

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR A LA PRUEBA
IRREGULAR EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentado por:

SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR

Asesor

M. Cs. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

CAJAMARCA, PERÚ

2018

COPYRIGHT © 2018 by
SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA:

CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR A LA PRUEBA IRREGULAR
EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentado por:
SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

M.Cs. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

M.Cs. José Luis López Núñez
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2018



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado


PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS


ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

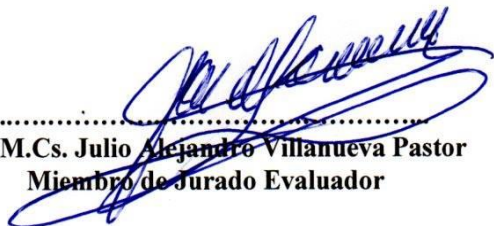
Siendo las *cinco* de la tarde del día 29 de noviembre de Dos Mil Dieciocho, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, como Miembro del Jurado Evaluador, **M.Cs. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA** en calidad de Asesor, **M.Cs. JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR**, **M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**, como integrantes del Jurado Evaluador. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “**CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR A LA PRUEBA IRREGULAR EN EL PROCESO PENAL PERUANO**”, presentada por el **Bach. en Derecho SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con **MENCIÓN en DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó *APROBAR* con la calificación de *Dieciséis (16) - Bueno* la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con **MENCIÓN en DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las *18.30* horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Miembro de Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor


.....
M.Cs. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Miembro de Jurado Evaluador


.....
M.Cs. José Luis López Núñez
Miembro de Jurado Evaluador

A: Joaquín Alexander y Leonardo Saúl, quienes siempre serán mi principal
inspiración

“El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba”

- Francesco Carnelutti-

“El arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas”

- Jeremías Bentham-

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	V
LISTA DE ABREVIACIONES.....	VI
RESUMEN.....	VII
<i>ABSTRACT</i>	VIII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	3
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA - PROBLEMÁTICA	3
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	5
1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.4.1. Delimitación espacial.....	6
1.4.2. Delimitación temporal.....	7
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	7
1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue	7
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	7
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	8
1.6. HIPÓTESIS	8
1.7. OBJETIVOS	8
1.7.1. Objetivo general.....	8
1.7.2. Objetivos específicos	9
1.8. ESTADO DE LA CUESTIÓN	9
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	10
1.9.1. Genéricos	10
1.9.2. Propios del Derecho.....	10
1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	11
1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	11
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	13
2.1. LA PRUEBA	13
2.1.1. Nociones generales sobre la prueba	13
2.1.2. El derecho a probar o derecho a la prueba.....	15
2.1.3. Derecho a probar como elemento esencial del debido proceso	17
2.1.4. Actos de aportación de hechos al proceso penal.....	29
2.2. PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA.....	30
2.2.1. Nociones generales de la prueba ilícita.....	30

2.2.2. Concepciones de prueba ilícita	31
2.2.3. Naturaleza de prueba ilícita	35
2.2.4. Clases de prueba ilícita	38
2.2.5. Causas de ilicitud.....	40
2.2.6. La regla de la exclusión de la prueba ilícita	43
2.3. PRUEBA IRREGULAR.....	62
2.3.1. Nociones generales de la prueba irregular	62
2.3.2. El problema sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular	67
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN	76
3.1. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS	76
3.1.1. Aplicación de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita a la prueba irregular.....	77
3.1.2. Aplicación del test de proporcionalidad a efecto de admitir y valorar a la prueba irregular en el proceso penal	82
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES.....	94
LISTA DE REFERENCIAS.....	95

AGRADECIMIENTO

A mi asesor, el M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva, 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 académica, personal y profesional.

LISTA DE ABREVIACIONES

Art. : Artículo.

Cas. : Casación.

C.P.C.: “Código Procesal Penal”, se entenderá como tal, al Código
Procesal Penal vigente (Decreto Legislativo N° 957).

C.P. : “Código Penal”, se entenderá como tal, al Código Penal
vigente (Decreto Legislativo N° 635).

M.P. : Ministerio Público.

P.J. : Poder Judicial.

R.N. : Recurso de Nulidad.

STC.: Sentencia del Tribunal Constitucional.

RESUMEN

Desde la aparición de la prueba ilícita y la teoría del “fruto del árbol envenenado”, así como el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de esta, se nos ha dicho que la prueba ilícita deberá ser apartada del acervo probatorio; sin embargo, a raíz de las concepciones dadas en cuanto a qué es prueba ilícita, se han desarrollado dos concepciones, así tenemos, una amplia que afirma que prueba ilícita es 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.

Así, nuestro Código Procesal Penal se ha decantado normativamente por la concepción restrictiva en cuanto a prueba ilícita, ello conforme a lo señalado en el artículo VIII del Título Preliminar, y, en su artículo 159, dejando de lado a la prueba irregular que es aquella prueba cuya obtención simplemente ha vulnerado normas de rango legal, sin vulnerar derecho fundamental alguno; siendo que, al no tener regulación en cuanto a la prueba irregular, se ha generado que en la aplicación práctica se venga adoptando una concepción amplia de prueba ilícita, contraviniendo a lo prescrito en nuestro Código Procesal Penal.

En este orden de ideas, la presente tesis, se centra a determinar bajo qué criterios jurídicos se debe valorar a la prueba irregular en el proceso penal.

PALABRAS CLAVES

Prueba ilícita, Prueba irregular, excepciones a la regla de la exclusión, derechos fundamentales, derecho a la prueba.

ABSTRACT

Since the appearance of the illicit evidence and the theory of “the fruit of the poisoned tree”, and the doctrinal and jurisprudential development of this, we have been told that the illicit evidence must be set aside from the evidence, however, as a result of the conceptions given in as to what is illegal evidence, two conceptions have been developed, as we have, a broad one that affirms that unlawful evidence is that obtained or practiced in violation of fundamental rights and / or in violation of the legal system; on the other hand, we find the restrictive conception, the same one that indicates that only illicit evidence is obtained that violates the essential content of fundamental rights.

Thus, our Code of Criminal Procedure has normatively opted for the restrictive conception regarding illicit evidence, this in accordance with the provisions of Article VIII of the Preliminary Title, and, in its article 159, leaving aside the irregular evidence that is that test whose obtaining simply has violated norms of legal rank without violating any fundamental right; being that, having no regulation regarding the irregular test, it has been generated that in the casuistry a broad conception of illicit evidence has been adopted, contrary to what is prescribed in our Code of Criminal Procedure.

In this order of ideas, this thesis focus on determining under what legal criterial should be assessed the irregular evidence in the criminal process.

