



# UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS :

**“La incautación de teléfonos, celulares o fijos y sus accesorios, en centros penitenciarios, practicada por los agentes penitenciarios y su consideración como prueba ilícita o irregular”**

AUTOR: Bach. Saúl Alexander Villegas Salazar.

ASESOR: M.Cs. José del Carmen Grández Odiaga.

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

CAJAMARCA – PERÚ

2017

COPYRIGHT © 2017 by  
SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR  
Todos los derechos reservados

*“Todo hombre tiene derecho a pronunciar lo que piensa la verdad, y todo hombre tiene derecho a derribarlo para ello. El martirio es la prueba”*

- Samuel Johnson.

*“Las pruebas son más en la balanza de la justicia que los más elocuentes discursos”*

- Ben Jonson.

## DEDICATORIA

A mis padres Liver Saúl e Irma Yolanda, quienes con su amor incondicional y sus enseñanzas, son la luz que siempre iluminará mi camino y a quien les estaré eternamente agradecido por todo lo que me brindan.

A mis hijos Joaquín Alexander y Leonardo Saúl, por ser la más grande alegría y el mayor motivo de mi vida.

A mi esposa María Lizeth, quien con su fortaleza es el cimiento de nuestro hogar, por el amor que me brinda y por todo el apoyo que ha hecho posible la conclusión de este trabajo.

A mis hermanos Julio Ernesto, Erick Bryan, Juan Carlos y María del Carmen Belén, quien siempre serán mi orgullo y a quien les debo miles de alegrías compartidas.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi asesor, Dr. José del Carmen Grández Odiaga, mi más profundo y sincero agradecimiento por el apoyo incondicional, no solo en el desarrollo de la presente investigación, sino también, a lo largo de mi formación personal y profesional.

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, quien me forjo académica y profesionalmente.

A mis amigos quienes con su apoyo, han hecho posible la conclusión del presente trabajo.

## INDICE

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
INDICE.....	iii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	x
<b>CAPÍTULO I: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>1</b>
1.1.1. Delimitación Temática.....	1
1.1.2. Delimitación Teórica: Perspectiva Teórica.....	1
1.1.3. Delimitación Geográfica.....	2
1.1.4. Área de Investigación.....	2
<b>1.2. PLAN DE INVESTIGACIÓN:.....</b>	<b>2</b>
1.2.1. El Problema de Investigación.....	2
1.2.1.1. Planteamiento del Problema.....	2
1.2.1.2. Formulación del Problema.....	4
1.2.2. Justificación – Fundamentación.....	5
1.2.3. Formulación de los Objetivos de la Investigación.....	6
1.2.3.1. Objetivo General.....	6
1.2.3.2. Objetivos Específicos.....	6
1.2.4. Formulación de Hipótesis.....	7
1.2.4.1. Hipótesis.....	7
1.2.5. Definición Operacional de los Términos de la Hipótesis.....	7
1.2.6. Antecedentes del Problema.....	8
1.2.7. Asunciones de la Investigación.....	10
1.2.8. Diseño Metodológico.....	11
1.2.8.1. Tipo de investigación.....	11
1.2.8.1.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	11
1.2.8.1.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	11
1.2.8.1.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se	12
Utilizan.....	12

1.2.9.	Alcance de la Investigación .....	12
1.2.10.	Limitaciones.....	13
1.2.11.	Método de la Investigación .....	13
1.2.11.1.	Genéricos.....	13
1.2.11.2.	Propios del derecho .....	13
1.2.12.	Universo y Muestra .....	14
1.2.13.	Unidad de Análisis.....	14
1.2.14.	Técnicas de la Investigación.....	14
1.2.14.1.	Análisis instrumental.....	14
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>		<b>15</b>
<b>I.</b>	<b>LA PRUEBA .....</b>	<b>15</b>
1.1.	NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA.....	15
1.1.1.	Etimología y Aspectos Generales .....	15
1.2.	EL DERECHO A PROBAR O DERECHO A LA PRUEBA.....	16
1.3.	DERECHO A PROBAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO.....	17
1.3.1.	El Debido Proceso .....	17
1.3.2.	El Derecho a la Prueba Dentro del Debido Proceso o Proceso Justo....	19
1.3.3.	Contenido Esencial del Derecho a Probar.....	22
1.3.3.1.	El derecho a ofrecer medios de prueba .....	22
1.3.3.2.	El derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos	23
1.3.3.3.	El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba	23
1.3.3.4.	El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios de prueba	24
1.3.4.	Principios que limitan el Derecho a Probar.....	25
1.3.4.1	Pertinencia.....	26
1.3.4.2	Conducencia o idoneidad .....	26
1.3.4.3	Utilidad .....	27
1.3.4.4	Licitud.....	27
1.3.4.5	Preclusión o eventualidad .....	28
1.4.	ASPECTOS RELACIONADOS A LA PRUEBA.....	28
1.4.1.	Objeto de Prueba .....	28

1.4.2.	Órgano de Prueba.....	28
1.4.3.	Fuente de Prueba.....	29
1.4.4.	Medio de Prueba .....	30
1.4.5.	Finalidad de la Prueba .....	31
1.5.	<b>ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS AL PROCESO PENAL .....</b>	<b>31</b>
1.5.1.	Actos de Investigación.....	32
1.5.2.	Actos de Prueba: .....	33
<b>II.</b>	<b>PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA .....</b>	<b>34</b>
2.1.	<b>NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA ILÍCITA.....</b>	<b>34</b>
2.2.	<b>CONCEPCIONES DE PRUEBA ILÍCITA.....</b>	<b>35</b>
2.2.1.	Concepción Amplia .....	36
2.2.2.	Concepción Restrictiva .....	37
2.3.	<b>NATURALEZA DE PRUEBA ILÍCITA.....</b>	<b>39</b>
2.4.	<b>CLASES DE PRUEBA ILÍCITA .....</b>	<b>42</b>
2.4.1.	Momento de Producción de la Ilícitud.....	42
2.4.1.1.	La Ilícitud Extraprocesal: .....	43
2.4.1.2.	La ilícitud intraprocesal.....	44
2.5.	<b>CAUSAS DE ILICITUD.....</b>	<b>44</b>
2.5.1.	Prohibición de temas probatorios .....	45
2.5.2.	Prohibición de medios probatorios.....	45
2.5.3.	Prohibición de métodos probatorios .....	45
2.5.4.	Prohibición probatorias relativas .....	46
2.6.	<b>LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA .....</b>	<b>46</b>
2.6.1.	El Efecto Reflejo de la Prueba Ilícita .....	46
2.6.2.	Prohibición de Admisión y Valoración de la Prueba Ilícita .....	49
2.6.3.	Excepciones a la Regla de la Exclusión de la Prueba Ilícita.....	50
2.6.3.1.	Fuente independiente .....	50
2.6.3.2.	Descubrimiento inevitable .....	52
2.6.3.3.	Testimonios dotados de voluntad autónoma .....	53
2.6.3.4.	Excepción de buena fe .....	54
2.6.3.5.	La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado .....	55
2.6.3.6.	Teoría del Riesgo .....	56

2.6.3.7.	Doctrina de la Ponderación de intereses .....	57
2.6.4.	Momento de Exclusión de la Prueba Ilícita .....	60
III.	PRUEBA IRREGULAR .....	62
3.1.	NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA IRREGULAR .....	62
3.1.1.	Definición.....	63
3.1.2.	La Regulación de la Prueba Irregular en el Sistema Procesal Penal Peruano.....	64
3.2.	EL PROBLEMA SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y EFICACIA DE LA PRUEBA IRREGULAR.....	66
3.2.1.	A favor de la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular .....	66
3.2.2.	En contra de la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular .....	67
3.2.3.	La prueba irregular y la nulidad procesal.....	69
3.2.4.	El principio de proporcionalidad y la prueba irregular .....	70
3.2.4.1.	El principio de proporcionalidad o ponderación .....	72
IV.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 368-D° DEL CÓDIGO PENAL .....	75
4.1.	INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 368-D° .....	75
4.1.1.	Antecedentes.....	75
4.1.2.	Análisis del segundo párrafo del art. 368-D° del Código Penal .....	78
4.2.	La Incautación de Teléfono celular o fijo y accesorios conforme al segundo párrafo del art. 368-D° del Código Penal .....	80
4.2.1.	La Incautación .....	80
	CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN. ....	83
3.1.	COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS.....	83
3.1.1.	Aplicación de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba irregular, en la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público .....	84
3.1.1.1.	Sobre la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable 85	
3.1.1.2.	Sobre la aplicación de la excepción de Buena Fe .....	86
3.1.2.	Aplicación del test de proporcionalidad a efecto de admitir como elemento de convicción a la incautación realizada por el personal del INPE .....	89
3.1.2.1.	Subprincipio de Idoneidad o Adecuación.....	90

3.1.2.2.	Subprincipio de necesidad.....	92
3.1.2.3.	Subprincipio de proporcionalidad stricto sensus .....	93
3.1.2.3.1.	Grado de afectación al formalismo en la incautación de teléfonos celulares y sus accesorios en centros penitenciarios .....	94
3.1.2.3.2.	Grado de satisfacción del bien jurídico tutelado y de la seguridad ciudadana .....	96
3.1.2.3.3.	Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos y bienes jurídicos en conflicto .....	97
<b>CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>		<b>99</b>
4.1.	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>99</b>
4.2.	<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>100</b>
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>		<b>101</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>106</b>

## RESUMEN

Nuestro ordenamiento procesal ha obviado considerar a la prueba irregular y sus consecuencias jurídicas, lo cual ha generado que en la mayoría de investigaciones fiscales iniciadas, cuyos elementos de convicción han sido obtenidos infringiendo el procedimiento establecido sean enmarcadas como pruebas ilícitas, y por ende sean apartadas del acervo probatorio incubando de esta manera un cumulo de impunidad.

Así, conforme a la doctrina de la prueba ilícita encontramos una concepción amplia, la cual afirma que, es prueba ilícita aquella obtenida o practicada vulnerando derechos fundamentales y/o infringiendo el ordenamiento jurídico; por otro lado, encontramos a la concepción restrictiva, la misma que señala que solamente es prueba ilícita aquella obtenida vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la presente tesis, se centrará a determinar sí la incautación de teléfonos, ya sean celulares o fijos, dentro de un centro de reclusión sin la presencia del representante del Ministerio Público debe ser considerada prueba ilícita o prueba irregular, y conforme a ello se determine su implicancia en la formalización de la investigación preparatoria.

## **ABSTRACT**

Our judicial system has avoided considering the irregular test and its legal consequences, which has resulted in the majority of tax investigations initiated, the elements of conviction have been obtained in breach of the procedure laid down are framed as illegal evidence, and therefore are remote incubating the body of evidence in this way a host of impunity.

Thus, according to the doctrine illegal evidence we are a broad concept, which states that it is illegal evidence obtained in breach of fundamental rights or practiced and / or breach of the law; on the other hand, we find the restrictive approach, stating that it is only that illegal evidence obtained in breach of the essential content of fundamental rights.

In this vein, this thesis will focus on determining whether the seizure of phone, whether mobile or fixed, inside a detention center should be considered illegal evidence or irregular test and accordingly its implication determined in the formalization of the preliminary investigation.

## INTRODUCCIÓN

El tratamiento fiscal que se otorga como prueba ilícita a la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfonos celulares o fijos y los accesorios de estos en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, y como consecuencia de ello la exclusión de la investigación condiciona negativamente la formalización de la investigación preparatoria, lo que ha generado cierto grado de impunidad e incremento en la desconfianza de la eficacia del sistema penal.

Este precario tratamiento fiscal de la incautación de los objetos descritos líneas arriba, no solo ha sido gestado en pos de una deficiente técnica legislativa, sino también, debido a un inadecuado tratamiento doctrinario de la figura jurídica denominada prueba ilícita o prueba prohibida y de uno de sus niveles denominado “PRUEBA IRREGULAR”, figura esta última que no ha sido incluida en el texto del Código Procesal Penal del 2004.

La doctrina no es unánime al momento de establecer una concepción de prueba ilícita, así, un determinado sector apunta a una concepción amplia, la misma que entiende a aquella actividad probatoria que se obtiene o se produce con infracción del ordenamiento jurídico, independientemente de si se trata de una norma constitucional o una norma legal; en contraposición a ello, encontramos a la concepción restrictiva de prueba ilícita, la cual únicamente considera ilícita a

aquella obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Esta última concepción ha sido recogida en nuestro Código Procesal Penal, así, el artículo VIII del título preliminar -legitimidad de la prueba-, señala que solamente serán valorados los medios de prueba que han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo y siempre y cuando no se afecte al contenido esencial de los derechos fundamentales; también el artículo 159° -utilización de la prueba- dispone 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”.

Ahora bien, el problema en nuestro sistema procesal penal se presenta cuando se ha infringido una norma legal que establece las formalidades en la obtención, acopio, inserción y valoración de la prueba, es decir, se ha producido una prueba irregular. La misma que al no estar regulada en el Código Procesal Penal genera ciertos inconvenientes en la investigación preparatoria, más aun si dicha prueba irregular es la columna medular de una investigación.

Por ello, el objetivo perseguido en la presente investigación fue determinar si la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfonos, ya sean celulares o fijos y los accesorios de estos, en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, constituye prueba ilícita o irregular, y si como tal, limita la promoción del ejercicio público de la acción penal.

# **CAPÍTULO I: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

## **1.1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1.1. Delimitación Temática**

La presente investigación ha quedado delimitada al estudio de la incautación implementada como parte de las diligencias preliminares correspondientes al delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo en establecimientos penitenciarios, y de su incidencia en la promoción del ejercicio público de la acción penal. Por ello es que se abordan temas comunes a instituciones jurídicas como prueba ilícita, prueba irregular e incautación.

### **1.1.2. Delimitación Teórica: Perspectiva Teórica**

Para abordar el presente estudio nos hemos ubicado dentro de una concepción dogmática– jurídica que identifica a dos figuras definidas: prueba ilícita (aquella obtenida vulnerando derechos fundamentales) y la prueba irregular (obtenida infringido la legalidad ordinaria o se ha practicado sin respetar las formalidades legalmente establecidas).

### **1.1.3. Delimitación Geográfica.**

La delimitación geográfica está dada por el ámbito de aplicación de la Ley Procesal Penal, es decir, es de connotación nacional.

### **1.1.4. Área de Investigación**

Derecho Procesal Penal: Prueba ilícita – Prueba Irregular.

