

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**Análisis jurídico dogmático de la prueba prohibida y su
tratamiento en el nuevo código procesal penal, periodo
2010 – 2015**

Trabajo de investigación para obtener el título profesional de Abogado

Autor:

Ariza Hidalgo, Sandra Yullyett

Asesor:

Vargas Camiloaga, Gustavo Adolfo

Huaraz – Perú

2017

*“El derecho crea responsabilidades; cada uno debe sacrificar algo de sí
para no interferir en el derecho ajeno”*

Arturo Frondizi

DEDICATORIA

Esta tesis se la dedicamos a mi Dios quién supo guiarnos por el buen camino, darnos fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A nuestras familias quienes por ellos somos lo que somos. Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar.

PALABRAS CLAVES

TEMA	Prueba Prohibida
ESPECIALIDAD	Derecho Procesal Penal

KEYWORDS

TOPIC	Forbidden test
SPECIALTY	Criminal Procedural Law

Línea de Investigación:

- Derecho

**ANÁLISIS JURÍDICO DOGMÁTICO DE LA
PRUEBA PROHIBIDA Y SU
TRATAMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL, PERIODO 2010 – 2015**

INDICE

	Página
Dedicatoria.....	iv
Palabras Claves.....	v
Título del Trabajo.....	vi
Resumen.....	ix
Abstract.....	x
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	11
1.1. Antecedentes y Fundamentación Científica.....	12
1.1.1. Antecedentes.....	12
1.1.2. Fundamentación Científica.....	24
1.2.-Justificación de la Investigación.....	26
1.3.- Formulación del Problema.....	29
1.4.- Marco Referencial.....	30
1.5.- Hipótesis.....	70
1.6.- Objetivos.....	70
CAPÍTULO II: MATERIALES Y MÉTODOS.....	72
2.1. Metodología de la Investigación.....	73
2.1.1. Tipo de Investigación.....	73
2.1.2. Diseño de Investigación.....	73
2.1.3. Población y Muestra.....	77
2.1.4. Técnicas e Instrumentos.....	78
CAPÍTULO III : RESULTADOS.....	80
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIONES.....	86
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	90
CAPÍTULO VI: AGRADECIMIENTO.....	94
CAPÍTULO VII: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96
CAPÍTULO VIII: ANEXOS.....	104

INDICE DEANEXOS

ANEXO N° 01: Acuerdo Plenario N° 04 2010/JC-116.....	105
--	-----

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal conocer los fundamentos jurídicos dogmáticos de la prueba ilícita y su tratamiento en el nuevo Código Procesal Penal. La prueba ilícita, prohibida, ilegal, o clandestina, entre otras denominaciones como se la suele conocer en la doctrina y jurisprudencia comparada, es en nuestro medio un tema relativamente nuevo, a pesar de su relevancia para el derecho probatorio que resulta ser la piedra angular del proceso judicial.

Se trata de un estudio jurídico dogmático - social, transversal, causal explicativo, cuyo diseño de investigación fue el no experimental, desarrollado en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia peruana. Entre los métodos empleados tenemos al exegético, hermenéutico, argumentación jurídica y sociológico.

La información obtenida fue contrastada con el marco teórico, de donde se extrajeron los puntos problemáticos, discusión, y las conclusiones.

La investigación ha podido concluir en lo siguiente: El debido proceso y la presunción de inocencia son el fundamento constitucional de la prueba ilícita que protege nuestro Código Procesal Penal del 2004.

ABSTRACT

This research has as main objective to know the dogmatic legal basis of illegal evidence and its treatment in the NCPP. The illicit, forbidden, illegal, or underground test, among other names as it is often found on the doctrine and comparative jurisprudence, is in our midst a relatively new issue, despite its relevance to the evidentiary law that turns out to be the cornerstone the judicial process.

This is a dogmatic legal study - social, transversal and explanatory causal, whose research design was not experimental, developed in the field of Peruvian doctrine and jurisprudence. Among the employees we have to exegetical method, hermeneutical, legal and sociological argument.

The information obtained was contrasted with the theoretical framework, where the hot spots, discussion, and conclusions were drawn.

The investigation has been concluded as follows: The due process and the presumption of innocence is the constitutional basis of illegal evidence that protects our Code of Criminal Procedure 2004.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.-

1.1. Antecedentes y Fundamentación del Problema.-

1.1.1. Antecedentes.-

Antecedentes Internacionales.-

De la búsqueda en las bibliotecas virtuales de las universidades públicas y privadas de los países latinoamericanos y de España, por medio del internet, se ha encontrado los siguientes trabajos de investigación que guardan relación con las variables de estudio de nuestro trabajo de investigación.

- Amores (1999). En la investigación: La prueba ilícita en el proceso penal, concluye que: Se puede extraer de esta investigación varias conclusiones importantes. Por un lado tenemos que se identifican plenamente los conceptos de prueba, a los distintos medios probatorios y a su valoración como elemento fundamental en la materialización de los principios constitucionales que están en la base del proceso penal.

Se puede indicar como conclusión que hay una concepción democrática de la actividad probatoria donde se garantiza que tanto en los momentos de producción recepción y valoración de la prueba se garantiza a las partes su efectivo derecho a ofrecer prueba, aun cuando no desaparezcan totalmente los

poderes del juez respecto de la iniciativa de la prueba. Por otro lado si bien es cierto que al proceso siempre por más que se quiera evitar en algunos momentos ingresa alguna prueba ilícita se deben de prever prohibiciones o limitaciones referidas a la utilización y a la valoración de esos elementos de prueba, y el código que usamos actualmente tiene una mejor regulación de estos aspectos.

La utilización de prueba indirectamente ilícita, ha provocado muchos debates, que van desde quienes concluyen que debe de admitirse y valorarse por ser irrelevante el modo de obtenerla y ser superior el interés de la colectividad en la sanción, hasta quienes consideran que deben excluirse en tanto se asimila con el fruto del árbol envenenado, y se le denomina prueba espuria. Lo que se quiere es dejar mi posición bien clara la cual es contraria a la valoración de elementos de prueba ilícita directa o indirectamente viciados, por parecer un método peligroso que abre la puerta a la arbitrariedad.

- Alcaide (2009), en su tesis: “La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos”. La investigación jurídica del presente trabajo se halla encaminada al estudio y comparación de la institución procesal de la prueba ilícita o prueba inconstitucional de España con su homóloga de los EE.UU. denominada exclusionary rule o regla de exclusión. En su planteamiento inicial había que tener presente una

distintiva premisa básica, dadas las considerables diferencias que median entre ambas culturas jurídicas. En términos generales a priori una posible comparación de una institución procesal del derecho de los países del Common Law, como es el caso de EE.UU. y el Derecho propio del sistema continental, Romano – Germánico, en nuestro caso de España, me parecía insalvable aunque los expresados contrastes pueden ser obviados o atenuados si tenemos en cuenta la consideración de que en ambos sistemas existen principios doctrinales, característicos de la dogmática jurídica, auténticas Constituciones democráticas, con derechos fundamentales o Enmiendas y todo ello potencialmente refrendado por el acercamiento de las culturas, la supresión de fronteras y la globalización. Concluye que: Esta institución procesal fue una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América siendo su primer precedente el caso, Boyd vs US, resuelto en 1886. La citada resolución prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal. En EE.UU. y de forma paralela fue conformándose la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado. Ésta surge por primera vez en 1920, a partir de unas intervenciones telefónicas ilegales, pero no se acuña esta expresión hasta 1939. Es sabido que esta doctrina otorga la nulidad de las pruebas que se derivan de otras directas obtenidas de modo inconstitucional, produciendo una especie de efecto dominó en su validez valorativa por el juzgador y que uno de los temas centrales que han generado enfrentados

debates en torno a la exclusionary rule ha sido la cuestión de la búsqueda de sus raíces y fundamentación constitucional. Si examinamos el texto constitucional de EE.UU., puede deducirse que la regla de exclusión no tiene apoyo literal en la Constitución estadounidense ni en ninguna de las Constituciones de los cincuenta estados federados.