KEYWORDS

Illegal evidence, Irregular evidence, exceptions to the rule of exclusion, fundamental rights, right to proof.

INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Procesal Penal ha adoptado normativamente una concepción restrictiva de lo que es prueba ilícita, así tenemos a lo establecido en su artículo VIII del Título Preliminar y 159, el mismo que señala que 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.

Ahora bien, ¿qué pasa con aquella prueba cuya obtención e incorporación ha infringido normas de rango procedimental sin afectar derecho fundamental alguno?, ¿deberá ser considerada como prueba ilícita, o, como postula otro sector de la doctrina, su tratamiento se encuentra ligado a la nulidad procesal?

Pues bien, dicha omisión por parte del legislador en cuanto al supuesto de prueba irregular, viene generando ciertos inconvenientes en las diferentes etapas del proceso penal, así como, un mayor grado de impunidad, pues en muchos casos una prueba obtenida de forma irregular es la columna medular de una investigación.

Asimismo, nuestra jurisprudencia también ha ratificado la postura adoptada en cuanto a la concepción restrictiva de prueba ilícita, señalando, además, que la exclusión de la prueba ilícita del acervo probatorio es un derecho fundamental de toda persona.

Por otro lado, a lo largo del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la prueba ilícita, se han establecido ciertos supuestos en los que esta pueda desplegar efectos probatorios, gestando de esta manera las excepciones a la regla de exclusión; con lo que podemos concluir que en determinados supuestos la prueba obtenida vulnerando el contenido esencial de derechos fundamentales, pueda ser utilizada tanto como prueba de cargo como de descargo.

Por ello, en el segundo capítulo de la presente investigación, referido a la prueba, partimos por estudiar a la prueba y su injerencia en el debido proceso, así también, estudiamos la evolución que ha tenido la prueba ilícita, y por último nos centramos en la prueba irregular y su desarrollo e injerencia dentro del proceso, ello a fin de llegar al objetivo perseguido en la presente investigación que es determinar bajo qué criterios jurídicos se debe valorar a la prueba irregular, siendo que esta, simplemente vulnera normas de rango procedimental, no afectando de manera alguna el contenido esencial de derechos fundamentales, ello a fin de no limitar el desarrollo de un proceso penal.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA - PROBLEMÁTICA

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, pues “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, 2014, p. 49), es así que a partir de la doctrina denominada “fruto del árbol envenenado”, la misma 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, así el Tribunal Constitucional ha señalado que:

(...) 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. 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. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, 2010)

De igual manera, 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 se 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” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 1058-2004-AA/TC, 2004).

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”; dejando un vacío en cuanto a aquellas pruebas obtenidas sin seguir las formalidades legalmente establecidas (prueba irregular).

En cuanto a la prueba irregular, existe gran debate sobre su admisibilidad y posterior valoración en el proceso penal, así tenemos, por ejemplo, quienes señalan a esta como una modalidad de la prueba ilícita (Castillo, 2014), (López, 1989); por el contrario, existen autores quienes se

encuentran a favor de la admisibilidad y valoración (Miranda, 2004); así también se han desarrollado posturas eclécticas en cuanto a la prueba irregular.

Siendo ello, aun no se ha determinado cabalmente los efectos jurídicos que tienen aquellas pruebas que han sido obtenidas y/o valoradas transgrediendo normas de rango legal, siendo frecuente aquellas que vulneran el procedimiento establecido en la norma procesal.

En este sentido nos formulamos la siguiente pregunta:

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los criterios jurídicos por los que la prueba irregular debe ser valorada en el proceso penal?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación es conveniente porque da una visión clara y precisa del tratamiento jurídico que se debe otorgar a la prueba irregular en el proceso penal. Asimismo, debemos señalar que la doctrina y la jurisprudencia se han centrado en definir y explicar a la prueba ilícita, dejando de lado a aquella que es obtenida vulnerando normas procedimentales, pues muy poco se ha dicho acerca de la prueba irregular y de las consecuencias jurídicas que esta acarrea en el proceso penal.

Es trascendente, puesto que beneficia a la comunidad jurídica tanto local como nacional con el valor teórico que reviste, al llenar un manifiesto vacío del conocimiento respecto a la problemática planteada y ofrece la posibilidad de estudios posteriores sobre el tema, a fin de establecer los criterios que hagan posible su valoración en un proceso penal.

El valor de este trabajo de investigación radica u obedece a diversas razones, como el hecho que en nuestra Escuela de Posgrado no existe trabajo alguno sobre el tema; menos, un tratamiento doctrinario adecuado a nivel nacional, pues la doctrina no es unánime en cuanto a su tratamiento y las consecuencias jurídicas que esta genera en el proceso penal.

Esta investigación sirve como base a la hora en que los operadores de derecho, en especial el juez y el fiscal, puedan utilizar criterios jurídicos para valorar la prueba irregular en el proceso penal.

1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Delimitación espacial

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

1.4.2. Delimitación temporal

La delimitación temporal se circunscribe desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957).

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. 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 dentro del proceso penal peruano; así también, debido a que las variables y sus efectos, no se manipulan de manera deliberada, pues no se tiene un control directo sobre ellas, de tal forma, que en la presente investigación se analizar, limitándonos a observar y analizar la problemática tal como se da en su contexto.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

La presente investigación es de carácter descriptiva de la realidad de la prueba irregular y su tratamiento dentro del proceso penal peruano, así como de las consecuencias que esta genera.

Propositiva, pues se identificará el vacío acerca de la prueba irregular en nuestra legislación, a fin de proponer soluciones en cuanto a los criterios que deben tomar en cuenta los operadores jurídicos para ser valorada.

1.5.3. 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.

1.6. HIPÓTESIS

Los criterios jurídicos por los que la prueba irregular debe ser valorada en el proceso penal, son: i) No existe vulneración de derechos fundamentales; ii) La aplicación de las excepciones a la regla de exclusión al igual que la prueba ilícita; iii) Aplicación del test de ponderación a los casos en concreto.

1.7. OBJETIVOS

1.7.1. Objetivo general

Determinar los criterios jurídicos por los que la prueba irregular debe ser valorada en el proceso penal.

1.7.2. Objetivos específicos

- a) Explicar los alcances de la prueba irregular.
- b) Analizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.
- c) Analizar los alcances del test de ponderación para la valoración de la prueba irregular.
- d) Elaborar una propuesta legislativa en cuanto al tratamiento de la prueba irregular en el proceso penal.