## **1.2. PLAN DE INVESTIGACIÓN:**

### **1.2.1. El Problema de Investigación**

#### **1.2.1.1. Planteamiento del Problema**

En la actualidad la práctica de sustentar una condena sobre la base de actividad probatoria obtenida vulnerando derechos fundamentales o violando normas constitucionales ha sido descartada, ya que a partir de la doctrina denominada “fruto del árbol envenenado”, que tuvo su origen en Norteamérica, se planteó la necesidad de excluir no solo las pruebas obtenidas ilícitamente sino también las que de aquella se deriven. La doctrina y la jurisprudencia concuerdan que deben excluirse aquellas fuentes de pruebas obtenidas transgrediendo derechos fundamentales, ya que

no se puede aprovechar resultados probatorios que se han obtenido ilícitamente. Sin embargo, se ha dicho muy poco sobre la prueba irregular o también denominada prueba ilegal o incompleta, la cual pese a no violar directamente derechos fundamentales en su obtención e incorporación, ha sido obtenida infringiendo la legalidad ordinaria o se ha practicado sin respetar las formalidades legalmente establecidas, es decir que su desarrollo no se ajusta al procedimiento establecido en la ley.

Ahora bien, el artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Penal - legitimidad de la prueba -, en su inciso primero señala que solamente serán valorados los medios de prueba que han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, como también el artículo 159° - utilización de la prueba- del Código Procesal Penal, cuando dispone 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.”, obviando a las fuentes de prueba o medios de pruebas que han sido obtenidas sin seguir las formalidades legalmente establecidas (prueba irregular).

A raíz de esta omisión y de no quedar claramente definidos los efectos y las consecuencias de la prueba irregular, es que muchas

de las investigaciones fiscales iniciadas a nivel de diligencias preliminares, especialmente las referidas al delito de Posesión indebida de teléfonos celulares o fijos y sus accesorios en establecimientos penitenciarios (segundo párrafo del artículo 368-D° del Código Penal) no son formalizadas, debido a la confusión originada en cuanto a si la incautación del objeto materia del referido delito realizada por los agentes penitenciarios<sup>1</sup> sin la presencia del representante del Ministerio Público, ha de ser considerada como prueba ilícita y excluirse de la investigación o si ha de serlo como prueba irregular y preservarla en ciertas circunstancias. Con ese escenario, muchas de las investigaciones iniciadas no son formalizadas, y por ende se genera cierto grado de impunidad, incrementando la desconfianza en la eficacia del sistema penal.

#### **1.2.1.2. Formulación del Problema**

¿De qué manera la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes

---

<sup>1</sup> En atención a la facultad conferidas en el artículo 68° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, el mismo que ordena por lo menos una vez por semana una revisión de rutina (inopinada) en los ambientes que ocupan los internos, la cual solamente se realizarán con presencia del director o subdirector, del jefe de seguridad y del personal de tratamiento, quienes participarán como observadores; asimismo, señala que una vez terminada la diligencia se levantará un acta suscrita por las autoridades antes señaladas, donde consten los objetos prohibidos que se hayan encontrado, los mismos que serán puestos a disposición del Ministerio Público, Policía Nacional del Perú u Oficina Regional del Instituto Nacional Penitenciario, según corresponda, dentro de las 24 horas

penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, puede sustentar la formalización de la investigación preparatoria y la ordenación de actos de investigación?

### **1.2.2. Justificación – Fundamentación**

La presente tesis es de suma importancia pues da una visión clara y precisa del tratamiento jurídico que se otorga a la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público; pues aborda un tema que atañe no solo a la administración de justicia, sino también, a los académicos, puesto que beneficia a la comunidad jurídica con el valor teórico que reviste, al llenar un manifiesto vacío del conocimiento respecto a la problemática planteada.

El valor de este trabajo de investigación radica en el hecho de que puede ser utilizada como criterio a la hora en que nuestros magistrados, en especial los fiscales, tengan en consideración la figura procesal de la prueba irregular, la misma que por una deficiente técnica legislativa, no ha sido regulada en el Código Procesal Penal.

### **1.2.3. Formulación de los Objetivos de la Investigación**

#### **1.2.3.1. Objetivo General**

Determinar si la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, constituye prueba irregular y, como tal, no limita la promoción del ejercicio público de la acción penal ni la ordenación de actos de investigación.

#### **1.2.3.2. Objetivos Específicos**

- Demostrar que la incautación obtenida del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, se pueden aplicar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.
- Demostrar que la incautación obtenida irregularmente del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por

los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, supera el test de ponderación y no existe vulneración de derechos fundamentales.

#### **1.2.4. Formulación de Hipótesis**

##### **1.2.4.1. Hipótesis**

La incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, constituye prueba irregular, y, por ello, permite la formalización de la investigación preparatoria, así como puede fundamentar actos de investigación al interior del proceso penal que se instaure.

#### **1.2.5. Definición Operacional de los Términos de la Hipótesis**

- **Prueba Ilícita o Prohibida:** Según la sentencia recaída en el expediente N° 0655-2010-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper, la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de

procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona.

- **Prueba Irregular:** Se define a la prueba irregular, como aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.
  
- **Incautación Probatoria:** La incautación probatoria tiene una finalidad de investigación: obtener y conservar evidencias o elementos probatorios, para su posterior incorporación en el proceso, de tal manera que pueda sustentarse requerimientos fiscales.

#### **1.2.6. Antecedentes del Problema**

El problema materia de estudio ha sido abordado por la doctrina de forma sucinta, siendo que el mayor desarrollo en el tema de la prueba ilícita ha sido tratado en cuanto a su sentido restringido, es decir, cuando la obtención o práctica de la prueba se ha realizado con violación de los derechos fundamentales; sin embargo, lo concerniente a la prueba irregular se toca sumariamente al definir a la prueba ilícita en su sentido amplio.

Así, José Luis Castillo Alva señala que:

*La concepción amplia de prueba ilícita entiende a aquella actividad probatoria que se obtiene o se produce con infracción del ordenamiento jurídico, independientemente de si se trata de una norma constitucional o una norma legal. El término “ilicitud” comprende toda infracción a un precepto legal al margen de su jerarquía y valor normativo. El acto productor de la prueba termina por violar alguna disposición legal vigente que establece el respeto a un derecho fundamental o determinada formalidad en la actividad probatoria. Incluso, no faltan autores que extienden el concepto de prueba ilícita a la vulneración de las buenas costumbres o la infracción de normas morales. (Castillo Alva, S.f, pág. 2)*

La doctrina vienen distinguiendo entre prueba ilícita y prueba irregular, la primera se identifica con la obtención de la prueba infringiendo derechos fundamentales, mientras que la segunda implica la violación de normas, propias de la legalidad ordinaria. Así Miranda Estrampes define esta última como aquella cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley” (Miranda Estrampes, 2004, pág. 49).

Como se evidencia, ya hay una posición clara en diferencial a la prueba irregular de la prueba ilícita; Sin embargo, dentro de la dogmática procesal penal hay autores que pese a admitir la diferenciación entre

prueba ilícita y prueba irregular consideran que la noción de prueba ilícita debe extenderse a toda infracción de la legalidad probatoria y no solo al campo de la violación de los derechos fundamentales, postulando que no debe confundirse el concepto de prueba ilícita con las consecuencias jurídico procesales que se derivan de la misma (Castillo Alva, S.f, pág. 2). Se apunta que las normas procesales que regulan el derecho a la prueba son auténticas normas de garantía que deben gozar de las mismas consecuencias que la obtención de la prueba con infracción de los derechos fundamentales, en razón de su esencialidad (Miranda Estrampes, 2004, pág. 73).

*Entre ambas posturas es posible encontrar una tesis intermedia, la cual postula que en los casos de infracción a la legalidad ordinaria no debe de plano aceptarse su legitimidad constitucional y la posibilidad de valoración, sino que debe efectuarse un juicio de ponderación respecto a la importancia y trascendencia de la violación procesal y el derecho fundamental en juego (Castillo Alva, S.f, pág. 3).*

### **1.2.7. Asunciones de la Investigación**

- Para efectos del presente trabajo se utilizará el término “Prueba Irregular” al referirse a aquella cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba.

- Cuando se utilice solamente la expresión: “Código Procesal Penal”, se entenderá como tal, al Código Procesal Penal vigente (Decreto Legislativo N° 957).
- Cuando se utilice solamente la expresión: “Código Penal”, se entenderá como tal, al Código Penal vigente (Decreto Legislativo N° 635).

## **1.2.8. Diseño Metodológico**

### **1.2.8.1. Tipo de investigación**

#### **1.2.8.1.1. De acuerdo al fin que se persigue**

La presente investigación es de tipo básica, pues tiene como finalidad incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático o jurídico sobre la figura de la prueba irregular.

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

La presente es una investigación jurídica formal, toda vez que la labor a desarrollarse tiene como eje central el universo normativo, del que se busca desprender explicaciones teóricas o doctrinales hasta llegar a un planteamiento de un nuevo

sistema normativo parcial o total. En esta investigación, pues, se incluyen procedimientos de investigación congruentes con fenómenos que constituyen materia no empírica. Es decir, se trata de una investigación en la que no utilizamos variables a las cuales se habría de manipular intencionalmente.

#### **1.2.8.1.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se**

##### **Utilizan**

La presente investigación es de enfoque cualitativo, pues el problema y la solución se sustentan en la argumentación jurídica.

#### **1.2.9. Alcance de la Investigación**

La presente investigación en un primer momento constituyó labor descriptiva, en tanto da cuenta de la especial disposición que asume la incautación como institución procesal en cuanto al objeto materia del delito de posesión indebida de teléfonos celulares o fijos y sus accesorios en establecimientos penitenciarios; analítica, desde que indaga, en dicha conformación descriptiva, la forma cómo la concreta labor de incautación realizada puede ser asumida como prueba ilícita o irregular según quién la realice, y explicativa, para dar a conocer las razones que legitimarían el optar por excluirla o preservarla en la estimación de la promoción del ejercicio público de la acción penal.

### **1.2.10. Limitaciones**

La principal limitación ha sido la escasa bibliografía en idioma español para el estudio de la figura de la prueba irregular, puesto que la mayoría del tratamiento doctrinario se limita únicamente a la prueba ilícita.

### **1.2.11. Método de la Investigación**

#### **1.2.11.1. Genéricos**

En la presente investigación se aplicó el método deductivo e inductivo, entendidos como fases parciales del proceso del conocimiento científico; así en determinados momentos de la investigación se partió de principios de conceptos generales como la prueba ilícita, para llegar a conocer fenómenos particulares como la prueba irregular, como también se siguió el camino inverso partiendo de particularidades para inferir generalidades.

#### **1.2.11.2. Propios del derecho**

En la presente investigación se empleó métodos propios de la interpretación jurídica y la dogmática jurídica, para poder entender que el tratamiento dado a la problemática planteada, es el producto de una elaboración conceptual expresada en esos

términos, pues la doctrina someramente habla y explica sobre la prueba irregular, la misma que debe reconstruirse y entenderse a partir de la prueba ilícita. Con ello se asumió los principios técnicos explicativos de las singulares categorías jurídicas ya señaladas.

#### **1.2.12. Universo y Muestra**

Por el tipo de investigación, el presente trabajo no cuenta con muestra ni universo.

#### **1.2.13. Unidad de Análisis**

Nuestra unidad de análisis es el Código Procesal Penal, Código Penal y el programa Penal Constitucional.

#### **1.2.14. Técnicas de la Investigación**

##### **1.2.14.1. Análisis instrumental**

Esta técnica se utilizó para el análisis doctrinal y jurisprudencial en el transcurso de la investigación, a fin de obtener los elementos teóricos y datos fácticos suficientes que sirvieron a nuestro estudio.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### I. LA PRUEBA

#### 1.1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

##### 1.1.1. Etimología y Aspectos Generales

La palabra prueba, etimológicamente proviene del adverbio *PROBE* que significa honradez, considerándose que obra con honradez quien prueba lo que pretende. Otra acepción es la del termino *PROBANDUM*, que significa recomendar, aprobar, dar fe; de allí que se afirme que *probatio est demonstrationis veritas*, es decir, la prueba es la demostración de la verdad. (Cabanellas, 2001, pág. 497)

Asimismo, Bustamante Alarcón manifiesta que, en torno a la prueba puede advertirse:

*“Si se aprecia a través de los diversos medios de prueba los hechos que configuran una pretensión o una defensa pueden dejar de ser simples afirmaciones para pasar a ser hechos sobre los cuales el juzgador adquirió convicción o certeza. Sin ella, los hechos del caso y los petitorios de las partes no serían más que simples conjeturas sin solides ni eficacia alguna (a no ser aquella que pudiera obtenerse por la vedada acción directa), ya que conforme reza el viejo aforismo: tanto vale no tener derecho como tenerlo y no poder probarlo”. (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 79)*

## 1.2. EL DERECHO A PROBAR O DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a probar o derecho a la prueba ha sido definido como:

*“Aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que son o serán objeto concreto de prueba (sea que se trate de un objeto de prueba principal o de algún objeto de prueba incidental o secundario)”. (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 130)*

El profesor Pablo Sánchez, sintetiza el concepto de prueba como:

*“Todo aquello que puede servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. Además debe destacarse dos aspectos importantes dentro de su concepto: la prueba como medio y la prueba como resultado, la primera a cargo de las partes y del Juez; la segunda, que constituye el fruto de la valoración psicológica que sobre la prueba debe realizar el órgano jurisdiccional para alcanzar la convicción necesaria sobre la veracidad o falsedad de un hecho”. (Sánchez Velarde, 2004, pág. 643)*

A fin de dar un concepto de prueba, podríamos decir que es toda aquella actividad desarrollada por las parte, dentro del marco de la ley y respetando las garantías y principios que la constitución consagra, cuya finalidad es crear convicción en el juzgador de los hechos que fundamentan sus posturas, ya sea por un lado la imputación, y por el otro

el descargo de tal imputación o en su caso demostrar la falsedad de los hechos.

Que las partes tengan el derecho a probar, significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de pruebas que crean conveniente a fin de apoyar su versión en el litigio. Para la parte que alega un hecho, significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos. (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 22); Sin embargo, como todo derecho, la admisión de los medios probatorios se encuentra limitado en cuanto a su pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad y licitud.

### **1.3. DERECHO A PROBAR COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO**

#### **1.3.1. El Debido Proceso**

El debido proceso ha sido plasmado en nuestra constitución en el artículo 139° inciso tercero, como uno de los principios y garantías de la función jurisdiccional, asimismo, el inciso decimo declara que no se puede ser penado sin un proceso judicial, dichas garantías tienen el rango de fundamental, toda vez que, ningún Estado Constitucional de

Derecho puede excluir a la persona de dicha garantía, asimismo, ninguna persona puede renunciar o validar la exclusión de estas garantías.