- Giner (2008), artículo científico: “Prueba Prohibida y Prueba Ilícita”. Sostiene que: Uno de los temas probatorios más complejos que se plantean en la actualidad es el de la ilicitud de las pruebas. Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, ha vuelto a adquirir protagonismo dado la confusión que ha introducido en sus artículos 283.2 y 287. La terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dicta mucho de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. En nuestra doctrina Gimeno (2006) distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Para este autor mientras que la primera es la que infringe cualquier ley (no sólo la Fundamental sino también la legislación ordinaria), la prueba prohibida es la que surge, con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Distinta es la opinión de Picó Junio, citado por Gimeno (2006) para quien los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para

denominar las consecuencias o efectos prohibidos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración. López (1989) se decanta por el término prueba prohibida, por cuanto, en su opinión, es más general y abarca todos los supuestos. Las SS.T.C. 128 y 129/1993, de 19 de abril, utilizaron, también, el término prueba prohibida en referencia a las declaraciones prestadas por el imputado sin ser advertido de su condición. Concluye en: la ilicitud y la legalidad son dos conceptos que inciden directamente sobre la eficacia del Derecho a la prueba, siendo ambos un límite extrínseco del mismo, la ilicitud de la prueba comporta la vulneración de cualquier Derecho fundamental en la obtención o práctica de la prueba, y la consecuencia procesal de la misma es la imposibilidad de que «surta efecto alguno», esto es, que pueda ser valorado por el Juez y la ilegalidad de la prueba comporta la limitación del Derecho a la prueba, pues no puede admitirse ningún tipo de actividad probatoria prohibida por la ley. De esta manera se concreta en materia probatoria el mandato constitucional de su misión judicial a la ley, no pudiendo el Juez admitir la proposición de pruebas que comporte vulnerar la legalidad ordinaria

- Campaner (2015). “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba”. Concluye que: Primero: partiendo de los principios y garantías que enraízan el proceso penal, elementales exigencias derivadas del derecho fundamental a la presunción de inocencia determinan que la prueba de cargo llamada a destruirla sea practicada en un juicio oral con todas las

garantías, de modo que como regla las diligencias sumariales han de carecer de eficacia probatoria. No obstante, singularmente en lo relativo a la declaración del imputado en fase sumarial, la práctica ha rebasado con creces los contornos establecidos por la doctrina constitucional; Segundo: sería deseable que la regla de exclusión contemplada en el artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial comprendiera también la violación de derechos no fundamentales. Se trata, no obstante, de una opción que no resulta viable, pues comportaría llevar a cabo una interpretación extensiva del expresado precepto (cuyo tenor literal es claro) y que tampoco sería coherente con una de las tesis que sostienen el presente trabajo (en síntesis, que no proceden ni se sostienen las “excepciones” jurisprudenciales a lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ), Tercero: A la hora de abordar el estudio y el tratamiento jurídico de la prueba ilícita resulta procedente, al menos en la actualidad, no dejar de lado la importancia del factor psicológico; en otros términos, no debe ignorarse que las pruebas ilícitas pueden generar un impacto psicológico sobre el juzgador, que puede influir de forma indebida en el resultado del proceso. Las normas vigentes deben interpretarse teniendo en cuenta este riesgo y asumiendo que resulta necesario evitar que llegue a consumarse en la práctica.

- Monsalve (2010) “La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991”. Se manifiesta: La pregunta por la licitud o ilicitud del conocimiento allegado -o por allegar- al proceso penal implica definir cuáles son las actuaciones de las autoridades públicas que desbordan un ámbito de

actuación previamente autorizado y cuáles son las consecuencias de estas conductas para el proceso. En materia probatoria, aquel conocimiento obtenido de manera ilícita o que por medio de su valoración atenta contra los derechos de las personas sometidas a un proceso penal ha tenido una interpretación del juez constitucional que ha variado en el tiempo a partir de la Constitución colombiana de 1991, en la cual se consagró expresamente la nulidad de pleno derecho de aquella prueba obtenida por fuera del debido proceso. El presente escrito tiene como objetivo describir las interpretaciones que ha desarrollado la Corte Constitucional acerca del enunciado constitucional que contiene un mandato de exclusión de aquellas pruebas obtenidas por fuera del debido proceso (art. 29), para luego analizar cuál ha sido el fundamento definido por el Tribunal Constitucional y preguntarse por la pertinencia de estas interpretaciones respecto al ordenamiento jurídico. También busca mencionar las dificultades de incluir las llamadas excepciones a la regla de exclusión en el ordenamiento jurídico procesal, en vista de los efectos inconstitucionales que éstas ocasionan. Se concluye en: El remedio que el juez constitucional y el legislador colombiano han incorporado para excluir las ilicitudes probatorias, es la regla de exclusión; sin embargo, el alcance de este mandato es relativo gracias a la consagración de excepciones a la misma que contribuyen a subsanar las ilicitudes que las autoridades públicas y los particulares cometen para llevar los medios de conocimiento al proceso y que, en todo caso, deben ser excluidas, ya que es la única forma en que puede evitarse que el Estado, en el ejercicio de

su potestad punitiva, no se aproveche de lo ilícito. Las excepciones a la regla de exclusión son un ejemplo de cómo en el proceso penal se ponen por encima de derechos constitucionales de los imputados valores como la “eficiencia en la persecución penal”, entendiendo esta como la mayor cantidad de condenas, la aplicación automática de la prisión preventiva y la facilidad con que los organismos que intervienen en la investigación restringen derechos constitucionales.

A nivel nacional.

De la búsqueda en los principales portales electrónicos de la web se ha podido encontrar los siguientes trabajos de investigación relacionados con las variables de estudio:

- Castro (2008). En la investigación: Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana, concluye que: Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita. Sin embargo, en la

sentencia del caso “Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita.

Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango.

En un número significativo de casos conocidos por la Sala Penal Especial Nacional de Terrorismo se ha alegado vulneración de derechos fundamentales en 167 la obtención de fuentes de prueba, lo que se corrobora con una alta incidencia de casos en los que los operadores procesales han tenido la necesidad de recurrir a criterios concernientes a la prueba ilícita.

- En nuestra legislación, a nivel Constituciones se ha señalado lo siguiente:

Constitución de 1993.-

Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado.

En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: a) la violencia moral, psíquica o física; b) la tortura, y c) los tratos humillantes o denigrantes.

Artículo 24°.-

El Tribunal Constitucional Peruano.-

- También ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios

obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”.

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

El Nuevo Código Procesal Penal.-

- En el artículo VIII.3 del Título Preliminar del CPP/2004, por primera vez incorpora una excepción a la regla de exclusión, la prueba prohibida en favor del imputado, cuando se establece que “la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”
- En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

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

A nivel local.

- Luego de la visita y revisión de los catálogos de trabajos de investigación en las bibliotecas de las universidades públicas y privadas de la localidad, solo hemos

encontrado un trabajo de investigación científica (tesis, monografías, ensayos y artículos) relacionadas con las variables de estudio, objeto de estudio del presente trabajo.