1.8. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como antecedente de la investigación se encuentra, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, la Tesis para optar por el título de abogado titulada: “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”, presentada por el Bachiller en Derecho Saúl Alexander Villegas Salazar, la misma que fue aprobada con fecha 16 de enero de 2017.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Genéricos

En la presente investigación se aplicó los métodos deductivo e inductivo, entendidos como fases parciales del proceso del conocimiento científico; así en determinados momentos de la investigación se partirá de conceptos generales como la prueba ilícita, para llegar a conocer fenómenos particulares como la prueba irregular, pues la doctrina someramente explica sobre la prueba irregular, la misma que debe reconstruirse y entenderse a partir de la prueba ilícita; así también, se siguió el camino inverso partiendo de particularidades para inferir generalidades.

1.9.2. Propios del Derecho

En la presente investigación se empleó el método dogmático, puesto que se analizó el problema a través de las fuentes formales de nuestro ordenamiento jurídico, como la ley, doctrina y la jurisprudencia, centrándonos en las instituciones como la prueba ilícita, debido proceso, derecho a la prueba, entre otros, a fin de reconstruir y entender a la prueba irregular; así pues, se analizó las disposiciones normativas contenidas en el artículo VIII del Título Preliminar y artículo 159 del Código Procesal Penal.

Asimismo, se utilizó el método exegético a fin de determinar el sentido del artículo VIII inciso primero del título preliminar del Código Procesal Penal — legitimidad de la prueba —, así como, el artículo 159 del mismo cuerpo normativo — utilización de la prueba —, los que versan sobre la prueba ilícita, para señalar un criterio sobre el tratamiento de la prueba irregular.

Finalmente, se empleó el método hermenéutico, por el cual, se analizaron instituciones o figuras jurídicas, como la prueba ilícita, debido proceso, derecho a la prueba, con el propósito de explicar o aclarar la correcta interpretación de la prueba irregular.

1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

En la presente investigación se utilizó la Técnica de fichaje o recolección de datos; asimismo, se empleó el análisis documental, pues esta técnica se maniobró para el análisis doctrinal y jurisprudencial en el transcurso de la investigación, a fin de obtener los elementos teóricos que sirvan a nuestra investigación.

1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Asimismo, se utilizó Instrumentos tales como fichas bibliográficas, donde se realizaron las anotaciones de resúmenes de doctrina referente a temas vinculados con el objeto de la investigación como la prueba ilícita, prueba

irregular y el derecho a probar; y, fichas hemerográficas en el caso de revistas científicas consultadas.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. LA PRUEBA

2.1.1. Nociones generales sobre la prueba

2.1.1.1. Etimología y aspectos generales

La palabra prueba, etimológicamente proviene del adverbio *probe* que significa bueno, honesto, considerándose que obra con honradez quien prueba lo que pretende (Hernández, 2012, p. 8). Otra acepción es la del término “*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, p. 497)

Por otro lado, el profesor chileno Alex Carocca (2005), señala que,

En efecto, probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana. Así, por ejemplo, el método científico se caracteriza porque exige al investigador acreditar una y otra vez las hipótesis que formula. En el fondo, lo que debe hacer es producir una nueva afirmación por medio de un experimento, que le permitan compararla con la primera —la hipótesis— y convencerse y convencer a la comunidad científica, de la efectividad de esta última. (p. 231)

Siendo ello, debemos señalar que la noción de prueba está presente, no solo en el ámbito jurídico, sino por el contrario, en todas las manifestaciones de la vida humana, así, el maestro Carnelutti (como se cito en Echandia, 1970) señalaba que “El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”, de igual manera, Echandia (1970), refiere que,

Furno la califica de “complejo fenómeno jurídico”, que trasciende el terreno procesal; y Fenech habla de la compatibilidad de la prueba procesal “con la prueba universal, extraprocesal y metajurídica, ya que la prueba como se ha dicho acertadamente por cierto sector de la doctrina alemana, no es sólo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida”. (p. 11)

En conclusión, podemos afirmar que el concepto de prueba no es exclusivo del campo procesal, sino que trasciende en las distintas ciencias, e incluso en la vida cotidiana.

2.1.1.2. Evolución histórica de la prueba

Como toda institución la prueba tuvo un desarrollo histórico a través de los años, es así que, conforme apunta Devis Echandía (1970), suelen distinguirse cinco fases en la evolución de la prueba judicial: fase étnica o primitiva, fase religiosa o mística, la fase legal, la fase sentimental, y, la fase científica.

Por su parte Caferatta Nores (1998) resume la historia de la prueba en lo siguiente:

a muy grandes rasgos, es posible establecer dos momentos netamente definidos. En el primero se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable, y los tribunales se limitaban a practicar los actos necesarios para que aquélla se manifestara (v.gr., Juicios de Dios, ordalías, etc.). En el segundo momento se impuso la obligación a los jueces a formase por si mismos del convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual: aquí apareció la prueba. (p. 4)

2.1.2. El derecho a probar o derecho a la prueba

Francesco Carnelutti (1955) expresaba retóricamente que “el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba” (p. 18)

Siendo ello, 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, 2001, p. 130)

Asimismo, Pablo Sánchez (2004) 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. (p. 643)

En conclusión, podemos afirmar que el derecho a probar es toda aquella actividad desarrollada, 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 fundamentan la teoría del caso de las partes inmersas en el proceso.

Así pues, que las partes tengan el derecho a probar significa que tienen la potestad de presentar todos los medios de pruebas que crean conveniente a fin de apoyar su versión en el litigio ya sean estas de cargo o descargo.

2.1.3. Derecho a probar como elemento esencial del debido proceso

2.1.3.1. 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, teniendo dicha garantía la calidad de derecho fundamental, lo que implica atribuirle una característica subjetiva y otra objetiva, siendo que, el primero implica que pertenece a todo sujeto de derecho y que su uso depende exclusivamente de la voluntad de éste, y, en cuanto al carácter objetivo se establece que el valor de éste 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.

Conforme apunta 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, 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, 2005, p. 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, 2001, p. 83)

2.1.3.2. El derecho a la prueba dentro del debido proceso o proceso justo

Jeremías Bentham (1825) manifestaba que “el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas” (p. 4), siendo ello, debemos señalar la pruebas son un elemento esencial dentro del debido proceso.

Es preciso mencionar que existe discusión en la doctrina acerca de si el derecho a probar debe ser visto como un derecho fundamental autónomo¹ o como un derecho integrante del debido proceso², 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, 2001, p. 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

¹ 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”. (1999)

² Morello, citado por Bustamante Alarcón, señala que “(...) el derecho a probar es uno de los elementos constitutivos que concurren a definir el proceso justo”.

la Constitución y la ley establecen [STC 5068-2006-PHC/TC]. 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, 2009, p. 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, 2001, p. 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, 2001, pp. 87-88).

