación formalista del Derecho produzca resultados absurdos e injustos no implica que siempre y en todos los sistemas jurídicos se eviten dichos resultados. No menos problemático es la propuesta incluyente que admite que en la interpretación del Derecho se puede ir más allá del significado evidente o literal del texto en que se expresan las normas jurídicas positivas, a fin de evitar que en la aplicación del Derecho determinado se den resultados absurdos o injustos”. (p. 203)

La dificultad que tiene intentar esto apelando al trasfondo interpretativo compartido que se supone posee toda comunicación, es que no está del todo claro que toda comunicación tenga tal trasfondo o que de existir dicho trasfondo realmente permita evitar los resultados antes mencionados. Apelar a las intenciones legislativas no es menos problemático. Conocidas son las críticas contra esta posibilidad. Por ejemplo, la dificultad de hablar de una única intención legislativa, los inconvenientes para determinarla, para justificar su relevancia, etc. Por

otra parte, debido a que el intento de apelar al contexto de las normas jurídicas positivas implica remitirse a un contexto convencional o a uno intencional, esta idea no logra diferenciarse de las anteriores ni superar sus inconvenientes (García, 2012).

Por otro lado, los seguidores del positivismo axiológico señalan que el derecho no debería incluir criterios morales para su identificación. Atria y Hierro, son dos de sus principales exponentes; para el primero de ellos, como el derecho es un producto artificial basado en la autoridad, para evitar que la argumentación moral tenga un papel en la argumentación jurídica sin perder la autonomía del razonamiento jurídico, los jueces deben partir del respeto a la ley, es decir, adherirse a normas previamente dadas, y no como sostiene el neoconstitucionalismo, la legislación debe subordinarse a la Constitución (Atienza, 2009).

Mientras que defensores del positivismo excluyente como Eugenio Bulygin y Joseph Raz, sostienen que el derecho se identifica sin recurrir a criterios morales. Para el primero, el juez debe solucionar un caso conforme a la regla, es decir, debe aplicar al caso individual la solución predeterminada en la regla para el caso genérico correspondiente, sin que circunstancia alguna pueda autorizar a considerar que el caso en cuestión pueda constituir una exención implícita a la regla. Si no se da la subsunción o esta fuere controvertida, el Juez goza de discrecionalidad absoluta, sin interferencia del derecho, para el ejercicio de su poder (Atienza, 2009; p. 237).

En consecuencia, a lo anteriormente señalado y como parte de la sustentación de las hipótesis que van a ser desarrolladas en el presente trabajo, la posición filosófica a la cual nos adherimos es el positivismo incluyente, ello por cuanto su aplicación se estaría materializando a través de la decisión judicial, en torno a la resolución de los conflictos suscitados entre derechos, bienes y garantías de orden constitucional tales como el derecho a la prueba, al secreto de las comunicaciones, la intimidad, debido proceso, entre otras materias de elevada importancia constitucional, lo cual a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; ya que a falta de una norma clara para resolver este conflicto, lo cierto es que cuando un significado del derecho es dudoso, la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; para la consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión.

## **2.2. MARCO DOCTRINAL**

### **2.2.1. Paz social y derecho penal**

El derecho en general y los derechos humanos primordialmente deben cumplir, ante todo, la finalidad de la paz individual y social. El derecho y el Estado se ubican por encima del individuo y la sociedad civil para

regular todos los órdenes integradores de la vida a fin de buscar la paz (Hernán, 2007, p.134).

El Derecho Penal, como instrumento de control social, contiene normas punitivas dirigidas a sancionar todos aquellos ataques hacia los más preciados bienes jurídicos de la sociedad moderna, y en ese sentido, se ha indicado que la misión de la norma penal, es, en definitiva, alcanzar la paz social, entendida esta en términos abstractos, al normal desenvolvimiento de las relaciones individuales entre los individuos y los grupos en una comunidad regida libre y democráticamente (Borja, 2001, p.55).

En esta forma el Derecho Penal cumple una finalidad de aseguramiento de las condiciones básicas e indispensables para la vida comunitaria. Debe amparar, en consecuencia, los valores fundamentales de la vida de la comunidad, es decir, aquellos que hacen posible la pacífica convivencia entre los ciudadanos.

Se constituye así la protección de bienes jurídicos, como una de las misiones fundamentales del Derecho Penal moderno, pues solo se deben incriminar como delitos los comportamientos, sean acciones u omisiones, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos del individuo, la sociedad o el Estado (Muñoz, 1995. p.28).

En ese orden de ideas, el Derecho Penal cumple la misión de garantizar la pacífica convivencia entre los ciudadanos, pero debe ser utilizado como última *ratio* como último recurso por el Estado, en consecuencia,

no debe sancionar aquellos hechos que no tengan especial relevancia y gravedad.

En efecto, se ha indicado que no todos los bienes o valores de la sociedad requieren de la protección a través del Derecho Penal y que la misión del Estado es garantizar aquellos valores que merecen, necesitan y son capaces de protección, en consecuencia, es misión del Estado regular la convivencia humana, a fin de conseguir una paz social justa, defendiendo los valores fundamentales de la comunidad. Ciertamente, el Derecho Penal ejerce la violencia para proteger intereses del conglomerado social, cuando sanciona y reacciona ante el quebrantamiento de una norma, que debe ser respetada por la comunidad, para regular la convivencia pacífica de los asociados, pero debe regirse por el principio de legalidad y en el respeto de las garantías fundamentales.

En efecto, se coincide que el Derecho Penal no debe ser utilizado como un instrumento de poder de un grupo dominante, y que el *ius puniendi* como derecho subjetivo del Estado, de crear delitos y establecer una pena, debe estar orientado por los principios de proporcionalidad y humanidad.

### **2.2.2. Política criminal**

Esta línea que emana del sistema del derecho penal se encarga de determinar la mejor manera de prevenir satisfactoriamente la realización de delitos. Para esta disciplina penal, el Derecho Penal es visto como uno de los instrumentos de lucha, quizá el más importante, con los que

el Estado cuenta para hacer frente al problema social de la criminalidad. No obstante, debe quedar claro que su perspectiva de análisis no es propiamente jurídica, sino, más bien, política. Como señala la política criminal es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general, esto es, la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. (ZIPF,1979).

Pese al escaso estudio que, en los escritos especializados, se le ha dispensado a la política criminal en contraposición con la dogmática jurídico-penal, no hay razón para negarle derechamente el carácter de ciencia. Sin embargo, como su objeto de conocimiento no es algo tangible que sea empíricamente medible, sino decisiones y acciones que constituyen expresiones de la libertad humana, su cientificidad no puede ser determinada desde el paradigma positivista de las ciencias físicas (Rodríguez, 2001).

Bajo lo que refiere Sánchez (1997), que el fin de la política criminal de prevenir los delitos se debe ordenar con base en dos puntos de vista: la eficacia y las garantías fundamentales, esta afirmación permite identificar dos ejes esenciales sobre los que debe girar su funcionamiento. Por un lado, la política criminal tiene que establecer la forma más eficaz de erradicar o disminuir la criminalidad, teniendo en consideración, entre otros factores, la severidad de la pena o la certeza del castigo.

Al proponer una valoración de legitimidad los medios concretamente utilizados para enfrentar la delincuencia, lo que, en el caso específico del

Derecho penal, se hace en función del respeto a las garantías jurídico penales, como se ha dicho, dentro de los distintos instrumentos con los que cuenta la política criminal para elaborar y ejecutar sus propuestas de acción frente a la criminalidad, se encuentra principalmente la respuesta punitiva.

El uso político del Derecho penal tiene lugar tanto a nivel de la creación y modificación de las leyes penales, como en el ámbito de los pronunciamientos de los tribunales penales. En el plano legislativo, la política criminal determina qué clase de conductas socialmente nocivas debe prevenirse por medio del Derecho Penal y cómo debe hacerse de la manera más eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales. Esta decisión valorativa se debe tomar sobre la base de los insumos empíricos ofrecidos fundamentalmente por la criminología (Rodríguez, 2001).

De acuerdo con Díez (2003), indica que, el uso estratégico del sistema penal debe ajustarse a determinados parámetros de racionalidad: ética (lo que merece y necesita protección penal, la forma en la que se atribuye responsabilidad y las sanciones que pueden imponerse), técnica-sistemática (claridad lingüística de coherencia legislativa), teleológica (prevención eficaz y garantista de delitos) y pragmática (efectiva consecución de los objetivos)

Por otro lado, la política criminal se ocupa también de la reforma del Derecho Penal positivo vigente para mejorarlo en atención a la experiencia vivida y la evolución social (por ejemplo, la inclusión de

nuevos tipos penales, la ampliación de los supuestos típicamente previstos, el aumento o disminución de la severidad de la pena, etc.) (Sánchez, 1997).

En el plano judicial, la política criminal se desarrolla al momento de la aplicación de las leyes penales por los tribunales penales. En este nivel sí existe una íntima relación entre la dogmática penal y la política criminal, por lo que, los límites de las leyes penales que impone el principio de legalidad, las decisiones judiciales deben optar por las soluciones político-criminalmente más convenientes como, por ejemplo, el reforzamiento de la confianza en una norma esencial es especialmente cuestionada o la interpretación más favorable al reo en caso de tipos penales con una redacción excesivamente amplia o severa (Cerezo, 2008).

### **2.2.3. Sistema penal acusatorio adversarial**

El sistema penal acusatorio adversarial en el Perú se encuentra regulado principalmente por el Código Procesal Penal de 2004, lo que representó una transformación fundamental con respecto al modelo inquisitivo anterior. Este se basa en la división de funciones entre los sujetos procesales: el Ministerio Público se encarga de dirigir la investigación y ser el titular de la acción penal, el Poder Judicial tiene la tarea de juzgar sin parcialidad y la defensa ejecuta plenamente su derecho a contradicción en igualdad de condiciones.

Es así que, el juez de garantías es el que tiene un papel esencial dentro del diseño penal acusatorio. Su función principal radica en garantizar el

respeto de los derechos fundamentales de las partes, particularmente del imputado, controla la legalidad de los actos de investigación, las medidas restrictivas de derechos, las solicitudes de medidas coercitivas (como la prisión preventiva), la formalización de la investigación preparatoria, la admisión de pruebas y otras decisiones que puedan afectar gravemente la esfera jurídica de la persona investigada. “En este sentido, el juez no investiga ni acusa, sino que actúa como un órgano imparcial de control y protección de garantías procesales, lo que refuerza el carácter garantista del modelo acusatorio peruano” (Rodríguez Hurtado, 2010).

Además, su objetivo es equilibrar la relación de fuerzas entre la parte acusadora y el defensor, así como proteger contra eventuales abusos en la etapa de investigación, lo que refuerza la imparcialidad y autonomía del sistema judicial. En otras palabras, el juez de garantías se comporta como un árbitro neutral que protege las garantías procesales desde el inicio del proceso penal, garantizando que las decisiones se tomen de conforme a la ley y a lo establecido en la Constitución.

#### **2.2.4. Límites de los derechos fundamentales**

Para resolver el problema en la determinación del contenido esencial del derecho fundamental, que sin duda es la mayor interrogante al momento de exigir la vigencia, prevalencia y protección de un derecho fundamental; se han establecido entre las principales teorías, las llamadas absolutas y relativas.

Para ello, (Martínez, 2005), señala en cuanto a las teorías absolutas, respecto a la posibilidad de limitar un derecho fundamental, este se presenta en base a una construcción a modo de dos círculos concéntricos, en la cual el círculo periférico representa el contenido no esencial y el interno el contenido esencial, siendo susceptible de afectación o limitación únicamente el contenido no esencial. Por otro lado, la teoría relativa propugna que, existe un único contenido del derecho fundamental el cual puede ser afectado de manera total, siempre y cuando sea sacrificado en post del ejercicio de otro derecho de mayor entidad.

En tal sentido la posibilidad de la limitación de un derecho fundamental ya sea en las teorías relativas o absolutas, únicamente cuando se encuentra en conflicto con otro derecho de la misma entidad, siendo determinada esta afectación mediante la aplicación del principio de proporcionalidad o test de ponderación.

Los derechos fundamentales, si bien es cierto en su calidad de principios tienen una entidad superior a cualquier otro derecho y una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico; sin embargo, estos no tienen carácter absoluto y encuentran sus límites justamente en sus pares, en consecuencia una convivencia armónica de derechos fundamentales solo es posible si se autolimitan entre sí, estableciéndose mediante el principio de proporcionalidad y según supuestos en concreto que derecho prevalece sobre otro u otros. “Utilizando la terminología propia de la teoría de los derechos fundamentales entendidos como principios

se diría que un principio únicamente puede realizarse a costa del otro” (Alexy, 2003, p. 103).

En la teoría absoluta de los derechos fundamentales, la validación de un medio de prueba obtenido mediante la violación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, no tendría sustento legal en su aplicación, ya que esta teoría cubre al derecho como un centro o núcleo fuerte, es decir que este ámbito de protección es indisponible, según (Michel, 2019), esta teoría tiene un contenido de protección permanente, y tiende a no ceder; mientras que la teoría relativa de los derechos conservan una esencia móvil, donde acepta la aplicación de la proporcionalidad con otros derechos, es decir los derechos son ponderables, por ello que, bajo esta teoría dicha validación es aplicable en las investigaciones bajo el sistema penal peruano.

#### **2.2.5. El derecho a la prueba**

El derecho a la prueba constituye un elemento esencial del proceso judicial, orientado a la determinación de la verdad de los hechos controvertidos. Según Sentís Melendo, “la palabra prueba etimológicamente deriva del término latino probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probo que significa bueno. Por tanto, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa” (Sentís, 2009, p. 604). Por su parte, Taruffo (2011) sostiene que la prueba judicial busca determinar si las afirmaciones sobre los hechos relevantes de la causa

son verdaderas o falsas, tratándose generalmente de hechos pasados que el juez no ha presenciado directamente.

La doctrina define la prueba, por un lado, como el convencimiento acerca de la certeza de un hecho, y por otro, como el conjunto de actividades orientadas a obtener certeza judicial, es decir, el procedimiento para acreditar un hecho que conllevará a la resolución del litigio (Cabrera, 2004). Su finalidad es establecer la verdad de los hechos y generar el convencimiento del juez mediante la valoración de los medios probatorios.

Para conceptualizarla, se identifican tres enfoques: el objetivo, que la considera instrumento para ofrecer al juez conocimiento sobre los hechos; el subjetivo, que la entiende como el proceso de convicción que se desarrolla en la mente del juez; y el mixto, que integra ambos aspectos, definiendo la prueba como el conjunto de motivos y razones que suministran conocimiento de los hechos (Hernández, 2012).

El objeto de prueba se analiza en dos momentos: demostración, impulsada por las partes, y verificación, realizada a instancia del juez, ambos orientados a acreditar los hechos alegados. Echandía, citado por Mixán, señala que “el objeto de prueba responde a qué puede probarse, es decir, aquello susceptible de demostración histórica y no meramente lógica” (Mixán, 1999, p. 156). Carnelutti añade que la afirmación de un hecho vincula al juez para determinar si se encuentra probado y delimita los hechos que pueden ser considerados como fundamento de la decisión (Mixán, 1999, p. 162).

Se reconoce también la carga de la afirmación, que establece los límites sobre lo que debe probarse según las alegaciones de las partes (Palacio, 2000). Los hechos jurídicamente relevantes incluyen: conductas humanas, hechos producidos por la naturaleza o por el hombre, sujetos de derecho y estados internos de las personas. No pueden ser objeto de prueba las normas jurídicas, las máximas de experiencia, las leyes de la naturaleza ni los hechos notorios.

Los medios de prueba son procedimientos que, mediante personas o cosas perceptibles, permiten demostrar la existencia o inexistencia de los hechos alegados (Palacio, 2000; San Martín, 2001, p. 65). Las fuentes de prueba son los hechos percibidos por el juez, que pueden ser directos (fuentes en sentido estricto) o presuntivos (fuentes de presunción) (Palacio, 2000). Desde otra perspectiva, las fuentes de prueba son realidades externas al proceso, distintas de los medios procesales utilizados para incorporarlas (Sentís, 1978, p. 658).

En cuanto a la norma procesal, el Nuevo Código Procesal Penal utiliza el término “elemento de prueba” en diversos artículos (67 inciso 1, 270 inciso 1, 352 inciso 4), considerando indistintamente medios y fuentes de prueba. La fuente de prueba constituye el instrumento que contiene la información sobre el hecho, y la información obtenida de ella se materializa como medio de prueba dentro del proceso.

#### **2.2.6. La prueba prohibida**

La expresión prohibición probatoria fue acuñada en el siglo XX en Alemania, por Beling para referirse a las limitaciones en la actividad

probatoria en el proceso penal debido a la contraposición de intereses tanto públicos como privados.

Establecer una concepción unívoca en la doctrina con respecto a la prueba prohibida no ha sido posible ya que es denominada en forma indistinta tanto prueba prohibida como prueba ilícita, sin embargo también se han llegado a establecer ciertas distinciones de género a especie tal es el caso que la prueba Ilícita viene a ser la que infringe cualquier Ley, es decir, tanto la fundamental como la ordinaria, mientras que la prueba prohibida es la que infringe normas que protegen derechos fundamentales (Orrillo, 2013, p. 89).