- Guzmán (2015). En la investigación: la prueba prohibida y su tratamiento en la jurisprudencia (Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ - 116). Periodo 2010- 2015, concluye que: 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 del Tribunal Constitucional, 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.

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

1.1.2.Fundamentación Científica.-

En la exposición del tema como problema, hemos adoptado un procedimiento metodológico caracterizado por ser ordenado y breve y contiene la expresión central de las razones de nuestros juicios, con argumentos lógicos elementales.

En Derecho, el razonamiento es tópico, es decir, discute (dialéctica) sobre puntos de vista verosímiles o probables. (Cano, 2009).

En el proceso de estructuración y exposición del problema – fundamentación científica- hemos considerados los siguientes aspectos: presentación del problema, exposición del problema específico o núcleo central de la investigación, enfoque analítico y crítico del hecho, alternativa (probabilidad) de la solución del problema.

En términos generales podríamos anotar que la prueba prohibida es ilícita en general cuando su modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efecto traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado. La forma de adquisición de esta prueba se hace con la vulneración de derechos tutelados constitucionalmente.

La doctrina Tribunal Constitucional – véase la STC Exp. N° 6712 – 2005-HC - al establecer los requisitos de la prueba hace referencia al principio de licitud, por el cual no puede admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

La norma jurídica que hace referencia a la prueba prohibida o prueba ilícita en el artículo 159° del NCPP que prescribe: 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.

La realidad problemática que dio origen al siguiente trabajo de investigación nace a partir de la identificación de carencias, discrepancias teóricas en el adecuado conocimiento del tema de la prueba prohibida.

Respecto al criterio de carencia¹ que nos permitió identificar el problema de investigación podemos puntualizar que el tema no tiene gran desarrollo en los estudios doctrinales nacionales, sino que son los autores extranjeros quienes han tocado en profundidad esta institución siendo casos explícitos los comentarios a los fallos de la Corte Suprema estadounidense, así como en el ámbito eurocontinental. Pero aun así no queda claro qué es la prueba prohibida y cuáles son los efectos que produce, aún más es su desarrollo, pues lleva a confusiones el uso de términos propis de la práctica norteamericana en el sistema eurocontinental entreverando las consecuencias, excepciones y fundamentos de ambos sistemas.

Respecto al criterio de discrepancia teórica² que nos permitió identificar el problema de investigación podemos puntualizar que con relación al tema existen varios niveles de análisis: primero sobre si se admite o no en el ordenamiento jurídico la prueba prohibida. Así para algunos autores la prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso y ser eficaz, pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba. (López, 1991).

¹ Identificamos este tipo de problema cuando el logro de un objetivo se ve dificultado porque no tenemos algunos de los elementos necesarios para lograrlo.

² Los identificamos cuando algunos conocen y propugnan la aplicación de un planteamiento teórico, tal que (A); y otros hacen lo mismo, pero con otro planteamiento teórico, tal que (B).

1.2. Justificación de la Investigación.-

1.2.1. Justificación Teórica.-

La presente investigación tiene por objeto realizar un análisis jurídico dogmático de la prueba prohibida y su tratamiento en el nuevo código procesal penal, periodo comprendido entre 2010 -2015. La prueba ilícita, prohibida, ilegal o clandestina tiene dos niveles: el primero, referido al ámbito de la prueba prohibida o ilícita y centrado en el marco del debido proceso, cuyo ámbito de protección es el contenido esencial de los derechos fundamentales; y un segundo nivel, referido al plano legal ordinario que se centra más en el cumplimiento de los requisitos y presupuestos legales de admisibilidad, pertinencia y legalidad de la prueba en el proceso. Los efectos de invalidez en cada uno de estos niveles son diferentes; en el primero, al afectarse el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, el efecto es la exclusión de la prueba. En cambio, en el segundo nivel, como se refiere a la violación de la legalidad ordinaria que se produce en la obtención de la prueba, admisión y actuación, su inobservancia no produce la inexistencia de la prueba, sino que es posible la subsanación del vicio o repetir el acto que ocasionó la nulidad. A este último supuesto también se le ha denominado prueba irregular, defectuosa o incompleta, cuando se produce la inobservancia de formalidades (violación de una regla procesal), por lo que puede ser subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida: la exclusión; aunque con la diferencia que esta modalidad de prueba ilícita no genera el efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de esta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente.

Respecto al procedimiento para impugnar la prueba ilícita, el NCPP no ha regulado el momento ni la forma procesal de hacerlo; salvo lo dispuesto en el fundamento 17 del Acuerdo Plenario N° 4-2010ICJ-116, que posibilita vía tutela de

derechos³ la exclusión del material probatorio obtenido con vulneración o afectación de alguno de los derechos del imputado reconocidos en el artículo 71 del NCPP. Fuera de ello existen diferentes posiciones que se pronuncian sobre el momento procesal en que procede excluir la prueba, que desarrollaremos más adelante, como aquella que precisa que en cualquier estado del proceso se puede promover una articulación de nulidad de actuados que conlleve un previo y especial pronunciamiento, o como aquellas otras que sostienen que la dilucidación se hace al momento de emitirse el fallo, o al dictarse una resolución que importe un necesario juicio sobre la imputación, o cuando se trata de admitir determinada prueba. Un efecto adicional a la ineficacia total de la prueba es que puede derivar en responsabilidad penal para el agresor, pudiéndose cometer delitos como abuso de autoridad, violación de la libertad personal, contra la intimidad, etc. En cuanto a la prueba irregular, se puede articular una nulidad y ser resuelta como resolución de carácter interlocutorio, cuyo efecto es la subsanación de los vicios o repetir el acto, observando los presupuestos que la ley ordinaria establece.

El antecedente inmediato en la regulación constitucional de la prueba prohibida lo encontramos en la Constitución de 1979 en su artículo 233 inciso 12, que prescribe: "La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita o violencia o en cualquiera de sus formas"; y sobre la ineficacia (probatoria) de los documentos obtenidos con la infracción del principio del "secreto e inviolabilidad de la comunicaciones y documentos privados" en su artículo 2.8. Bajando del nivel constitucional al legal, tenemos como antecedente que el artículo 195 del Código Procesal Penal de 1991 estipula que: "Todo medio de prueba para ser valorado, debe ser obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley", a su vez el artículo XI del Título Preliminar del Proyecto de 1995, en su

³ El artículo 71.4 del NCPP de 2004 señala: " Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas[...]"

segundo párrafo, dispone: "Carecen de efecto legal los elementos de prueba obtenidos mediante violencia moral, psíquica o física o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los documentos y los archivos privados, así como las demás que se obtengan con violación de los derechos fundamentales de la persona".

La Constitución Nacional de 1993, en el artículo 139.3, consagra el derecho a un debido proceso.

1.2.2. Justificación Práctica.-

Ello impone el compromiso de los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados), la obligación y el deber de conocer y dominar los alcances de esta importante 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 clases de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizado o valorado para decidir la situación jurídica de una persona. En ese sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimientos o proceso no se encuentra supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

1.2.3. Justificación Legal.-

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Penal: Decreto Legislativo N° 635 (08/04/1991)

- Código Procesal Penal: Decreto Legislativo N° 957 (29/07/2004)
- Ley Universitaria N° 23733.
- Nueva Ley Universitaria N° 30220 (09/07/2014)
- Estatuto de la Universidad San Pedro.
- Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ – 116.
- Reglamento General de la Universidad San Pedro.
- Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad San Pedro.