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 Máss (2005) 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. (p. 100)

2.1.3.3. Contenido esencial del derecho a probar

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

A. 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, 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 que sus argumentos son los correctos” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 06712-2005-HC/TC, 2005)

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, 2009, p. 24).

B. 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, 2001, p. 142).

El tribunal Constitucional ha establecido 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 (Tribunal Constitucional, Exp. N° 06712-2005-HC/TC, 2005).

C. 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, 2001, p. 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 (art. 242 CPP), la prueba preconstituida, así como incautación de objetos relacionados con el delito (art. 218 CPP), la incautación de documentos privados, registro de comunicaciones objeto de intervención, entre otros.

D. El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios de prueba

La valoración de las pruebas debe 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, conforme a los principios generales que rigen

la actividad probatoria, como el de unidad, intermediación, contradicción, etc. Así, El Tribunal Constitucional ha señalado, 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 lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a 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. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 01014-2007-HC/TC, 2007)

2.1.3.4. 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, dichos límites a la libertad probatoria son necesarios pues, “significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes, no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan

en absoluto para los fines propuestos” (Echandia, 1970, p. 133).

En nuestro país el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente,

Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. 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. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0010-2002-AI/TC, 2002)

El tribunal Constitucional (Exp. N° 06712-2005-HC/TC, 2005) ha conceptuado cada uno de los principios que regulan y limitan la actividad probatoria, así define a los siguientes principios:

A. 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.

“La pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de su valor de convicción resulte nugatorio” (Echandia, 1970, p. 133)

B. Conducencia o idoneidad

Pablo Talavera (2017), refiere que 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” (p. 42).

C. Utilidad

Con respecto a la utilidad, esta

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. (Talavera, 2017, p. 43)

D. Licitud

Sobre este principio que limita el derecho a la prueba, diremos que no puede ser empleada aquella prueba que ha sido obtenida con vulneración al contenido esencial de derechos fundamentales.

E. Preclusión o eventualidad

En todo proceso existe determinados momentos para el desarrollo de la actividad probatoria, así, por ejemplo, en el proceso penal el ofrecimiento de pruebas se presenta en la etapa intermedia.

2.1.4. 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, 2014, p. 43). Conforme se ha estructurado el nuevo proceso penal en el código adjetivo, este se divide 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.

2.1.4.1. Actos de investigación

Conforme señala Castillo Gutierrez (2014) “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” (p. 45).

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, 2014, p. 44).

2.1.4.2. 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.

2.2. PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA

2.2.1. Nociones generales de la prueba ilícita

La expresión “Prohibición Probatoria” fue acuñada a principios del siglo XX por Beling para referirse “a la existencia de limitaciones a la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva o individual” (como se citó en Miranda, 2012).

Hablar del reconocimiento de la prueba ilícita, es hablar de una gran proeza en el desarrollo y protección a los derechos fundamentales, y como consecuencia de ello, 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, pues coexisten dos concepciones bien definidas.

2.2.2. Concepciones de prueba ilícita

Como señalamos precedentemente, el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, pues la doctrina aun no es unánime al momento de conceptualizar y delimitar a la prueba ilícita, y sus efectos dentro del proceso; sin embargo, conforme señala Castillo Gutiérrez (2014), “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” (p. 47); partiendo desde esta perspectiva, tenemos que la doctrina ha desarrollado dos concepciones la cuales trataremos a continuación.

2.2.2.1. 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.

Con respecto a esta concepción Miranda Estrampes (2004) señala lo siguiente,

Partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea 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”. (p. 18).

De igual manera y adoptando una concepción amplia de la prueba ilícita podemos mencionar que es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa, así Alberto Montón Redondo, (como se citó en Miranda, 2004), 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”. (p. 18)

2.2.2.2. Concepción restrictiva

En contraposición a la concepción amplia de la prueba ilícita, y con el fundamento central de que no se debe ritualizar las formalidades del proceso, encontramos a la concepción restrictiva, la misma que señala que será prueba ilícita aquella obtenida o practicada, con vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Dicho criterio ha sido recogido en el inciso segundo del artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Penal, el cual 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.

Siendo ello, nuestro código adjetivo utiliza la denominación de prueba ilícita como aquella equivalente a la prueba obtenida y/o producida con vulneración no solo de un derecho fundamental, sino aquella que afecta el contenido esencial de estos.

Con respecto a la concepción restrictiva, debemos tener presente lo manifestado por Miranda Estrampes (2004), quien apunta 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. (p. 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 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 (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0655-2010-HC/TC, 2010).

2.2.3. 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, 2014, p. 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 Mixán Más (2005) “la verdad absoluta solo la tiene Dios, pues es la verdad misma” (p. 73), 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 antes mencionada referente al 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 (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0655-2010-HC/TC, 2010).

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 (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0655-2010-HC/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, 2014, p. 52).

2.2.4. 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, 2004, p. 26).

2.2.4.1. 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, 2004, p. 29)

2.2.4.2. 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, 2004, p. 27).

En este momento ha surgido discrepancia doctrinaria, sobre la admisibilidad o exclusión de la prueba, en cuanto, a si la ilicitud ha sido cometida 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, 2012, p. 337).

2.2.4.3. La ilicitud intraprocésal

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, así San Martín Castro (2006) nos señala como ejemplo típico de esta a 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, así también, el empleo de medios tecnológicos que vicien la voluntad, como el uso del polígrafo.

2.2.5. Causas de ilicitud

Las prohibiciones de prueba, conforme explica Talavera Elguera (2017), comprenden a los casos de prohibiciones de temas

probatorios, prohibición de medios probatorios y prohibiciones de métodos probatorios.

De igual manera, atendiendo a las causas que originan la ilicitud César San Martín (2006), “tomando como base a la sentencia del BGH del Tribunal Alemán, de 14 de junio de 1960” (p. 878), señala las siguientes.

2.2.5.1. Prohibición de temas probatorios

En este punto encontramos, los hechos que guarda por razón del secreto profesional, un ministro de culto religioso (art. 165 numeral 2.a CPP), puesto que las confesiones hechas no pueden ser tema de prueba en un proceso penal, aun cuando dicho ministro sea liberado por el interesado del deber de guardar el secreto; de igual manera, las declaraciones hechas por el patrocinado a su abogado defensor.

Así pues, 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.

2.2.5.2. 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, “pues la finalidad es, ineludiblemente, tutelar la unidad, el vínculo familiar que es orden natural; pues, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado” (Mixán, 1992, p. 37).