El Tribunal Constitucional también se ha manifestado respecto a ello y ha definido a la prueba ilícita mediante la sentencia del 15 de setiembre del 2003, recaída en el expediente N°2053-2003-HC/TC, caso Edmi Lastra Quiñones, como aquella prueba cuya obtención o actuación, lesiona derechos fundamentales o viola la legalidad procesal, por lo que deviene en inefectiva o inutilizable.

Posteriormente con un criterio más restringido en el Caso Alberto Quimper Herrera, en el expediente. N° 00655-2010-PHC/TC, se señaló que la prueba prohibida se obtiene mediante la violación directa o indirecta de un derecho fundamental, no por la infracción de derechos de rango legal o infra legal.

Así también, en el pleno jurisdiccional superior nacional penal de diciembre de 2004, se señaló que la prueba prohibida, es aquella que

proviene de una obtención ilícita, violándose un derecho fundamental procesal o del individuo, para la obtención de la prueba.

En dicho pleno jurisdiccional, se estableció como conclusión la diferenciación entre fuente de prueba, la cual se materializa en su obtención ilícita y medio de prueba que se da al momento de la incorporación ilícita al proceso. Siendo que, únicamente la obtención ilícita da lugar a la prueba prohibida, en cambio la incorporación ilícita deviene en prueba irregular (Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004).

#### **A. Naturaleza jurídica de la prueba prohibida**

Así, existen diversas posiciones que consideran a la prueba prohibida como: “una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso”. (Castillo, 2014, p. 173).

Teniendo en cuenta la dogmática y jurisprudencia comparada podemos encontrar hasta cuatro acepciones con respecto a la naturaleza de prueba prohibida: La primera aparece inspirada por el Tribunal Constitucional Español, quien considera a la prueba prohibida como una garantía objetiva absoluta que derivada del derecho a un debido proceso. La segunda, predica que la Prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental, el cual garantiza que el medio probatorio no sea actuado, admitido o valorado dentro del proceso penal, sin embargo, como todo derecho admite ciertas limitaciones a su ejercicio. La tercera, considera que la prueba prohibida representa un límite al derecho a

probar. La cuarta, basada en la jurisprudencia y doctrina norteamericana, quien fundamenta la regla de la exclusión, en el efecto disuasorio que esta produce en las fuerzas policiales frente a un posible abuso de derechos fundamentales al momento de efectuar los actos de investigación (Orrillo, 2013, p. 104).

De las cuatro tesis expuestas anteriormente nuestro Tribunal Constitucional, ha conceptualizado a la prueba prohibida como un auténtico derecho fundamental, tal es así, que declara que la prueba prohibida, está considerada un derecho fundamental, a pesar de no encontrarse de manera expresa en la Constitución Política, este derecho garantiza a las personas que todo medio de prueba obtenido con violación a derechos fundamentales sea excluido, en todo procedimiento o proceso en su contra. En consecuencia, al momento de evaluarse la admisibilidad un medio probatorio dentro de un procedimiento o proceso, no sólo debe tomarse en cuenta su utilidad y pertinencia sino además su licitud.

#### **B. Clasificación de la prueba prohibida**

La prueba prohibida ha sido clasificada en la doctrina teniendo en cuenta diversos criterios, entre los principales, por el momento en que ésta se produjo, es decir, si fue dentro o fuera del proceso que hizo su aparición, por las causas de la ilicitud (métodos empleados, temas tratados, etc.) y por su irregular obtención o por su irregular incorporación al proceso (Orrillo, 2013, p. 105).

(Sánchez, 2009), refiere que la prueba ilícita debe ser excluida desde el primer momento en que se tiene conocimiento de su presencia en el proceso penal, pues contamina todo el acervo probatorio.

### **B.1. Por su irregular obtención**

Cuando un dato probatorio viola las garantías individuales reconocidas constitucionalmente, éste se considera ilegal y no podrá ser valorada para fundar la convicción del juez.

Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser obligado a producir pruebas en contra de su voluntad, pues aquellas le reconocen la condición de sujeto incoercible del Proceso Penal.

Por ejemplo, la legislación peruana, dentro de la Constitución Política, señala de manera expresa en su artículo 2 inciso 10: “Los documentos obtenidos con violación de este precepto (al secreto y a la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados), no tienen efecto legal.”

Así también, en el artículo 2° inciso 24, literal h) de la Constitución, se establece: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos humillantes. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.”

El artículo 157° numeral 3 del Código Procesal del 2004, señala que: “No pueden ser utilizados, aún con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de

autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.”

El artículo 159 del Código Procesal del 2004, establece que: “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

De lo anteriormente expuesto, queda claro que cuando en la obtención de un medio de prueba se ha violado el contenido esencial de un derecho fundamental, este medio de prueba será excluido del Proceso Penal.

## **B.2. Incorporación irregular**

Para ingresar el dato probatorio al proceso se deberá respetar el procedimiento señalado en la norma procesal. Por ejemplo, respecto a la declaración de un testigo, éste previamente deberá prestar juramento sobre la veracidad de su testimonio.

## **C. Efectos de la prueba prohibida**

Los efectos que puede provocar la presencia de una prueba ilícita son dos: el primero, es excluir la prueba obtenida ilícitamente; es decir, impedir su admisión, no llegando por tanto a efectuar valoración alguna de la misma, pues se tiene por no admitida.

“El segundo efecto (indirecto o reflejo), es que las pruebas que provengan directamente de una obtenida ilegalmente, tampoco deben ser utilizadas, ya que se encontrarían contaminadas en su origen” (García, 2010, p. 280).

## **D. Límites a la prueba prohibida**

### **D.1. Teoría del árbol envenenado**

Esta doctrina postula una propagación de la ilicitud, donde cualquier evidencia recolectada lícitamente, pero que tenga su origen directo en una vulneración previa de derechos, queda automáticamente invalidada. Al estar la fuente matriz "contaminada", los elementos derivados pierden toda eficacia probatoria por un efecto de causalidad normativa. (Binder, 2004).

El autor antes señalado cita el siguiente ejemplo, un detenido revela en un interrogatorio en el que se violan sus derechos fundamentales, el lugar en el que se encuentra el arma y el botín procedente del robo. El arma y el botín son hallados en el escondite revelado en el interrogatorio, en el interior del domicilio del acusado, durante una entrada y registro realizado con orden judicial.

En el arma se descubren las huellas dactilares del acusado y se acredita pericialmente que se trata del arma utilizada para cometer el delito. Nos encontramos, pues, ante una prueba obtenida lícitamente, pero que parte o tiene su origen o fundamento en una prueba que se obtuvo ilegalmente" y que, por tanto, no debe ser valorada.

Bajo esta teoría no se puede dar valor a las pruebas obtenidos que en un inicio se obtuvo una prueba ilícita, es por ello que hace un efecto en cadena, esto es que, al estar contaminada la prueba inicial, las demás, aunque sean lícitas están cubiertas de una fuente ilícita en su obtención, las cuales carecen de valor para ser actuados en un proceso.

## **E. Valoración de la prueba prohibida**

### **E.1. El nexo causal**

Se trata por tanto de establecer un nexo normativo entre la prueba original obtenida con lesión de derechos fundamentales y la prueba derivada, esto es, si la ilicitud constitucional se comunica o trasmite de uno a otro medio probatorio, de suerte que la naturaleza de la conexión es estrictamente normativa (Rojas, 2004, p. 145).

En consecuencia, a lo anterior, la llamada comúnmente relación causal, se entiende demostrada previamente, o en todo caso de manera conjunta. En decir, debe afirmarse que la existencia de un nexo causal, en sentido estricto, entre la prueba ilícita y la prueba refleja, constituye un presupuesto anterior o coetáneo al examen de la conexión de antijuricidad. La justificación de la invalidez de la prueba derivada se encuentra en el nexo causal entre la prueba directa y la derivada, y ahí también radica, la fuente de sus excepciones. (Castillo, 2014, p. 238).

Desde la doctrina Constitucional, se exige que previa o paralelamente al análisis del nexo normativo, quede demostrada la existencia de un nexo causal entre ambas pruebas. En principio esta exigencia es del todo lógica, pues no puede hablarse en puridad de prueba derivada o refleja, si no se acredita justamente ese vínculo, esto es, que derivan o son reflejo de algo anterior.

Si se trata de pruebas desconectadas entre sí, no tiene sentido plantearse esta cuestión, sencillamente porque las segundas se han obtenido independientemente de las conseguidas con lesión de

derechos fundamentales. Así pues, la inexistencia o ruptura del nexo causal resuelve esta controversia, y lo hace antes siquiera de entrar a valorar la conexión de antijuricidad; las pruebas no conectadas causalmente a las ilícitas pueden valorarse, pues entonces son independientes de aquellos y obviamente se han obtenido lícitamente. Es decir, la fuente de obtención diferente, independiente y autónoma, no derivada o refleja. Aquí ya es importante recoger la diferencia que establece la jurisprudencia ordinaria (Gonzales, 2009, 215).

## **E.2. El nexo normativo**

Pues bien, podríamos decir que una vez que el intérprete afirme la existencia de un nexo causal entre ambos medios probatorios, la exclusión o validez de la prueba refleja, dependerá de la comprobación de un nexo normativo (o conexión de antijuricidad), con la prueba inicial obtenida con violación de derechos fundamentales. Es decir, determinar si la ilicitud original se trasmite jurídicamente también a la prueba derivada.

De modo que, para que el intérprete verifique este nexo normativo interno, tendrá que analizar, en primer término, el derecho fundamental lesionado, para averiguar el grado, entidad y características de su vulneración. Esto es, habrá de determinarse cuál de las garantías que integran el derecho fundamental, han sido violadas. y, en segundo lugar, verificar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido en virtud de la injerencia practicada inconstitucionalmente (Rojas, 2004, p. 152).

Pues bien, podríamos decir que, una vez afirmada la existencia de un nexo causal entre ambos medios probatorios, la exclusión o validez de la prueba refleja dependerá de la comprobación de un nexo normativo (o conexión de antijuricidad) con la prueba inicial obtenida con violación de derechos fundamentales. Es decir, determinar si la ilicitud original se transmite jurídicamente también a la prueba derivada.

De modo que, para verificar este nexo normativo interno, tendrá que analizarse, en primer término, el derecho fundamental lesionado, para averiguar el grado, entidad y características de su vulneración. Esto es, habrá de determinarse cuál de las garantías que integran el derecho fundamental, han sido violadas y, en segundo lugar, verificar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido en virtud de la injerencia practicada inconstitucionalmente.

Para la verificación de contaminación de la prueba derivada no se agota con el canon de la perspectiva interna, sino que como hemos advertido, ha de complementarse con el recurso a las perspectivas externas, De modo que para verificar la conexión de antijuricidad también se ha de atender al examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental lesionado en la obtención de la prueba ilícita. Por consiguiente, este análisis dependerá de varios factores. Tendrá que valorarse la entidad de la lesión del derecho fundamental correspondiente, para así determinar si la exclusión del conocimiento obtenido con la afectación al derecho fundamental resulte necesaria para la efectividad de tal derecho.

Cuando las pruebas derivadas de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales pueden ser también consideradas como una infracción de la norma fundamental. Es decir, en qué casos esta ilicitud constitucional de las pruebas que originalmente lesionan derechos fundamentales, se traslada, alcanza o contamina a la prueba derivada o refleja. (González, 2008, pp. 284- 292).

Es así, que a través de la verificación del sentido interpretativo de las disposiciones constitucionales y del cumplimiento de los presupuestos constitucionales descritos líneas arriba, el intérprete podrá identificar el espíritu de la norma o el contenido esencial del derecho a la prohibición de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales (Rojas, 2004, p. 155).

### **2.2.7. Carácter progresivo y no absoluto del derecho a la prohibición de obtención prueba con violación a derechos fundamentales**

Este derecho posee la característica de ser progresivo ya que al tener un carácter autónomo de otros, independiente del derecho a probar como hemos demostrado precedentemente- expande su amplitud cuando se intenta utilizar un medio probatorio de cargo, esto es para imputar hechos controvertidos en el proceso-, donde será labor del juez constitucional competente, poder identificarlo como tal y analizar todos los contrastes que de ella deriven, analizando su contenido esencial y sus implicancias en el proceso, pues si de llegar a existir duda o una antinomia ante la posibilidad de excluir un medio de prueba de cargo para salvaguardar los derechos del imputado, también se deberá analizar si aplicar la regla general de este derecho -sin considerar sus

límites- podría perjudicar el desarrollo del contenido esencial del derecho a la prohibición de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales (Gálvez, Rabanal y Castro, 2009, p. 67).

En consecuencia, se debe analizar si la regla general de prohibición o exclusión de un medio de prueba de cargo de obtención ilícita, afecta a otros derechos fundamentales que se protegen de manera explícita frente al derecho a probar, tales como el derecho al secreto de las comunicaciones o la intimidad, entre otros y derechos implícitos como el derecho a la verdad o interés público y otros.

Por ello, este razonamiento viene a ser el impulso básico para poder desarrollar un modelo de Control Constitucional, mediante el cual, el intérprete, podrá dilucidar ante qué criterios sí se podría encontrar una salvedad a la regla general del derecho de prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales que determina su exclusión del medio de prueba en el proceso (Gálvez, Rabanal y Castro, 2009, p. 70).

Dicha controversia, tendría que ser debidamente identificada y analizada por el juez de la causa, a fin de establecer criterios y directrices, que le permitan concluir con la validez o invalidez del medio de prueba obtenido con violación de derechos fundamentales, en consecuencia, ello estará respaldado por una debida motivación.

#### **2.2.8. Derecho fundamental al secreto a las comunicaciones**

La norma fundamental del Perú resguarda la privacidad de los intercambios informativos y la integridad de los registros de carácter

personal, otorgando a cada individuo la facultad de oponerse a injerencias externas, conforme al numeral 10 del artículo 2 de la Constitución.

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

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Este derecho se encuentra ligado al derecho a la intimidad sin embargo no son términos equivalentes. El secreto de las comunicaciones puede servir como instrumento de protección de múltiples derechos; propiedad, libertad de empresa, libertad ideológica, etc.

Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando sostuvo que el bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones, y lo admite la doctrina es así que para Gimeno Sendra, el bien constitucionalmente protegido es, pues, el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de

comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 114/1984).

El artículo 16 del Código Civil Peruano señala que: “La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario”.

Lo cual hace referencia al parecer que el derecho al secreto de las comunicaciones está íntimamente vinculado al derecho a una vida privada y/o al derecho a la intimidad.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Escher y otros vs. Brasil, Sentencia de 06 de julio de 2009, párrafo 114, establece que, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11º protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla (Díaz, 2017, p. 99).

El artículo 11º, se deberá aplicar a las conversaciones telefónicas sin tomar en cuenta su contenido, comprendiendo además las operaciones técnicas utilizadas para registrar el contenido de las mismas, lo cual puede darse mediante su escucha y/o grabación, así como de cualquier

elemento adicional del proceso de comunicación, por ejemplo, el destino y origen de las llamadas que salen e ingresan, la titularidad de las líneas e identidad de interlocutores, la duración y hora de las llamadas, además de situaciones que pueden ser constatadas sin ser necesario el registro o grabación del contenido de la llamada o conversación. En consecuencia, la protección a la vida privada, se materializa en el derecho a que sujetos que no intervienen en la comunicación, conozcan de manera ilícita el contenido de las conversaciones telefónicas y demás características de las mismas (Bertoni y Zelada, 2014).

El Tribunal Constitucional señala que el amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo clásico o electrónico o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso (STC 0774-2005-HC/TC, fojas 24).

Así también, ha sostenido en la STC 2863-2002-AA/TC, que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación (fojas 3). Señalando también su contenido en Expediente N° 10-2001 acumulado al Exp N° 45-2003, del 07 de abril del 2009 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso contra Alberto Fujimori sobre homicidio y otros, en cuyo fundamento N° 77 se ha validado un video obtenido mediante el allanamiento realizado a Vladimiro Montesinos, bajo el siguiente razonamiento: Todas las conversaciones en video y audio que se

hallaban en el archivo de Vladimiro Montesinos Torres, que fueron escondidos en el departamento de su esposa Trinidad Becerra, y luego requisados ilegalmente por el acusado Fujimori Fujimori, las escenas y conversaciones fueron grabadas por el Coronel EP Roberto Huamán Azcurra del SIN por orden de Montesinos Torres. Lo cual no fue objeto de cuestionamiento, sin embargo, es preciso señalar que las conversaciones grabadas por uno de los interlocutores, no vulneran los derechos al secreto a las comunicaciones y a la intimidad personal.

En este caso no habría afectación a este derecho fundamental puesto que la grabación fue realizada por orden de una de las personas que intervinieron en el proceso de comunicación.

La norma constitucional protege a la comunicación y no a su contenido, en tal sentido, no habría infracción si uno de los intervinientes en la comunicación divulga la noticia, salvo que esta información vulnere el derecho a la intimidad personal, no habría secreto cuando se pone en conocimiento un hecho o un comentario a uno de los interlocutores (Coaguila, 2013).