1.3. Formulación del Problema.-

1.3.1.Problema General.-

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos y dogmáticos de la prueba prohibida en el marco de la aplicación nuevo código procesal penal, periodo 2010 - 2015?

1.3.2.Problemas Específicos.-

- ¿Qué criterios se vienen utilizando los magistrados- jueces y fiscales – en la aplicación de la prueba prohibida como una contradicción al ordenamiento jurídico en el marco de la aplicación nuevo código procesal penal, periodo 2010 - 2015?
- ¿Cuáles son las discrepancias dogmáticas jurídicas que enfrenta la exclusión o admisión de la prueba prohibida en el marco de nuevo código procesal penal periodo 2010 – 2015?

1.4. Marco Referencial.-

Marco Conceptual.-

1.4.1. Generalidades de la Prueba Prohibida.-

1.4.1.1. El Derecho a probar.-

Bustamante (2001) sostiene que, el derecho a probar, o derecho a la prueba, es 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 la convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los derechos que son o serán objeto concreto de prueba (sea que se trate del objeto de prueba principal o de algún objeto de prueba incidental o secundario)

El debido proceso es un derecho complejo o concebido como un derecho continente en cuyo interior engloba un estándar de derechos, entre ellos justamente el derecho a probar y muchos otros como el derecho al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, al plazo razonable, etc.

Por otro lado, el derecho a probar como integrante de un derecho fundamental, no solo se reconoce que es un elemento esencial del ordenamiento jurídico político, sino que cuenta además con todas las características de este tipo de derechos -con las consecuencias que se derivan de ello-, con su progresividad, su doble carácter, su mayor valor, así como su propia fuerza normativa de superior jerarquía. Características que lo llevan a ser de

aplicación obligatoria en todo proceso (interno o internacional) y en todo procedimiento (administrativo, arbitral, militar, político y particular). Precisamente ha sido el Tribunal Constitucional el que ha realizado un significativo desarrollo de la jurisprudencia en este aspecto⁴ como la aplicación del denominado debido proceso material o sustancial, en los ámbitos administrativo, arbitral, militar, parlamentario, incluso hasta en lo corporativo, cuya característica principal gira en determinar que la decisión se dicte bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad; en otras palabras, que el proceso sea justo, que se haya emitido una sentencia en justicia. En este mismo orden de ideas se pronuncia Bustamante (2001), señalando: "que su importancia es tal, que allí donde no tenga eficacia real o efectiva, o sea limitado en forma irrazonable o desproporcional, no habrá proceso o procedimiento justo. Por ello, no sorprende que la mayoría de cartas fundamentales e instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo reconozcan expresa o implícitamente -confirmando así su posición preferente- y que se reivindique su vigencia en todo tipo de proceso o de procedimiento".

Taruffo (2008) sostiene que las partes tengan el derecho a probar un hecho, significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de pruebas relevantes y

⁴ El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N°04509-2011-PA/TC, caso: San Martín, Estalin Mello Pinedo, expuso: "El artículo 139, inciso 3), de la Constitución establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Dicho atributo, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, admite dos dimensiones; una formal o procedimental y otra de carácter sustantivo o material. Mientras que en la primera de las señaladas está concebido como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole), en la segunda de sus dimensiones exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales" (f. j. 3).

admisibles para apoyar su versión en el litigio. Para la parte que alega un hecho, significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos. En ese mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06712-2005 (caso Magaly Medina), precisando que "una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se garantiza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. 3010 con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente (...)"⁵

En consecuencia, el derecho a probar se materializa en la efectividad de que las partes que recurren al órgano jurisdiccional en pedido de tutela o justicia, tienen que recibir de parte de este, las condiciones, la posibilidad y la garantía de la efectividad de la producción, ofrecimiento, admisión, conservación, actuación y valoración de la prueba.

1.4.1.2. Contenido esencial de los derechos fundamentales.-

La prueba prohibida o prueba ilícita ha sido definida como aquel material que se obtiene, admite y actúa con vulneración del contenido esencial de los derechos

⁵ Vide la STC Exp. N° 06712-2005, Magaly Medina, f. j. 26.

fundamentales y tiene como efecto su expulsión del proceso; por ello, resulta importante delimitar o esclarecer a qué nos referimos cuando decimos que la prueba es excluida, si se viola el contenido esencial de un derecho fundamental, qué comprende ese contenido esencial, qué ordena, qué manda, a qué me da derecho (en palabras del profesor Castillo Córdova, a qué me da derecho el derecho) o a qué me obliga.

El Tribunal Constitucional ha señalado que en nuestro país, la Constitución no incluye la noción de “contenido esencial”, pero sí considera a la persona humana y a sus derechos como fines supremos de la sociedad y del Estado, por lo que sería imposible admitir que puede interferirse sin más en las libertades y derechos fundamentales de las personas. Asimismo, el máximo Tribunal ha interpretado que el legislador peruano se encuentra implícitamente vinculado a no trasgredir el "contenido esencial" de los derechos constitucionales, pues ello se desprende "de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario"⁶. La noción de "contenido esencial" alude al ámbito protegido e inderogable de los derechos fundamentales. El término fue empleado por las constituciones alemana y española para hacer referencia al contenido de los derechos constitucionales que no puede ser trasgredido al regularse su ejercicio. En efecto, la Ley Fundamental de Bonn (Alemania, 1948) señala en su artículo 19 que mediante la emisión de leyes que restrinjan derechos "[e]n ningún caso se podrá afectar [su] contenido esencial"; mientras que la Constitución española (1978) prescribe que podrá regularse el

⁶ Vide las STC Exp. N° 02868-2004-AA/TC y Exp. N° 00014-202-AI/TC

ejercicio de los derechos y libertades fundamentales "solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial"

En ese orden de ideas, el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por 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 pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada⁷.

Por su parte Castillo (2005), señala que "este contenido estará conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales); y por todas las obligaciones de acción a las que debe comprometerse el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo (dimensión objetiva de los derechos fundamentales)"; y que tiene como características las siguientes:

a). Que es limitado significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y hacen que ese derecho sea identificable como tal derecho;

⁷ STC Exp. N° 01042-2002-AA/TC, f. j. 2.2.4

b). Que es ilimitable significa que ni el legislador ni nadie pueden desconocer esas fronteras inmanentes o internas, las cuales vinculan de modo fuerte al poder, quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate;

c). Que es delimitable significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político -en todo caso- es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales”

Cierto sector de la doctrina ha venido siempre exponiendo que la garantía del contenido esencial surge básicamente como un límite para el legislador, con la finalidad de que este no vacíe de contenido o desnaturalice a los derechos al restringirlos o regularlos; en este sentido, se concibe al contenido esencial como un límite de límites”. Al respecto, cabe precisar que los derechos no son limitables, en el sentido de que constituyan una cuadratura o un Circulo y que todo lo que salga de él, se considera no constitucional, ni menos que por esa razón se afirme que los derechos colisionan unos con otros. Castillo Córdova” de manera didáctica nos indica cuáles son esas pautas que nos permiten delimitar el contenido esencial; y además cómo lograr desde la Constitución su determinación, para ello debemos tener presente las siguientes pautas:

- Debe conocerse qué significa el contenido constitucional de los derechos fundamentales.
- La delimitación de los contornos del derecho fundamental parte de lo establecido en la Constitución.

- Se debe apreciar la finalidad del derecho, su naturaleza, aquello que diferencia este derecho de otros, debido a que el contenido del derecho brota de su esencia misma.
- El contenido del derecho debe determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto examinado.