Conforme apunta el maestro Florencio Mixán Más, el debido proceso, como categoría jurídica, representa una interesante evolución histórica y, como tal, es un concepto jurídico compuesto y complejo porque refleja lo histórico, lo político-filosófico, lo jurídico y lo axiológico.

*“Desde el punto de vista de la variable histórica es necesario destacar, sucintamente, que constituye uno de los hechos notorios de la humanidad, una “negación de la negación” de la crisis del sistema feudal y de la monarquía de esa época, la ideología liberal, racionalista, humanista emergente de aquel entonces, que determinó la consiguiente mutación de la concepción jurídica y política en el siglo XIII, cuyo magno exponente es la conquista del “Debido Proceso Legal”, en 1215, que es una garantía jurídico-procesal trascendente”. (Mixán Más, 2005, pág. 302)*

Debemos señalar que el debido proceso tiene como característica esencial el ser un derecho complejo debido a que engloba una serie de derechos, como el derecho a la defensa, al juez natural, al plazo razonable, a la doble instancia, entre otros. “Destinados a asegurar que el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso, así como la decisión que en él se emita sea objetiva y justa”. (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 83)

### 1.3.2. El Derecho a la Prueba Dentro del Debido Proceso o Proceso Justo

Es preciso mencionar que existe discusión en la doctrina acerca de si el derecho a probar debe ser visto como un derecho fundamental autónomo<sup>2</sup> o como un derecho integrante del debido proceso<sup>3</sup>, a este respecto debemos dejar sentado que acogemos la segunda postura, toda vez que, “(...) las partes tienen un derecho fundamental a la prueba, y que el derecho a presentar pruebas constituye un aspecto esencial del derecho de defensa, del Debido Proceso”. (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 83)

De igual forma Nuestro Tribunal Constitucional, ha desarrollado jurisprudencialmente el reconocimiento de que el derecho a probar se encuentra contenido dentro del debido proceso, así,

*Desde la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución. En la sentencia N° 6712-2005-HC/TC se señaló que existe un derecho constitucional a probar, orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Posteriormente, se dijo que el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen [STC 5068-2006-PHC/TC].*

---

<sup>2</sup> Carolina Sanchís Crespo defiende esta posición, para quien “el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto distinto y no incluido, en el de la Tutela Judicial Efectiva”. (Sanchís Crespo, 1999)

<sup>3</sup> Morello, citado por Bustamante Alarcón, señala que “(...) el derecho a probar es uno de los elementos constitutivos que concurren a definir el proceso justo”.

*Finalmente, se ha puesto de relieve que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos [STC 1014-2007-PHC/TC]. (Talavera Elguera , 2009, pág. 21)*

Habiendo señalado que el debido proceso es un derecho fundamental de carácter complejo debido a que engloba una serie de derechos, entre ellos el derecho a la prueba, podemos afirmar que este último es un elemento esencial del debido proceso. De tal suerte que allí donde no exista o no tenga una vigencia real o efectiva no habrá proceso justo (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 83).

En el ordenamiento peruano, no contamos con norma alguna que reconozca explícitamente la naturaleza fundamental del derecho a la prueba, sin embargo, tal reconocimiento se produce de manera implícita, ya que tal como señalamos, este es un elemento esencia del derecho fundamental al debido proceso o proceso justo,

*“Por lo cual su positivación no es requisito para su existencia, sino un dato de su eficacia y un instrumento para su vigencia real o efectiva. Además, por tratarse de un elemento constitutivo de este derecho fundamental, el derecho a probar goza de todos los atributos y características de los derechos fundamentales, en especial aquellos que corresponden al derecho a un proceso justo. Tales atributos y características le son propias –además– por los mismos fundamentos que sustentan la naturaleza de derecho fundamental de este último derecho: la dignidad del ser humano, el valor justicia y la necesidad de coadyuvar al aseguramiento de la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana”.(Bustamante Alarcón, 2001).*

Es preciso recordar que, los derechos fundamentales son derechos inherentes a la dignidad de la persona, por lo cual son inviolables e inalienables, desde el punto de vista estructural y normativo, tienen la calidad de principio jurídico de suprema jerarquía, Mixán Más apunta que,

*“La teleología de los Derechos Fundamentales consiste en tutelar la indemnidad de la dignidad y la personalidad de los integrantes del género humano. “Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.*(Mixán Más, 2005, pág. 100)

Reconocerle al derecho a probar la categoría de derecho fundamental, implica atribuirle la característica subjetiva y objetiva de todo derecho fundamental, por un lado, el carácter subjetivo el cual implica que pertenece a todo sujeto de derecho y que su uso depende exclusivamente de la voluntad de éste, y por otro lado se le atribuye el carácter objetivo el cual establece que el valor de este derecho es jerárquicamente superior a otros derechos reconocidos en el ordenamiento, asimismo, se reconoce la obligatoriedad de su protección por parte del Estado, quien además de reconocerlo debe crear mecanismos adecuados para su respeto y protección a fin de lograr los fines perseguidos.

### **1.3.3. Contenido Esencial del Derecho a Probar**

Bustamante Alarcón, afirma que el derecho a la prueba es un derecho complejo, debido a que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: (Bustamante Alarcón, 2001, págs. 102-103)

#### **1.3.3.1. El derecho a ofrecer medios de prueba**

Conforme a este derecho las partes tienen la libertad de ofrecer o proponer los medios probatorios que consideren necesarios para acreditar los hechos objeto de prueba, a fin de generar convicción en el juzgador.

El tribunal constitucional en el fundamento 13 de la sentencia 6712-2005-HC/TC (caso Magaly Medina),

*Afirma que una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva. El derecho a la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. (Talavera Elguera , 2009, pág. 24)*

### **1.3.3.2. El derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos**

Es el derecho que “tiene su titular a que se admitan los medios probatorios ofrecidos con el propósito de acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba”. (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 142)

El tribunal Constitucional ha establecido en el fundamento 26 de la sentencia STC 6712-2005-HC/TC (Caso Magaly Medina) que,

*El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, oportunos, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos (STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, 2005).*

### **1.3.3.3. El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba**

Debido a la duración de los procesos en nuestro país, se puede dar circunstancias que afecten el desarrollo de la prueba (verbigracia: enfermedad grave o viaje de un testigo o perito) por lo cual el titular

*Ante circunstancias justificantes, tiene el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada, y también adecuada, de algún medio probatorio, ya sea antes que se inicie el proceso o procedimiento en el que se intentara formular alguna pretensión o defensa, o antes de que llegue a la etapa probatoria en la que dicho medio de prueba hubiera sido actuado ordinariamente. Se llama Probatio ad perpetuam rei memoriam cuya finalidad es garantizar la mayor virtualidad del derecho a la prueba. (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 256)*

Es necesario precisar que, el Código Procesal Penal ha previsto mecanismos idóneos a efectos de asegurar y conservar la prueba, como son la prueba anticipada (artículo 242° NCPP), la prueba preconstituida, así como incautación de objetos relacionados con el delito (artículo 218° NCPP), la incautación de documentos privados, registro de comunicaciones objeto de intervención, entre otros.

#### **1.3.3.4. El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios de prueba**

La valoración de las pruebas deben ser adecuada y motivada pues a través de ellos se puede enervar a la presunción de inocencia, siendo importante que sea el juez que dictamina la culpabilidad o inocencia del imputado quien entre en mayor contacto con las pruebas, conformen a los principios generales

que rigen la actividad probatoria, como el de unidad, intermediación, contradicción, etc. Así, El Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 14 de la Sentencia STC 1014-2007-PHC/TC, que

*Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De este hecho se deriva una doble exigencia para el juez: en primer lugar, la exigencia de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso en el marco del respeto de los derechos fundamentales y de lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso. (STC Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, 2007)*

#### **1.3.4. Principios que limitan el Derecho a Probar**

Como todo derecho, el derecho a la prueba no es absoluto ni ilimitado, sino, por el contrario, dicho derecho se encuentra limitado y sujeto a restricciones, así el Tribunal Constitucional ha establecido en el fundamento 149 de la sentencia STC 010-2002-AI/TC lo siguientes:

*En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho. (STC Exp. 10-2002-AI/TC, 2003)*

El tribunal Constitucional ha conceptualizado cada uno de los principios que regulan y limitan la actividad probatoria, así define a los siguiente principios: (STC Exp. 06712-2015-HC/TC, 2005)

#### **1.3.4.1 Pertinencia**

Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

#### **1.3.4.2 Conducencia o idoneidad**

El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.

#### **1.3.4.3 Utilidad**

Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, más ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

#### **1.3.4.4 Licitud**

No pueden admitirse medios probatorios obtenidos con vulneración de derechos fundamentales y en contravención del

ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba ilícita.

#### **1.3.4.5 Preclusión o eventualidad**

En todo proceso existe determinados momentos para el desarrollo de la actividad probatoria, así por ejemplo en la etapa postulatoria se ofrecen los medios probatorios.

### **1.4. ASPECTOS RELACIONADOS A LA PRUEBA**

#### **1.4.1. Objeto de Prueba**

Se entiende por objeto de prueba los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación. Es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba. (San Martín Castro, 2006, pág. 806)

#### **1.4.2. Órgano de Prueba**

Luciano Castillo citando a Neyra Flores, señala que:

*Se constituye en órgano de prueba, la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso, constituyéndose así en intermediario entre el juez y la prueba. Son así órganos de prueba, las personas que transmiten de modo directo el dato objetivo (puede ser oral como los el testimonio o*

*por escrito, como los dictámenes periciales). (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 38),*

En tal sentido, órganos de prueba lo constituirán los peritos, testigos, la víctima y el acusado.

### **1.4.3. Fuente de Prueba**

“Es un concepto meta jurídico, extrajurídico, o ajurídico, que corresponde a una realidad anterior y extraña al proceso” (Arbúlu Martínez, 2012, pág. 98). Sobre la fuente de prueba la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha expresado, en la sentencia recaída en el expediente 19-2001-09-A.V Recurso de Nulidad –Caso Barrios Altos y La Cantuta, que:

*“(…) Fuente de prueba, hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en el que consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, además es una realidad que existe per se, que se confecciona para verificar un contrato, para manifestar una opinión para transmitir una información, etcétera, no teniendo una finalidad concreta e inmediata, pero sí puede servir en un proceso judicial que no existe, pero que puede abrirse en el futuro; así, fuente de prueba puede ser una fotografía, un libro –siempre que contenga información relevante para el caso investigado-, entre otros, no hay limitación alguna, pues todo acto material o personal en que conste una noticia referida a un hecho, tiene tal consideración y puede tener acceso al proceso, a través de un concreto medio (...) en tal sentido, (...) no se rige por la regla de la testimonial, ni se exige su producción en juicio oral, pues por ser independientes y anteriores al proceso, no pueden ser practicadas con sujeción a presupuestos que son típicos del proceso”. (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 40)*

Debemos precisar que en la fase de investigación preparatoria<sup>4</sup>, la misma que tiene como finalidad el acumular suficientes elementos de convicción que sirvan de fundamento de la acusación fiscal o del sobreseimiento, se denomina fuente de convicción al “conocimiento específico que aporta el medio de convicción sobre el objeto de investigación, y el director de esta quien la busca, la obtiene e incorpora metódicamente, en el proceso” (Mixán Máss, 2005, pág. 210).

#### **1.4.4. Medio de Prueba**

Es aquel instrumento procesal por el cual se incorpora una fuente de prueba al proceso; Mixán Máss lo define como “el nexo de carácter cognitivo entre la fuente de prueba y el sujeto cognoscente (juez, fiscal, defensor), porque a través de él se la conoce y se la incorpora al proceso” (Mixán Máss, 2005, pág. 221).

En la etapa de investigación preparatoria encontramos a los medios de convicción o medios de investigación, el cual tiene una función e importancia cognitiva análoga al medio de prueba, a través del cual se aporta fuentes de convicción a la investigación.

---

<sup>4</sup> Es necesario precisar que las actuaciones de investigación no tienen valor probatorio para fundar una sentencia condenatoria, solamente podrán ser utilizados para fundamentar la acusación, solicitar la detención del imputado, solicitar la prisión preventiva, fundar una excepción o para solicitar el sobreseimiento.

#### **1.4.5. Finalidad de la Prueba**

En cuanto a la finalidad de la prueba podemos sostener que es el lograr el convencimiento en el juzgador de la verdad o falsedad de las afirmaciones que realizan las partes sobre los hechos objeto de prueba.

### **1.5. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS AL PROCESO PENAL**

Los actos de aportación de hechos tienen por exclusiva finalidad introducir los hechos al proceso. Estos actos de aportación de hechos se subdividen en: a) los actos de investigación; y b) los actos de prueba (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 43). Conforme se ha estructurado el nuevo proceso penal en el país, este se ha estructurado en tres fases o etapa: i) la investigación preparatoria, la misma que se divide en dos sub fases como son las diligencias preliminares y la investigación preparatoria formalizada; ii) la etapa intermedia; y iii) el juzgamiento.

En las fases del proceso citadas previamente, las partes procesales introducen hechos, así, tanto para la investigación preparatoria como la etapa intermedia tales hechos se traducen en actos de investigación que sirven de fundamentos para la acusación, se dicten medidas limitativas de derechos (Detención preliminar, comparecencia restrictiva, prisión preventiva o medidas reales), y se emita auto de enjuiciamiento o de sobreseimiento; en

cuanto al juzgamiento, como tercera etapa del proceso, se generan los actos de prueba cuya finalidad es crear convicción en el juzgador y que sirven de fundamento para dictar sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria.