#### **a) Titularidad**

Los titulares vendrían a ser las personas que intervienen en el proceso de comunicación, ya sean naturales o jurídicas siendo este derecho oponible a terceros ya sean estas personas naturales o jurídicas, aunado ello es necesario tener en cuenta lo que señala Díaz (2006), que es una garantía que salvaguarda las comunicaciones entre sujetos naturales de

derecho, el cual se encuentra regulado en los tratados internacionales y la legislación nacional.

Aclarando que únicamente serán imputables las personas físicas. El artículo 2 inciso 1) de la ley 27697, prescribe la facultad del fiscal para intervenir y controlar comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales, señala que se entiende por comunicación a cualquier forma de transmitir el contenido de un pensamiento, o una forma objetivada del mismo, por cualquier medio.

#### **b) Carácter formal**

Se ha hecho referencia al carácter formal del derecho al secreto de comunicaciones, ya que constituye su violación la intervención de la comunicación por cualquier medio, obteniendo el registro, duración de la comunicación, identificación de los intervinientes, lugar, etc; sin importar el conocimiento del contenido de la comunicación (Abad, 2013, p. 69).

Es así que el Tribunal Constitucional español en la STC 114/1984 consideró, en el artículo 18.3, que el concepto de secreto tiene un carácter formal, en el sentido de que se protege el contenido de lo comunicado, sea cual fuere su contenido y si pertenece el objeto de la comunicación al ámbito personal, íntimo o reservado de la persona. Del mismo modo lo ha entendido el Tribunal Constitucional al precisarlo en la STC 2863-2002-AA/TC, FJ.

#### **c) Límites**

El artículo 230º del Código Procesal Penal peruano señala que tal medida sólo será posible en las investigaciones que se relacionen con

delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a los cuatro años.

En efecto, el citado dispositivo señala que el fiscal, cuando atendiendo a la existencia de suficientes elementos de convicción que puedan sustentar la comisión de un delito con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad y la intervención a sus comunicaciones sea estrictamente necesaria para la consecución de los fines de la investigación, podrá solicitarse al juez de la Investigación preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación (Bustamante, 2011).

La doctrina de Tribunal Constitucional Peruano parte de que la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima cuando está legalmente prevista con suficiente precisión, autorizada por la autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad.

En relación a este principio, la medida autorizada tiene que ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. Así, hemos mantenido que esta intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación en curso o bien

porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales (Abad, 2013, p. 83).

Conforme a nuestra carta magna, las comunicaciones, telecomunicaciones y sus características o dispositivos; solamente pueden ser incautados, interceptados, o intervenidos previo mandato judicial debidamente motivado y con observancia de las garantías establecidas en la ley.

En la STC del 27 de octubre del 2010, el citado Caso Alberto Quimper Herrera, el Tribunal Constitucional al reconocer que el derecho al secreto e inviolabilidad de los documentos y comunicaciones privadas, como todo otro derecho fundamental, no es absoluto, admite injerencias legales, siempre que se cumplan con ciertas exigencias, las que determina teniendo siempre como base en este tema, la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del Caso Escher y otros vs. Brasil (Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC).

El tribunal constitucional desarrolla exigencias o características que deben presentar las injerencias a las comunicaciones y los documentos privados: a) que los casos de injerencias estén previstos en la ley; b) que la finalidad de las injerencias sea legítima; y c) que las injerencias sean idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática.

La corte interamericana de derechos humanos, pone más atención en las exigencias que debe cumplir la ley que regula los casos en los que se puede levantar el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones: a)

la injerencia debe estar fundamentada en una ley, b) en cuanto a la regulación legal, esta debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia; así debe señalar las circunstancias en que procede la injerencia, las personas que se encuentran competentes para solicitarla, autorizarla y ejecutarla; el procedimiento a seguir y otros aspectos (Tribunal Constitucional - Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC).

El artículo 2 inciso 10 de la norma fundamental solamente admite un límite al derecho examinado, la intervención judicial, es la única que justifica el levantamiento del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, por lo que corresponde examinar sus requisitos constitucionales y de legislación ordinaria.

Es importante comentar los casos de conocimiento de las comunicaciones y los documentos privados por consentimiento de uno de los sujetos, en las comunicaciones, o el titular, tratándose de documentos privados; en estos supuestos no se necesita autorización judicial para la intervención por el tercero.

San Martín (1999), reconoce que la intervención de comunicaciones con el consentimiento de uno de los participantes le da validez y eficacia jurídica, a pesar de la no existencia de autorización judicial; en "López vs USA" se legitimó la aplicación de la teoría de la auto injerencia o bugging; quien participa en una comunicación asume el riesgo que la otra parte divulgue el contenido, de allí que sea legal que uno de los intervinientes la grabe y la utilice como prueba de cargo; línea que como indica el autor nacional, ha sido seguida en Argentina, en los casos Hidalgo, Macri, y Raña, en donde la Corte Suprema de ese país admitió

como pruebas las grabaciones ocultas de comunicaciones efectuadas por los denunciantes y los periodistas (p. 89).

San Martín (2012) ubica dentro de estos supuestos los distintos casos en los que en el Perú fueron admitidos los Vladivideos como prueba en los procesos penales, sin embargo, es de considerar que el fundamento fue otro, el que su contenido no estaba protegido por el ámbito del derecho a la intimidad (p. 47).

Es evidente que el contenido de los Vladivideos no forma parte del ámbito del derecho a la intimidad, por el contrario, el carácter delictivo de interés público, de moral pública, entre otros, no permiten que la persona se oponga al conocimiento de la sociedad. Antes bien, el análisis debe realizarse sobre esta práctica judicial va por otro lado: el tipo de documento de los vídeos, público o privado, su posesión lícita o ilícita (requisito de eficacia probatoria de la prueba documental), la oportunidad e intensidad su difusión con relación a la garantía procesal constitucional de la imparcialidad judicial.

#### **d) Requisitos de justificación para afectarlo**

Se distinguen dos tipos de requisitos que deben observarse al momento de justificar una posible afectación a los derechos al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados; constitucionales y ordinarios; cuyo cumplimiento permitirá que las comunicaciones o documentos sean utilizados como actos de investigación, en la instrucción o investigación preparatoria, y actos probatorios en el juicio oral.

Es importante diferenciar los requisitos de relevancia constitucional y los de legalidad ordinaria porque su incumplimiento produce diferentes efectos, puesto que los requisitos constitucionales permiten que las intervenciones a las comunicaciones y los documentos privados sean utilizadas como fuentes de prueba y medios de investigación; y los requisitos de legalidad ordinaria como pruebas en el juicio oral y en la sentencia (Abad, 2013, p. 92).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, en la citada STC del 18 de agosto del 2004, Caso Rafael Francisco García Mendoza, establece el efecto que genera la violación de los requisitos constitucionales, las comunicaciones o documentos particulares obtenidos por terceros no tienen efecto legal, por constituir de prueba ilícitamente obtenida. (Tribunal Constitucional - Exp. N.º 1058-2004-AA/TC).

#### **e) Presupuestos constitucionales de la intervención de las comunicaciones**

##### **1. Exclusividad jurisdiccional**

Conforme al texto constitucional la intervención de las comunicaciones y los documentos privados solamente puede ser consecuencia de una decisión del juez; queda en consecuencia, excluida la posibilidad que el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, las Fuerzas Armadas, el Poder Ejecutivo en general, y menos los particulares, puedan, sin autorización judicial, interceptar comunicaciones o documentos privados (Abad, 2013, p. 105).

El artículo 2 inciso 10 de la Constitución otorga fundamento constitucional a este presupuesto. Expresamente exige que solamente por mandamiento motivado del juez se pueda realizar la intervención de las comunicaciones o documentos privados.

El Código Procesal Penal al regular las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos consagra la exigencia constitucional que exclusivamente el juez puede autorizar la intervención de comunicaciones y documentos privados. Es importante precisar que la exclusividad jurisdiccional significa que el Juez es el único que limita el derecho constitucional, por tanto, la autorización y la ejecución deben darse dentro del ejercicio de la función jurisdiccional.

La autorización judicial se dará dentro de un procedimiento efectuado en la investigación preliminar o preparatoria de búsqueda de fuentes de prueba con restricción de derechos, regulado en el Libro Segundo: Actividad Procesal, Sección II: La prueba, Título III: La búsqueda de pruebas y restricción de derechos del Código Procesal Penal del 2004, así como en la legislación complementaria; Ley N° 27379 y Ley N° 27697, también aplicables a los casos todavía regulados por el Código de Procedimientos Penales de 1940.

El hecho es que en el nuevo modelo procesal penal la realización de la investigación del delito corresponde al Ministerio Público (incluso con base constitucional, artículo 159 inciso 4) y, por tanto, como dice San Martín, el juez no puede realizar un control directo de la ejecución de la autorización.

Como se ha estado indicando en párrafos precedentes, desconocer la misión del juez en este tipo de decisiones no es aceptable, en razón que solo el juez es quien puede otorgar la autorización de levantamiento del secreto de comunicaciones, es allí donde se exterioriza el presupuesto de exclusividad.

## **2. Auto motivado del juez**

El artículo 2 inciso 10 de la Constitución establece el requisito del mandamiento motivado del juez. Dado el objeto de la resolución judicial, esta tiene que ser un auto. En este requisito constitucional el tema central es la motivación que debe contener el auto que levanta el secreto de las comunicaciones o los documentos privados. La motivación no es un requisito de forma.

Dentro de la normatividad u ordenamiento jurídico peruano, el deber de motivación de las resoluciones judiciales surge regulado como uno de los principios de la inherentes a la función jurisdiccional (Sotomayor, 2021), aunado a ello, es una garantía procesal constitucional necesaria para poder sacrificar un derecho fundamental; el auto debe contar los fundamentos jurídicos del magistrado para justificar levantar la prohibición de inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

La resolución judicial que autoriza la intervención de comunicaciones ha de establecer los fundamentos fácticos; el juicio de probabilidad del delito, la intervención del autor y el empleo de un medio de comunicación, cuyo conocimiento del contenido será útil para la

investigación y los fundamentos jurídicos; el juicio de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad; que motivan la decisión de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Asimismo, de la resolución que autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones, debe tener en cuenta que la motivación nace de una distinción, hoy relativizada y matizada en la teoría del Derecho, sobre la decisión del órgano jurisdiccional se sintetiza en el contexto de justificación a la decisión adoptada (Taruffo, 2006).

En este requisito constitucional se trabaja sólo con la fundamentación fáctica y especialmente sobre la base probatoria que justifica la autorización judicial de control de las comunicaciones y documentos privados, los otros elementos que corresponden más a la fundamentación jurídica se tratan aparte (Abad, 2013, p. 118).

El artículo 203 del Código del 2004 de forma general establece que las medidas de búsqueda de fuentes de prueba que impliquen afectación de derechos, como las de control de comunicaciones y documentos privados, interceptación e incautación postal, intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, incautación de documentos privados; exigen que el juez haya verificado la existencia de suficientes elementos de convicción y la proporcionalidad de la medida.

En el caso de la interceptación e incautación postal se señala que su objeto pueden ser cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas -públicas o privadas- postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él,

aún bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presumen emanan de él o de los que pudiere ser el destinatario. (Art. 226 inc. 1 del C.P.P.).

En el caso de la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones hay una mayor exigencia respecto de la motivación, se exige que el juez haya verificado la existencia de suficientes elementos de convicción que pudieran determinar la comisión de un delito, cuya pena es superior a los 4 años de privación de la libertad y la absoluta necesidad de la medida para continuar la investigación (Art. 230 inc. 1 del C.P.P.).

Si la medida comprenderá las comunicaciones de personas no investigadas, el juez debe verificar la concurrencia de datos objetivos determinados que le permiten establecer como probable que reciben o tramitan por cuenta del investigado comunicaciones vinculadas con el delito o la intervención del investigado, esto es, con el objeto de la investigación, o que el investigado utiliza las comunicaciones de los terceros afectados con la medida, para el efecto se considera a todo tipo sistema o plataforma de transmisión radial, telefónica, satelital, digital, por internet u otras formas de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). (Art. 230 inc. 2 del C.P.P.).

En el caso de la incautación de documentos privados se señala que los elementos de convicción deben permitir al juez establecer la utilidad para la investigación, los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de una persona, natural o jurídica, hallados en poder del investigado o intervenido, en el lugar objeto de inspección o allanamiento (Arts. 232 y 234 del C.P.P.).

Montero (1999) afirma que en cuanto a los indicios que sirven para establecer el juicio de probabilidad de hechos o circunstancias importantes para el objeto de la investigación, pues en este caso el juez verifica utilidad, por ejemplo, los exigidos para la incautación de documentos privados; y los indicios que permiten al juez alcanzar un juicio de probabilidad del delito o la intervención del investigado, que se exigen para la interceptación de comunicaciones (p. 42).

San Martín (2012) explica que la fundamentación fáctica del auto corresponde a los hechos respecto de los que deben existir indicios, el juez debe establecer circunstancias concretas que permitan sospechar, mejor dicho, formular un juicio de probabilidad, que mediante el teléfono cuya intervención se solicita, en caso de comunicaciones por esa vía, se efectuarán llamadas vinculadas con el delito investigado, útiles para el objeto de la investigación (p. 76).

Advierte el procesalista nacional, coincidiendo con la postura asumida en este punto, que la clave es el juicio de probabilidad, la causa probable de la jurisprudencia de los Estados Unidos, una probabilidad razonada, fundada objetivamente, que a través de la comunicación interceptada se obtendrá información útil para descubrir el delito objeto de la investigación, la medida puede alcanzar, por ejemplo a terceros, siempre que el juicio de probabilidad permita establecer que el investigado utiliza el medio de comunicación que se ordena controlar.

El juicio fáctico del auto motivado, se forma con la concurrencia de indicios suficientes que hacen posible que una persona esté implicada en la comisión de un delito y que a través de la intervención de las

comunicaciones es probable que se pueden obtener fuentes de prueba sobre el delito y los intervinientes.

El auto de control de las comunicaciones debe basarse en una concurrencia de indicios que permiten establecer como posible, la sospecha razonada, que el investigado a intervenido en el delito objeto de investigación. Con la exigencia de los indicios se excluye; la pesquisa, la intervención basada en sospechas y las meras afirmaciones policiales (Gonzales, 2011, p. 35).

Advierte Climent Duran, gran maestro de la teoría de la prueba, que la determinación de los indicios cuya concurrencia habilita al juez a levantar el secreto de las comunicaciones “exige aplicar un cierto grado de atención para impedir abusos o arbitrariedades”, incluso comenta como el propio Tribunal Supremo Español reconoce que no es un tema pacífico.

#### **2.2.9. Derecho a la intimidad**

Es difícil definir el Derecho a la Intimidad, con palabras que abarquen todo su contenido, sin que se pueda tratar esto desde la propia dignidad humana. Una conceptualización adecuada ayudaría a entender la importancia que este derecho ostenta en la actualidad y que lo ha convertido en un requisito más para la plena realización del individuo. La intimidad, por su propia índole, forma parte de lo más personal que puede conservar el ser humano.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos brinda dos acepciones del vocablo intimidad. La primera corresponde a amistad

íntima; la segunda a zona espiritual íntima o reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

El derecho de la intimidad emerge como base principal de la salvación para enfrentar las primeras formas de ataque desde la esfera íntima de la persona, por ende, busca resguardar el núcleo privado de todo ser humano. (Salinas.2019; p. 734).

La protección de ciertas áreas de privacidad, como los hogares, la autonomía y el derecho a la intimidad, ha sido logrado por los continuos avances de la ciencia y el interés del Estado de salvaguardar los derechos fundamentales.

Bernales (1997), define a la intimidad como el conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus secretos, sus características físicas tales como su salud, sus problemas congénitos, sus accidentes y las secuelas consiguientes (p.130).

Cabezuelo (1998), cuando delimita la definición de intimidad, precisa que es la intimidad un derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo y consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que el hombre no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo cual es la que la intimidad representa (p.18).

Se puede sostener hasta aquí, que no existe un criterio uniforme para definir el derecho a la intimidad; este puede ser enfocado desde diversas perspectivas, sin embargo, podríamos aventurar una definición, señalando que es un derecho de la personalidad que consiste en la facultad que tiene el individuo de mantener una esfera de su vida y de su persona ajena a la interferencia de terceros, incluyendo dentro de estos al Estado.

En la intimidad encontramos contenidos tanto objetivos como subjetivos. La intimidad personal en sus aspectos subjetivos – creencias, pensamientos, religión y objetivos - corporeidad, sexualidad, sociabilidad; la intimidad familiar que implica relaciones familiares, asiento físico de la familia, memoria de los parientes difuntos y el secreto documental que alude a las comunicaciones y a la información contenida en cualquier tipo de soporte físico o electrónico. Hasta aquí se podría afirmar que, dentro de nuestro contexto jurídico local, se enfatiza más el elemento espiritual, frente al individualista, inclinándonos más por una dimensión introspectiva de encuentro con uno mismo, olvidándonos de su proyección relacional con otros seres humanos.