En segundo lugar cómo lograr desde la Constitución su determinación:

- La determinación del contenido del derecho parte del dispositivo constitucional que lo consagra.
- Se debe acudir además a otros dispositivos constitucionales relacionados.
- Debe tomarse en cuenta las previsiones de las normas internacionales en materia de derechos humanos vinculantes para el Perú.

1.4.1.3. Contenido esencial del derecho a probar.-

En esta parte corresponde precisar cuál es el ámbito que comprende el contenido esencial del derecho a probar; determinar cuáles son las facultades que tienen los sujetos para exigir y ejercitar su derecho con respecto de la actividad probatoria; y, por otro lado, las obligaciones que tiene el Estado de garantizar el cumplimiento y la efectividad de la actividad probatoria, y así, los titulares del derecho estarán en las mejores condiciones para proponer, exponer, convencer y producir el conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez de sus afirmaciones.

En la doctrina nacional autores como Bustamante (2001), delimitan el derecho a probar señalando que su contenido esencial está integrado por los siguientes derechos: 1) el

derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; 2) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; 3) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; 4) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, 5) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y han ingresado al proceso o procedimiento.

En tanto, Reyna (2010), sostiene que el "derecho a probar, como la mayoría de derechos procesales, tiene naturaleza compleja en la medida que está integrado por una diversidad de componentes que se complementan y se relacionan mutuamente. El derecho a probar comprende así el derecho de las partes procesales a ofrecer medios probatorios necesario[s] para la defensa (1), el derecho a que dichos medios probatorios sean admitidos (2), el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba (3) y el derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios (4)"

En la doctrina española, el magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sánchez (1996) , sostiene de manera sumaria que el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba sería concretamente la posibilidad de aportación y práctica de medios de prueba de los litigantes en el curso del proceso, sin que se les ocasione indefensión constitucional o, dicho de otro modo, el derecho de defensa contradictoria de los litigantes en el curso del proceso mediante la aportación y práctica de medios de prueba.

Por nuestra parte, consideremos que el contenido esencial del derecho fundamental a probar, se traduce en la facultad de las partes de recurrir al Estado para exigir o petitionar la actividad probatoria, la cual debe concretizarse y ejecutarse en las mejores condiciones y garantías de eficacia, en los ámbitos de la producción, ofrecimiento, admisión, conservación, actuación y valoración fundamentada de la prueba.

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

El derecho a ofrecer los medios de prueba se constituye en uno de los primeros elementos del derecho fundamental a probar, mediante el cual las partes quedan facultadas a ofrecer, presentar y postular los medios de pruebas necesarios y adecuados para acreditar cada una de sus afirmaciones que encarna su pretensión o para contradecir aquellas que le son opuestas por la parte contraria, o para establecer en estricto el objeto de prueba. Mixán (1992).

Bustamante (2001) sostiene que se trata de un elemento del derecho a probar que consiste en el derecho que tiene su titular a ofrecer o proponer los medios probatorios que considere necesario para acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba (trátase del objeto de prueba principal o de algún objeto de prueba incidental o secundario): es decir, para probar la existencia o inexistencia de aquellos hechos que configuran una pretensión o una defensa (sea que estén contenidos en una demanda o en una contestación, o en cualquier acto jurídico procesal de parte), o que han sido incorporados por el juzgador para la correcta solución del caso concreto. Por lo tanto, incluye el derecho de su titular a ofrecer los medios probatorios que estime necesarios para cuestionar los medios probatorios que han sido ofrecidos contra ella, o cuya actuación ha sido ordenada de oficio por el juzgador.

En ese mismo sentido, Taruffo (2008), expone "que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio. Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes". En tanto el Tribunal

Constitucional, en el caso Magaly Medina STC Exp. N° 06712-2005-HC/TC⁸, ha precisado que "en este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente (...)”.

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

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

El derecho a probar, según Reyna (2010), adquiere cuerpo si los medios de prueba ofrecidos por las partes procesales son admitidos por el juez ante el cual se proponen. Este derecho se relaciona directamente con el derecho de las partes de obtener una resolución motivada y fundada en derecho que se pronuncie sobre la postulación probatoria de las partes.

En tanto Taruffo (2008), afirma que: "El primer problema probatorio importante es establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. En teoría, se podría usar cualquier medio de prueba en cualquier tipo de proceso y la determinación de qué medios serán los que apoyen la decisión sobre los hechos en

⁸ Vide STC Exp. N° 06712-2005-HC/TC, caso Magaly Medina, f. i. 13

disputa podría ser algo que se dejara al juzgador al momento que emita la resolución final". En la jurisprudencia española tenemos la sentencia ⁹ STCE Exp. N° 316, del 15 de noviembre, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional (ponente: Vicente conde Martín de Hijas) siguiendo su uniforme doctrina ha mencionado que" en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa que se recoge en el artículo 24.2 del Constitución Política, es reiterada doctrina constitucional que tal derecho, soporte esencial del derecho de defensa, exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado el mencionado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable".

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto al derecho de la admisibilidad de la prueba, señalando que se vulnera el derecho a la prueba cuando estos son denegados sin cumplir los presupuestos de admisibilidad, aunque también recalca que no siempre el órgano jurisdiccional está en la obligación de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido admitidos. En ese sentido, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no son pertinentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos.

En cuanto a la pertinencia del medio probatorio, la misma norma procesal penal en el artículo 155.2 del NCPP le prescribe al juez la obligación de excluir la prueba que es impertinente. "La pertinencia exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto del proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso". Al respecto Ariano

⁹ STC español 31612006, f.j. 3, citada por ALFARO VALVERDE, Luis Genaro et ál. *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica, 2010, p. 171.

(2003) sostiene: "La pertinencia de un medio probatorio está determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio, y aquello que se pretende acreditar es el denominado 'tema de prueba' (thema probandum), es decir, aquel conjunto de hechos concretos que constituyen en concreto proceso 'objeto de prueba'". En ese sentido, el artículo 156.1 del NCPP prescribe: "Son objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito".

En segundo lugar, cabe precisar que la conducencia o idoneidad de la prueba también constituye un presupuesto de admisibilidad y está regulada en la parte in fine del artículo 155.2 del NCPP.

Para García (1984) "la idoneidad es la adecuación de la prueba al objeto perseguido por ella. Si se trata del delito de lesiones, es idóneo acreditarlas mediante certificado médico, no lo será pretender hacerlo con testigos".

En tercer lugar, tenemos la utilidad del medio de prueba, es decir, la vinculación que hay entre la prueba y el objeto del proceso, El Tribunal Constitucional explica que "se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas 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” 10. Este presupuesto está también regulado en la parte final del artículo 155.2 del NCPP.

Finalmente en cuanto a la licitud de los medios de prueba, estos no pueden ser admitidos si se han obtenido violando el contenido esencial de los derechos fundamentales o violando la legalidad procesal.

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

Este derecho tiene dos componentes; por un lado, que se asegure la producción de la prueba; y por el otro, la conservación de la misma. Veamos en primer lugar, la producción o actuación de la prueba, una vez admitida la prueba esta tiene que actuarse, le corresponde al juez hacer cumplir dicho cometido, para ello está dotado de los mecanismos legales como las medidas coercitivas para hacer comparecer a testigos, peritos o agraviados renuentes a prestar sus declaraciones, tal como lo prescribe el artículo 379.1 del NCPP. En ese sentido, el titular no solo tiene el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos, sino, además, a que su actuación no sea defectuosa, arbitraria o irregular, es decir, a que sea conforme con una serie de principios que delimitan su contenido y regulan su ejercicio, como el de publicidad, contradicción, inmediatez, comunidad y colaboración, sin olvidar las particulares cuestiones de cada caso concreto y los principios de equilibrio, razonabilidad y motivación adecuada. (Bustamante,2001).