### 1.5.1. Actos de Investigación

Los actos de Investigación tienen como única finalidad preparar el juicio oral, llevando a cabo la comprobación y verificando la noticia criminal, procediendo a determinar el hecho punible y la identidad del autor (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 45). San Martín Castro precisa que,

*La eficacia jurídica del acto de investigación consiste en proveer el fundamento para que se dicten resoluciones de imputación, de medidas limitativas de derechos y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento (...) las resoluciones instructoras y de la fase intermedia se apoyan en un juicio de mera probabilidad acerca de la responsabilidad penal de una persona. Solo la plena convicción de lo contrario excluye que esas resoluciones se dicten en sentido positivo (San Martín Castro, 2006, pág. 584).*

En suma podemos decir que:

*(...) los actos de investigación son todas aquellas actuaciones que realizan el fiscal y la policía (esta última con la dirección del primero). En las denominadas diligencias preliminares, que tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión (art. 330.2 NCPPP); y en la investigación preparatoria, se practica todo un conjunto de diligencias o actuaciones funcionales técnico-científicas con la finalidad de acumular elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación*

*y al imputado preparar la defensa (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 44).*

### **1.5.2. Actos de Prueba:**

Los actos de prueba son aquellos que se producen o presentan en el juicio oral o juzgamiento bajo los principios de oralidad, contradicción, inmediación, concentración, adquisición, publicidad, unidad; cuya única finalidad es generar convicción en el juzgador de la veracidad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos, asimismo, sobre los actos de prueba se fundamentara la sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria.

## II. PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA

### 2.1. NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA ILÍCITA

Hablar del reconocimiento de la prueba ilícita, es hablar de una gran proeza por lograr una mayor protección a los derechos fundamentales, y como consecuencia de ello lograr el respeto a la dignidad de la persona humana. Sin embargo, Tratar este punto resulta problemático en cuanto aún la doctrina no ha llegado a ser unánime. Así podríamos señalar genéricamente que la prueba ilícita es aquella que afrenta a la dignidad de la persona.

En palabras del Dr. Castillo Alva, prueba ilícita es aquella actividad probatoria que se obtiene o se produce con infracción del ordenamiento jurídico, independientemente de si se trata de una norma constitucional o una norma legal. El término “ilicitud” comprende toda infracción a un precepto legal al margen de su jerarquía y valor normativo.

Por otro lado Miranda Estrampes, señala que:

*Se debe diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de ilicitud de la prueba, siendo que el primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley, por su parte el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respecto a los derechos fundamentales; sobre la base de estos dos principios y desde un plano dogmático, se debería partir de la diferenciación conceptual de dos categorías: Prueba ilícita (propiamente dicha) y prueba irregular (Miranda Estrampes, 2010, pág. 132).*

La ilicitud de la prueba desde una concepción europea continental siempre ha tenido como fundamento constitucional, el haber estado conectado al derecho al debido proceso con todas las garantías, un derecho constitucional; mas no así en el sistema norteamericano, cuya principal razón o fin ha sido el efecto disuasorio de las actuaciones policiales que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 52).

## **2.2. CONCEPCIONES DE PRUEBA ILÍCITA**

Como apunta Guariglia, el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, pues como señalamos precedentemente la doctrina aun no es unánime al momento de conceptualizar y delimitar a la prueba ilícita, y sus efectos dentro del proceso; sin embargo, diremos que como apunta Castillo Gutiérrez, “el dar un concepto de prueba prohibida o ilícita, significa abordar el problema desde el punto de vista del Derecho Constitucional y otro en el campo legal ordinario (...)” (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 47); partiendo desde esta perspectiva, tenemos que la doctrina ha desarrollado dos concepciones las cuales trataremos a continuación.

### 2.2.1. Concepción Amplia

Para un sector de la doctrina, la prueba ilícita implica una violación directa a la dignidad de la persona humana, ya que esta es contraria a una norma de derecho, es decir que ha sido obtenida o valorada atentando al ordenamiento jurídico, por lo cual esta no solo lesiona a normas de rango constitucional, sino también, a normas de rango legal.

Al respecto Miranda Estrampes señala lo siguiente:

*(...) Partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la ideas de violación de la norma o contrario a Derecho, define la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales. Dentro de esta concepción amplia Devis Echandía define las pruebas ilícitas como aquellas “que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violen sus derechos fundamentales que la constitución y la ley amparan”. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 18)*

Desde otro punto de vista, en cuanto a la concepción amplia de la prueba ilícita podemos mencionar que la misma es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa, así Alberto Montón Redondo, citado por Miranda Estrampes, apunta lo siguiente:

*(...) la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 18)*

A nuestro criterio consideramos que la concepción amplia de la prueba ilícita debe ser rechazada, toda vez que, al considerar ilícitas las pruebas obtenidas lesionando normas de rango legal o específicamente aquellas obtenidas sin vulneración a un derecho fundamental, generaría un sobrevalorado garantismo que incubaría un mayor grado de impunidad en desmedro de la seguridad jurídica de la sociedad debido al excesivo formalismo ritualista con la que debe ser tratada la prueba.

Asimismo, debemos dejar establecido que las pruebas obtenidas lesionando normas de rango legal o aquellas obtenidas infringiendo la formalidad exigida, siempre y cuando no se vulnere un derecho fundamental, deben ser tratadas como PRUEBA IRREGULAR.

### **2.2.2. Concepción Restrictiva**

Un gran sector de la doctrina se decanta por esta concepción, la misma que señalan que será prueba ilícita aquella obtenida o practicada, con vulneración a derechos fundamentales. Dicho criterio ha sido recogido en el inciso segundo del artículo VIII del título preliminar del Código

Procesal Penal, el mismo que establece que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, asimismo, el artículo 159° del mismo cuerpo normativo señala 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.

A este respecto, debemos tener presente lo manifestado por el maestro Miranda Estrampes, quien señala que:

*Podemos calificar de restrictiva (...), a aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales (...). Así para Gonzales Montes los límites del derecho a la prueba consagrados constitucionalmente tienen que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que, solo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba. Desde esta orientación, se parte de la distinción conceptual de prueba ilícita y prueba irregular. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 21)*

Dicha concepción ha sido asumida por el tribunal constitucional en reiterada jurisprudencia así por ejemplo podemos citar a la sentencia recaída en el expediente N° 2053-2003-HC/TC, la cual definió la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable.

De igual modo la sentencia recaída en el expediente N° 065-2010-PHC/TC, Caso: Alberto Quimper, expresa lo siguiente:

*“(...) la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona (...)”* (STC N° 00655-2010-PHC/TC, 2010, pág. 4)

### **2.3. NATURALEZA DE PRUEBA ILÍCITA**

Habiendo sido ya superadas las antiguas concepciones de búsqueda de la verdad a todas costas, las mismas que se practicaban bajo un método inquisitivo a ultranza, que incluso llegaban a utilizar a la tortura e insoportables tormentos como principales técnicas a fin de llegar al descubrimiento de los hechos, práctica que atentaban indefectiblemente contra la dignidad de las personas. En el moderno proceso penal dichas prácticas han sido dejadas de lado, toda vez que, “la investigación de la verdad no es un valor absoluto, sino que se halla limitado por valores éticos y jurídicos de un Estado de Derecho” (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 49). Por lo cual podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la prueba ilícita no es la búsqueda de la verdad absoluta, pues como señala el maestro Mixán Más

“la verdad absoluta solo la tiene Dios, pues es la verdad misma”, por lo que solo hablaríamos de una verdad legal.

Debemos resaltar que la doctrina y la jurisprudencia no son unánime en cuanto a la naturaleza jurídica de la prueba ilícita, pues existen varias posiciones al respecto, las mismas que han sido desarrolladas de modo didáctico por el Tribunal Constitucional en la sentencia STC Exp. 00655-2010-PHC/TC, caso Alberto Quimper Herrera, las cuales transcribimos a continuación:

*“3. (...) Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.*

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

*4. (...), existen otras posiciones que predicán que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.*

*En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de*

*derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina”.*

*5. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”. (...)*

*6. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (exclusionary rule) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (deterrence effect) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (judicial integrity). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas. (...)”*

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prueba ilícita, en la sentencia antes señalada, el Tribunal Constitucional concluye:

*“En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.” (STC EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, 2010)*

A modo de conclusión podemos señalar que el Tribunal Constitucional asume la tesis de que la prueba ilícita es un derecho fundamental, de contenido implícito ya que no se encuentra regulada categóricamente en la Constitución; así con la sentencia comentada “no solo ha establecido que la prueba ilícita es un derecho, sino que además es un derecho con raigambre constitucional”.(Castillo Gutierrez, 2014, pág. 52)

## **2.4. CLASES DE PRUEBA ILÍCITA**

Son muchas las clasificaciones de la prueba ilícita que la doctrina viene elaborando, sin embargo creemos que el criterio de clasificación empleado por Miranda Estrampes resulta más pragmático y adecuado a fines didácticos, siendo ello se utilizaran dos criterios: “el prime criterio atiende al momento en que se produce la ilicitud (temporal o cronológico) y el segundo a la causa que motiva dicha ilicitud (criterio causal o material)”. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 26)

### **2.4.1. Momento de Producción de la Ilicitud.**

En cuanto a este criterio debemos tener en cuenta si la ilicitud se produce fuera del proceso, ya sea en las diligencias preliminares y/o en la investigación preparatoria formalizada; o dentro del proceso propiamente dicho (juzgamiento o juicio oral), con lo cual se puede distinguir entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal.

Siguiendo esta clasificación tenemos que la ilicitud se produce en dos momentos distintos: “en el momento de la obtención de las fuentes de prueba y en el momento de la incorporación de dichas fuentes al proceso. Esta clasificación corresponde, a su vez a la distinción “carneluttiana” entre fuente y medio de prueba”. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 29)

#### **2.4.1.1. La Ilicitud Extraprocésal:**

Podemos decir que es aquella que se produce en la etapa de investigación preparatoria (diligencias preliminares y/o en la investigación preparatoria formalizada), es decir en el momento de la obtención de fuentes de prueba; esto afecta, por tanto, “a la labor de investigación de los hechos, es decir a la búsqueda, acopio y obtención de las fuentes de prueba” (Miranda Estrampes, 2004, pág. 27).

En este momento ha surgido discrepancia doctrinaria, sobre la admisibilidad o exclusión de la prueba, en cuanto, a si la ilicitud ha sido cometido por un funcionario público o por un particular. A este respecto diríamos que carece de importancia la distinción de la persona que haya cometido la ilicitud, ya que la Constitución consagra a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo del Estado, por lo cual

el respeto a los derechos fundamentales debe ser realizado por cada integrante de la sociedad; en este mismo orden de ideas el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 114/1984 prescribió “la nulidad radical de todo acto **-público o en su caso privado-** violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas por la constitución” (Castillo Alva J. , 2012, pág. 337).

#### **2.4.1.2. La ilicitud intraprocesal**

Es aquella ocurrida durante el proceso propiamente dicho (juicio oral), y que afecta un acto procesal de la prueba, como a la proposición, admisión y práctica de la prueba, ejemplo típico de esta es la realización del interrogatorio a un testigo, el cual se encuentra sometido a coacción, o cuando, se interroga como testigo a un familiar directo del acusado sin antes señalarle que también goza del derecho a la no autoincriminación.

### **2.5. CAUSAS DE ILICITUD**

Atendiendo a las causas que originan la ilicitud César San Martín, tomando como base a la sentencia del BGH del Tribunal Alemán, de 14 de junio de 1960, señala las siguientes (San Martín Castro, 2006, pág. 878):

### **2.5.1. Prohibición de temas probatorios**

Existen determinados temas que por su naturaleza no pueden ser objeto de prueba, ejemplo clásico de estos son los secretos de Estado, los sometidos al secreto profesional, aquellas vinculadas al derecho a las creencias religiosas, políticas, filosóficas.

### **2.5.2. Prohibición de medios probatorios**

Determinados medios de prueba no pueden ser objeto de la práctica de la prueba, ejemplo de esto, es el de la testifical del testigo-pariente, sin advertírsele de su derecho a no declarar.

### **2.5.3. Prohibición de métodos probatorios**

Determinados métodos de prueba no pueden ser empleados, ejemplo de esto, el uso del denominado “suero de la verdad” o el uso del polígrafo ya que son mecanismos que limiten la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado, asimismo, podemos señalar a declarar bajo tortura o amenazas.

#### **2.5.4. Prohibición probatorias relativas**

La prueba solo puede ordenarse o realizarse por determinadas personas. Un supuesto típico es el de la intervención telefónica sin mandato judicial.

### **2.6. LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA**

#### **2.6.1. El Efecto Reflejo de la Prueba Ilícita**

Los efectos reflejos de la prueba ilícita también denominada pruebas ilícitas por derivación, es aquella prueba en si misma licita pero su génesis se debe a otra que ha sido obtenida de manera ilícita, es decir vulnerando derechos fundamentales.

Al respecto, Pablo Talavera la define como:

*“Aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida. Es el caso, por ejemplo, de la confesión arrancada mediante tortura, en que el acusado indica dónde se encuentra el producto del delito, que viene a ser regularmente incautado. O el caso de interceptación telefónica clandestina, por medio de la cual la policía descubre un testimonio de hecho que, en declaración regularmente prestada, incrimina al acusado”.*  
(Talavera Elguera , 2009, pág. 153)

El efecto reflejo de la prueba ilícita tuvo su origen en Estados Unidos bajo la denominada doctrina del “fruto del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree, o, fruit doctrine*). Cuyo origen se remonta al año de 1920 en el caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, en el cual se entregó documentación, cuya existencia había sido descubierta mediante un allanamiento ilegal realizado por la policía. Sin embargo la expresión “fruto del árbol envenenado” fue utilizada como tal por vez primera en el caso denominado *Nardone V. United States*, en el cual el tribunal resolvió que no solo debía excluirse como prueba “en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin mandato judicial, sino igualmente a otras evidencias a las que se hubiere llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones” (Talavera Elguera , 2009, pág. 153).

Siendo ello, la doctrina del “fruto del árbol envenenado” sostiene que no solo debe excluirse la prueba obtenida ilícitamente, sino también, aquellas pruebas que se deriven de esta; así, Luciano Castillo, citando a Jairo Parra Quijano sostiene que:

*“Restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas”. Para acreditarse la inutilización de la prueba derivada, tiene que acreditarse que efectivamente existe una relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la prueba derivada”. (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 53)*

Al hablar sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, debemos recordar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español STC N° 114/1984, la misma que estableció que la prohibición de la prueba ilícitamente deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, tesis con la cual estamos de acuerdo, ya que la ilicitud de la prueba radica en la lesión de los derechos fundamentales y por ende a la dignidad de la persona. En definitiva, en sus inicios la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del Derecho a un proceso con todas las garantías (Miranda Estrampes, 2010, pág. 6).

En nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional dejó sentadas las bases y generó un desarrollo jurisprudencial en cuanto a la regla de la exclusión de prueba, al emitir la sentencia en el expediente N° 1058-2004-AA/TC -Caso Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST SA (proceso de amparo cuyo tema de fondo era de carácter laboral ya que se trató de un despido arbitrario)-, en dicha sentencia estableció “que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona, y por lo tanto, carece de efectos legales” (Castro Trigoso, 2012, pág. 14).