Respecto al derecho a la Intimidad, como derecho fundamental, esta se encuentra recogida en el Inc. 7 del artículo 2 de la Constitución Política de Estado; y como derecho a la vida privada, la encontramos a nivel convencional en el artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo además que la Corte Interamericana dentro su jurisprudencia ha logrado establecer el vínculo existente entre los derechos fundamentales a la vida privada y a la inviolabilidad de las

comunicaciones, considerando que tanto las conversaciones telefónicas como la correspondencia forman parte del ámbito de protección del derecho a la vida privada, consideraciones establecidas en los casos *Tristán Donoso Vs. Panamá* y *Masacres de Ituango y Escué Zapata*.

Para el jurista (Romeo, 2003), quien realiza una exégesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español con soporte en sus primeros puntos de vista, cita la intimidad como una expresión de una persona limitada, a la que otros tienen prohibido acceder.

#### **2.2.10. Principio de proporcionalidad**

La realidad jurídica evidencia que el goce de las prerrogativas constitucionales frecuentemente desemboca en fricciones normativas. Este fenómeno es consecuencia de la naturaleza expansiva de los derechos fundamentales, cuya amplia cobertura hace que los choques entre ellos o con otros intereses colectivos sean sucesos y recurrentes en el derecho.

La Constitución podría considerarse en principio como un conjunto de derechos en constante e indefinido choque y contradicción, puesto que cada derecho se encuentra pugando por su optimización, para lo cual debe imponerse sobre los otros. En consecuencia, se tiene que el derecho fundamental, a fin de lograr algún nivel de eficacia, “debe ser constatado en su utilidad para regular y ordenar las relaciones humanas en la realidad, entonces se hace imprescindible encontrar la manera de determinar cuál de los dos contenidos ampulosos y contradictorios entre sí deberá prevalecer” (Salas, 2011, p. 56).

Para poder determinar, qué principio o derecho fundamental debe prevalecer ante su contrario, se deberá sustentar con mayores motivos y razones cuál de estos debe imponerse sobre el otro. “Un principio o derecho fundamental es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor” (Bagre, 2004, p. 104).

En cuanto a las razones por la cuales se establecerá, “cuál derecho fundamental deberán beneficiarse de la maximización porque tiene un mayor peso, y cuál deberá quedar rezagado, soslayado e incluso lesionado por su menor peso, se definirían principalmente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad”. (Bernal, 2007, p. 331). Estos criterios pueden tomarse en cuenta o resultan justificaciones tanto para el legislador como para los entes propios de la administración de justicia, principalmente el juzgador, ya que, al momento de aplicar la ley, esta encontrará su justificación en lo razonable que resulta protección del derecho o bien que prevalecerá ante otro, dicha operación en consecuencia devendría en legítima. Este principio conforma un criterio idóneo para determinar el ámbito de protección de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad, se sujeta de la teoría desarrollada por (Alexy, 2007), quien menciona que el uso de dicho principio concatena también la aplicación de la ponderación, por lo que existe el enfrentamiento de derechos entre individuales y colectivos, lugar donde interviene de manera directa el principio de proporcionalidad para delimitar el conflicto.

Es así que el principio de proporcionalidad, en cuanto sus diversas teorías, teniendo entre las más relevantes las absolutas y relativas, esta creado para calcular o establecer el contenido de los derechos, garantías o bienes constitucionales en conflicto y en base a esto determinar el peso de cada uno, atendiendo claro está al caso en concreto y sus circunstancias particulares, haciendo prevalecer uno sobre el otro. En consecuencia, el principio de proporcionalidad nos permitirá decidir sobre los pesos establecidos para cada derecho.

En cuanto a la supuesta identidad entre los principios de proporcionalidad y razonabilidad, el jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha establecido que existe cierta equivalencia entre ambos principios, ya que si bien vía doctrinal se han desarrollado distinciones, lo cierto es que cuando se presentan conflictos entre derechos o principios constitucionales, se utilizan los principios de razonabilidad y proporcionalidad como estrategia o método para resolver, ello con la finalidad de motivar una resolución justa, es así que se podría concluir que una decisión razonable debe ser proporcional y viceversa, es decir ambos principios se complementan.

En este sentido, el mencionado Tribunal, señala, además: «el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios. Y es que más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como

concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad.

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en la constitución alemana y española, se ha previsto expresamente en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo expresamente a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción.

Ha sido este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el entero ordenamiento jurídico peruano. El mencionado tribunal, luego de mostrar una postura más bien imprecisa y ambivalente en este asunto, actualmente tiene asentado el criterio jurisprudencial de reconocer el principio de proporcionalidad como un principio que informa el entero ordenamiento jurídico peruano: “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del art. 200 de la Constitución.

De lo antes señalado, (Becerra, 2012), indica que es un principio que enmarca las opciones legales y sustentadas, que se encuentra dentro de la órbita constitucional, para equilibrar lo poder del Estado con los derechos individuales y se justifica en la aplicación de medidas que aseguren el desarrollo de una investigación o busque garantizar derechos.

(Bernal, 2014), se adhiere a la tesis de Robert Alexy, en cuanto a aceptar que el sistema jurídico moderno se encuentra compuesto por dos tipos de normas: reglas y principios; siendo que las reglas llegan a aplicarse por subsunción y los principios se aplican por subsunción y ponderación. Además de ello hace alusión a la determinación de la racionalidad del principio de proporcionalidad, la cual es evaluada en dos vertientes, la racionalidad del principio de proporcionalidad y la racionalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad.

En la primera se habla de una racionalidad teórica, es decir de los conceptos jurídicos que la componen, relacionados con una racionalidad lógica operacional, lo cual implica una existencia independiente de otras figuras jurídicas, así como precisión en su estructura y claridad que no admita contradicciones a fin de fundamentar de manera legítima su aplicación, lo cual implica además un campo de aplicación claro y preciso. En cuanto a la racionalidad en la aplicación del principio de proporcionalidad, esta tiene que ver con la racionalidad al momento de su aplicación por parte del Tribunal Constitucional, es decir se evaluará el proceso de interpretación de las normas iusfundamentales durante el control de constitucionalidad de las leyes; ello en razón de que al momento de aplicar una norma constitucional, al tribunal se le presentan múltiples opciones de las cuales deberá elegir aplicando la llamada discrecionalidad; ahora bien, la racionalidad de las decisiones estaría dada por criterios o pautas metodológicas que ofrece el principio de proporcionalidad para orientar el razonamiento del juez y así fundamentar su decisión.

Por otro lado se tiene la posición de Gimeno Sendra, en su voto singular emitido en la STC 215/94 España, quien afirma que el principio de proporcionalidad no viene a ser un juicio o examen de constitucionalidad si no un método de interpretación de la ley conforme a la constitución: “la proporcionalidad no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma que incide en un derecho fundamental obtener una aplicación conforme a la constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o aplicación constitucional de la misma”. (Bernal,2014, p.642).

#### **a) Dimensiones**

Para determinar el contenido o alcance de un derecho o principio fundamental, se deben evaluar las normas u actuaciones que intentan establecer límites o restricciones a su ejercicio, es así que se recurre al llamado test o principio de proporcional, mediante el cual se tienen en cuenta tres parámetros o subprincipios, estos son necesidad, idoneidad y la llamada proporcionalidad estricto sensu.

Es así que el principio de proporcionalidad, estaría integrado por mecanismos o herramientas que permiten establecer o medir los límites o restricciones impuestos en contra de los derechos o libertades fundamentales, a fin de determinar su legitimidad y licitud, atendiendo a criterios de necesidad, utilidad y equidad.

En consecuencia, Cubas (2012), señala que: “Una restricción o sacrificio de un derecho fundamental será constitucionalmente permitido si la

medida que establece la restricción o sacrificio es una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto” (p. 47).

### **1. El juicio de idoneidad**

Es el primer criterio que debe tomarse en cuenta al momento de aplicar el test de proporcionalidad, conocido como juicio de idoneidad o adecuación. Es así que (Castillo,2005), indica que el análisis de idoneidad se fundamenta en dos requisitos esenciales: la identificación de una meta constitucionalmente válida para la restricción y la verificación de que el mecanismo utilizado sea realmente apto para concretar dicho objetivo.

en consecuencia, se determinará la idoneidad si se cumple con la protección de un derecho o bien de igual o mayor valor que el afectado.

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional con el juicio de idoneidad se verifica que todo límite, afectación o injerencia a los derechos fundamentales debe estar motivado por un fin constitucionalmente legítimo, debiendo verificarse dos fases, la primera el establecimiento de un objetivo legítimo y la segunda que la medida resulte idónea.

Además de ello se debe tomar en cuenta que esta limitación debe estar permitida o amparada a nivel constitucional y que además debe revestir relevancia social.

En tal sentido no cualquier norma o acto puede prevalecer sobre un derecho fundamental, debiendo justificarse y motivarse la restricción en bienes o derechos también fundamentales y además esta limitación

debe cubrir una necesidad social, sólo así podrá establecerse su legitimidad.

## **2. El juicio de necesidad**

En la sentencia emitida por la Corte Constitucional en el Exp. 2235–2004–AA/TC, estableció que, “el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita”.

Una vez establecida la idoneidad de la medida, corresponde pasar al análisis de su necesidad. Es así que mediante este juicio se analiza entre todas las posibilidades u opciones de restricción del derecho fundamental afectado, la menos grave, es decir se optará por la menor restricción al derecho, siempre y cuando resulte eficaz para obtener el fin constitucionalmente perseguido.

Es así que la necesidad estaría justificada en la inexistencia de una alternativa menos gravosa para un derecho fundamental, es decir se busca establecer una medida idónea pero que represente la mínima afectación posible al derecho fundamental y que además se logre la consecución del fin constitucionalmente perseguido.

En consecuencia, es necesaria una medida o norma restrictiva si el legislador entre todas las opciones posibles elige la menos lesiva para el derecho fundamental; se tiene como ejemplo lo resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán, el cual al establecer la justificación de la detención preventiva, hace referencia a los motivos o razones por las

cuales debía aplicarse la medida que restringe la libertad personal, esto es garantizar el normal desarrollo del proceso penal, así como asegurar la futura ejecución de la pena; en tal sentido si resulta ineficaz para conseguir los fines conseguidos no correspondería imponerla, ejecutarla o mantenerla.

### **3. Test de ponderación**

Una vez establecido que una medida resulta idónea y necesaria, corresponde determinar si esta es proporcionada para lo cual se deberá aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, también llamado juicio de ponderación. Señala Martínez (2007), lo siguiente: “A través de este juicio se exige que la medida que restringe un derecho fundamental se encuentre en una relación adecuada con el peso y la significación del derecho fundamental” (p. 37).

Se admitirá que una medida que restringe un derecho fundamental resulta adecuada y por ende razonable, si al sopesar las ventajas y desventajas o los costos y beneficios de su aplicación se encuentra un equilibrio que permite justificar su adopción. En tal sentido se establece que existe una relación razonable o adecuada si a mayor restricción se obtiene un mayor beneficio y viceversa, esto quiere decir que debe existir una equivalencia recíproca en cuanto a intensidad.

La resolución de conflictos entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el deber estatal de persecución penal no puede ser absoluta, sino que requiere un análisis de proporcionalidad. Como sostiene Alexy (2014), los derechos fundamentales operan como

mandatos de optimización; por tanto, en el escenario peruano, el juez debe determinar en qué medida la protección de la privacidad debe ceder ante la necesidad de justicia, aplicando un juicio donde el grado de afectación sea compensado por la importancia de la evidencia obtenida.

## **2.3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **2.3.1. La prueba en el derecho penal peruano**

En cuanto a la valoración de la prueba existen diversos dispositivos normativos tanto a nivel constitucional como legal, en los cuales se establece la prohibición de la prueba de cargo obtenida mediante la violación derechos fundamentales.

Así, se tiene en la Constitución Peruana en el numeral 10) del artículo 2º, en el que hace referencia al contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, señala: “Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”. Así mismo, el literal h) del numeral 24) del artículo 2º, prescribe: “Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia”.

Ello además, concordado con su cuarta disposición complementaria final, que establece la obligación de interpretar las normas de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades de las personas ratificadas por el Perú, en tal sentido se tiene la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 8.2 establece que todo

inculpado en un proceso penal solo podrá ser sentenciado si dentro del proceso se hacen efectivas todas las garantías de las cuales goza.

El Código Procesal Penal Peruano, en su artículo VIII del título preliminar, establece respecto a la legitimidad de la prueba: “Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

Asimismo, en su artículo 159°, en cuanto a la utilización de la prueba, establece: “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

Es así que en base a estos y otros dispositivos normativos, el Tribunal Constitución ha llegado a reconocer vía jurisprudencial a la prohibición de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales como un auténtico derecho fundamental.

### **2.3.2. Enfoque jurisprudencial del derecho a probar**

En cuanto a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, se pueden encontrar diversos pronunciamientos en torno a la prueba ilícita, así, por ejemplo:

#### **a) La prueba ilícita considerada como derecho fundamental**

Dentro del EXP. N° 00655-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional establece que la prueba prohibida es un derecho fundamental, a pesar de no estar prescrito de manera expresa o nominada en la constitución,

sin embargo su contenido se puede inferir del texto constitucional y estaría expresada en la garantía de la cual goza todo ciudadano a que los medios de prueba obtenidos con violación de derechos y garantías constitucionales sean excluidos del procedimiento o proceso en el cual se pretende utilizar o valorar para determinar su situación jurídica.

**b) La prueba ilícita considerada como vulneratoria del ordenamiento jurídico**

En la Sentencia N° 06712-2005-PHC/TC, fundamento 26, respecto al caso Magaly Medina y Ney Guerrero, se establecen los criterios esenciales para determinar que una prueba: resaltando que se debe atender al Principio de licitud, ya que no podrán admitirse medios de prueba obtenidos mediante la contravención del ordenamiento jurídico, ya que este supuesto es considerado prueba prohibida.

**c) La prueba ilícita como límite a la potestad punitiva del estado**

En la Resolución N° 02333-2004-11C/TC, respecto al caso Natalia Foronda Crespo, el Tribunal Constitucional establece que el derecho fundamental a la prueba se encuentra regulado por principios, es así que su ejercicio estará supeditado a su pertinencia, conducencia, utilidad y licitud dentro del proceso, los cuales a su vez le imponen límites en razón de su naturaleza. Es así que las tesis antes señaladas nos ofrecen directrices para determinar el contenido del derecho fundamental a la prueba prohibida.

### **2.3.3. Enfoque jurisprudencial de la prueba prohibida**

Como antecedente se tiene a nivel de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en la sentencia de fecha 18 de febrero de 2023 dentro del Exp N° 11-2001, caso Ernesto Ramón Gamarra Olivares. La defensa señaló que la prueba sustentada en su contra, es decir el video denominado: “Entrevista Polo Gamarra y amigo Lucho”, habría sido obtenido sin autorización judicial previa, por lo tanto, procedía de un hecho irregular e ilícito en tal sentido no podría atribírsele valor probatorio respecto a la causa.

Frente a estos argumentos la Sala de la Corte Suprema, considera que si bien es cierto podrían existir irregularidades al momento de la obtención de la prueba videográfica, los hechos que se pretendían probar con esta, fueron acreditados de manera directa y fehaciente mediante las testimoniales y declaraciones de las personas que participaron en la reunión objeto de grabación, en consecuencia se logró acreditar la responsabilidad penal del acusado de manera plena con pruebas distintas de la cuestionada, en tal sentido analizar la obtención y validez del video, devino en irrelevante al ser considerada únicamente como prueba indiciaria de la comisión del ilícito.

En consecuencia, se puede concluir a pesar de no haberlo señalado la sentencia, que la teoría utilizada para resolver la controversia de la prueba en cuestión fue la de la fuente independiente.

Otro caso también resuelto por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, es el contenido en la sentencia de fecha 3 de julio de 2003, dentro del Exp. N° 21-2001, respecto del encausado José Ramos García Marcelo, de igual forma se discute la validez de la incautación de un video realizada sin autorización judicial, en el cual la defensa argumento su invalidez en base a la teoría del árbol envenenado. Resolviendo la

Sala, en principio que el video no se encontraba bajo la custodia del encausado, sino que la pertenecía y era custodiado por Vladimiro Montesinos Torres, además que el requerimiento de video fue en otro domicilio y que la supuesta afectación de sus derechos fue consecuencia de su actuación ilícita, en tal sentido la incautación del video, así como su posterior ofrecimiento como medio de prueba para acreditar la responsabilidad del encausado, no resulta atentatoria de sus derechos fundamentales, en tal sentido no podría argumentarse su invalidez mediante las teorías de la exclusión de la prueba prohibida, tales como: la bandeja de plata, la doctrina del fruto del árbol envenenado, o la teoría del efecto reflejo llamada del efecto expansivo, en tal sentido lo solicita por la parte supuestamente afectada devino en improcedente.

Al analizar lo resuelto por la Sala Penal Especial, podemos establecer que si bien es cierto los videos fueron obtenidos mediante un allanamiento sin orden judicial, violentándose aparentemente el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, estos sucesos habrían sido llevados a cabo en domicilio distinto al del encausado y en consecuencia este no podría argumentar la titularidad de los bienes jurídicos presuntamente violentados, no existiendo fundamentos para la exclusión de la prueba.