La prueba al ser actuada e ingresar al debate tienen que hacerse en absoluto respeto de las garantías procesales, entre ellas, garantizar el derecho de contradicción de las partes, a

¹⁰ Vide STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, caso Magaly Medina, f. j. 26

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

Ahora bien, cómo se materializaría la vulneración a este derecho, para ello seguiremos a Sánchez (1996) quien expone los siguientes supuestos: 1) cuando a pesar de establecer claramente la norma la solución a la práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial adopta una decisión contraria a la práctica de dicha prueba, ocasionando indefensión constitucional; 2) cuando, admitida una prueba, no se practica a causa de una inactividad achacable en exclusiva al órgano judicial; 3) cuando admitida inicialmente la práctica de una prueba, el órgano judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una nueva resolución, bien de oficio o a causa de algún recurso de parte que le haga modificar su inicial decisión; 4) cuando la prueba admitida se practica fuera de la sede o del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales o del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se admite luego su unión a los autos o no se tiene en cuenta en la sentencia o resolución definitiva.

El segundo componente de este derecho es el de aseguramiento y conservación de la prueba, en virtud del cual el titular tiene derecho a que el órgano jurisdiccional tome todas las previsiones a fin de mantener y preservar la prueba y ser merituada en la oportunidad debida. Así tenemos que el nuevo ordenamiento procesal penal ha previsto mecanismos idóneos, como la prueba anticipada (art. 242 y siguientes del NCPP), y la denominada

prueba pre-constituida, como las incautaciones de bienes u objetos relacionados con el delito (art. 218 del NCPP), el registro de las comunicaciones objeto de intervención (art. 231 del NCPP), el aseguramiento e incautación de documentos privados (arts. 233 y 234 del NCPP), entre otras medidas.

- El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios.-

El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios está comprendido como otro de los derechos a probar. Consiste en la exigencia constitucional para que los jueces mediante resolución debidamente motivada darán respuesta al ciudadano, del resultado de la valoración individual y conjunta de las pruebas ingresadas y actuadas en el proceso, con un criterio objetivo, razonable y ponderado; respetando las reglas de la sana crítica y basados en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. La valoración se realiza sobre bases objetivas (aceptando la certeza que resulte de la prueba), no tiene asidero la mera subjetividad del juez ni menos sus conocimientos personales (rechazando de plano todo juicio a priori sobre hechos o circunstancias), de tal manera que el resultado de ella no será absurdo y estará desprovisto de toda arbitrariedad.

Antes de desarrollar el fundamento de este derecho constitucional, resulta importante esclarecer qué se entiende por valoración de la prueba, en palabras de García (1984)"es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido". Y agrega el maestro "cada medio de prueba es susceptible de valoración judicial. No existe pauta que indique cuántos y cuáles son necesarios para formar convicción.

Escapa a la ley por ser operación en la esfera de lo espiritual. La valoración debe entenderse como un conjunto de operaciones mentales referentes al estado crítico de las

pruebas actuadas en un proceso, tanto las aportadas por las partes como las adquiridas directamente por el juez. Es la actividad exclusiva del juez. Las personas del proceso son colaboradoras. Colabora con el juez el testigo que relata los hechos que vio, el perito que señala la naturaleza de una mancha, el inculpado que, al negar su autoría, ofrece datos sobre quienes pudieron ser los responsables, el agraviado que cuenta la forma como se desarrollaron los hechos, el Ministerio Público cuando interroga a los testigos, inculpado y agraviado, etc. Es decir, todas las personas del proceso -principales y auxiliares- colaboran con el juez en su tarea de formarse convicción. De la apreciación de la prueba depende que exista armonía entre sentencia y justicia. Vida, honor y patrimonio del inculpado dependen de que el juez obtenga éxito en esta tarea”

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

De la sentencia del Tribunal Constitucional STC Exp. N° 01850-2013- PHC/TC ¹¹ se puede advertir que no en todos los casos existe violación al contenido esencial del derecho a la valoración de las pruebas, distinguiendo que en algunos casos el cuestionamiento de los recurrentes está dirigido a la valoración de la prueba que le corresponde realizar al juez ordinario y otra cosa es que se cuestione la valoración de la prueba por violar un contenido esencial de un derecho fundamental, es decir, cuando la

¹¹ Vide STC Exp. N° 01850-2013-PHC/TC, f.j. 5.

valoración de la prueba ha sido absurda, ilógica, irracional, arbitraria, o que viole las reglas mínimas de la motivación de una resolución judicial.

Hechas las precisiones que anteceden, procedemos a determinar cuál es el contenido esencial del derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios por lo que el Tribunal Constitucional al respecto ha señalado: "Como puede verse, de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno 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"¹². Y agrega el Tribunal: "Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, no respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso"¹³.

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

¹² Vide STC Exp. N° 04831-2005-PHC/TC, f. j. 8.

¹³ Vide STC Exp. N° 04831-2005-PHC/TC, f. j. 9.

1.4.1.4. Concepto de prueba.-

Serra (2009) sostiene: "Dios, se ha afirmado con razón, no tiene necesidad de proceso. Basta la exposición de las afirmaciones de las partes para que pueda pronunciar sentencia justa. En cambio los hombres, en cuanto falibles mendaces, requieren inexcusablemente comprobar la exactitud de las diversas afirmaciones que otros hombres les proponen. Y es de esta comprobación de donde surge la esencia de la prueba". La noción de prueba no solo tiene relación con todos los sectores del Derecho, sino que trasciende el campo general de este, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive a la vida práctica cotidiana. El historiador, el cronista, el arqueólogo, antropólogo, el biólogo, el agricultor o ganadero, entre otros, en suma el investigador de cualquier campo y hasta el artista, imprescindiblemente deben probar los hechos, los resultados, los efectos y la causa de estos, reconstruyendo el pasado, analizando el presente, deduciendo el futuro. Así también en la vida diaria, el padre de familia, el maestro, el enamorado, el amigo, el ama de casa y hasta los niños, pretenden a diario probar sus actos o los de otros, o bien actúan sobre la base de que ya han probado los resultados sus pequeños experimentos. (Devis, 2009).

Ya adentrándonos al concepto de prueba desde el punto de vista jurídico, García (1984) Rada puntualiza "que las pruebas son los medios por los cuales el juez obtiene experiencias que le sirven para juzgar". Citando a Carnelutti dice: "Que las pruebas son las llaves que abren las puertas a lo desconocido". Serra (2009) por su parte afirma que "en la vida social probar se nos aparece como sinónimo de comprobar, verificar, comparar, etc. La prueba requiere siempre de dos términos. La proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba. En rigor, probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación, mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces". Y concluye con la siguiente definición: "Podemos definir el concepto de prueba como una actividad de

comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realización de los mismos, encaminada a formar la convicción de una persona”. En ese mismo orden de ideas. Caferata Nores sostiene que "en sentido amplio prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, y que esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar a la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva” Caferata , s/a).

Desde nuestro punto de vista la prueba es toda aquella actividad que realizan las partes en el proceso, en el marco de la ley, de las garantías y principios que la Constitución prevé, va encaminada a convencer o crear convicción en el juez, respecto de la certeza o veracidad de las afirmaciones postuladas.