## 2.6.2. Prohibición de Admisión y Valoración de la Prueba Ilícita

Las pruebas son ilícita cuando han sido obtenidas y/o practicadas con vulneración de los derechos fundamentales, como consecuencia de ello estas acarrear su inutilizabilidad procesal, esto es, la prohibición de su admisión así como de su valoración por el juzgador.

Siguiendo a Miranda Estrampes debemos señalar que el control sobre la admisión y/o valoración de la prueba ilícita debe ser realizada en cada etapa del proceso penal, así tenemos que:

*“Corresponde al juez de garantías o juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de infundada desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes. Un adecuado control de la licitud de la prueba en sede de instrucción o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita.*

*No obstante, el hecho de que una prueba ilícita hubiera superado el filtro de admisibilidad, no es obstáculo para negarle todo valor probatorio. En otras palabras, si la prueba ilícita se incorporó al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del Tribunal sentenciador quien no podrá fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas”. (Miranda Estrampes, 2010, pág. 8)*

### **2.6.3. Excepciones a la Regla de la Exclusión de la Prueba Ilícita**

Es preciso mencionar que la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, esto debido al incremento de impunidad generada, cuya consecuencia directa es acrecentar la desconfianza en el sistema judicial; asimismo debemos tener presente, que al hablar de excepción a la regla de exclusión estaríamos hablando por un lado de la afectación al derecho fundamental a la exclusión de la prueba ilícita y por otro la exigencia de seguridad por parte de la población.

En el presente acápite, hablaremos brevemente sobre las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, sin embargo es preciso señalar que la jurisprudencia Norteamérica es quien más ha desarrollado sobre el tema, siendo las principales las siguientes:

#### **2.6.3.1. Fuente independiente**

La excepción de la fuente independiente, o también denominada *independent source* por la jurisprudencia norteamericana, funciona cuando al acto ilegal o a sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios que no tienen conexión con la violación al derecho fundamental. Es decir que, aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a

sus consecuencias por vías legales independientes (Talavera Elguera , 2009, pág. 155).

A este respecto Luciano Castillo manifiesta que:

*En realidad la fuente independiente se fundamenta en la existencia de dos o más caminos de investigación y resulta que se considera fuente independiente aquella que no ha seguido el camino de la fuente considerada ilícita sino una alternativa. Por ejemplo, tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en donde escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración. Sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarla. (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 56)*

Es preciso señalar que, conforme ha establecido La Corte Suprema argentina, No es suficiente para aceptar la fuente independiente que,

*“A través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente, que habría llevado inevitablemente al mismo resultado”. (Talavera Elguera , 2009, pág. 156)*

Con relación a esta excepción, un sector de la doctrina considera que no nos encontramos ante una verdadera excepción debido a

que, no existe una relación de causalidad entre la prueba considerada ilícita y la derivada o refleja.

### 2.6.3.2. Descubrimiento inevitable

Conforme a esta excepción, el descubrimiento inevitable se produce cuando la prueba obtenida ilícitamente, debido a ciertas características, llega a ser descubierta posteriormente de todas maneras; esta excepción también recogida en la jurisprudencia norteamericana con la denominación de *inevitable discovery doctrine*, fue utilizada por vez primera en 1984 en el caso *Nix v. Williams*;

Al respecto Pablo Talavera explica sobre esta excepción que:

*“Se aplica cuando la actividad ilícita (ejemplo: allanamiento domiciliario sin orden judicial) y sus consecuencias (incautación de drogas) se hubieran conocido por otros caminos que en el futuro, indefectiblemente, se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho (ejemplo: persona que presencié el ingreso de la droga al domicilio y estaba dispuesta a denunciarlo)”. (Talavera Elguera , 2009, pág. 156)*

A manera de ejemplo mencionaremos es el caso *Nix v. Williams*, 467 US 431(1984), por el cual:

*“Se admitió como prueba en contra del procesado un cadáver a cuya localización la policía llegó violando el*

*derecho de aquél a no ser interrogado en ausencia de su abogado defensor. Durante el juicio, la Fiscalía probó que al momento de obtenerse la declaración inválida, la zona donde se hallaba el cadáver estaba siendo rastreada por gran cantidad de agentes policiales y colaboradores. La Suprema Corte norteamericana sostuvo entonces que el descubrimiento de esa prueba era inevitable y que, por lo tanto, no existía entre la ilegalidad policial y la prueba un nexo de entidad suficiente como para justificar su exclusión”. (Talavera Elguera , 2009, pág. 156)*

### **2.6.3.3. Testimonios dotados de voluntad autónoma**

Conforme a esta excepción, las pruebas que provienen de las personas a través de sus dichos por hallarse estas dotadas de voluntad autónoma, admiten mayor posibilidad de atenuación de la regla (Talavera Elguera , 2009, pág. 157). Así a manera de ejemplo, en el caso *Ceccolini v. United States* (1978):

*“Un oficial de policía había llevado a cabo el registro de un comercio sin orden judicial previa, secuestrando ciertos sobres que halló en un mostrador. En uno de los sobres había evidencias de la realización de pruebas ilegales. El policía preguntó al empleado del comercio a quién pertenecía el sobre en cuestión. El empleado suministró el nombre del acusado, quien era un cliente del referido comercio. Durante el proceso el acusado buscó la supresión, como prueba, tanto del sobre conteniendo la documentación incriminatoria como del testimonio del empleado del comercio. La Corte estadounidense, en votación dividida, consideró al testimonio del empleado como una prueba válida para justificar por qué se aceptaba la exclusión del sobre, pero no la de la declaración del empleado”. (Talavera Elguera , 2009, pág. 157)*

#### **2.6.3.4. Excepción de buena fe**

Se aplica esta excepción a la regla de exclusión, cuando la prueba obtenida de manera ilícita supone la existencia de un error al creer el agente que ha actuado conforme a derecho y dentro de la ley, dicho error puede generarse debido a la deficiencia o ambigüedad de la Ley, o en base a una orden judicial incorrecta o nula.

En este entendido, Pablo Talavera, apunta que “el fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a derecho” (Talavera Elguera , 2009, pág. 158).

Es importante señalar que esta excepción ha sido recogida por la jurisprudencia nacional, así en el acuerdo 2 del tema 3 –la prueba ilícita y la prueba prohibida- de los acuerdos plenarios de los vocales superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004, se acordó:

*“Segundo.- Por mayoría: Admitir la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios*

*policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe. (Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida., 2004)”*

#### **2.6.3.5. La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado**

Esta excepción tuvo su origen en la jurisprudencia americana en el caso *Walder v. US* (1954), la misma que señala que se puede admitir la prueba ilícita siempre y cuando sea utilizado para desvirtuar las declaraciones del imputado, pero en ningún sentido puede ser utilizada para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. Esta excepción al igual que la Buena fe también ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia en el acuerdo 6 del tema 3 – la prueba ilícita y la prueba prohibida- de los acuerdos plenarios de los vocales superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004, se acordó:

*“Sexto.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado”. (Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida., 2004)*

### 2.6.3.6. Teoría del Riesgo

Esta excepción de origen Alemán, se gestó como producto de las intervenciones a las comunicaciones. Así Sánchez Córdova, señala que “lo que dice esta teoría es que la prueba obtenida no lesiona derechos fundamentales, toda vez que no hay una afectación importante al derecho a las comunicaciones por ser un acto que realiza un participante de la comunicación” (Sánchez Cordova, 2009, pág. 134).

En estos casos, el emite de la comunicación no puede alegar una violación a su derecho fundamental a la intimidad, por cuanto el interlocutor posee la titularidad del derecho a las comunicaciones, siendo ello el emite asume el riesgo de confiar una actividad prohibida a su interlocutor.

En nuestra jurisprudencia esta teoría tuvo un fecundo desarrollo debido al caso conocido como los Vladivideos, así, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, citada por Luciano Castillo, ha señalado al respecto en el expediente N° 21-2001 –caso miembro del Tribunal Constitucional-, que:

*“La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres (...). Por lo que es él y no al Estado al que corresponde asumir tal*

*indefensión, bajo el principio doctrinario del vinere contra factum proprium (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado. (...) deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad (to right of the privacy)". (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 65)*

#### **2.6.3.7. Doctrina de la Ponderación de intereses**

En cuanto a esta excepción, nuestra jurisprudencia ha señalado, en el considerando VIII del tema 3 –la prueba ilícita y la prueba prohibida- de los acuerdos plenarios de los vocales superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004, lo siguiente:

*“Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El balancing test es la adaptación estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en “hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen.” (Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida., 2004)*

Con respecto a la aplicación de la excepción de la ponderación de intereses, es necesario recalcar que, el Código Procesal

Penal en el inciso segundo del artículos VIII del título preliminar<sup>5</sup>, y en su artículo 159<sup>6</sup> se ha decantado por reconocer la concepción restrictiva de la prueba ilícita, es decir que al momento de la obtención, admisión y práctica de elementos probatorios, se haya realizado con vulneración de algún derecho fundamental, esta debe ser excluida ya que existe un conflicto de derechos constitucional; sin embargo, es preciso resaltar que conforme a la norma procesal penal la prueba prohibida debe vulnerar el **contenido esencial** de los derechos fundamentales de la persona, para ser considerada como tal, y como consecuencia ser excluida del acervo probatorio.

En este entendido, Hamilton Castro señala que:

*“(...) no toda vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas puede dar lugar a la prohibición de su utilización o valoración. Esta afirmación nos conduce también a la necesidad de definir qué debe entenderse por contenido esencial de los derechos fundamentales. Así, de conformidad con el Tribunal Constitucional, debe entenderse como tal a “aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierde su naturaleza y entidad”. (Castro Trigoso, 2012, pág. 19)*

---

<sup>5</sup> “Artículo VIII. Legitimidad de la prueba

(...)

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del **Contenido esencial** de los derechos fundamentales de la persona.

(...)”.

<sup>6</sup> “Artículo 159. utilización de la prueba

1. el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del Contenido **esencial** de los derechos fundamentales de la persona. (...)”.

Ese núcleo mínimo o duro que es el contenido esencial de los derechos fundamentales, no solo es indisponible para el legislador, sino, que por el carácter objetivo de los derechos fundamentales, estos deben ser respetados y protegidos por el Estado, así como por cada uno de los integrantes de la sociedad.

Por otro lado, debemos tener presente lo señalado por Robert Alexy (citado por Hamilton Castro), en cuanto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

*“El llamado contenido esencial de los derechos fundamentales es un concepto elaborado por la doctrina alemana a partir del artículo 19.2 de su Constitución que prescribe que “en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”. De acuerdo con lo expuesto por Alexy, se distingue, al respecto una teoría relativa y otra absoluta. Según la primera, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Según la segunda, cada derecho fundamental tiene un núcleo que, en ningún caso puede ser afectado. Dentro del marco de la teoría relativa, según enseña Alexy, las restricciones que respeten el principio de ponderación “no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad.” (Castro Trigos, 2012, pág. 20)*

A manera de conclusión, diremos que la teoría de la ponderación de intereses, debe ser utilizada como un filtro ante la eventualidad de encontramos ante conflicto entre derechos fundamentales.

#### **2.6.4. Momento de Exclusión de la Prueba Ilícita**

El fundamento jurídico 17 del acuerdo plenario N° 04-2010/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del año 2010, ha establecido que a través de la audiencia de tutela de derechos se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente, que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocidos en el artículo 71° del NCPP; es decir, el acuerdo plenario a determinado que el imputado puede solicitar desde la etapa de investigación preparatoria la exclusión de los medios de convicción que hayan vulnerado los derechos del imputado, ya que es aquí en donde a partir de los actos de investigación realizados se puede sustentar una acusación.

Es preciso señalar que la exclusión no solamente puede ser solicitada en la etapa de investigación preparatoria, sino también, que se pueden cuestionar los medios de convicción en la etapa intermedia pues esta es una etapa de saneamiento que tiene por finalidad eliminar los vicios o defecto procesal que afecte a la eficacia de lo actuado y que haga imposible la realización del juicio oral, es predominante la doctrina que sostiene que

*“la etapa intermedia es la fase estelar, para declarar la exclusión de la prueba que se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, precisándose que el artículo 351° del NCPP establece como momento propicio para discutir sobre la*

*pertinencia de prueba en la denominada audiencia preliminar, abriéndose la puerta para debatir sobre la ilicitud de la prueba”. (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 141)*

Ahora bien, a pesar de que la etapa intermedia sirva de filtro a la etapa de enjuiciamiento, es posible encontrar en este estadio actuaciones que resulten ilícitas por vulnerar derechos fundamentales, así por ejemplo, cuando se da la declaración de un testigo sin previamente comunicarle que por el grado de parentesco con el imputado no está obligado a declarar, se podrá solicitar la exclusión del acervo probatorio debido a su ilicitud, siendo ello, sí la ilicitud resulta evidente el juez deberá resolver el pedido de exclusión de inmediato, pero si la apreciación decae en compleja se podrá reservar para ser resuelta con la sentencia.

Por último, un sector mayoritario de la doctrina considera que la inutilización de la prueba ilícita debe producirse en la sentencia, es decir, el juez toma la decisión en el momento deliberativo y lo declara en el fallo; dicha postura toma como base que “La finalidad de excluir la prueba en la sentencia como último tramo, obedece a que descartar como ilícitas a ciertas fuentes de prueba en las etapas iniciales del proceso, perjudica a la investigación, a la consolidación de la *notitia criminis*, creando un manto de impunidad”. (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 144)

### III. PRUEBA IRREGULAR

#### 3.1. NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA IRREGULAR

Al tratar el tema de la prueba irregular nos encontramos tal vez con uno de los temas que más controversia ha generado y sobre el cual poco se ha dicho o debatido, más aún, si el Código Procesal Penal por vez primera ha regulado de forma expresa a la prueba ilícita (limitándose a su concepción restrictiva) y a sus consecuencias, lo cual creemos que ha sido un gran desarrollo en el sistema procesal; sin embargo, también creemos que por otro lado se ha cometido una grave omisión al no regular la figura de la prueba irregular y su tratamiento, debido a que, como veremos al final de la presente investigación, se está aplicando indebidamente esta figura procesal consecuencia de ello se está generando una indebida investigación lo cual ha producido un incremento en la impunidad de delitos que afectan gravemente a la sociedad.