Además de ello es necesario poner especial atención a lo argumentado por la Corte Suprema frente a alegación del encausado por la supuesta violación de sus derechos a la intimidad y vida privada, para lo cual recurre a la teoría de la ponderación de intereses poniendo en contrapeso estos derechos contra la tranquilidad pública, indicando que

fue el mismo encausado quien generó y permitió su indefensión al ser filmado durante la comisión de ilícitos. Siendo ello así el Estado tendría legitimidad para utilizar el cuestionado video como medio de prueba para acreditar la conducta ilícita. En consecuencia, en el presente caso al aplicar el test de ponderación de intereses entre los derechos a la intimidad y vida privada frente tranquilidad pública, hace prevalecer este último.

Las excepciones a la regla de exclusión probatoria, que revisaremos más adelante consienten la admisión de prueba ilícitamente obtenida utilizando el criterio de proporcionalidad, razonamiento que es aplicado por los magistrados de Alemania, atendiendo a su excepcionalidad y en situaciones de extrema gravedad.

Homogenizando la contraposición de valores fundamentales que se encuentren en tensión, la eficiencia y éxito de la administración de justicia, por un lado, la garantía del acusado a no ser condenado en base a pruebas ilícitas, por el otro.

La aplicación del principio de proporcionalidad, pese a dar admisibilidad a un medio de prueba inconstitucional, es el camino a seguir como medio de evitar peores desastres proporcionalmente mayores. En Suiza se aplicó este principio en el caso de Pierre Schenk a quien se acusó de contratar a una persona para dar muerte a su esposa y mediante interceptación de llamada telefónica sin orden judicial, se obtuvo prueba contra él (Martínez, 2007, p. 76).

El Tribunal que lo juzgó estimo que el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del señor Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a la esfera íntima.

De otro lado, Sala Penal Nacional, Expediente 634-03 sentencia del 5 de agosto de 2005, Caso Wilbert Elki Meza Majino y otros. Examina un caso de juzgamiento por delito de Terrorismo, donde se restó valor probatorio a las pruebas obtenidas en un allanamiento sin orden judicial.

En principio el Tribunal verificó que los agentes policiales que allanaron la vivienda de la procesada no contaban con una orden judicial, más aún cuando en el momento de los hechos la ciudad de Lima no se encontraba bajo Estado de Excepción, los agentes policiales tuvieron tiempo para solicitar una orden judicial de allanamiento, no existió consentimiento del titular de la vivienda para el allanamiento policial. En ese estadio la Sala Penal Nacional paso a valorar la prueba ilícita a la luz del principio de ponderación o de excepciones por razón de seguridad pública, magnitud de la imputación o gravedad del delito en el caso concreto, precisando que al violarse el debido proceso no cabe más que declarar que toda la documentación, diskettes y material encontrados en dicho registro constituyen prueba ilícita, la cual no puede valorarse ni se puede sobre la misma fundamentarse una condena, es radicalmente nula.

En consecuencia, la Sala Penal Nacional al advertir la violación de derechos fundamentales en la obtención de pruebas, declaró éstas ilícitas y por tanto las inutilizó, restándoles cualquier valor probatorio.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante Recurso de Nulidad N° 4824-2005, de fecha 24 de mayo de 2006, confirmó la decisión de la Sala Penal Nacional de no valorar pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales.

Un caso similar al anterior lo constituye la Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2005, caso Lucy Margarita Romero Acosta y otros, resuelto por la Sala Penal Nacional, donde se discutió la validez de medios probatorios obtenidos en un allanamiento ilegal de domicilio por parte de agentes policiales.

Lo interesante de esta decisión es que luego de advertir la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio producido por el allanamiento ilegal analiza si es posible aplicar las excepciones a las reglas de exclusión de las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, haciendo para el efecto una reseña de las principales excepciones (Martínez, 2007, p. 81).

En principio la Sala pondera que no es posible la aplicación de la teoría de la fuente independiente porque no existen testigos que atestigüen sobre las pruebas halladas. Tampoco es de aplicación la teoría del descubrimiento inevitable porque no existía actividad de investigación o búsqueda de fuente de prueba que inevitablemente hubiera dado lugar al descubrimiento de las evidencias obtenidas con el allanamiento ilegal.

Tampoco es de aplicación la excepción de buena fe, ya que los efectivos policiales carecían de una orden judicial, y sabían que requerían de la misma para allanar un domicilio, precisa la Sala que esta excepción sólo

es aplicable cuando los agentes policiales realizan un allanamiento contando con una orden judicial, aunque después se sepa que esta carecía de fundamento.

Finalmente, la Sala analiza la excepción de proporcionalidad, precisando que para que sea atendible su aplicación la ponderación no puede ser arbitraria, ni siempre en atención de la gravedad de los hechos investigados la ponderación debe inclinarse a favor de la sociedad, sino que, se hace indispensable la verificación de cierta razonabilidad, lo que se logra a través de una explicación de criterios o factores.

Sala explica esos factores de la siguiente manera: En primer lugar, la gravedad o entidad objetiva de la infracción, se trata de un allanamiento ilegal de domicilio. En segundo lugar, la intencionalidad del infractor, los efectivos policiales actuaron bajo el conocimiento cierto de que para poder ingresar a un domicilio requerían de una orden judicial. En tercer lugar, el allanamiento ilegal de domicilio no estuvo orientado a evitar un mal grave o que las fuentes de prueba hubieran sido obtenidas por una situación de estado de necesidad. Por las razones anteriormente expuestas, al no de ser aplicable ninguna de las excepciones a la prueba ilícitamente obtenida, deben de ser excluidos del acervo probatorio (no pueden ser valoradas) las fuentes de prueba recogidas en el acta de registro domicilio.

En el caso analizado por la Sala Penal Nacional, entonces, luego de verificarse la vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio y al no aplicarse ninguna de las excepciones a las reglas de excepción,

declaró que las fuentes de prueba incautadas irregularmente carecían de valor probatorio y las inutilizó.

#### **2.3.4. Enfoque jurisprudencial de derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones**

En la STC del 29 de enero del 2003, Caso Rodolfo Berrospi Álvarez, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en el fundamento 3, se refiere al derecho contenido en la Constitución en su artículo 2 inciso 10 en el cual se prohíbe que las comunicaciones y documentos privados sean objeto de interceptación, o que acceda a su conocimiento quien no esté autorizado; se afirma que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración o conocimiento por terceros, se trate de órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación. (Sentencia del Tribunal Constitucional – Exp. N.º 2863-2002-AA/TC).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, en la sentencia comentada, señala: que el derecho al secreto e inviolabilidad de documentos y comunicaciones privadas, protege a la comunicación independientemente de su contenido y al ámbito al que este pertenezca, ya sea este público o privado; en tal sentido podría establecerse su independencia de otros derechos que podrían ser afectados por su trasgresión, tales como el derecho a la intimidad personal, a la dignidad u otros.

En la STC del 18 de agosto del 2004, Caso Rafael Francisco García Mendoza, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, fundamento 22,

enfatisa que la vulneración de la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicial, convierte en inválidas las comunicaciones o documentos particulares obtenidos por terceros, pues no tienen efecto legal; precisa que su finalidad sería garantizar que un medio de prueba obtenido de manera ilícita no pueda afectar o perjudicar derechos fundamentales de la persona. (Sentencia del Tribunal Constitucional – Exp. N.º 1058-2004-AA/TC).

En la STC del 8 de marzo del 2005 el Pleno del Tribunal Constitucional, Caso Víctor Alfredo Polay Campos, en el fundamento 24 recuerda que el artículo 2 inciso 10 de la Constitución protege que todo tipo de comunicaciones entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo; fija como base del secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados al derecho fundamental a la vida privada, el mismo que permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso. (Sentencia del Tribunal Constitucional – Exp. N.º 0774-2005-HC/TC).

En el fundamento 25 de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que como todo derecho fundamental tiene límites, que pueden ser explícitos e implícitos, en este caso, la existencia de una autorización judicial, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En la STC del 28 de septiembre del 2009, Caso Victoria Elva Contreras Siaden, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, fundamentos 28 y 29, señala que resulta inconstitucional limitaciones bajo determinados

contextos o circunstancias irrazonables o desnaturalizadoras del contenido esencial de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones; reiterando que todo ciudadano tiene derecho a la intangibilidad de sus comunicaciones o documentos privados, lo que en buena cuenta garantiza que la comunicación y sus instrumentos, no sean conocidos, intervenidos, incautados o interceptados por terceras personas, si no únicamente por mandato judicial motivado y con el respeto de las garantías constitucionales establecidas a su favor, puntualizando que los documentos privados obtenidos con violación a las garantías señaladas, no tienen valor legal. (Sentencia del Tribunal Constitucional –Exp. N.º 3901-2007-PA/TC).

En la STC del 27 de octubre 2010, Caso Alberto Químper Herrera, el Pleno del Tribunal Constitucional ante la denuncia de utilización de prueba ilícita examina el ámbito de la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas, basándose en la Sentencia del 6 de julio del 2009 que dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Escher y otros vs. Brasil. (Sentencia del Tribunal Constitucional – Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC).

En el fundamento 18 de la mencionada sentencia se fija, conforme a la CIDH, como fundamento de la inviolabilidad o secreto de las comunicaciones y documentos privados, el derecho a la vida privada; recogido a su vez en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precisa el Tribunal que se protegen: las conversaciones telefónicas realizadas mediante líneas instaladas en oficinas o residencias particulares, ya sea su contenido en relación con

algún negocio u profesión o ya sea del ámbito privado de los interlocutores.

Siempre sobre la base de la sentencia del Caso Escher y otros vs .Brasil, el Tribunal Constitucional determina que el derecho al secreto a las comunicaciones protege a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido, es así que comprenderá todas las operaciones técnicas utilizadas para su registro, intervención y grabación así como cualquier otro componente del proceso de comunicación, además de los datos propios de la comunicación tales como la identificación de los interlocutores, la fecha y hora, duración entre otros.

En el fundamento 19 de la misma sentencia se precisa al igual que lo señalado por la Corte Interamericana, que los derechos fundamentales no son absolutos y que pueden ser limitados por ley y siempre que persigan un fin legítimo, además de estar justificadas por criterios de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional, realiza una diferenciación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones, lo cual refleja al señalar que este derecho fundamental protege todo tipo de comunicación, no sólo las que integran el ámbito de la vida privada, pues en el mismo fundamento 19 refiere que las limitaciones al derecho a la intimidad pueden ser semejantes en el caso del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones.

En la STC del 19 de julio del 2011, Caso Angélica María Huamaní Vargas, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el fundamento 13 se pronuncia sobre la aplicación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, en el caso de correos electrónicos, comunicaciones personales, almacenados o registrados en los servidores del empleador. (Sentencia del Tribunal Constitucional – Exp. N.º 04224-2009-PA/TC).

La corte Interamericana en el Caso Tristán Donoso Vs Panamá, en su párrafo 56 establece: Que el derecho a la vida privada como todo derecho fundamental no es absoluto, es así que es posible que sea restringido por los estados, siempre y cuando estas injerencias no sean arbitrarias o abusivas, además señala que estos límites deben ser impuestos por ley y deben perseguir un fin legítimo además de cumplir con los presupuesto de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, es decir se reconoce el principio de proporcionalidad en sentido estricto para resolver conflictos de nivel constitucional.

En la mencionada sentencia la Corte encuentra responsabilidad en el estado panameño puesto que, si bien no había participado en la intervención de las comunicaciones objetadas, si había participado en su difusión, lo cual fue considerado un atentado contra la vida privada de los intervinientes, protegida en el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos humanos.

En consecuencia, la Corte Interamericana considera que el contenido de las comunicaciones telefónicas forma parte del ámbito de protección del

derecho a una vida privada, más que un atentado contra el derecho al secreto de las comunicaciones.

Al Respecto la jurisprudencia comparada, específicamente la vertida por la Corte Constitucional Colombiana dentro del Expediente N° 2017-06-29. SU 414/17, en consideración al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, resuelve que las medidas limitativas de derechos ejecutadas durante fase de indagación previa o investigación, pueden ser objeto de control de legalidad posterior por parte del juez de garantías, siempre y cuando hayan sido dispuestas por la Fiscalía General de la Nación y los órganos de la Policía Judicial sin que haya mediado autorización judicial previa y comprendería entre otros la interceptación de las comunicaciones así como la recuperación o grabación de contenida en navegadores de internet, correos electrónicos y otros, incluyendo a la correspondencia, esta revisión se realizará sobre el carácter formal y sustancial del procedimiento utilizado al practicar las mencionadas diligencias y debe estar orientado a la verificación de los parámetros constitucionales y legales establecidos para su realización y autorización, teniendo en cuenta además que no vulnere o afecte garantías fundamentales.

Así también se hace referencia a la Sentencia C-334 de 2010, en la que la Corte analiza la demanda de inconstitucionalidad en contra el inciso 1 del artículo 16° de la Ley 1142 de 2007 en contraposición del inciso 2° del artículo 245 de la Ley 906 de 2004. En la cual se concluyó que las actuaciones que impliquen restricciones a los derechos fundamentales no siempre deben estar precedidas de una orden judicial, indicando:

“Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es claro que los Estados pueden adelantar actuaciones que supongan afectación o injerencia en ámbitos de libertad o de derecho protegidos. Sin embargo, tales actuaciones, aunque no siempre deben estar respaldadas por orden de autoridad judicial, en todo caso sí deben ser reguladas por la ley, de modo tal que sólo puedan desplegarse cuando sea necesario, no implique una afectación ilegítima de otros derechos, se corresponda con las formas y exigencias propias de una sociedad democrática cuyo animus vivendi se encuentra en la preservación de los derechos de los individuos y grupos que la integran.” Por último, la jurisprudencia constitucional colombiana, establece que dentro de la categoría de “autoridad judicial” se consideran a los fiscales.

### **CAPÍTULO III**

#### **DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS**

La presente tesis, tiene como problema principal el establecer fundamentos jurídicos para la validación de un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el Perú; es así que la hipótesis planteada es: Los fundamentos jurídicos para la validación de un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el Perú, son:

- a) La prevalencia del derecho a probar frente a los derechos a la intimidad personal y el debido proceso, determinada a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.
- b) La primacía de la justicia y la paz social frente a otros derechos o garantías constitucionales, determinada a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Es así que, para desarrollar los componentes hipotéticos antes mencionados se tuvieron que acudir a diversos métodos, como el analítico, dogmático, exegético y jurisprudencial, los que permitieron realizar un análisis y estudio detallado de las instituciones jurídicas que involucraron el problema de investigación, desde un punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, utilizándose además la técnica de la observación documental para la realización del análisis teórico y dogmático correspondiente.

## 2.4. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Iniciaremos tocando el tema de los fundamentos de la exclusión de la prueba prohibida, para entender, cuáles son las razones jurídicas por las cuales la prueba prohibida, no debería ser valorada.

Así tenemos que, en el marco de un estado constitucional de derecho, y en el sistema acusatorio adversarial que rige el proceso penal, el garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales juega un papel fundamental en la legitimación de las actuaciones del Estado, sirviendo esto como base para que el desarrollo de un proceso penal sea considerado como justo y legítimo, es así que el ejercicio del *ius puniendi* frente al ciudadano deberá estar dotado de garantías a fin de equiparar las posiciones de ambos sujetos en el proceso, por lo cual, en todo Estado constitucional de derecho se sanciona de nulidad o ineficacia un medio de prueba obtenido mediante la vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano evitando de esta manera un juzgamiento arbitrario.

Podemos señalar que, respecto a los derechos fundamentales, es pacífica la apreciación de la doctrina, en reconocer la exclusión probatoria cuando se trata de la vulneración directa o indirecta de derechos constitucionales sustanciales, es decir, del derecho a la dignidad humana, a la intimidad, a las libertades, entre otros.

Del mismo modo procede la exclusión en cuanto a la vulneración de derechos procesales fundamentales, esto es cuando se trata de derechos constitucionales procesales (derecho al debido proceso,

derecho a la tutela jurisdiccional, presunción de inocencia y derecho de igualdad procesal) en conexión con normas de rango ordinario.

En doctrina se hace distinción entre derechos propiamente del individuo y los derechos procesales que nacen a raíz del proceso penal, así por ejemplo tenemos a Pelegrini Grinover, quien señala que serán reconocidos con naturaleza procesal cuando estos actúen u obedezcan a la secuencia, lógica o finalidad del proceso, mientras que serán derechos de naturaleza sustancial cuando a pesar de contribuir a los intereses del proceso, son reconocidos al individuo independientemente de la existencia del proceso.

De ahí que resulta imprescindible determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona o vulnera las garantías procesales básicas.

La postura intermedia (González,2011), exige ponderar la trascendencia de la infracción penal teniendo en cuenta los intereses en conflicto de acuerdo al principio de proporcionalidad, es decir pues, que el juzgador en cada caso en particular deberá analizar la norma vulnerada aplicando el principio de proporcionalidad y sopesando los bienes jurídicos en disputa, sin dejar de lado la esencia de los mismos.

Al respecto, el Tribunal Supremo (1990). Sentencia de casación N°1.113. Villa de Madrid. Sala segunda de lo penal. Madrid: 29 de marzo de 1990, dice que: “Debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”. En ese sentido resulta evidente que, la lesión de un derecho fundamental procesal se produce inmediatamente,

es decir, que la lesión sólo se consuma cuando tiene trascendencia en el resultado del proceso.