1.4.1.5. Aspectos relacionados a la prueba.-

- Objeto de prueba.-

Respecto al objeto de prueba no existe uniformidad en la doctrina respecto a su naturaleza, para un sector el objeto de prueba es el hecho imputado entendido como fenómeno exterior al hombre; y para otros, el objeto de prueba son las afirmaciones en relación con los hechos. Para Mixán (2006) "objeto es el ente sobre el cual se concentra la actividad cognoscitiva” y puntualiza "objeto de prueba es aquello que constituye materia de la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado, conocido y demostrado. Debe tener la calidad de real o probable o posible, concluye: “Para identificar adecuadamente en un caso dado aquello que constituye el 'objeto', se requiere una respuesta apropiada a las preguntas: ¿qué es? o ¿sobre qué? ¿Qué es lo que se necesita probar?,

¿sobre qué se concentra la actividad probatoria?”¹⁴. En esa misma línea de argumentación, García Rada expone: "Como el delito constituye una alteración al mundo exterior, el objeto de la prueba será demostrar que esa modificación se ha realizado a consecuencia de un acto del hombre y como resultado de esta acción ilícita, se [ha] alterado el mundo circundante, causándose perjuicio en la persona o en su patrimonio. Los hechos a probar comprenden: a) actos materiales en que ha intervenido la actividad humana; b) los hechos de la naturaleza; e) las cosas u objetos del hombre, como son documentos; d) los estados o hechos síquicos del hombre, como es la voluntariedad en su proceder". García (1984) Actualmente en la doctrina aún hay autores que siguen sosteniendo esta posición, como Bustamante Alarcón quien afirma: "En nuestra opinión, a pesar de que el propósito de las partes o de los terceros legitimados es probar las afirmaciones que formulan, lo cierto es que estos recaen sobre la existencia o inexistencia de los hechos que configuran su pretensión o defensa. Incluso desde la perspectiva del juzgador el objeto o materia de prueba no lo constituyen las afirmaciones de las partes, sino los hechos sobre los cuales recaen tales afirmaciones y los que sean pertinentes para la adecuada composición del conflicto". En tanto que Rosas (2009) sostiene que "el objeto de la prueba es el 'hecho imputado' a una persona"

- **Órgano de prueba.-**

Para Neyra (2010), "se constituye en órgano de prueba, la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso, constituyéndose así en intermediario entre el juez y la prueba. Son así órganos de prueba, las personas que transmiten de modo directo el dato objetivo (puede ser oral como el testimonio o por escrito, como los dictámenes periciales)". En ese mismo sentido para García (1984) el órgano de prueba es "la persona física intermediaria que se interpone entre el objeto de la prueba y el juez, y que suministra a este el conocimiento que proporciona el objeto de prueba", así pues, un órgano de prueba sería un testigo o perito, que mediante su declaración o informe pericial (medio de prueba) transmiten directamente un dato o

¹⁴ *Ibidem*, pp. 180 Y 181.

información al juez. Aunque para García Rada un documento también puede ser órgano de prueba cuando contiene declaraciones o datos proporcionados por personas físicas. Sostiene el jurista: "(...) en forma indirecta la persona puede transmitir el conocimiento por intermedio del documento. En virtud de su consistencia física y de su contenido ideológico, el documento es utilizable en un proceso. Suministra referencias sobre lo que se investiga cuando su contenido consiste en declaraciones, datos e informes suministrados por personas físicas. Este contenido puede constituir invalorable ayuda para el juez. En ese sentido se dice que el documento es órgano de prueba por cuanto indirectamente, transmite el pensamiento de un ser humano". No se comparte la opinión del maestro, pues en el caso planteado el documento contiene una declaración o un dato proporcionado por persona física, mediante el cual se le está transmitiendo esa información al juez, por lo tanto el documento sería medio de prueba y no un órgano de prueba. (García, 1984)

- **Fuente de prueba.-**

Fuente de prueba es aquel hecho (en sentido estricto), cosa, acto, actitud, (fenómeno natural o psíquico), que contiene en sí una significación originaria capaz de transformarse en "argumento probatorio". La fuente de prueba es identificada mediante operaciones cognoscitivas (sensación, percepción, representación y proceso de abstracción: concepto, juicio o inferencia) y son susceptibles de ser incorporadas en el proceso a través de los medios de prueba. Lo esencial de la fuente de prueba es el "argumento probatorio" que fluya de ella. La discusión sobre si la fuente de prueba es de naturaleza exclusivamente objetiva o si se reduce únicamente a las formas de la actividad mental, carece de consistencia, la conciencia de sujeto cognoscente: pero, desde el momento que es conocida se concreta la correlación inescindible entre ese "objeto de conocimiento" y la conciencia que la refleja transformándola en forma de pensamiento (concepto, juicio o inferencia que es lo "subjetivo"). (Mixán, 2006).

La fuente de prueba está fuera del proceso o incluso existió antes del inicio de este, es todo aquello que da origen a un elemento de prueba, es el dato que se extrae de ella, por ejemplo, en el testimonio, el conocimiento relatado por el testigo, en un documento una expresión artística graficada, etc.

- **Medios de prueba.-**

Clariá Olmedo, Jorge, citado por San Martín (2012). Sostiene que: Se entiende por medio de prueba el procedimiento destinado a poner el objeto de prueba -en rigor, el elemento de prueba- al alcance del juzgador. Se trata de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficiencia para el descubrimiento de la verdad, y constituyen un nexo de unión el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre el objeto.

Para García (1984) "es todo lo que puede servir para adquirir la verdad. Es el modo de suministrar datos al juez, puente que une el objeto por conocer con el sujeto cognoscente" García Rada (1984). En tanto que para Mixán Mass (1996) "el medio de prueba es aquello que vincula a la conciencia (en actitud cognoscitiva) con el objeto del conocimiento, cuya esencia, propiedades y circunstancias trata de descubrir, escrutar".

Desde nuestro punto de vista, el medio de prueba es la vía, el canal o el "vehículo" a través del cual se incorporan los elementos de prueba al proceso. Ejemplo de medio de prueba: la prueba testimonial, el testigo (órgano de prueba), la declaración testimonial (medio de prueba) y lo declarado (elemento de prueba).

En nuestro sistema procesal penal existe libertad probatoria, los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier **medio de prueba** permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos reconocidos por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible (art. 157.1 del NCPP). En cuanto a las prohibiciones se establece que en el proceso penal se tendrán en cuenta límites probatorios establecidos por leyes civiles,

excepto aquellos que se refieran al estado civil o de la ciudadanía de las personas (art. 157.2 del NCPP); así también, no pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneas para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos (art. 157.3 del NCPP), por ejemplo los denominados "sueros de la verdad o narcoanálisis"¹⁵ o el polígrafo, etc.

- **Finalidad de la prueba.-**

En cuanto a la finalidad de la prueba también existen dos posiciones bien definidas, la que sostiene que la finalidad de la prueba es buscar la verdad histórica de los hechos; y la otra, que postula que la finalidad de la prueba es lograr la convicción del juez sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones que las partes hacen sobre los hechos.