Habiendo señalado ya en el capítulo anterior que, la concepción amplia sobre la prueba ilícita apunta que:

*(...) Partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la ideas de violación de la norma o contrario a Derecho, define la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no) (...)*". (Miranda Estrampes, 2004, pág. 18)

Es decir, esta concepción considera a la prueba ilícita como aquella cuya obtención y valoración, no solamente ha vulnerado algún derecho fundamental, sino también, ha lesionado o infringido una norma de carácter legal; a partir de ello se ha incubado la idea de la prueba irregular, como una modalidad de la prueba ilícita.

*Uno de los niveles de la denominada prueba ilícita o prohibida, la cual pese a no violar directamente derechos fundamentales en su obtención o incorporación, puede tener los mismos efectos que la prueba prohibida o ilícita –la exclusión de la prueba-, cuando la ilegalidad observada en la prueba irregular no es convalidada o el acto no es susceptible de rehacerse (Castillo Gutierrez, 2014, pág. 111).*

La prueba irregular como veremos más adelante ha desarrollado gran controversia, sobre todo en cuanto a su admisibilidad al proceso penal, así encontramos opiniones doctrinales divididas entre aquellos que pregonan que deben recibir el mismo tratamiento que la prueba ilícita y por ello ser excluidas del proceso, por otro lado, opiniones a favor de su admisibilidad y eficacia, e incluso se han desarrollado posturas eclécticas.

### **3.1.1. Definición**

La prueba irregular, también denominada ilegal, defectuosa o incompleta, conforme al considerando II del tema 3 –la prueba ilícita y la prueba prohibida- de los acuerdos plenarios de los vocales superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004, puede ser definida como aquella obtenida o practicada con inobservancia o vulneración de una norma de

rango legal, o infringiendo un procedimiento establecido en la ley. En este sentido, Miranda Estrampes la define como: “Aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales” (Miranda Estrampes, 2010, pág. 3).

De igual parecer Pablo Talavera, señala que:

*La prueba es ilegal o irregular toda vez que su obtención configure violación de normas legales o principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida. (Talavera Elguera , 2009, pág. 151)*

Así podemos afirmar que, Lo que caracteriza a la prueba irregular es que, esta ha sido obtenida y/o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales. (Hernández Mirandez, 2012, pág. 38).

### **3.1.2. La Regulación de la Prueba Irregular en el Sistema Procesal Penal Peruano.**

Conforme lo mencionado anteriormente, el Código Procesal Penal, ha regulado a la prueba ilícita en un sentido restringido, específicamente

en el inciso segundo del artículos VIII del título preliminar, y en su artículo 159°; sin embargo, no sucede lo mismo con la prueba irregular lo que ha generado un desconocimiento de los alcances, así como de las consecuencias jurídicas. El Dr. Enrique Davalos, manifiesta que no existe pues, en nuestro Código Procesal Penal, un tratamiento ordenado y sistematizado de la prueba irregular; “ni siquiera existe un artículo donde se la mencione como tal, aunque la mención del *nomem iuris* a veces no es necesaria cuando a partir de la prescripción legal respectiva, podemos afirmar que en determinado artículo de una ley se ha regulado determinada institución jurídica”. (Dávalos Gil, 2014)

Es preciso señalar que existen opiniones que señalan que dicha regulación carecería de finalidad, toda vez que, al no estar regulada explícitamente la prueba irregular en el Código Procesal Penal, debe de incluirse dentro de la concepción de prueba ilícita aplicándose el mismo tratamiento jurídico, puesto que la prueba irregular es una modalidad de prueba ilícita; en contraposición a esta opinión, podemos señalar que el Código ha establecido taxativamente, en los artículos ya mencionados, que la prueba carece de efectos siempre que se haya vulnerado derechos fundamentales con lo cual ha dejado zanjada su postura con relación a la concepción restrictiva.

En este entendido, podemos señalar que si bien la regulación de la prueba irregular correspondería al legislativo, es necesario un desarrollo

jurisprudencial sobre el tema que ayude a definir el tratamiento de la prueba irregular en el proceso penal.

### **3.2. EL PROBLEMA SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y EFICACIA DE LA PRUEBA IRREGULAR**

Como apuntamos en el introito de este capítulo, el tema de la admisibilidad de la prueba irregular ha generado marcadas posturas bien definidas en la doctrina, sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular siendo las principales las siguientes.

#### **3.2.1. A favor de la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular**

Esta postura se fundamenta principalmente en que el Código Procesal Penal, únicamente ha señalado que carecen de efecto legal y no podrán ser utilizadas las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales, por lo que, “*a sensu contrario*, deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que aun no ajustándose en cuanto a su obtención o producción a la legalidad ordinaria, no vulneran derechos” (Miranda Estrampes, 2004, pág. 67).

Así, los partidarios de esta postura<sup>7</sup> sostienen que la solución del problema sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular, debe ser resuelta conforme a teoría de la posición preferente de los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos debe prevalecer, así

*Desde una perspectiva, la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita debe quedar limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales. Si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar tales derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos. Se admite, por tanto, la validez y eficacia de la prueba incorporada al proceso de forma irregular o ilegal sin vulneración de derechos fundamentales. Solo la vulneración de tales derechos convierte en inadmisibile una prueba. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 67)*

### **3.2.2. En contra de la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular**

En contraposición a la postura señalada anteriormente, un sector de la doctrina sostiene que limitar la admisibilidad y eficacia de la prueba ilícita a aquellas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, es asumir una concepción demasiado restrictiva; más aún, si como se ha señalado, la naturaleza del derecho a la prueba es de rango constitucional por encontrarse dentro del derecho fundamental al debido proceso, de lo cual se desprende que la constitución implícitamente considera a la “prueba lega”, es decir a aquella obtenida y practicar conforme a las normas de garantía legalmente establecidas.

---

<sup>7</sup> Los más representativos de esta postura son J. Montero Aroca, A. De La Oliva Santos, V. Gimeno Sendra, J.L. Albacar López.

En este sentido J. López Barja de Quiroga, sostiene que es indiferente si la vulneración se ha producido sobre un derecho fundamental o si se ha producido sobre una norma de rango inferior, ya que la Constitución (en este caso en el inciso 2 del artículo 24<sup>8</sup> de la Constitución española) sostiene que todos tienen derecho a que el juez utilice los medios de prueba pertinentes para su defensa, siendo ello, como se podría considerar como “pertinente” a un medio de prueba que ha vulnerado alguna norma del ordenamiento jurídico. Asimismo, señala que el artículo citado otorga rango constitucional a un proceso con todas las garantías, lo cual no sería posible si se permite a las partes la introducción de pruebas que se obtuvieron infringiendo una norma del ordenamiento jurídico. Por otro lado manifiesta que,

*“(…) ya no se trata de negarle eficacia a la prueba porque ha sido obtenida violentando un derecho fundamental, sin perjuicio de que esto ocurre por sí mismo, sin necesidad de recurrir a otro parámetro, sino que ha de negársele eficacia –también- porque el derecho a un proceso con todas las garantías así lo exige, y esto ya es independiente del derecho violado en el momento de la obtención de la prueba”. (López Barja de Quiroga, 1989, pág. 141)*

---

<sup>8</sup> Artículo 24°

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, **a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa**, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

### **3.2.3. La prueba irregular y la nulidad procesal**

Sánchez Córdova apunta que la nulidad es una sanción o medio de impugnación, que se da cuando un acto procesal no ha cumplido con la forma debida. Asimismo, citando al maestro Alberto Binder, señala que, “La nulidad o –como modernamente se llama- la ineficacia procesal es una consecuencia de la actividad procesal irregular, para esto aquella tiene que ser declarada por el juez, siendo la inmediata consecuencia la anulación de los efectos del acto viciado”. (Sánchez Córdova, 2012)

Para algunos autores, los supuestos de pruebas irregulares deben ser reconducidos al ámbito de aplicación de la nulidad de lo actuado cuando se “haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la ley, o cuando se hayan infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa” (Miranda Estrampes, 2004, pág. 71), es decir se haya producido la indefensión. Sin embargo, creemos que no resulta necesario, ni correcto acudir a la sanción de nulidad cuando con la prueba irregular se ha causado indefensión, toda vez que ya se estaría vulnerando un derecho fundamental “el derecho de defensa”, siendo aplicable la exclusión toda vez que esta entra en la esfera de la prueba ilícita.

Por otro lado la norma procesal manifiesta que será declara la nulidad absoluta cuando se ha afectado la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución<sup>9</sup>, por lo que, de igual modo estaríamos en el ámbito de la prueba ilícita, mas no prueba irregular.

#### **3.2.4. El principio de proporcionalidad y la prueba irregular**

Reynaldo Bustamante Alarcón ha manifestado que a fin de que el proceso cumpla su finalidad es necesario una flexibilización de las formalidades procesales y la eliminación del ritualismo, así señala:

*“Una de las consecuencias de la humanización del proceso, que constituye un imperativo del valor justicia, y por ende, del derecho a un proceso justo, consiste en la exigencia de flexibilizar las formalidades procesales atendiendo más a los fines que con ella se persigue, aunque sean alcanzados de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas. También lo es la obligación de eliminar todo ritualismos o formulismo, es decir, toda formalidad desproporcionada o irrazonable, (...) con el propósito de evitar que el proceso o procedimiento se convierta en un mero formalismo, carente de vitalidad.” (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 54)*

De igual manera González-Cuéllar Serrano, citado Miranda Estrampes, opina que,

---

<sup>9</sup> Artículo 150 Nulidad absoluta.- No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes procesales que requieran su intervención obligatoria (...)

d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

*(...) Puede resultar un tanto excesivo concluir que toda infracción de las normas procesales determina una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en cuanto daría lugar a una constitucionalidad de los formalismos, aunque por otro lado, continua diciendo, puede resultar demasiado restrictivo considerar que sólo la valoración de una prueba obtenida o practicada con lesión de un derecho fundamental afecta a los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes” (Miranda Estrampes, 2004, pág. 70).*

De esta manera el citado autor, siguiendo la teoría alemana de la ponderación, apunta que en supuestos en los que no hay lesión a un derecho fundamental, sino en los que se vulnera exclusivamente normas de rango ordinario, deberá ponderarse la trascendencia de la infracción procesal, atendiendo a los intereses en conflicto. Por cual este autor afirma:

*“atender a los intereses involucrados en el caso concreto significa aceptar que en muchas ocasiones el desconocimiento de los formalismos procesales no con lleva la imposibilidad de la valoración de la prueba, si en tales supuestos la infracción legal no supone vulneración del derecho “a un proceso con todas las garantías” o del derecho a la igualdad de las partes”. (Miranda Estrampes, 2004, pág. 70)*

En base a esta afirmación el autor deja abierta la pregunta ¿en qué supuestos la valoración de la prueba constituye una infracción al derecho a un proceso con todas las garantías, debiéndose considerar prueba ilícita?, pregunta cuya respuesta es que se deberá, según las circunstancias del caso concreto analizar los intereses bajo el test de proporcionalidad o ponderación.

### 3.2.4.1. El principio de proporcionalidad o ponderación

El principio de ponderación o proporcionalidad fue aplicada por vez primera en el caso *LÜTH* por el Tribunal Constitucional alemán, asimismo, dicho principio ha sido desarrollado y aplicado por nuestro tribunal constitucional en varias sentencias<sup>10</sup>.

Al referirnos al test de ponderación, debemos tener presente lo señalado por Robert Alexey, quien apunta que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales presentan la estructura de principios, así “Las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio”. (Burga Coronel, 2015, pág. 3)

Según señala Robert Alexey, es posible que los derechos fundamentales colisionen entre sí, en este caso “cuando dos principios entran en colisión (...), uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al

---

<sup>10</sup> Ver: STC N.º 0045-2004-PI/TC, STC N.º 0048-2004-PI/TC, STC N.º 0010-2002-AI/TC, STC. N.º 01803-2004-AA/TC

principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro". (Robert, 1993, pág. 89)

De igual manera, y conforme manifestamos precedentemente los derechos fundamentales no son ilimitados, ni absolutos, lo que genera que en su aplicación constantemente entren en conflicto con otros derechos fundamentales, siendo ello Benji Espinoza, a modo de ejemplo plantea lo siguiente:

*“¿Si los derechos son limitables cómo se resuelven los conflictos que genera su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales? Las antinomias se suelen resolver bajo criterios formales: el jerárquico –ley superior deroga a la inferior-, el de competencia –la norma competente para disciplinar una materia desplaza a la no competente –y el cronológico –ley posterior deroga la anterior-. Pero también existen criterios sustanciales como el de especialidad –ley especial prevalece sobre la general-, el de excepcionalidad –ley excepcional sobre la común-, así como el criterio axiológico. El principio de proporcionalidad vendría a ser un criterio sustancial de tipo axiológico que sirve para determinar la prevalencia desde el punto de vista ético-normativo. Así, el mérito del principio de proporcionalidad es el de constituir un procedimiento racional, y no intuitivo, porque supone un proceso de identificación, valoración y comparación de intereses contrarios”. (Espinoza Ramos , 2012, pág. 469)*

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la línea de la doctrina alemana, ha establecido en el considerando 65 de la sentencia N.º 0048-2004-PI/TC, que el principio de ponderación se

realiza a través tres subprincipios: i) subprincipio de idoneidad o de adecuación; ii) subprincipio de necesidad; y iii) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Así también ha definido los subprincipios de la siguiente manera.