Ahora es menester referirnos sobre las excepciones a la prueba prohibida, teniendo que, el primer supuesto es cuando existe la fuente independiente, siendo Sánchez (2011), quien señala que la prueba ilícita solo afectará de ineficacia refleja a la prueba derivada de esta, es decir se tendrá que verificar la existencia de un nexo causal entre la nueva prueba y la prueba inicialmente ilícita, en tal sentido si no se encuentra conexión, la nueva prueba resulta válida.

Otro supuesto es, cuando hay prueba ilícita por terceros, se trata de otorgar validez a la fuente de prueba obtenida en una etapa extraprocesal, ya que fuera del proceso no es exigible el cumplimiento de las garantías procesales; Asencio Mellado, señala que hay que diferenciar la naturaleza de las grabaciones hechas, pues las grabaciones no son hechas por el Estado en el transcurso de una investigación, sino son actos que se realizaron por personas privadas antes del inicio de un proceso y por tanto son actos extraprocesales, estas grabaciones son fuentes de prueba generadas de forma absolutamente privada y no sujetas a condición o requisito procesal alguno, ni por el momento de su realización (fuera del proceso) ni por su finalidad (estas grabaciones no fueron realizadas para producir efectos en el presente proceso) en este sentido sólo puede exigirse que estén dotados de garantías procesales, los actos probatorios realizados dentro de un proceso (Sánchez, 2011, p. 136).

Otro supuesto es cuando existe error inocuo, se produce cuando una prueba que tiene las características de ilícita, es valorada en una sentencia condenatoria, sin embargo, esta prueba no se considera de tal relevancia como para fundar el fallo, es decir que, de no haber sido incluida en el proceso, el resultado del mismo no habría variado.

También tenemos como supuesto la conexión de antijuridicidad, fue establecida por el Tribunal Constitucional Español y señala que no basta con la conexión natural existente entre la prueba ilícita originaria y la derivada, es decir que la afectación al derecho fundamental realizada por la obtención de la prueba ilícita originaria, debe de ser de tal magnitud que traslade su ilicitud a la prueba derivada la misma que deberá correr su misma suerte.

Además, existe como supuesto la excepción de la buena fe, en la jurisprudencia estadounidense, se dio validez a un medio de prueba obtenido por la policía mediante una orden policial, sin embargo, con posterioridad la referida orden policial fue declarada nula por falta de motivación, lo cual consideraron no afectar de invalidez el medio de prueba obtenido por la policía, quien actuó con creencia de realizar una acción legal.

Así como también, tenemos como supuesto la destrucción de la mentira del imputado, en este supuesto no se valoran los medios de prueba ilícitos, sin embargo, se utilizan para objetar o contradecir la declaración del imputado cuando es evidente su intención de eludir la acción de la justicia faltando a la verdad de los hechos.

Por último tenemos el supuesto de la ponderación de intereses, que se llevará a cabo teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, debiendo según Robert Alexy considerarse a los derechos fundamentales como principios que llevan implícitos mandatos de optimización, los cuales deben cumplirse en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas; en cuanto a la valoración de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, en principio se debe valorar el grado de lesión realizada a los derechos fundamentales y los intereses del Estado al ejercer su potestad punitiva, tales como la consecución de la justicia y la paz social; así también se deberán tener en cuenta la gravedad del delito probado, la importancia o plenitud de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales para fundamentar el fallo condenatorio, entre otros; debiendo prevalecer en determinados supuestos, los intereses colectivos (Estado y Sociedad), frente a los intereses individuales, derechos fundamentales del procesado.

Este principio de proporcionalidad ha sido desarrollado en diversas sentencias tanto de la Corte Interamericana como del Tribunal Constitucional peruano, a fin de dirimir sobre un conflicto existente entre derechos fundamentales, así como establecer sus alcances y límites.

Es así que en doctrina se establece que, para poder determinar, qué principio o derecho fundamental debe prevalecer ante su contrario, se deberá sustentar con mayores motivos y razones cuál de estos debe imponerse sobre el otro. “Un principio o derecho fundamental es

soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor” (Bagre, 2004, p. 104).

En cuanto a las razones por las cuales se establecerá, “cuál derecho fundamental deberán beneficiarse de la maximización porque tiene un mayor peso, y cuál deberá quedar rezagado, soslayado e incluso lesionado por su menor peso, se definirían principalmente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad”. (Bernal, 2007, p. 331).

Siendo además importante resaltar que el principio de proporcionalidad tiene respaldo constitucional, es así que en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, se establece que el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo que afecta derechos fundamentales, ello en atención a cada caso en concreto.

Siendo además que el Tribunal Constitucional, tiene asentado el criterio jurisprudencial de reconocer el principio de proporcionalidad como un principio que informa el entero ordenamiento jurídico peruano: “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del art. 200 de la Constitución”.

Es así que el desarrollo de este principio, se sujeta de la teoría desarrollada por Robert Alexy (2007), quien menciona que el uso de dicho principio concatena también la aplicación de la ponderación, por lo

que existe el enfrentamiento de derechos entre individuales y colectivos, lugar donde interviene de manera directa el principio de proporcionalidad para delimitar el conflicto.

Existiendo además diversas teorías es cuanto la posible limitación de derechos fundamentales, tales como las absolutas y relativas, ello en cuanto al análisis del contenido de los derechos, garantías o bienes constitucionales en conflicto y en base a esto determinar el peso de cada uno, atendiendo claro está al caso en concreto y sus circunstancias particulares, haciendo prevalecer uno sobre el otro, y siendo que las teorías absoluta y relativa, tratan de fundamentar hasta donde es posible la limitación de un derecho fundamental, es decir, una postula que es posible la limitación o anulación total de un derecho y la otra señala que la única posibilidad de limitar un derecho se dará siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del mismo, teoría que resulta mas razonable, dada la naturaleza de fundamental de cada derecho, bien o interés protegido, el cual no podría anularse por completo sin ir contra los fundamentos mismos de un estado constitucional de derecho.

Por otro lado, es preciso hacer una distinción entre los principios de proporcionalidad y razonabilidad, siendo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que se utilizan los principios de razonabilidad y proporcionalidad como estrategia o método para resolver, ello con la finalidad de motivar una resolución justa, es así que se podría concluir que una decisión razonable debe ser proporcional y viceversa, es decir se complementan.

Así también el tribunal ha establecido: el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios, concluyendo que la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad.

Así también Bernal Pulido (2014), se adhiere a la tesis de Robert Alexy, en cuanto a aceptar que el sistema jurídico moderno se encuentra compuesto por dos tipos de normas: reglas y principios; siendo que las reglas llegan a aplicarse por subsunción y los cuales se aplican por subsunción y ponderación.

Por otro lado se tiene la posición de Gimeno Sendra, en su voto singular emitido en la STC 215/94 España, quien afirma que el principio de proporcionalidad no viene a ser un juicio o examen de constitucionalidad si no un método de interpretación de la ley conforme a la constitución: “la proporcionalidad no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma que incide en un derecho fundamental obtener una aplicación conforme a la constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o aplicación constitucional de la misma”. (Bernal Pulido, 2014, p.642).

En consecuencia, tanto a nivel Constitucional, jurisprudencial y doctrinal se tiene por reconocido al principio de proporcionalidad, como el principal método o criterio de interpretación, para la resolución de conflictos suscitados ante derechos, garantías e intereses de rango constitucional o fundamental.

En cuanto a la aplicación del llamado test o principio de Proporcionalidad, y a fin de establecer en primera instancia el contenido o alcance un derecho o principio fundamental, se deben evaluar las normas u actuaciones que intentan establecer límites o restricciones a su ejercicio, para lo cual se cuenta tres parámetros o subprincipios, estos son necesidad, idoneidad y la llamada proporcionalidad estricto sensu; ello a fin de que su aplicación resulte legítima y lícita, atendiendo a criterios de necesidad, utilidad y equidad.

En ese sentido, tenemos lo afirmado por Cubas Villanueva (2012), señala que: “Una restricción o sacrificio de un derecho fundamental será constitucionalmente permitido si la medida que establece la restricción o sacrificio es una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto” (p. 47).

En cuanto a los subprincipios se tiene:

El juicio de idoneidad, que viene a ser el primer criterio que debe tomarse en cuenta al momento de aplicar el test de proporcionalidad, conocido también como juicio de adecuación, el cual conlleva una doble exigencia: requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho fundamental tenga un fin; y que la medida sea adecuada para el logro de ese fin, determinándose la idoneidad si se cumple con la protección de un derecho o bien de igual o mayor valor que el afectado.

Es así, que el Tribunal Constitucional con el juicio de idoneidad se verifica que todo límite, afectación o injerencia a los derechos fundamentales debe estar motivado por un fin constitucionalmente

legítimo, debiendo verificarse dos fases, la primera el establecimiento de un objetivo legítimo y la segunda que la medida resulte idónea. Además, esta limitación deberá tener amparo constitucional y ser de necesidad o relevancia social.

En cuanto al juicio de necesidad, una vez establecida la idoneidad de la medida, se pasa a analizar la necesidad de la misma, en consecuencia, se tiene la sentencia de la Corte Constitucional en el Exp. 2235–2004–AA/TC, estableció que, “el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita”. Es así que la necesidad estaría justificada en la inexistencia de una alternativa menos gravosa para un derecho fundamental, es decir se busca establecer una medida idónea pero que represente la mínima afectación posible al derecho fundamental y que además se logre la consecución del fin constitucionalmente perseguido; se tiene como ejemplo lo resuelto por el Tribunal Constitucional Alemán, el cual al establecer la justificación de la detención preventiva, hace referencia a los motivos o razones por las cuales debía aplicarse la medida que restringe la libertad personal, esto es garantizar el normal desarrollo del proceso penal, así como asegurar la futura ejecución de la pena; en tal sentido si resulta ineficaz para conseguir los fines conseguidos no correspondería imponerla, ejecutarla o mantenerla.

Por último, analizadas la idoneidad y necesidad de la medida, corresponde aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido como juicio de ponderación, del cual señala Martínez

(2007), lo siguiente: “A través de este juicio se exige que la medida que restringe un derecho fundamental se encuentre en una relación adecuada con el peso y la significación del derecho fundamental” (p. 37).

Se establece que la medida que restringe un derecho fundamental resulta adecuada y necesaria, si al sopesar las ventajas y desventajas o los costos y beneficios de su aplicación se encuentra un equilibrio que permite justificar su adopción. En tal sentido se establece que existe una relación razonable o adecuada si a mayor restricción se obtiene un mayor beneficio y viceversa, esto quiere decir que debe existir una equivalencia recíproca en cuanto a intensidad.

Por último, se tiene la teoría de Robert Alexy, quien desarrolla el llamado “Test de Ponderación”, y señala: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” Indica además que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto considera a los derechos fundamentales equivalentes a los principios, desarrollando la teoría que sustenta que, si un derecho fundamental o bien jurídico constitucional entra en contraposición con otro, la medida adoptada tendrá como finalidad favorecer a uno y restringir al otro.

En consecuencia, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se adopta la teoría de que los derechos fundamentales son equiparados a principios, los cuales poseen mandatos de optimización, siendo que la medida adoptada deberá generar un beneficio a uno de los principios de la misma importancia o proporción que el perjuicio que causa al otro principio. En tal sentido si se busca la optimización de ambos principios,

se deberá establecer una equivalencia entre el nivel de optimización de uno sobre el otro, intentando siempre alcanzar el mayor beneficio y el menor perjuicio para los derechos fundamentales en colisión. Por lo cual se concluye que la medida es constitucional a pesar de la lesión o restricción que supone para un principio, es decir la característica de proporcional justifica la constitucionalidad de la prevalencia de un derecho fundamental frente a otro, según Alexy se puede esquematizar de la siguiente manera: “P1 precede a P2 en las circunstancias del caso concreto: (P1 P P2) C. En estas circunstancias estaría permitido lesionar, sacrificar, restringir P2”.

Luego de haber desarrollado, por un lado, el fundamento para la exclusión de la prueba prohibida, y por otro lado los supuestos en los cuales si debe valorarse la prueba prohibida. Es necesario dar una mirada a la práctica jurídica, es decir a los casos relevantes de la prueba prohibida en el Perú.

Así tenemos el caso de los Vladivideos, donde en el allanamiento realizado se encontró un video en el que se fue registrado el momento en el que Montesinos entregaba al ex congresista, Alberto Kouri Bumachar una suma de dinero a cambio de pasarse a las filas de oficialismo. Siendo que dentro del proceso los investigados alegaron que dichos medios de prueba constituían prueba ilícita, sin embargo, el Poder Judicial, dando valor a uno de los videos, condenó a seis años de pena privativa de libertad y al pago de 500 mil soles al ex congresista Alberto Kouri por los delitos de Enriquecimiento Ilícito y Cohecho Pasivo Propio en agravio del Estado, realizando el razonamiento siguiente:

En el fundamento 15 de la señalada sentencia se habla de la Teoría del Riesgo, precisando:

Es criterio de este colegiado que, dado que estas filmaciones fueron efectuadas por uno de los intervinientes, no implica en principio la vulneración del derecho fundamental alegado, el mismo cuya protección, como se mencionará, se garantiza frente a la intervención de factores extraños a la comunicación, máxime si el contenido de estas no se encuentra en el ámbito privado o íntimo.

Por otro lado, tenemos el atentado terrorista de El Polo, suscitado el 20 de marzo del 2002, resultaron nueve muertos y cuarenta heridos, llegándose a allanar el domicilio de la sospechosa Giovanna Anaya Salvarte, en dicho inmueble se halló material subversivo vinculado con el mencionado atentado; cuestionándose en este caso la obtención de la prueba, ante tal situación, la Sala Penal Nacional en el Exp. N° 295-2002, Lima, 01 de setiembre del 2005, absolvió a la acusada pues considero que se había violado el derecho fundamental al domicilio.

Sin embargo al ser apelada la referida resolución, el Supremo Tribunal Peruano (RN N° 4826- 2005), consideró lícitas las fuentes de pruebas halladas durante la cuestionada diligencia, para ello, sostuvo que el derecho a la Inviolabilidad de domicilio no es absoluto, ya que la Constitución Política Peruana en su artículo 2º parágrafo 9, parte *in fine*, señala los casos en los que excepcionalmente podrá ingresarse a un inmueble sin que exista autorización del propietario o sin mandato judicial, en los casos de flagrancia o peligro muy grave de perpetración de un delito, es así que para valorar el material subversivo, se alegó que al momento de resolver deben tenerse en cuenta además de las reglas

de la exclusión de la prueba, la circunstancias particulares del caso, tales como, la gravedad de la infracción a los procedimientos establecidos para la realización de un allanamiento, así como la afectación sufrida en el derecho del afectado y el principio de que la verdad no puede ser obtenida a cualquier costo, y de otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal, puesto que siempre existirán casos de tal gravedad en los cuales de manera excepcional se podrán valorar medios de prueba obtenidos mediante la violación de algunos preceptos, siempre y cuando la afectación a la esfera personal del encausado sea de menor entidad a la afectación causada por la comisión del ilícito investigado, ello también deberá ser evaluado en cuanto a las circunstancias en que se produjo su obtención, tales como el carácter de urgencia o su inevitabilidad, además de recabar la prueba, en el caso sub examine se tiene la presencia y actuación dirigida por el Ministerio Público, además de que es de verse que previo a la incursión en el domicilio allanado, se realizaron diligencias previas entre ellas el seguimiento de la investigada, lo cual motivo la diligencia, obteniéndose información relevante de la evidencia que obraba en el domicilio, lo cual hizo que en el presente caso se pueda adoptar lo conocido en doctrina como la teoría del caso probable, en virtud de la cual se aplica una de las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida, ello se fundamenta en que a pesar de no existir orden judicial para realizar un allanamiento, este resultaría válido si al momento de su realización se cuenta con indicios suficientes de la comisión de un ilícito que hubieran sustentado de manera suficiente una resolución fundada de la autoridad judicial.

Otro caso relevante es el Caso del Cartero, donde el Tribunal Constitucional en una acción de amparo promovida por Rafael Francisco García Mendoza contra la Empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (Serpost S.A.), con fecha 24 de julio del 2002, señaló que no se puede utilizar como prueba un documento obtenido violando un derecho fundamental, en este caso, el derecho al Secreto de las comunicaciones. Serpost despidió al trabajador García acusándolo de haber enviado correos pornográficos desde la computadora que le había sido asignada en su oficina, a otro trabajador de la misma empresa.

El Tribunal Constitucional concluyó que tales correos electrónicos carecían de valor probatorio y, por tanto, de todo efecto. Así, en su fundamento jurídico 22 estableció que:

La demanda tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no sólo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, según lo prescrito en la Constitución Política del Estado, al final del inciso 10 de su artículo 2; se establece que no tendrán efecto legal los documentos obtenidos con violación de los preceptos normativos que contienen derechos fundamentales, en tal sentido se puede establecer por la forma en que fueron obtenidos los mensajes que sirvieron de sustento para que en el proceso administrativo concluya con el despido, carecen de efectos legales y en consecuencia el acto administrativo de despido deviene en nulo.