Así también, nuestro CPP establece en su artículo 182 inc. 3 que no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad.

2.2.5.3. 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 limitan la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado, asimismo, podemos señalar a declarar bajo tortura o amenazas.

2.2.5.4. Prohibiciones probatorias relativas

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

2.2.6. La regla de la exclusión de la prueba ilícita

La regla de la exclusión o *exclusionary rule* tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, inicialmente

tuvo un anclaje constitucional en la IV enmienda, de la *Bill of Rights*, promulgadas en 1791, que se extendió también con posterioridad a la V y VI enmiendas de la constitución de EE.UU.³. Concretamente en el caso *WEEKS v. U.S.* La Corte Suprema Federal, en el año 1914, estableció la inadmisibilidad de la prueba de la correspondencia epistolar y documentos confiscados al acusado en un registro domiciliario practicado por la policía federal sin la preceptiva autorización judicial sobre la base de que su incorporación y posterior valoración implicaría una vulneración de las garantías proclamadas en la IV enmienda” (Miranda, 2012, p. 70).

Así pues, en un Estado Constitucional de Derecho el interés de buscar la verdad a costas del desarrollo de un proceso penal, encuentra como limite el respeto de la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos. “La prohibición de la prueba ilícita

³ La IV enmienda prohíbe los registros y detenciones arbitrarias, esto es, sin la concurrencia de causa probable, lo que significa, la bastante probabilidad de que se haya cometido el delito; La V enmienda consagra el derecho a no declarar contra uno mismo; y, la VI enmienda establece el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa.

tiene como misión tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado (*ius puniendi*)” (Miranda, 2012, p. 68).

Desde este enfoque, Manuel Miranda Estrampes (2012) señala que,

la exclusión de la prueba ilícita introduce, por tanto, un límite al principio de la *freedom of proof* (libertad de prueba), basada en valores ideológicos derivados de la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. (p. 69)

En nuestro ordenamiento, encontramos dos supuestos expresos de prueba ilícita en nuestra Constitución Política, el primero contemplada en el inciso 10 del art. 2⁴ el cual consagra el derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados; el segundo supuesto lo encontramos reconocido en el literal h) del inciso 24 del art. 2⁵ que consagra el derecho a la libertad y seguridad personal.

Por su parte 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 Caso Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST SA (proceso de amparo cuyo tema de fondo era de carácter laboral ya que se trató

⁴ Art. 2 inc. 10: “Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación a este precepto no tienen contenido legal”.

⁵ Art. 2° Inc. 24 Lit. H) “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...). Carece de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

de un despido arbitrario), en dicha sentencia estableció en su fundamento 22, lo siguiente:

La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio (Tribunal Constitucional, Exp. N° 1058-2004-AA/TC, 2004).

Nuestro Código Procesal Penal por su parte, “ha regulado a la prueba ilícita en su artículo VIII del Título Preliminar bajo la rúbrica de *Legitimidad de la prueba*, y, en el artículo 159 cuando regula la materia probatoria” (Miranda, 2012, p. 95).

2.2.6.1. 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 (2009) 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. (p. 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, 2009, p. 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 (2014) sostiene que,

Restarle merito 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. (p. 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 ilícita 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, 2010, p. 6).

2.2.6.2. Prohibición de admisión y valoración de la prueba ilícita

Las pruebas son ilícitas cuando han sido obtenidas y/o practicadas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, como consecuencia de ello, estas acarrearán 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 concurran 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, 2010, p. 8)

2.2.6.3. 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 de la afectación al derecho fundamental a la exclusión de la prueba ilícita.

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:

A. 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, 2009, p. 155).

A este respecto Luciano Castillo (2014) 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 (p. 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, 2009, p. 156).

Con relación a esta excepción, podemos indicar 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.

B. Descubrimiento inevitable

Conforme señala Talavera (2009) 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 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 presenció el ingreso de la droga al domicilio y

estaba dispuesta a denunciarlo)” (Talavera, 2009, p. 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, 2009, p. 156)

C. 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. 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, 2009, p. 157).

D. 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 (2009), 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” (p. 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:

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)

E. La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado

Esta excepción, conforme apunta Talavera (2009) 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: “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)

F. Teoría del riesgo

Esta excepción de origen alemán, se gestó como producto de las intervenciones a las comunicaciones. Así Sánchez Córdova (2009), 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” (p. 134).

En estos casos, el emisor 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 emisor 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*). (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial, Exp. 21-2001, 2003)

G. 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 preliminar⁶, y en su artículo 159⁷ 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

⁶ “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.

(...)”.

⁷ “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”.

embargo, es preciso resaltar que conforme a la norma procesal penal la prueba ilícita 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 (2012) 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. (p. 19)

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, 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, 2012, p. 20)

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

2.2.6.4. Momento de exclusión de la prueba ilícita

El fundamento jurídico 17 del acuerdo plenario N° 04-2010/CJ-116, 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 ha 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, 2014, p. 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, si 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, 2014, p. 144), así también, debemos señalar que dicha postura resulta favorable, pues el juez al realizar una valoración conjunta de las pruebas puede decidir si existe o no alguna excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

2.3. PRUEBA IRREGULAR

2.3.1. 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 idea 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, 2004, p. 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, 2014, p. 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.

2.3.1.1. Definición

La prueba irregular, también denominada ilegal, defectuosa o incompleta, 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 (2010) 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” (p. 3).

De igual forma establece que,

la denominada prueba irregular caracterizada por ser una prueba obtenida o practicada con vulneración de normas procesales de rango ordinario que regulan la actividad probatoria — el procedimiento probatorio — pero sin afectación a derechos fundamentales. Irregularidad que no siempre conllevará la prohibición de admisión y/o de valoración de la prueba, a diferencia de los supuestos de prueba ilícita sometidos a la aplicación de la regla de exclusión (*exclusionary rule*). Otra diferencia sustancial reside en que mientras la prueba ilícita produce efectos reflejos o expansivos, por lo que su inutilización alcanza, también, a las pruebas lícitas derivadas obtenidas como consecuencia de una prueba ilícita anterior, dichos efectos no se predicen de la denominada prueba irregular. (Miranda, 2012, p. 67)

De igual parecer Pablo Talavera (2009), 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. (p. 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, 2012, p. 38).

2.3.1.2. 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 artículo VIII del título preliminar, y en su art. 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. Enrique Dávalos Gil (2014), 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.

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 esta; en contraposición a ello, podemos señalar que el Código ha establecido taxativamente, en los artículos ya mencionados, que la prueba carece de efectos siempre que se haya vulnerado el contenido esencial de los 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.