*“1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este Subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.*

*2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.*

*3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.” (STC N.º 0048-2004-PI/TC, 2005)*

## IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 368-D° DEL CÓDIGO PENAL

### 4.1. INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 368-D°

#### 4.1.1. Antecedentes

En el art. 368-D° del código penal se ha regulado el delito de Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios. Dicho delito fue incorporado al catálogo penal mediante Ley N° 29867, publicado en el diario “El Peruano” el 22 de mayo de 2012 entrando en vigencia a los 60 días posteriores a su publicación conforme a su tercera disposición final, cuyo texto normativo es el siguiente:

*“Art. 368-D.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios:*

*La persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, que posea o porte un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.*

*Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.*

*Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.”*

Conforme al proyecto ley 289/211-CR, en un primer momento se planteó tipificar el delito de posesión de armas de fuego, municiones, artefactos explosivos y teléfono celular o fijo en los establecimientos penitenciarios; como una modalidad de tenencia ilegal de armas, para lo cual se propone incorporar el art. 279-G° al Código Penal. Conforme se señala en el dictamen de la comisión de Justicia y Derechos Humanos sobre el proyecto Ley mencionado, el fundamento de esta iniciativa es que:

*“(...) Existe un vacío legal como parte de la evolución de la actividad delictiva desde las prisiones donde se planifican, dirigen y se ejecutan delitos, utilizando para ello, armas, municiones, artefactos explosivos, además de contar con celulares y teléfonos fijos como medio de comunicación. Estos comportamientos no están tipificados en el código penal.*

*Además, el proyecto ley señala que la única diferencia entre el artículo 279° (tenencia ilegal de armas de fuego) es el lugar donde los autores o sujetos activos de las conductas prohibida realizan su comportamiento dentro de un establecimiento penitenciario.” (Comisión de justicia y derechos humanos, 2015, pág. 3)*

Posteriormente y en un acertado análisis por parte de la comisión de Justicia y Derechos Humanos sobre el tipo penal que se pretendía incluir, se dejó de lado su incorporación como una forma especial de tenencia ilegal de armas, optando por ubicarla en el Título XVIII – Delitos contra la Administración Pública-, Capítulo I, Sección II –

violencia y resistencia a la autoridad, como el art. 368-D°. Así la comisión señala que el fundamento

*“Se encuentra en el tipo 368° del Código Penal que se refiere a la “resistencia o desobediencia a la autoridad”, que señala “El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones...”. En concordancia, el Código de Ejecución Penal establece en su artículo 21° la existencia de un régimen disciplinario que tiene que ser cumplido obligatoriamente por los internos, con el objeto de mantener la convivencia entre éstos y el orden en los establecimientos penitenciarios y que está a cargo del personal penitenciario integrante del Instituto Nacional Penitenciario, que imparte las decisiones pertinentes al interior de los centros de detención o reclusión y que son de imperativo cumplimiento de los internos”. (Comisión de justicia y derechos humanos, 2015, pág. 12)*

Debemos señalar que la incorporación de este tipo penal fortalece la seguridad y el orden interno en los establecimientos penitenciarios, brinda una mayor protección a la integridad del personal que labora en estos centros, así como la integridad de otros internos; sin embargo, el mayor logro es el “mitigar las amenazas a la seguridad ciudadana provenientes de los internos por la modalidad de planificación de actos delictivos, extorsiones, amedrentamientos y demás acciones que ponen en zozobra a la ciudadanía” (Comisión de justicia y derechos humanos, 2015)

Es preciso mencionar que en la presente investigación se avoca exclusivamente al segundo párrafo del tipo penal en comento, toda vez que es la utilización de teléfonos celulares es la que mayor

repercusión genera en la sociedad, pues estas facilitan la comisión de delitos sumamente graves como la extorción y el secuestro.

#### **4.1.2. Análisis del segundo párrafo del art. 368-D° del Código Penal**

En este punto, analizaremos los elementos señalados en el segundo párrafo del delito tipificado en el art. 368-D° del Código Penal:

*“Art. 368-D°.- Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios:*

*(...)*

*Si el agente posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no esté expresamente autorizado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.*

*Si se demuestra que del uso de estos aparatos se cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.”*

En el segundo párrafo del art. 368-D° del Código Penal se han regulado diversos supuestos cuyo objeto delictivo es el teléfono (celular o fijo) y sus accesorios (entendiéndose en estos al cargador, batería, chip, memorias externas, etc) los cuales deben estar prohibidos por la autoridad del Instituto Nacional Penitenciario.

En el segundo párrafo del tipo penal encontramos 04 conductas claramente establecidas, las que identificamos por los verbos rectores poseer, portar, usar y/o traficar, en este caso la acción recae sobre un

teléfono (celular o fijo) y sus accesorios, los mismos que deben estar prohibidos.

Ahora bien, conforme manifiesta Salinas Siccha:

*La tipificación de tales comportamientos como delitos se justifica, por cuanto, en reiteradas ocasiones se ha denunciado que desde los centros penitenciarios se planifican, dirigen y ejecutan diversos delitos, especialmente los de extorsión y secuestro, utilizando para ello la comunicación telefónica para contactar a las víctimas. No resulta descabellado, sino razonable, afirmar que un teléfono celular o fijo, constituye un objeto análogo a un arma, munición o artefacto explosivo. En efecto, en términos reales, resulta idóneo para la comisión de graves delitos contra el patrimonio. No debe obviarse que una llamada telefónica con fines de chantaje, extorsión o secuestro, genera en la víctima mayor temor y alarma al tener conocimiento que se efectúa desde un establecimiento penitenciario. Para la víctima, tal situación se traduce en mayor nivel de vulnerabilidad, riesgo y peligro, y, para el sujeto activo de esta conducta, perspectiva de mayor eficacia y contundencia en su intimidación. Aspectos que sin duda justifican su tipificación como delito autónomo. (Salinas Siccha, 2014, pág. 131)*

En cuanto al sujeto activo, este delito exige una cualidad especial ya que solamente puede ser cometido por persona privada de su libertad que se encuentre en un centro de detención o reclusión.

Conforme apunta Salinas Siccha, los supuestos señalados son de delitos de peligro abstracto. Se trata de delitos de peligro toda vez que no es necesario se ocasione realmente un resultado dañoso para consumarse, basta que el agente materialice los verbos rectores para que el delito este consumado (Salinas Siccha, 2014, pág. 130).

Por otro lado, el tercer párrafo del tipo penal presenta la existencia de una agravante específica la misma que concretiza el principal fundamento de la creación de esta figura delictual, la cual es cometer o intentar cometer un ilícito penal.

#### **4.2. La Incautación de Teléfono celular o fijo y accesorios conforme al segundo párrafo del art. 368-D° del Código Penal**

Conforme a la redacción del segundo párrafo del art. 368-D° del Código Penal el objeto delictivo sobre el que recae la acción es el teléfono celular o fijo y sus accesorios, motivo por el cual es primordial la incautación de dichos objetos.

##### **4.2.1. La Incautación**

la incautación está regulada en nuestro Código Procesal Penal en los artículos 218° al 225°, dentro del capítulo VI, Título III “La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos”, Sección II “La Prueba”, del libro II “La Actividad Procesal”.

El Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116 ha señalado en su punto 7° y siguientes que, la incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –propriadamente, medida instrumental restrictiva

de derechos- (art. 218° al 223° del Nuevo Código Procesal Penal), y como medida de coerción –con una típica función cautelar - (art. 316° al 320° del Nuevo Código Procesal Penal). En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible (V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y transitorias, 2010).

En el primer caso, su función es primordialmente conservativo –de aseguramiento de fuentes de prueba material, y, luego probatoria que ha de realizarse en juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad (V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y transitorias, 2010).

Con respecto a la incautación el Dr. Rubio Azabache, manifiesta que:

*“Se puede entender por medidas de búsqueda de prueba y restricción de derechos a aquellos mecanismos que, mediante la restricción del ejercicio de un derecho constitucional, buscan hallar y asegurar el material probatorio referido a la realización de un delito y a sus presuntos implicados. Es decir, diligencias de averiguación directa de fuentes de información tendientes a la acreditación de las imputaciones e imputados, comportando limitaciones a derechos constitucionales, derivados directamente de la Constitución y sometidos a determinados principios” (Rubio Azabache, 2013, pág. 146).*

Ahora bien, en base a esta distinción tendremos como punto de partida a la incautación como búsqueda de pruebas, siendo ello, la incautación probatoria tiene una finalidad de investigación: “obtener y conservar evidencias o elementos probatorios, para su posterior incorporación en el proceso, de tal manera que pueda sustentarse requerimientos fiscales y justificar tanto decisiones interlocutorias como resoluciones finales, como sentencias” (Yaipen Zapata, 2011, pág. 246).

Para Benavente Chorres se incautan “aquellos elementos materiales o documentales que servirán, principalmente, a la parte acusadora como evidencias que le permitirán acreditar su caso ante los órganos de administración de justicia” (Benavente Chorres, 2010, pág. 21); por su parte Rubio Azabache, señala que, las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no se encaminan, pues a la producción de pruebas, sino a la búsqueda, localización y en su caso, al aseguramiento de las fuentes de prueba (Rubio Azabache, 2013, pág. 146).

## **CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **3.1. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS**

De la investigación realizada en el presente trabajo, hemos detectado que, existe un vacío normativo en cuanto a la figura de la prueba irregular, pues el Código Procesal Penal se ha decantado únicamente por excluir a aquella prueba que es obtenida vulnerando derechos fundamentales, es decir, ha adquirido la postura restrictiva en cuanto la prueba ilícita, en tal sentido, ha dejado abierta la posibilidad de admitir y valorar aquella prueba cuya obtención ha infringido normas procedimentales, por lo cual dichas pruebas irregulares deben ser valoradas, máxime si estas son un punto de partida para la investigación.

Aunado a lo señalado, en cuanto a que la prueba irregular no debe ser excluida del acervo probatorio, toda vez que no existe afectación a derecho fundamental alguno, y a efectos de dar mayor soporte a lo esgrimido, procederemos a aplicar las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, así como, someter al test de ponderación a la prueba obtenida irregularmente, específicamente a la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público.

### **3.1.1. Aplicación de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba irregular, en la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público**

Cuando la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, es realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, amparándose estos en un operativo inopinado, conforme a lo establecido por el artículo 68° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, dicha incautación (entendiéndose esta como actividad probatoria) se encuentra inmersa dentro de la prueba irregular, no así dentro de la prueba ilícita toda vez que no se está afectando derecho fundamental alguno, sino simplemente normas procedimentales.

Siendo ello, la aplicación de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, tienen como finalidad que, cuando concurren en dichas pruebas circunstancias que hagan en estas posibles su admisión y valoración sean tomadas en cuenta dentro del proceso; por lo cual resulta que dichas excepciones a la regla sean más indispensables al

inicio de la investigación, pues en muchos casos estas pruebas constituyen el punto de partida de la investigación.

Siendo ello, en aplicación del argumento “ad maiori ad minus” (el que puede lo más puede lo menos), diríamos que si se permiten excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, con mayor razón se debe aplicar dichas excepciones a la prueba irregular pues no existe afectación alguna de derechos fundamentales, así entonces, tendríamos que la aplicación de dichas excepciones resultaría favorable a fin de iniciar y continuar con la investigación.

#### **3.1.1.1. Sobre la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable**

Conforme a lo manifestado en el acápite correspondiente, debemos recordar que en la excepción del descubrimiento inevitable, se producirá cuando la prueba obtenida irregularmente pudo llegar a ser conocida de todas maneras en un futuro, respetando el procedimiento establecido para la incautación de objetos materia de delitos.

Así diríamos, que es aplicable esta excepción cuando al momento de la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en

establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, por haber sido encontrado dichos objetos en el operativo inopinado; se esté o se haya estado coordinado un operativo opinado, es decir un operativo conjunto con el representante del Ministerio Público, a efectos de detectar la presencia de los objetos que se encuentran prohibidos conforme al segundo párrafo del artículo 368°-D del Código Penal (teléfonos celulares o fijos y sus accesorios).

Siendo ello, y al presentarse las circunstancias descritas precedentemente debemos afirmar que es aplicable la excepción del descubrimiento inevitable, y por lo tanto, se debe admitir y valorar la prueba irregularmente obtenida.

#### **3.1.1.2. Sobre la aplicación de la excepción de Buena Fe**

En cuanto a la aplicación de la excepción de buena fe, debemos señalar que esta excepción en cuanto a la prueba irregular es la de mayor importancia, pues opera cuando, la prueba obtenida de manera irregular supone la existencia de un error al creer el agente que ha actuado conforme a derecho y dentro de la ley, más aun cuando el error es generado debido a la deficiencia o ambigüedad de la ley.

Así tenemos que respecto al problema planteado, el error en el personal penitenciario se produce debido a que el art. 68° del Reglamento del Código de Ejecución Penal ha establecido que,

*Art. 68°. – La autoridad penitenciaria podrá ordenar las revisiones de rutina, por lo menos una vez por semana, en los ambientes que ocupa el interno, las que se realizarán con presencia del director o subdirector, del jefe de seguridad y del personal de tratamiento; éstos participarán como observadores.*

*Terminada la diligencia, se levantará un acta suscrita por las autoridades antes señaladas, donde consten los objetos prohibidos que se hayan encontrado, los mismos que serán puestos a disposición del Ministerio Público, Policía Nacional del Perú u Oficina Regional del Instituto Nacional Penitenciario, según corresponda, dentro de las 24 horas. Asimismo, un ejemplar del acta será entregada al Director de la Oficina Regional.*

De lo que podemos concluir que, el personal autorizado del Instituto Nacional Penitenciario puede realizar inspecciones de rutina, las que comúnmente son denominadas inspecciones inopinadas, dentro de los ambientes que ocupan los internos; autorizándose de esta forma la incautación de los objetos que se encuentran expresamente prohibidos por la autoridad competente, los mismos que serán puestos a disposición del Ministerio Público, de esto último, se puede deducir que dichas diligencias pueden ser realizados sin la presencia del Representante del Ministerio Público e incluso sin la policía.

En el caso de la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, esta excepción resulta aplicable cuando el agente penitenciario realiza dicha incautación amparándose en un error debido que pensaba que su actuar se encontraba amparado en el artículo 68° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, desconociendo que la normatividad procesal establece que la incautación debe ser realizada, únicamente por el representante del ministerio público, o en su defecto por efectivos de la Policía Nacional siempre bajo la dirección del primero.

Siendo ello, al encontrarse inmerso en un error generado por la asistematicidad entre el Reglamento del Código de Ejecución Penal y el Código Procesal Penal, en cuanto a quienes son las personas autorizadas para la realización de la incautación de objetos delictivos dentro de un centro penitenciario, dicha incautación (como actividad probatoria) no debe ser excluida del acervo probatorio ya que personal del INPE creía que obraba conforme a derecho, más aun si no se ha vulnerado derecho fundamental alguno.

### **3.1.2. Aplicación del test de proporcionalidad a efecto de admitir como elemento de convicción a la incautación realizada por el personal del INPE**

Conforme a lo señalado anteriormente, el principio de proporcionalidad se aplica cuando existe una colisión entre dos derechos fundamentales, por el cual la decisión que afecta a un derecho fundamental tiene que ser sometida al test de proporcionalidad, caso contrario estaríamos ante la vulneración arbitraria de un derecho fundamental; en el presente caso, como hemos señalado, en la prueba irregular no existe una vulneración de derechos fundamentales, sino simplemente, normas procedimentales, siendo ello, debe quedar claro que adoptamos la postura restrictiva de la prueba ilícita, aunque, es evidente que la concepción amplia es aquella que favorece al investigado, la misma que incluiría a la prueba irregular dentro de la prueba ilícita y por ende deberá ser excluida.