En base a lo anteriormente desarrollado, en cuanto a la exclusión probatoria y las teorías que la sustentan, si bien es cierto podemos tomar en cuenta estos criterios para dar sustento a la valoración de prueba prohibida, lo cierto es también que de manera aislada no resultan suficientes para poder fundar una decisión, ya que en última instancia

siempre se tendrá que recurrir a la ponderación de derechos, en aplicación del test de ponderación de Robert Alexy, en principio para determinar el contenido de los derechos fundamentales se tiene que tomar en cuenta también la posición del Estado frente a estos. Si bien es cierto que en todo Estado constitucional de derecho prima la defensa de los derechos fundamentales, cierto es también que su contenido o alcance no es absoluto, es por ello que se dice que en esencia y de acuerdo a su naturaleza jurídica su contenido es disponible, esto quiere decir los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, incluso de manera total según lo sostenido en las teorías absolutas y parcial según las teorías relativas, las cuales se utilizaran de manera indistinta atendiendo al caso concreto.

Lo anteriormente señalado, permite establecer que el Estado no estará vinculado de modo absoluto a un derecho fundamental, es decir que podrá disponer de un derecho o restringirlo, siempre y cuando ello se fundamente en la protección de otros derechos o bienes jurídicos de relevancia constitucional y que para realizar esta operación se aplique el principio o test de ponderación.

En cuanto al Estado y su poder político frente a los derechos fundamentales, se tiene que este podrá suspender o restringir los derechos fundamentales, ello encontrando justificación en la teoría que considera a los derechos fundamentales como principios, lo cual les otorga un peso específico y los conceptualiza como mandatos de optimización, es así que podrán ser cumplidos en intensidades y grados distintos, en consecuencia se pueden establecer pesos distintos para los

derechos fundamentales atendiendo a casos específicos, y en base a este peso determinar el grado de optimización de cada derecho involucrado.

Por otro lado, los derechos fundamentales considerados como principios contienen mandatos de optimización, lo cual quiere decir que deber ser realizados en la mayor medida posible, y esto se hará según las posibilidades fácticas y jurídicas disponibles. Es así, que la optimización de derechos fundamentales se verificará atendiendo a las circunstancias concretas de un caso en específico, encontrándonos frente a lo que se conoce como jerarquía móvil de derechos, es decir el peso será distinto para cada caso particular.

En tal sentido la solución al conflicto de principios se hallará estableciendo cuál de los dos principios tiene mayor peso para el caso en concreto y prevalecerá sobre el otro. Es decir, se concluirá estableciendo que derecho será optimizado a costa del otro.

En cuanto al contenido de los derechos fundamentales, se habla de la existencia de dos momentos para su determinación, uno genérico o prima facie que señala el ámbito de protección inicial, el cual se encuentra determinado a nivel constitucional y el contenido final o definitivo el cual es establecido cuando el derecho es considerado como principio y en consecuencia como mandato de optimización y se determinará al momento de resolver el conflicto entre derechos en un caso concreto.

El contenido prima facie, esto es de protección inicial a los derechos fundamentales, se caracteriza por su ámbito prácticamente ilimitado, esta amplitud para determinar el contenido de un derecho fundamental, hace que en la realidad se vuelva imposible tanto su ejercicio como su protección, es así que la delimitación de su contenido y alcance son necesarios, a fin de otorgarle una protección jurídica adecuada.

Es así que Bernal Pulido (2003), en cuanto a la restricción del contenido prima facie para volverlo definitivo, señala que: una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva, o, en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un contenido efectivamente garantizado. Consecuentemente, la restricción de los derechos fundamentales puede ser definida como normas que restringen la realización de principios ius fundamentales (p. 461).

Es preciso también señalar que el principio de proporcionalidad, encuentra para su aplicación la base legal establecida en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Estado, apartado que regula las garantías constitucionales y la restricción de derechos; además de ello el principio de proporcionalidad ha sido ya reconocido como criterio preponderante para la resolución de casos en los que se presentan conflictos entre derechos fundamentales, por lo que viene siendo utilizado de manera recurrente por los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía; esto es el Tribunal Constitucional tales como las dictadas en el Expediente N°3112-2015-PA/TC/TC (30/09/20), Expediente N°21-2018-AI/TC/TC (20/09/20), Expediente 3027-2017-

AA/TC (31/10/20). Y otras más, así como también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es de obligatorio cumplimiento para los órganos del Estado Peruano, así tenemos las sentencias *Canese Vs. Paraguay* (31/082004), *Kimel vs. Argentina* (2/5/2008), *Usón Ramírez vs. Venezuela* (20/11/2009), *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (29/11/2011), entre otras.

Ahora hablaremos respecto al derecho fundamental a la prueba, así como la determinación de su contenido; es así que según lo expresado por Talavera (2009) se tiene que: “la función principal del proceso judicial radica en determinar la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas, y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho” (p. 21).

Nuestro Tribunal Constitucional, señala que el derecho fundamental a probar, tiene protección constitucional puesto que se encuentra comprendido esencialmente en el derecho al Debido Proceso, reconocido en la Constitución en su Artículo 139º inciso 3.

En el Código Procesal Penal, en el artículo IX del Título Preliminar se establece que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes y el Tribunal constitucional ha establecido que el derecho a probar es complejo y está compuesto de varios supuestos, entre estos a ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa y que estos sean ingresados y admitidos, así como actuados conforme a ley, además se garantice su

producción y conservación, mediante su actuación vía anticipada y que sean valorados a través de una debida motivación con el fin de generar convicción para emisión de la sentencia.

No obstante, el derecho a probar está sujeto a límites o restricciones. Límites que pueden ser extrínsecos en cuanto derivan de la necesidad de ser armonizados con otros derechos o bienes constitucionales, como intrínsecos, que derivan de la propia naturaleza del derecho en cuestión. (STC 1014-20007-PHC y STC 6712-2005-HC/TC).

También el Tribunal Constitucional en múltiples sentencias ha establecido que el medio probatorio debe contar con pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad, licitud y preclusión o eventualidad.

Todo Estado de derecho, tiene la obligación de velar por la vigencia efectiva de los Derechos Fundamentales, sin embargo, para que esta medida se concrete en la realidad es necesario que se establezca el contenido y los límites de dichos derechos, los cuales deben estar acordes con el texto constitucional, dicho desarrollo se encontrará en la norma de rango constitucional y legal.

Con respecto al derecho a probar, se ha podido establecer que su contenido estaría dado por la facultad que tienen las partes en un proceso penal de ofrecer los medios de prueba que crean convenientes a fin de que estos sean actuados y valorados conforme a ley, sin embargo dichos medios de prueba deben contar con ciertas cualidades tales como su utilidad, pertinencia, conducencia, entre otros; con respecto a la licitud, la norma ha señalado que serán excluidos todos los

medios de prueba obtenidos con violación del contenido esencial del derecho fundamental. Ahora bien, detallados los puntos anteriores corresponde desarrollar los postulados hipotéticos a continuación:

## **2.5. Demostración de hipótesis**

### **2.5.3. Primer fundamento: La prevalencia del derecho a probar frente al derecho a la intimidad personal y al debido proceso, determinada a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.**

Como ya se señaló anteriormente, para la demostración de las hipótesis planteadas se determinará el contenido del derecho al secreto a las comunicaciones en relación con otros derechos involucrados al momento de su afectación, es así que en el presente apartado se va a desarrollar su vinculación con el derecho fundamental a la vida privada o intimidad personal y el derecho al debido proceso.

En lo concerniente al contenido del derecho a probar, se tiene aspecto objetivo, considerando a la prueba como instrumento que se utiliza para ofrecer al juez el conocimiento sobre la realización de los hechos, es decir una certeza judicial, comprendiendo toda actividad referida a la búsqueda y obtención de fuentes de prueba que serán incluidas en el proceso; aspecto subjetivo, entendiéndose a la prueba como procedimiento de convicción que se lleva a cabo en la mente del juez y que viene a ser el resultado de la actuación probatoria. Y el aspecto mixto, este enfoque reúne los anteriores y define a la prueba como el conjunto de motivos y

razones que nos suministra el conocimiento de los hechos. (Hernández, 2012). Por otro lado el derecho al secreto de las comunicaciones se ha establecido que viene a ser el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, así también en el ámbito civil se señala que las comunicaciones de carácter confidencial o que se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario, de lo cual se deduce que el derecho al secreto a las comunicaciones ha sido vinculado con el derecho a la intimidad de las personas, sin embargo lo que se protege es el secreto o la inviolabilidad de la comunicación en sí, sin importar su contenido, siendo considerado el contenido como parte del derecho fundamental a la vida privada o intimidad.

Para Gimeno Sendra, el bien constitucionalmente protegido es, pues, el derecho de los titulares a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento o noticia transmitida (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 114/1984).

Las comunicaciones pueden ser intervenidas únicamente por mandato judicial, en el caso del Derecho Penal, como medida limitativa de derechos para lo cual se tendrá que cumplir con determinados requisitos que vinculen al intervenido como partícipe de un delito, que esta medida sea necesaria, idónea y

proporcional y que además se debe tener en cuenta que no exista una medida menos gravosa que este tipo de intervención, permitiéndose de este modo la limitación del referido derecho.

En este sentido, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protege el destino y origen de las llamadas que salen e ingresan, la titularidad de las líneas e identidad de interlocutores, la duración y hora de las llamadas, además de situaciones que pueden ser constatadas sin ser necesario el registro o grabación del contenido de la llamada o conversación. En consecuencia, la protección a la vida privada, se materializa en el derecho a que sujetos que no intervienen en la comunicación, conozcan de manera ilícita el contenido de las conversaciones telefónicas y demás características de las mismas (Bertoni y Zelada, 2014).

Bernales (1997), define a la intimidad como el conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus secretos, sus características físicas tales como su salud, sus problemas congénitos, sus accidentes y las secuelas consiguientes (p.130).

En cuanto al contenido esencial del derecho a la intimidad personal encontramos contenidos tanto objetivos como subjetivos. La intimidad personal en sus aspectos subjetivos – creencias, pensamientos, religión y objetivos - corporeidad,

sexualidad, sociabilidad; la intimidad familiar que implica relaciones familiares, asiento físico de la familia, memoria de los parientes difuntos y el secreto documental que alude a las comunicaciones y a la información contenida en cualquier tipo de soporte físico o electrónico. Hasta aquí se podría afirmar que, dentro de nuestro contexto jurídico local, se enfatiza más el elemento espiritual, frente al individualista, inclinándonos más por una dimensión introspectiva de encuentro con uno mismo, olvidándonos de su proyección relacional con otros seres humanos.

En el Perú, en múltiple jurisprudencia se han dado por válidos distintos tipos de medios de prueba obtenidos con violación a los derechos fundamentales y en específico al derecho al secreto de las comunicaciones, para lo cual se han hecho uso de teorías de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, como por ejemplo la teoría del hallazgo inevitable, fuente independiente, teoría del riesgo, proporcionalidad de derechos, entre otros; pudiéndose establecer algunas consideraciones tales como que si bien es cierto el derecho al secreto de las comunicaciones, protege todo el proceso de comunicación en sí, la reserva de su contenido tendría sentido en tanto que dicha comunicación sea de carácter privado o íntimo, esto es que afecte además su derecho a la intimidad o vida privada y siendo que la comisión de un ilícito no se encuentra dentro del ámbito de intimidad del individuo, no formaría parte del contenido esencial de dicho derecho; puesto

corresponde al Estado en ejercicio de su ius puniendi perseguir las conductas ilícitas, evidenciándose el interés público, sin embargo este criterio no es el único sino que viene aparejado a muchos otros en atención al caso en concreto, tales como la gravedad de la afectación al derecho fundamental y la gravedad de los bienes jurídicos afectados por el actor.

En cuanto a la afectación al derecho fundamental al debido proceso, vinculado estrechamente al derecho a la prueba, como ya ha quedado establecido, el derecho fundamental a probar, tiene protección constitucional puesto que se encuentra comprendido esencialmente dentro del derecho al Debido Proceso, reconocido en la Constitución en su Artículo 139º inciso 3. Es así que, existen diversas posiciones que consideran a la prueba prohibida como: “una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso”. (Castillo, 2014, p. 173).

Es así que, por un lado tenemos al derecho fundamental al debido proceso, el cual junto a la tutela jurisdiccional efectiva, son principios y derechos de la función jurisdiccional, que por ende inspiran y ordenan el proceso penal; por lo cual se debe tener en cuenta que el derecho al debido proceso, comprende los derechos y garantías derivados del mismo, tanto a nivel formal, estas son todas las reglas y procedimientos que deben de seguirse dentro del proceso y a nivel sustancial, esto es en cuanto a la resolución del conflicto, la cual debe atender a criterios como

el juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y demás que puedan suplir vacíos o interpretar y aplicar la norma atendiendo a criterios de justicia y legitimidad.

Es así que al Estado le corresponde la administración de justicia, así como la prevención y erradicación o disminución de la criminalidad y la resolución de conflictos sociales e imposición de sanciones ejemplares, así también le corresponde garantizar el derecho al debido proceso de los inculpados, siendo una de sus garantías el ser juzgados en base a pruebas válidas, pues bien es aquí donde entraría la aplicación del principio de proporcionalidad, a través del test de ponderación, debiéndose analizar en cada caso en concreto, bajo qué supuestos el derecho a probar o el derecho a la verdad puede prevalecer sobre el derecho al debido proceso u otros derechos fundamentales que serían comprometidos durante el proceso penal.

**2.5.4. Segundo fundamento: La primacía de la justicia y la paz social frente a otros derechos o garantías constitucionales, determinada a través de la aplicación del principio de proporcionalidad.**

En principio debe tomarse en cuenta que tanto la razón de ser como el fin último del derecho penal, viene a ser la obtención de justicia y la paz social; siendo además que dentro de las bases del derecho penal encontramos a la Política Criminal, la cual según refiere Sánchez (1997), tendría como fin prevenir los delitos y se debe ordenar con base en dos puntos de vista:

la eficacia y las garantías fundamentales, esta afirmación permite identificar dos ejes esenciales sobre los que debe girar su funcionamiento. Por un lado, la política criminal tiene que establecer la forma más eficaz de erradicar o disminuir la criminalidad, teniendo en consideración, entre otros factores, la severidad de la pena o la certeza del castigo. Al proponer una valoración de legitimidad los medios concretamente utilizados para enfrentar la delincuencia, lo que, en el caso específico del Derecho penal, se hace en función del respeto a las garantías jurídico penales, como se ha dicho, dentro de los distintos instrumentos con los que cuenta la política criminal para elaborar y ejecutar sus propuestas de acción frente a la criminalidad, se encuentra principalmente la respuesta punitiva.

El derecho en general y los derechos humanos primordialmente deben cumplir, ante todo, la finalidad de la paz individual y social. El derecho y el Estado se ubican por encima del individuo y la sociedad civil para regular todos los órdenes integradores de la vida a fin de buscar la paz (Hernán, 2007, p.134).

El Derecho Penal, como instrumento de control social, contiene normas punitivas dirigidas a sancionar todos aquellos ataques hacia los más preciados bienes jurídicos de la sociedad moderna, y en ese sentido, se ha indicado que la misión de la norma penal, es, en definitiva, alcanzar la paz social, entendida esta en términos abstractos, al normal desenvolvimiento de las relaciones

individuales entre los individuos y los grupos en una comunidad regida libre y democráticamente (Borja, 2001, p.55).

En esta forma el Derecho Penal cumple una finalidad de aseguramiento de las condiciones básicas e indispensables para la vida comunitaria. Debe amparar, en consecuencia, los valores fundamentales de la vida de la comunidad, es decir, aquellos que hacen posible la pacífica convivencia entre los ciudadanos.

En consecuencia, el proceso penal tiene como fines, entre otros, la averiguación de la verdad así como la imposición de sanciones ejemplares, sin embargo estos fines no pueden ser obtenidos a cualquier costo, es por ello que el proceso penal, al ejercer la función punitiva del estado y dada la desigualdad de poder frente al individuo, dota de derechos y garantías al procesado, es así que todo medio de prueba obtenido con afectación al derecho al secreto de las comunicaciones y derechos conexos, podrá ser valorado siempre y cuando, al pasar el filtro de ponderación de derechos e intereses no afecte el contenido esencial de estos y además contribuya a lograr los fines del proceso, esto es la justicia y la paz social.

Por último, del análisis doctrinal y jurisprudencial, se puede concluir que, al momento de determinar la validez de un medio de prueba obtenido mediante la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, se tiene como criterios a analizar,

además de los ya planteados en el desarrollo de la hipótesis y atendiendo al caso en concreto, los siguientes:

- a) En principio todos los derechos fundamentales en conflicto
- b) La relevancia ilícita del contenido de la comunicación, esto es que no afecte el derecho a la privacidad o intimidad de la víctima, si no que denote un interés público; así como también que no se encuentre protegido por una prohibición legal, como son los secretos de Estado.
- c) Determinar el momento en que se realizó la violación al derecho fundamental, es decir si antes o después de iniciado el proceso penal, ya que fuera del proceso penal no pueden exigirse garantías procesales a favor del inculpado.
- d) Determinar el sujeto que violó el derecho fundamental, que en algunos casos viene a ser uno de los sujetos que participó en el proceso de comunicación, lo cual ya ha sido aceptado como válido y no afectaría de modo alguno el derecho al secreto de las comunicaciones; o si la violación fue realizada por un tercero particular, puesto que no se puede exigir a un particular la obligación que en mayor medida tiene el Estado de proteger las garantías del Proceso Penal, el llamado efecto

disuasorio que es exigible para los entes del Estado a fin de evitar injerencias arbitrarias en la vida de las personas investigadas en una causa penal.