Sin embargo, como señala Miranda Estrampes (2012),

al hilo de este cuestionamiento el Tribunal Constitucional aborda el controvertido tema de la naturaleza y fundamento de la prueba prohibida, (...) *“una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, más no de los derechos de rango legal o infralegal”*. Vemos como el TCP equipara prueba prohibida con prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, excluyendo de su concepto aquellas pruebas que aun habiendo sido obtenidas con infracción de normas legales no afectan a derechos fundamentales (pruebas irregulares). Asume, por

tanto, la tesis que diferencia entre las pruebas ilícitas y las pruebas irregulares. (p. 101)

2.3.2. 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.

2.3.2.1. A favor de la admisibilidad y eficacia de la prueba irregular

Esta postura se fundamenta principalmente en qué el Código Procesal Penal, únicamente ha señalado que careces 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, 2004, p. 67).

Así, los partidarios de esta postura⁸ sostienen que la solución del problema sobre la admisibilidad y eficacia de

⁸ Los más representativos de esta postura son J. Montero Aroca, A. De La Oliva Santos, V. Gimeno Sendra, J.L. Albacar López.

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, p. 67)

2.3.2.2. 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 depende que la constitución implícitamente considera a la “prueba legal”, es decir a aquella obtenida y practicar conforme a las normas de garantía legalmente establecidas.

En este sentido J. López Barja de Quiroga (1989), 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 de la Constitución española⁹) 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

⁹ Artículo 24°

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.

1. 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.

derecho violado en el momento de la obtención de la prueba. (López, 1989, p. 141)

2.3.2.3. La prueba irregular y la nulidad procesal

Sánchez Córdova (2012) 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, 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.

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, 2004, p. 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 declarada la nulidad absoluta cuando se ha afectado la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución¹⁰, por lo que, de igual modo estaríamos en el ámbito de la prueba ilícita, mas no prueba irregular.

2.3.2.4. 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

¹⁰ 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.

proceso o procedimiento se convierta en un mero formalismo, carente de vitalidad. (Bustamante, 2001, p. 54)

De igual manera González-Cuéllar Serrano (como se citó en opina que Miranda, 2004),

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.

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 conlleva 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, 2004, p. 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.

A. 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 sentencias¹¹.

Al referirnos al test de ponderación, debemos tener presente que 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, 2015, p. 3).

¹¹ 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

Según señala Robert Alexy (1993), es posible que los derechos fundamentales colisionen entre sí,

cuando dos principios entran en colisión (...), uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al 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 (p. 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 (2012), 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. (p. 469)

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la línea de la doctrina alemana, ha establecido, 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.

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” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0048-2004-PI/TC, 2005).

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN Y RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

Al ser la investigación de tipo básica, carece de sentido separar la presentación de resultados de la discusión de los mismos, habida cuenta que el análisis del marco teórico y dogmático que ha involucrado el capítulo II que antecedió es la única base con la que contamos para elaborar una discusión.

Con lo dicho, tanto la presentación de los resultados como la discusión de los mismos han sido sistematizadas según los siguientes puntos:

3.1. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Del desarrollo del marco teórico, podemos inferir que en nuestro ordenamiento procesal penal, no se ha establecido el tratamiento respectivo a la figura de la prueba irregular, pues el Código Procesal Penal exclusivamente hace referencia a la exclusión de aquella prueba que es obtenida vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales, es decir, ha asumido la postura que la doctrina establece como restrictiva en cuanto la prueba ilícita, por lo que, se deja abierta la posibilidad de admitir y valorar aquella prueba cuya obtención ha infringido normas procedimentales, lo que conlleva a que dichas pruebas deban ser valoradas en la etapa correspondiente desde su obtención.

Aunado a lo afirmado, en el sentido de que la prueba irregular no debe ser excluida del acervo probatorio, toda vez que, no existe afectación al

contenido esencial de derecho fundamental alguno, y a efectos de dar mayor respaldo, procederemos a aplicar las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, específicamente la excepción del descubrimiento inevitable, la excepción de la buena fe, así como, la destrucción de la mentira del imputado, y posteriormente, someter al test de ponderación a la prueba obtenida irregularmente.

3.1.1. Aplicación de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita a la prueba irregular

Cuando el material probatorio obtenido en una investigación, vulnera procedimientos (normas de rango procedimental), y no existe afectación al contenido esencial de un derecho fundamental, nos encontramos dentro de la prueba irregular.

Por otro lado, la aplicación de excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, tienen como finalidad que, cuando en ciertos casos concurren hechos que hagan a la prueba ilícita pasible de ser admitida y valorada dentro del proceso (ya sea como elementos de convicción o elementos de prueba); esta pueda fundamentar, ya sea, una acusación o una condena.

Siendo ello se puede inferir que, la aplicación de dichas excepciones a la regla de exclusión sea más indispensables al inicio de la

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

Así pues, si la prueba ilícita puede ser admitida y valorada aun cuando se ha vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales, en aplicación del argumento "*ad maiori ad minus*" (el que puede lo más puede lo menos), diríamos que 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 al proceso penal, desde la etapa de investigación.

3.1.1.1. Sobre la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable

En base a lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia, y que ha sido desarrollado en el capítulo correspondiente, se debe 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 el acopio y valoración de la prueba.

Así diríamos, que es aplicable esta excepción cuando al momento del acopio de la prueba irregular; se esté o se

haya estado solicitando conforme a la norma procedimental la prueba correspondiente, es decir, que el acopio de dicha prueba es inminente.

De igual manera, y a fin de dar un mayor soporte al acopio de dicha prueba en el acerbo probatorio, sería pertinente que se deje constancia que a la par de la prueba irregular obtenida, se venía tramitando la autorización para la prueba que debió ser obtenida conforme a las formalidades establecidas en el Código Procesal Penal.

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, se debe señalar que esta excepción en cuanto a la prueba irregular es la de mayor importancia, pues esta es empleada 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 aún

cuando el error es generado debido a la deficiencia o ambigüedad de la ley.

Así también, se aplicaría cuando la irregularidad de la prueba se debe a un hecho posterior, siendo que, en un primer momento la forma para obtener la prueba cumplía con todos los requisitos legales para cumplir su finalidad, sin embargo, por un hecho posterior ésta ha perdido un requisito esencial. Así, por ejemplo, tendríamos que se ha emitido una orden para un allanamiento debido a que se presume la comisión del delito de tráfico de drogas, sin embargo, en el *ínterin* de la diligencia dicha orden ha sido dejada sin efecto, hecho que no ha sido conocido por los efectivos de la PNP, quienes, al momento de realizar la diligencia en base a la orden primigenia, encuentran sustancias químicas que son necesarias para la elaboración de drogas.