En este entendido debemos señalar que los derechos en conflicto son por un lado la exclusión de la prueba irregular (vulneración de las formalidades establecidas para el acopio y valoración del material incautado), y por el otro, la protección del bien jurídico tutelado por el artículo 368-Dº del C.P. como es la recta administración de la administración pública, específicamente el cumplimiento de las órdenes

impartidas de no tener teléfonos celulares dentro de un establecimiento penitenciario, así como, la seguridad de la ciudadanía.

A efectos de determinar si la incautación realizada por el personal del INPE, debe o no ser admitida como medio de convicción, procederemos a aplicar el test de proporcionalidad, el mismo que conforme al Tribunal Constitucional está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Expuesto esto procederemos a aplicar el test de proporcionalidad.

#### **3.1.2.1. Subprincipio de Idoneidad o Adecuación**

Este subcriterio consiste en la determinación de la existencia o no de una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto, que se persigue alcanzar con aquel; es así que la admisión de la incautación de teléfono celular o fijo o de los accesorios de estos, realizada por el personal del INPE sin presencia del representante del Ministerio Público, genera la siguiente situación fáctica: permite la formalización de la investigación preparatoria, así como puede fundamentar actos de investigación al interior del proceso penal que se instaure; por otro lado, procura la protección del bien jurídico como es la recta administración

de la administración pública, específicamente el cumplimiento de las órdenes impartidas de no poseer teléfonos celulares dentro de un centro penitenciario; así también, mitigar las amenazas a la seguridad ciudadana provenientes de los internos por la modalidad de planificación de actos delictivos, extorsiones, amedrentamientos y demás acciones que ponen en zozobra a la ciudadanía

Aunado a ello, la constitución Política ha consagrado en el artículo 44° que la protección de la ciudadanía a las amenazas de su seguridad es un deber primordial del Estado. Siendo ello, es de suma importancia respetar la prohibición establecida de no poseer teléfonos dentro de un centro de reclusión más aún si se determina que ciertos delitos son gestados desde un centro penitenciario, lo cual fue la ratio de la incorporación del art. 368-D° del Código penal, específicamente el segundo párrafo, es el ser una medida para frenar el incremento de delitos graves como la extorsión o el secuestro.

Siendo ello, la admisión de la incautación de teléfono celular o fijo o de los accesorios de estos, realizada por el personal del INPE sin presencia del representante del Ministerio

Público obtenida de manera irregular a los actos de investigación resulta idóneo a efectos de evitar la impunidad.

### **3.1.2.2. Subprincipio de necesidad**

En cuanto a este Subprincipio, es preciso determinar que no existan otras medidas alternativas menos gravosas para la exclusión de la prueba irregular, a efectos de alcanzar la finalidad requerida, que es la protección al bien jurídico tutelado, el mismo que es la correcta administración de la administración pública, y la seguridad de la ciudadanía.

Ahora bien, toda vez que estamos hablando de la admisión de la incautación obtenida de manera irregular como acto de investigación, es decir aún en la etapa de investigación preparatoria, resulta conveniente su admisión ya que a raíz de dicha incautación se da la *Notitia criminis*, y más aún, si la incautación es el único elemento de convicción en el que se sustentaría la investigación.

En este sentido, si bien podrían señalar que la incautación ha sido realizada sin seguir el procedimiento establecido en el Código Procesal Penal, y por tanto, no se está respetando el procedimiento establecido, debemos señalar que, no obstante

ello, dichos argumentos no resultan acordes con la realidad ya que es él mismo código se ha limitado a reconocer la exclusión cuando se ha vulnerado un derecho fundamental.

Por otro lado, al no existir alguna medida que sea igual o menos gravosa que la admisión de la prueba irregular, esta ha aprobado satisfactoriamente el Subprincipio de necesidad.

### **3.1.2.3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensus**

En cuanto a este Subprincipio, se exige evaluar la importancia o prevalencia de los intereses en conflicto, es decir, se busca determinar qué derecho es preferido y cual debe ceder, dicho análisis se realiza bajo la denominada “Ley de ponderación”, según la cual: “(...) cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro” (Caso Ley de protección a la economía familiar, 2014).

Este análisis se realizará en tres pasos:

- Primero: se definirá el grado de restricción de la exclusión de la prueba irregular.

- Segundo: luego se definirá el grado de satisfacción del bien jurídico administración pública, y la seguridad de la ciudadanía, a efectos de determinar si la satisfacción del segundo, justifica la restricción al formalismo en la incautación de teléfonos celulares y sus accesorios en centros penitenciarios; la determinación del grado de satisfacción o restricción, serán cuantificables en: leve, media e intensa.
- Tercero: se estimarán los datos obtenidos en el paso anterior a efectos de determinar si el grado de satisfacción del bien jurídico tutelado, justifica la restricción al formalismo en la incautación de teléfonos celulares y sus accesorios en centros penitenciarios.

#### **3.1.2.3.1. Grado de afectación al formalismo en la incautación de teléfonos celulares y sus accesorios en centros penitenciarios**

La admisión de la incautación realizada por el personal del INPE sin la presencia del Representante del Ministerio Público, contiene una afectación a la exclusión de la prueba irregular (concepción amplia de la prueba ilícita). Siendo ello, lo distintivo del derecho afectado, es que la

prueba obtenida vulnerando normas procedimentales debe ser excluida.

En cuanto a la determinación del grado de afectación del derecho a que la incautación sea excluida, no se puede obviar, especialmente en las investigaciones realizadas por la comisión del delito tipificado en el artículo 368-D° del C.P., que dicha incautación es el punto de partida de la notitia criminis y por tanto de la investigación.

Asimismo, y con el propósito de determinar el grado de afectación producido, no podemos dejar de mencionar que existe una norma expresa (Art. 68° del Reglamento del Código de Ejecución Penal), que autoriza la incautación de teléfonos celulares y sus accesorios en centros penitenciarios sin la presencia del representante del ministerio público, lo cual supone una afectación parcial al derecho de exclusión de la prueba irregular.

Por otro lado, las razones que fundamentan la afectación al derecho de exclusión de la prueba irregular, está directamente ligada a la finalidad de la protección de la seguridad de la ciudadanía, pues se ha comprobado que es en los centros penitenciarios, donde se orquestan

delitos sumamente graves como el secuestro y la extorsión.

Lo señalado precedentemente, da una visión clara y precisa que el grado de afectación del derecho a la exclusión de la prueba irregular es leve, máxime si no existe vulneración a derechos fundamentales.

#### **3.1.2.3.2. Grado de satisfacción del bien jurídico tutelado y de la seguridad ciudadana**

La admisión de la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, implica un grado intenso en cuanto a la protección del bien jurídico administración pública. La admisión de dicha prueba irregular cumple la finalidad por la que fue creado el delito previsto en el artículo 368°-D del C.P., así como, amplifica la confianza en el sistema penal.

Principalmente, la admisión de la prueba irregular, permitirá la formalización de la investigación preparatoria,

así como el poder fundamentar actos de investigación al interior del proceso penal que se instaure.

En atención a lo expuesto, no cabe duda que la satisfacción del bien jurídico tutelado es intenso.

**3.1.2.3.3. Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos y bienes jurídicos en conflicto**

En atención a las conclusiones arribadas precedentemente, consideramos que el grado de satisfacción de la protección del bien jurídico tutelado y de la seguridad pública (grado intenso), justifica la restricción del derecho a la exclusión de la prueba irregular (grado leve), por lo cual consentir la admisión de la incautación del objeto materia del delito de posesión indebida de teléfono celular o fijo y sus accesorios en establecimientos penitenciarios, realizada por los agentes penitenciarios sin la presencia del representante del Ministerio Público, no es desproporcional, y por ello, se puede permitir la formalización de la investigación preparatoria, así como puede fundamentarse actos de investigación al interior del proceso penal que se instaure.

Habiéndose aplicado el test de proporcionalidad, podemos afirmar que se debe admitir a la incautación realizada por el personal del INPE sin la presencia del Representante del Ministerio Público, a fin de formalizar la investigación preparatoria y posteriormente fundamentar una acusación, toda vez que no ha existido una vulneración al contenido esencial de un derecho fundamental.

## **CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1. CONCLUSIONES**

1. Al no existir vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas a quienes, el personal del INPE incautó los teléfonos (celulares o fijos) dentro del establecimiento penitenciario; la incautación no deviene en ilícita por lo tanto no se puede excluir a dicha incautación del acervo probatorio, y consecuentemente, esto no afectaría negativamente a la investigación.
2. A fin de evitar incrementos en la impunidad, se debe hacer extensiva la aplicación de las excepciones a las reglas de la exclusión de la prueba ilícita a la prueba irregular cuando el caso concreto así lo amerite.
3. La prueba irregular que haya sido sometida al test de ponderación, deberá ser admitida y valorado dentro de la investigación cuando el caso así lo amerite.
4. La falta de criterio de algunos fiscales en cuanto a la aplicación de la prueba irregular considerándola como prueba ilícita, y por ende aplicando la exclusión de la misma, esta generado que algunos tipos penales sean considerados como simbólicos.

## **4.2. RECOMENDACIONES**

- 1.** Se recomienda que los Representantes de Ministerio Público, en su calidad de titular del ejercicio de la acción penal, realicen un examen a cada caso concreto en cuanto a la consideración de los elementos de convicción como prueba ilícita o irregular.
- 2.** Se recomienda un mayor debate en el desarrollo jurisprudencia en cuanto a lo prueba irregular y sus consecuencias jurídicas.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Arbulú Martínez, V. (2015). DERECHO PROCESAL PENAL, Un enfoque doctrinario y jurisprudencial (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Arbúlu Martínez, V. J. (2012). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. En P. E. Revilla Llaza, La Prueba en el Código Procesal Penal (págs. 87-195). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Benavente Chorres, H. (Diciembre de 2010). la Incautación de bienes en el proceso penal: Medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, y medida cautelar. Gaceta Penal y Procesal Penal, 21.
- Burga Coronel, Á. M. (15 de 11 de 2015). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga\\_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)
- Bustamante Alarcón, R. (2001). El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima: ARA Editores.
- Cabanellas, G. (2001). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (15º ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasra S.R.L.
- Castillo Alva, J. (enero de 2012). La Prueba Prohibida en la jurisprudencia constitucional peruana. Gaceta Penal y Procesal Penal, 331-359.
- Castillo Alva, J. L. (S.f). Breves apuntes sobre la prueba ilícita.
- Castillo Gutierrez, L. (2014). La prueba Prohibida, su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.

- Castro Trigoso, H. (Diciembre de 2012). Apuntes sobre la prueba ilícita en el Código Procesal Penal de 2004. ¿es absoluta la regla de la exclusión en el nuevo modelo procesal peruano?. 13-21.
- Comisión de justicia y derechos humanos. (15 de octubre de 2015). Dictamen de la Comisión de justicia y derechos humanos recaído en los proyectos Ley 289/211-CR y 553/2011-CR. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01\\_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/796a09f3e69a492e052579dd006326c9/\\$FILE/00289DC15MAY110412.-.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/796a09f3e69a492e052579dd006326c9/$FILE/00289DC15MAY110412.-.pdf)
- Dávalos Gil, E. N. (enero de 2014). Aproximación al tratamiento de la prueba ilegal en el Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 55, 210-223.
- Espinoza Ramos , B. (2012). Las intervenciones corporales en el nuevo Código Procesal Penal. En P. E. Revilla Llaza, La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004 (págs. 449-489). Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.
- Hernández Mirandez, E. (2012). Preceptos Generales de la Prueba en el Procesal Penal. En P. E. Llaza., La Prueba en el Nuevo Código Penal Procesal 2004 (pág. 38). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
- López Barja de Quiroga, J. (1989). Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal.
- Miranda Estrampes, M. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: Bosch Editor.
- Miranda Estrampes, M. (28 de junio de 2010). [article/view La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones](#). Recuperado el 15 de junio de

2015, de Revistes Catalanes amb accés obert:

<http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215/260389>

Mixán Más, F. (2005). Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba. Trujillo: Ediciones BLG.

Pérez Arroyo, M. (2011). Momento Procesal de exclusión de los elementos de prueba en el Código Procesal Penal . En G. U. Videla, La Prueba en el Proceso Penal (págs. 9 - 124). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.

Robert, A. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Rubio Azabache, C. (2013). IA INCAUTACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO: ¿naturaleza dual o medida cautelar? En M. A. Carrasco, Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal (págs. 139 - 158). Lima: El Búho E.I.R.L.

Salinas Siccha, R. (2014). Delitos Contra la Administración Pública (3er edición ed.). Lima: Grijley EIRL.

San Martín Castro, C. (2006). Derecho Procesal Penal (Vol. II). Lima: Grijley. E.I.R.L.

Sánchez Cordova, J. H. (febrero de 2009). "La Prueba Prohibida". Actualidad Jurídica, tomo 183.

Sánchez Córdova, J. H. (2012). Bases para entender a la prueba prohibida como nulidad procesal. Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo N° 42, 51-71.

Sánchez Velarde, P. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Moreno S.A.

Sanchís Crespo, C. (1999). El derecho a la prueba en España: una perspectiva cosntitucional. Revista Peruana de Derecho Procesal(III), 288.

Sierra, C. (14 de octubre de 2015). Historia de la prueba judicial. Obtenido de <http://camilosierra.webnode.es/news/derecho-probatorio-historia-de-la-prueba-judicial/>

STC Exp. 06712-2015-HC/TC, Exp. 06712-2015-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).

STC Exp. 10-2002-AI/TC, Exp. 10-2002-AI/TC (tribunal Constitucional 3 de enero de 2003).

STC EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional 27 de octubre de 2010).

STC Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, Exp. N° 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 5 de abril de 2007).

STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, Exp. N° 6712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).

STC N.º 0048-2004-PI/TC, N.º 0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 5 de abril de 2005).

STC N° 00655-2010-PHC/TC, Exp. N° 00655-2010-PHC/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 27 de octubre de 2010).

Talavera Elguera , P. (2009). LA PRUEBA - En el Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Academia de la Magistratura - AMAG.

Tema 3: La prueba ilícita y la prueba prohibida. (10 - 11 de diciembre de 2004). Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004.

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTES Y  
TRANSITORIAS, N° 5-2010/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la  
República 17 de noviembre de 2010).

Yaipen Zapata, V. (Marzo de 2011). La Incautación Como Medida Cautelar en el  
Nuevo Proceso Penal. Gaceta Penal y Procesal Penal, 246.

## **ANEXOS**