- e) El grado de lesión al derecho fundamental (su afectación en la menor medida posible en salvaguarda de bienes jurídicos de mayor valor).
- f) La gravedad del ilícito penal investigado.
- g) La calidad de los sujetos intervinientes en el proceso de comunicación (particular o funcionario público).
- h) El lugar donde se desarrolló la comunicación (ambiente público o privado), entre otros aspectos que deberán ser analizados atendiendo a la particularidad del caso en concreto.

En consecuencia a lo sustentado, la hipótesis planteada se tiene por demostrada, ya que un medio de prueba obtenido mediante la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, puede llegar a ser valorado a través del análisis de los puntos ya desarrollados, llegándose a una suerte de convalidación de la obtención la prueba; dotándose de valor a una intervención ilícita, lo cual no la convierte en lícita pero sí en válida; la cual de haber seguido el trámite legal establecido y haber sido solicitada la intervención ante el juez, éste hubiera dado su autorización para la realización dicha intervención.

De lo anteriormente señalado se puede concluir que se podría dotar de validez a un medio de prueba obtenido mediante la violación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, en tanto esta violación no afecte el contenido esencial de este derecho, en el cual al evaluar aspectos como su obtención, inclusión y actuación en el proceso se deberá confrontar con la no afectación sustancial al debido proceso; y en cuanto al contenido de la comunicación telefónica, se tendrá que analizar además su relación con el derecho a la intimidad o la vida privada, es decir que el contenido de la comunicación no sea de carácter privado o íntimo del intervenido, así como también que sea de interés público (persecución penal), y que este derecho sea afectado en post de un bien jurídico de mayor valor, esto es la consecución de la justicia y la paz social; además esta afectación será válida siempre y cuando dicho medio de prueba cumpla con los requisitos necesarios para ser admitido en un proceso penal, y su ilicitud sea validada con una resolución judicial debidamente motivada.

En consecuencia, para determinar el contenido esencial de los derechos a probar, al secreto de las comunicaciones entre otros derechos en conflicto se deberán tomar en cuenta los criterios desarrollados precedentemente, así como principalmente la ponderación de derechos, a fin de poder establecer de manera legítima los límites de estos derechos fundamentales. Con ello queda contrastada la hipótesis planteada en el presente estudio.

## CONCLUSIONES

1. La investigación concluye que es jurídicamente viable validar evidencias obtenidas bajo transgresión del secreto comunicativo cuando, tras un análisis de ponderación, el derecho a la prueba se sobrepone a la privacidad del investigado y a las formalidades del debido proceso.
2. Se determinó que, para establecer la admisibilidad de una prueba obtenida con afectación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, ésta debe realizarse de manera excepcional y se requiere inexorablemente de un control constitucional realizado por el órgano jurisdiccional mediante resolución debidamente motivada. Dicho control exige un análisis ponderativo del caso concreto, evaluando criterios como la naturaleza de los derechos fundamentales en conflicto, la gravedad de la conducta, así como urgencia que motivo la obtención del medio de prueba, la relevancia penal e interés público del contenido de la comunicación, el grado de lesión al derecho, la calidad de los interlocutores, el contexto de la comunicación, entre otros, a fin de establecer una justificación válida que legitime, en su caso, la restricción al derecho fundamental.
3. Se estableció que es posible dotar de validez a un medio de prueba obtenido mediante la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, siempre y cuando dicha afectación no lesione el contenido esencial de este derecho ni sustancialmente las garantías del debido proceso. Para ello, es imperativo que, mediante una resolución judicial debidamente motivada, se realice un control de proporcionalidad

estricto que pondere los derechos en conflicto, constatando que el contenido de la comunicación interceptada posea una relevancia ilícita de gravedad y un interés público preponderante en la persecución penal, y que la restricción del derecho fundamental resulte idónea, necesaria y proporcionada para la consecución de un bien jurídico de superior jerarquía como lo es la justicia y la paz social..

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los magistrados implementar de manera obligatoria y exhaustiva el *test* de proporcionalidad en sede de control de garantías, previo a la admisión de cualquier medio de prueba obtenido con afectación al secreto de las comunicaciones. Aplicación que deberá ser de manera excepcional, debiéndose analizar concretamente los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, considerando especialmente la gravedad de la infracción investigada y la urgencia para recabar el medio de prueba, la relevancia penal del contenido, el interés público, la calidad del agente vulnerador y el grado de lesión al derecho fundamental, a fin de evitar afectaciones arbitrarias y poder de esta forma justificar de manera válida la primacía de la justicia y la paz social sobre una garantía individual
2. Los investigadores deben realizar estudios empíricos que analicen cuantitativamente la aplicación jurisprudencial del *test* de proporcionalidad y ponderación de derechos en casos de prueba ilícita por violación del secreto de las comunicaciones a nivel nacional.

## LISTA DE REFERENCIAS

### FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1989). *La Fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos S. Nino. Ética y Derechos Humanos*. Barcelona, España: Ariel.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales. Nueva traducción al español de Carlos Bernal Pulido*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España: Ariel
- Bernales, E. (1997). *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. 3ra. Ed. Lima, Perú: ICS Editores.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 3ª edición*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2014): *El principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, España: Universidad Externado de Colombia.
- Binder, M. (2004). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Bustamante Alarcón, R. (2011). *El problema de la prueba ilícita*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Cabezuelo, A. (1998). *Derecho a la Intimidad*. Valencia, España: Editorial Tirant To Blanch.
- Cabrera Segobia, J. (2004). *Algunos Apuntes Doctrinarios sobre la Prueba y la Prueba Prohibida*. XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal

*y Criminología. Universidad Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima- Perú.*

Castillo Córdova, L. (2004). *El Principio de Proporcionalidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano: especial referencia al ámbito penal.* Piura – Perú: Repositorio Institucional PIRHUA - Universidad de Piura.

Coaguila Valdivia J. (2013). *Los Derechos del Imputado y la Tutela de Derechos en el nuevo Código Procesal Penal.* Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Cubas Villanueva, Víctor. (2012) *El Proceso Penal, teoría y práctica.* Lima, Perú: Palestra Editores S.R.L.

Demetrio Crespo, Eduardo. (2015). *Determinación Judicial de la Pena.* Lima - Perú: Actualidad Penal.

Díaz Revorio, J. (2017). *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.* Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Etcheverry, J. B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente.* Mexico: Editorial UNAM.

Gálvez Villegas, T.; Rabanal Palacios, W.; y Castro Trigo, H. (2009). *El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos.* Lima, Perú: Jurista Editores.

Gálvez Villegas, T. y Delgado Tovar, W. (2012). *Derecho Penal: Parte Especial.* Lima – Perú: Jurista Editores.

- García Cavero, P. (2010). *La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal*. Ed. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima – Perú: Gaceta Editores
- García Cuadrado, A. M. (2012). *Problemas constitucionales de la dignidad de la persona*. *Persona y Derecho*. Lima – Perú: Jurista Editores
- García Cantizano, M. y Bramont Areas Torres, L. (2017). *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Lima - Perú: Editorial San Marcos.
- Gonzales Navarro, A. (2011). *Los Actos de Investigación en el Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá - Colombia: Editorial Leyer.
- González Cussac, J. (2009). *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. Ed. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo I. Lima – Perú: Gaceta Jurídica.
- Guevara Vásquez, I. (2019). *De la casación espuria al Pleno Casatorio y las reglas de clausura: a propósito de la Sentencia Plena Casatoria N° 01-2018/CIJ-433*. Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Hart, H. (2023). *Justicia, Normas Jurídicas y Moral*. Lima - Perú: Actualidad Penal.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista, L. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Editorial Interamericana.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Batista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. México D. F.: Mc Graw Hill.
- Hume, D. (1739). *Treatise of Human Nature*. London: Edit Understanding.

Kelsen, H. (1979), *Teoría general del Estado*, México: Editora Nacional.

Laporta, F. (1995). *Entre el Derecho r la Moral. Segunda Edición*. México: Distribuciones Fontamara.

Lamprea, L. (1982). *Metodología del Derecho*. Bogotá - Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

López Hernani, O. (2009). *El Método del Investigación*. Barcelona - España: Redipac.

Martínez Pujalte, L. (2005). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Lima- Perú: Leyers Editores

Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, España: Editores Juristas y Sociales.

Mendoza Ayma, F. (2015). *Presupuesto acusatorio: Determinación e individualización de la pena*. Lima – Perú: Jurista Editores.

Michael, L. (2009). *El contenido esencial como denominador común de los derechos fundamentales en Europa*. España: Editores REDCE.

Miranda Estrampes, M. (2012). *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*. Lima, Perú: Juristas Editores.

Mixán Mass, F. (1999). *La Prueba en el Procedimiento Penal*. Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

Moreso, J. J. (2017). *La incorporación de la moral en el derecho de las democracias constitucionales*. Lima – Perú: Palestra.

- Montero Aroca, J. (1999). *La Intervención de las Comunicación es Telefónicas en el Proceso Penal*. Editores Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1993). *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Valencia – España: Editorial Tirant lo blanch.
- Muñoz Conde, F. (1995). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Noguera Ramos, I. (2015). *Violación de la Libertad e Indemnidad sexual*. Lima - Perú: Editorial Grijley.
- Ortiz Rivas, H. (2007). *Derechos Humanos, 4ta Ed*. Bogotá- Colombia: Editorial Ibáñez.
- Ramos Núñez, C. (2011). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima - Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2004). *Estudios de Derecho Penal, doctrina y jurisprudencia*. Lima - Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Romeo, C. (2003). La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como los bienes jurídicos penalmente protegidos. *Revista Peruana de Ciencias penales, volumen 13*.
- Salas Beteta, C. (2011). *El Proceso Penal Común*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica
- San Martin Castro, C. (1999) *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. Lima - Perú: Editorial Grijley.

San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima - Perú: Editorial Grijley.

Sánchez Córdova, J. (2009). *La prueba prohibida*. Lima – Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Proceso Penal*. Lima - Perú: Editorial Grijley

Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

## **FUENTES VIRTUALES**

Abad Yupanqui, S. (2013). *El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/2852/2780>

Alcaide González, J. (2016). *La exclusionary rule de EE.UU., y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Recuperado de: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/4193/BC-TEST-MP-2976.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Aranda Bazalar, N. (2017). *Conversaciones grabadas sin consentimiento y su validez probatoria en los procesos penales en el Distrito Fiscal de Junín - año 2016*. Recuperado de: <http://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/UNJFSC/1471>

Ariza Hidalgo, S. (2017). *Análisis jurídico dogmático de la prueba prohibida y su tratamiento en el nuevo código procesal penal, periodo 2010 – 2015.*

Recuperado de: <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/10270>

Becerra, O. (2012) *El Principio de proporcionalidad. México.* Recuperado de:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-deproporcionalidad/>

Bertoni Eduardo & Zelada Carlos J. (2014). *Convención Americana sobre*

*Derechos Humanos.* Recuperado de: [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/derechos\\_humanos-1.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/derechos_humanos-1.pdf).

Campos Cantú, H. (2016). *Límites de la prueba prohibida a partir del nuevo*

*sistema de justicia penal en México.* Recuperado de: <http://eprints.uanl.mx/13742/1/1080238094.pdf>.

Castillo, L. (2011). *El principio de Proporcionalidad y hábeas corpus. Revista*

*Estado Constitucional.* Recuperado de: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1950/Principio\\_%20proporcionalidad\\_%20habeas\\_corpus.pdf;sequence=3](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1950/Principio_%20proporcionalidad_%20habeas_corpus.pdf;sequence=3).

De Puit, J. (2019). *Breves anotaciones sobre la doctrina penal peruana*

*referente a las infracciones sexuales.* Recuperado de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1999\\_12.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_12.pdf)

De La Puente Mejía, J. (2020). *La interceptación y difusión de las*

*comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación, límites e interés público.*

Recuperado de:  
<https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/15611>.

Díaz Revorio (2006). *Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*.

Recuperado de  
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/derecho59&div=11&id=&page=>

Díez Ripollés, J. (1999). *El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual*. Recuperado de:

[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1999\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf)>

Gálvez Guevara, A. (2019). *Prueba prohibida o Prueba irregular. Un análisis a propósito del levantamiento del secreto de las comunicaciones en el*

*caso Cuellos Blancos*. Recuperado de:  
<https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/8735>.

INEI. (19 de enero de 2019). Recuperado de:

[https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/httpwwwineigobpemediamenu recursivopublicaciones\\_digitalesestlib1151indexhtml-7561/](https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/httpwwwineigobpemediamenu recursivopublicaciones_digitalesestlib1151indexhtml-7561/)

Orrillo Carhuajulca, J. (2013). *Algunos apuntes sobre prueba ilícita y su tratamiento en la jurisprudencia peruana*. Recuperado de:

<http://portalrevisitas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2568/1561>.

Pareja Mujica, B. (2017). *Modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a Derechos Fundamentales en el*

*sistema jurídico peruano*. Recuperado de:  
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/96>

15/PAREJA\_MUJICA\_MODELO\_DE\_CONTROL\_CONSTITUCIONAL

\_PARA\_LA\_ADMISION\_DE\_LA\_PRUEBA\_DE\_CARGO\_CON\_VIOLACION\_A\_DERECHOS\_FUNDAMENTALES\_EN\_EL\_SISTEMA\_JURIDICO\_PERUANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pérez Porto, J., & Merino, M. (2016). Recuperado el 18 de diciembre de 2018, de <<https://definicion.de/tipicidad/>>

Pinto Lozano, L. (2013). *Apuntes de hermeneútica*. Recuperado de: <http://docenteuniciencia.blogspot.pe/2013/04/hermeneutica-juridica.html>

Rodríguez Hurtado, M. P. (2010). *Los sujetos procesales en el Código Procesal Penal de 2004 (acusatorio, garantizador, de tendencia adversativa, eficiente y eficaz)*. **Derecho PUCP**, (64), 307–334. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.006>

Ruiz Zavala, H. (2018). *El test de ponderación como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano*. Recuperado de: <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/4193>

Sotomayor, T. (2021). *Apuntes históricos, conceptuales y jurisprudenciales sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales*. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/176296>

Villegas Salazar, S. (2018). *Criterios jurídicos para valorar a la prueba irregular en el proceso penal peruano*. Recuperado de: <https://repositorio.unc.edu.pe/handle/UNC/2478>

## REVISTAS

Asencio Mellado, J.(2006). El Proceso Penal con todas las garantías. *Ius Et Veritas*, (33), 235-247. file:///D:/Users/FN/Downloads/12354-Texto%20del%20art%C3%ADculo-49144-1-10-20150503%20(1).pdf

Durán Migliardi, M. (12 de enero de 2019). *Teorías absolutas de la Pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la Teoría de la Retribución moral de Immanuel Kant a propósito del Neo retribucionismo y del Neo Proporcionalismo en el Derecho Penal Actual*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4145753.pdf>

Ferrajoli, L. (12 de enero de 2019). *Sobre los derechos Fundamentales, Cuestiones Constitucionales, Revista de Derecho Constitucional*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>

Mañauch, J. (03 de marzo de 2019). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. *Revista Iud et praxis*, 21-70. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art02.pdf>

Meini Mendez, I. (27 de diciembre de 2018). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho: Pucp*, 141-167. Recuperado el 27 de de de: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/8900/9305](https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/8900/9305)

Rodríguez Hurtado, M. P. (2010). *Los sujetos procesales en el Código Procesal Penal de 2004 (acusatorio, garantizador, de tendencia adversativa, eficiente y eficaz)*. **Derecho PUCP**, (64), 307–334. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.006>

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Suprema de Justicia (2010). Sentencia del recurso de Nulidad N° 2540 – 2009- Apurímac. Emitida el 27 de enero de 2010.

Corte Suprema de Justicia (2012). Sentencia de la casación N° 87 – 2011 – Arequipa. Emitida el 19 de julio de 2012.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia del recurso de nulidad N° 2321 – 2014- Huánuco. Emitida el 07 de abril de 2015.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia del recurso de casación N° 0579 – 2013- Ica. Emitida el 17 de junio de 2015.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia del recurso de nulidad N° 0015 – 2015- Lima Norte. Emitida el 17 de marzo de 2016.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia del recurso de nulidad N° 3303 – 2014- Huánuco. Emitida el 24 de febrero de 2017.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sentencia del recurso de nulidad N° 2321 – 2014- Huánuco. Emitida el 07 de abril de 2015.

Corte Suprema de Justicia (2017). Sentencia de la casación N° 1476 – 2017- Lambayeque. Emitida el 25 de agosto de 2020

Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia del I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Emitida el 18 de diciembre de 2018.

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Emitida el 12 de diciembre de 2012.