Si aceptamos que dichas pruebas han sido obtenidas como producto de un error, estas no deben ser consideradas como ilícitas, sino que, habiéndose seguido los parámetros establecidos en la norma procesal, y que, no habiéndose afectado el contenido esencial de derechos fundamentales, ésta debe ser incluida en el acervo probatorio.

3.1.1.3. Sobre la aplicación de la excepción de la destrucción de la mentira del imputado.

Respecto a esta excepción de la prueba ilícita, se debe indicar que se ha establecido que dicha excepción no se usa para probar la culpabilidad, es decir para fundamentar una condena, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado, es decir, dicha prueba aun vulnerando el contenido esencial de derechos fundamentales es empleada únicamente para demostrar que los argumentos señalados por el imputado no se ajustan a la verdad.

Es en este sentido, si se ha obtenido una prueba irregular que tiene relación directa con lo señalado por el imputado, y a través de la cual se llega a demostrar que la coartada brindada es mentira, no se debe excluir *prima facie* a dicha prueba.

Sino que debe ser valorada, cuando tenga incidencia directa por lo alegado por el imputado, así también dicha prueba irregular puede servir como sustento para llegar a una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria, siempre y cuando sea valorada en conjunto con otras pruebas.

3.1.2. Aplicación del test de proporcionalidad a efecto de admitir y valorar a la prueba irregular en el proceso penal

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, sin embargo, trayendo a colación lo señalado por el maestro Miranda Estrampes (2004), en cuanto señala que

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. (p. 70)

En este entendido se debe señalar que, la valoración de la prueba debe ser sometida a un test de ponderación en cada caso concreto, más aún, si la aplicación de las excepciones a la regla de la exclusión propuestas previamente no satisface que deba ser valorada.

Ahora, para poder mencionar que existen derechos en conflicto, debemos establecer que existe por un lado las formalidades establecidas (vulneración de las formalidades establecidas para el acopio y valoración del material probatorio), y por el otro, la protección del bien jurídico tutelado por el delito investigado es decir (La vida, el patrimonio, la libertad sexual, entre otros).

A efectos de determinar si la prueba irregular obtenida debe o no ser admitida y valorada, se procederá 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 y la valoración de la prueba irregular: permite la formalización de la investigación preparatoria, así como, posteriormente una posible sentencia (ya sea absolutoria o condenatoria), siendo que puede fundamentar actos de investigación y

actos de prueba al interior del proceso penal que se instaure; por otro lado, procura la protección del bien jurídico lesionado por la comisión del delito materia del proceso.

Por otro lado, debemos recordar que la constitución Política ha consagrado en el artículo 44 que la protección de la ciudadanía a las amenazas de su seguridad un deber primordial del Estado. Siendo ello, es de suma importancia adoptar políticas, que flexibilicen el procedimiento a efectos de no convertirlo en un ritualismo, sin dejar de lado, por supuesto, el respeto a los derechos fundamentales; en este sentido, que mejor forma de evitar el formalismo en extremo que valorando a la prueba irregular.

Más aún si, nuestra legislación penal tiene una marcada inclinación por la política criminal de la seguridad social, pues el legislador tiene una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social, por lo que, ante ello, los jueces han de ser capaces de sortear los obstáculos de derecho material y procesal que puedan surgir, con tal de asegurar una justicia acorde en tiempo y forma a las demandas populares (Díez, 2017).

De igual manera, debemos indicar que las actuales tendencias políticas criminales tienden entre otros a endurecer las penas, restringir beneficios y, sobre todo, a flexibilizar las garantías procesales, con la finalidad de demostrar a la ciudadanía que se encuentran protegidos, así como, demostrar que el delincuente no es tratado de modo generoso.

Siendo ello, la admisión y valoración de la prueba irregular, a fin de fundamentar los actos de investigación y prueba 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 alcanzar la finalidad requerida, que es la protección al bien jurídico tutelado que ha sido vulnerado con la comisión del delito, y que en dicha investigación se esté frente a prueba irregular.

Siendo ello, podemos señalar que en cuanto a la prueba irregular tenemos tres medidas aplicables, las cuales son:

- i. Considerar a la prueba irregular como una manifestación de la prueba ilícita, es decir, adoptar la concepción amplia de prueba ilícita, con lo cual se diría que al no cumplir con los requisitos establecidos en la norma procesal, dicha prueba deberá de ser desechada, sin tener en consideración si existe o no vulneración al contenido esencial de derechos fundamentales.
- ii. Considerar que la prueba obtenida y/o valorada sin seguir el procedimiento establecido en la norma procesal, generaría una nulidad del acto procesal.
- iii. Considerar que la prueba obtenida sin seguir el procedimiento establecido en la norma procesal, al no vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser admitida y/o valorada.

En este sentido, analizaremos las medidas antes señaladas, así pues:

- i. En cuanto a considerar a la prueba irregular como una manifestación de la prueba ilícita, daría lugar a lo Miranda Estrampes denomina constitucionalidad de los formalismos, lo que generaría una mayor desconfianza

en el sistema, y una protección desmedida al delincuente.

- ii. En cuanto a considerar que la prueba irregular genera nulidad procesal; debemos indicar que conforme a lo dispuesto en el art. 150 del Código Procesal Penal, será declarada la nulidad absoluta cuando se ha afectado la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, 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.
- iii. En cuanto a considerar que la prueba obtenida sin seguir el procedimiento establecido en la norma procesal debe ser admitida y/o valorada, debemos indicar que, efectivamente nos encontramos ante una prueba irregular, pues no existe vulneración alguna del contenido esencial de derechos fundamentales, lo que conllevaría que, al no encuadrar dentro de la prueba ilícita, esta no tendría por qué ser excluida del acervo

probatorio. Siendo ello, esta sería la medida menos gravosa.

Por otro lado, a fin de reforzar que la admisión y/o valoración de la prueba irregular es la medida menos gravosa, debemos recordar que el mismo código se ha limitado a reconocer la exclusión de las pruebas cuando se estas han vulnerado el contenido esencial de un derecho fundamental.

Por lo que, al no existir alguna medida que sea igual o menos gravosa que la admisión y/o valoración 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” (Tribunal Constitucional, Exp. 0011-2013-PI/TC, 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 afectado por el delito cometido (vida, patrimonio, libertad, etc), a efectos de determinar si la satisfacción del segundo, justifica la restricción al formalismo establecido para la obtención de cada prueba.
- Tercero: se estimarán los datos obtenidos en los pasos previos a efectos de determinar el grado de satisfacción del bien jurídico tutelado.

A. Grado de afectación al formalismo

La admisión de la prueba irregular, contiene una afectación al procedimiento de acopio y valoración de las pruebas, contenida en el Código Procesal Penal.

En cuanto a la determinación del grado de afectación del derecho a que dicha prueba sea excluida, no se puede obviar, especialmente que existe una norma expresa (Art. VIII del título preliminar del Código Procesal Penal), que autoriza la exclusión de la prueba que viola el contenido esencial de los derechos fundamentales, lo cual supone una afectación parcial al derecho de exclusión de la prueba irregular.

Por otro lado, las razones que fundamentan la incorporación y valoración de una prueba irregular, está directamente ligada a la finalidad de la protección de la seguridad de la ciudadanía, así como, a la protección de los bienes jurídicos vulnerados con el delito.

Lo señalado precedentemente, da una visión clara y precisa que el grado de afectación que pueda cometerse con la valoración de la prueba irregular es leve, máxime si no existe vulneración al contenido esencial de derechos fundamentales.

B. Grado de satisfacción del bien jurídico tutelado y de la seguridad ciudadana

La admisión y valoración de la prueba irregular, sin la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, implica un grado intenso en cuanto a la protección del bien jurídico vulnerado por el delito. La admisión de dicha prueba irregular amplifica la confianza en el sistema penal.

Principalmente, en un primer momento del proceso penal la admisión y valoración 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. Los mismos que posteriormente podrán fundamentar una sentencia ya sea absolutoria o condenatoria.

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

C. 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 las formalidades establecidas en el ordenamiento procesal (grado leve), por lo cual, no es desproporcional, y por ello, se puede permitir la incorporación y valoración de la prueba irregular en el proceso penal

Habiéndose aplicado el test de proporcionalidad, podemos afirmar que se debe admitir y valorar a la prueba irregular, la que dependiendo de la etapa del proceso podrá fundamentar una acusación, o, una sentencia, sin dejar de recordar que no ha existido una vulneración al contenido esencial de un derecho fundamental.

CONCLUSIONES

- 1) Los criterios jurídicos por los cuales la prueba irregular puede ser valorada dentro del proceso penal, son que no existe vulneración al contenido esencial de derechos fundamentales, así también, se puede aplicar las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, y, en determinadas circunstancias se deberá aplicar el test de ponderación al caso concreto.
- 2) Al no existir vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales no se puede excluir a dicha incautación del acervo probatorio, y consecuentemente, esto no afectaría los derechos del imputado.
- 3) En aplicación del argumento “*ad maioris ad minus*”, es factible la aplicación de las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita a la prueba irregular a fin de que estas puedan desplegar sus efectos probatorios a lo largo del proceso penal.
- 4) Dependiendo del caso concreto, se podrá someter a la prueba irregular al test de ponderación, ello con la finalidad de que este despliegue sus efectos probatorios, a fin de que pueda ser utilizada tanto como una prueba de cargo como de descargo.

RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda un mayor desarrollo en cuanto a la figura de la prueba irregular y las consecuencias jurídicas que esta pueda generar dentro de un proceso penal.
- 2) Se recomienda un mayor debate jurisprudencial en cuanto a la distinción entre prueba ilícita y prueba irregular, a fin de evitar que en la casuística se llegue al absurdo de aplicar una concepción amplia de la prueba ilícita, contraviniendo de esta manera a lo establecido en nuestro Código Procesal Penal.
- 3) Por otro lado, debemos ser enfáticos en señalar que los operadores de justicia, especialmente el Juez Penal y el Fiscal, deberán tratar de aplicar los criterios establecidos en la presente investigación, cuando se encuentren frente a la existencia de una prueba irregular, a fin de que esta pueda ser incorporada al proceso y de esta manera desplegar sus efectos probatorios.
- 4) En base a los argumentos plasmados se plantea la propuesta legislativa en nuestro Código Penal:

Art. 159 –A.- Prueba Irregular.

El Juez podrá utilizar aquellas pruebas que han sido obtenidas vulnerando normas de rango procedimental, siempre y cuando éstas no atenten contra el contenido esencial de los derechos fundamentales.

LISTA DE REFERENCIAS

Libros

- Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas judiciales*. (C.M.V, Trad.) Paris: Bossange Freres.
- 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* (15^o ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasra S.R.L.
- Cafferata Nores, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. (3. edición, Ed.) Buenos Aires: Depalma.
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires: Edic. Arayú.
- Carocca Pérez, Á. (2005). *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- 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.
- Devis Echandia, H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Editorial Zavalía.
- 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: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Hernández Mirandez, E. (2012). Preceptos Generales de la Prueba en el Proceol 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. (2012). *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Mixán Máss, F. (1992). *Teoría de la Prueba*. Trujillo: Ediciones BLG.
- Mixán Máss, F. (2005). *Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba*. Trujillo: Ediciones BLG.
- Robert, A. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- San Martín Castro, C. (2006). *Derecho Procesal Penal* (Vol. II). Lima: Grijley. E.I.R.L.
- Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Moreno S.A.
- Talavera Elguera, P. (2009). *LA PRUEBA - En el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Academia de la Magistratura - AMAG.
- Talavera Elguera, P. (2017). *La prueba penal*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

Revistas

- Castillo Alva, J. (enero de 2012). La Prueba Prohibida en la jurisprudencia constitucional peruana. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 331-359.
- 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.

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.

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.

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

Sentencias o resoluciones judiciales

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

Caso Edmi Lastra Quiñones, Exp. N° 2053-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 15 de setiembre de 2003).

Caso Ley de protección a la economía familiar, 011-2013-PI/TC (Tribunal Constitucional 27 de agosto de 2014).

Caso Luis Salas Guevara Schultz, Exp. N° 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 05 de abril de 2007).

Caso Magaly Medina, Exp. N° 06712-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2005).

Caso Marcelino Tineo y otros, Exp. N° 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de Enero de 2003).

Caso miembros del Tribunal Constitucional, Exp. 21-2001 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República 03 de julio de 2003).

Caso Rafael Francisco García Mendoza , Exp. N° 1058-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 18 de agosto de 2004).

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

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.

Sitios web y documentos electrónicos

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)

Díez Ripollés, J. L. (18 de noviembre de 2017). *EL NUEVO MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA*. Obtenido de Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología:
www.ehu.eus/ojs/index.php/inecs/article/download/17476/15226

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

Talavera Elguera, P. (04 de agosto de 2017). *Prueba ilícita*. Obtenido de M.P.:
http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055_prueba_ilicita.pdf