1.4.2. Actos de aportación de hechos al proceso.-

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 (Gimeno, 2006). El nuevo proceso penal está dividido en tres grandes fases o etapas: a) investigación preparatoria que incluye diligencias preliminares (art. 337.2 NCPP), b) etapa intermedia y e) juzgamiento. En estas tres fases los sujetos procesales introducen hechos, en este sentido para las dos primeras fases, tales hechos se traducen en actos de investigación destinados a servir de fundamento para que se dicten resoluciones de imputación, medidas limitativas de derechos (detención preliminar, prisión preventiva, comparecencia restrictiva o medidas reales, etc.) y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento; y para la tercera, -fase de juzgamiento-, se producen

¹⁵ Narcoanálisis.- Utilizar la ingestión de narcóticos en el deponente para averiguar la verdad procesal penal, es un recurso censurable dada la permeabilidad de la prueba personal. La prueba realizada mediante narcoanálisis es ilícita y, por lo tanto, no es admisible en la actuación, pues es un desprecio de la dignidad de la persona humana, en tanto en cuanto representa el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano; como su autonomía y voluntad. Vide, con mayores detalles ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando. Prueba ilícita penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, reimpresión 2004, p. 151.

los denominados actos de prueba que estarían destinados a crear la convicción en el juez y que son los que sirven de fundamento para dictar la sentencia respectiva. Ahora bien, teniendo en cuenta que los actos de aportación de hechos al proceso son actos procesales de suma importancia que van a sustentar decisiones de relevancia procesal en cada una de estas etapas, su constitución e ingreso al proceso tiene que estar rodeada del cumplimiento de las garantías y los presupuestos que establece la Constitución y la ley, y sobre todo, sin vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales. En esa línea de argumentación tales actos indistintamente pueden ser afectados de ilicitud; en ese sentido, cuando nos referimos al concepto de prueba ilícita o prohibida, lo hacemos en sentido lato, comprende tanto a los actos de investigación como a los actos de prueba.

No desdeñamos la importancia de los actos de investigación que tienen en el proceso, contrario a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la siguiente STC Exp. N° 08811-2005-PHC/TC (75) f. j. 2: "No puede pretenderse que se deje sin efecto todo un proceso penal en razón de una presunta irregularidad cometida en la fase de investigación preliminar. Ello es así, fundamentalmente porque el acto que se cuestiona, si bien forma parte de la actividad probatoria, no constituye un acto de prueba, sino de investigación. Este, a diferencia de aquel, no permite fundamentar una condena. El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve entonces de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral, acto procesal respecto de la cual el demandante no ha argüido la falta de un intérprete", pues no se olvide que si bien las actuaciones de la investigación (76) solo sirven de fundamento para emitir las resoluciones propias de la investigación preparatoria y de la etapa intermedia, también es verdad que existen las denominadas pruebas anticipadas (art. 242 y siguientes) que pese a practicarse en estas dos primeras etapas, sin embargo, se constituyen en actos de prueba que

luego serán valorados en la sentencia; y qué decir de las actuaciones objetivas e irreproducibles ¹⁶ recogidas o producidas en las diligencias preliminares o investigación preparatoria, las que son introducidas mediante su lectura en el juicio oral, y sirven para fundar una sentencia.

- Actos de investigación.-

Los actos de investigación tienen como única finalidad preparar el juicio oral, llevando a cabo la comprobación y verificando la noticia criminal, procediendo a determinar el hecho punible y la identidad del presunto autor. "El acto de investigación se refiere a una hipótesis y persigue alcanzar el conocimiento de los hechos, para determinar si luego puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre esos hechos"(San Martín, 2003). "La eficacia jurídica del acto de investigación consiste en proveer el fundamento para que se dicten resoluciones de imputación, de medidas limitativas de derechos y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento (...) Las resoluciones instructoras y de la fase intermedia se apoyan en un juicio de mera probabilidad acerca de la responsabilidad penal de una persona. Solo la plena convicción de lo contrario excluye que esas resoluciones se dicten en sentido positivo" (San Martín, 2003).

¹⁶ Artículo 383.- Lectura de la prueba documental

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

- a. Las actas conteniendo la prueba anticipada;
- b. La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;
- c. Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;
- d. Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,
- e. Las actas levantadas por la policía, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

En este orden de ideas se tiene 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 NCPP); 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 (Cubas, 2009); así como sirven de fundamento para que se dicten medidas de restricción de derechos como las medidas cautelares (prisión preventiva, detención, interceptación judicial de las comunicaciones, entre otras), y los autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento.

- Actos de Prueba.-

Los actos de prueba son aquellos que se producen o presentan en el juicio oral o juzgamiento bajo los principios de la publicidad, la oralidad, la inmediación y el contradictorio, tendientes a formar o crear la convicción en el juzgador, serán estos actos los que fundarán una sentencia condenatoria o absolutoria.

Para San Martín "el acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. Presupone la previa realización de tal afirmación que se convierte en el objeto de la prueba (...). La eficacia del acto de prueba (...) es la de servir de fundamento a la sentencia, que el órgano jurisdiccional debe dictar según su criterio de conciencia" (San Martín, 2003).

En este sentido, los actos de prueba tienen por finalidad acreditar pretensiones a través de proposiciones afirmativas; de ahí la necesidad de que, previamente a la fase del juicio, exista una etapa de investigación, pero va a ser en el juicio oral donde se realizan los actos de prueba; ello porque al llegar a la fase de juzgamiento las partes presentan ante el juzgador el caso que van a demostrar como verosímil, y se basarían para ello de la actividad que realizarán en el juicio; de ahí la importancia de los actos que se realizan dentro del juicio oral (Nakazaki, 2009).

1.4.3. Regulación jurídica de la prueba prohibida o ilícita.-

- Concepto.-

El dar un concepto de prueba prohibida o ilícita, significa que tenemos que abordar el problema desde el punto de vista del Derecho Constitucional y otro en el campo legal ordinario. Así lo entiende José María Asencio Mellado, distinguiendo una prueba ilícita por violación de derechos fundamentales; y en otro nivel, la llamada prueba irregular puntualiza: "Por prueba ilícita ha de entenderse la obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento o, en fin, en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva a acudir a otras categorías"(Asencio,2008). En ese mismo sentido, el profesor César San Martín ubica el concepto de prueba prohibida en el primer nivel, nos dice: "Que es aquella prueba que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda o investigación de la fuente de prueba, cuando la labor de la obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que

en sí mismo viola el contenido esencial ¹⁷ del derecho". También es de ese mismo parecer Rosas Yataco, quien señala: "La prueba ilícita es aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, cuanto a la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial".

- Denominación.-

La terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista mucho de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de "prueba prohibida" o "prohibiciones probatorias", "prueba ilegal" o "ilegalmente obtenida", "prueba ilícita" o "ilícitamente obtenida", "prueba ilegítimamente obtenida", "prueba inconstitucional", "prueba nula", "prueba viciada", "prueba irregular", o incluso el de "prueba clandestina" (Miranda, 2004).

En nuestro país la terminología más usada de manera indistinta es la de "prueba prohibida" o "prueba ilícita", tal como lo podemos comprobar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Así, por ejemplo, en el caso Lastra Quiñones (STC N° 02053-2003-HCITC) se emplea el término "prueba ilícita" entendida como "(...) aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal (...)", mientras que en el caso Químper Herrera (STC N° 00655-2010-PHC/TC) se utiliza el término de "prueba prohibida" descrito como un derecho fundamental; en la Corte Suprema tenemos la ejecutoria, recaída en el recurso de nulidad R. N° 05-02-2008-Lima de 4 de mayo de 2009, que prescribe: "La prueba prohibida o ilícita es

¹⁷ Por contenido esencial debe entenderse al contenido determinable de un derecho fundamental, que se erige como un límite absoluto a la actuación de los Poderes Públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir tales derechos. Es "esencial" en cuanto atañe a la esencia del derecho, a su naturaleza, a su ontología, de modo que todo el contenido es en sí mismo necesario por esencial. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Elementos de una teoría de los derechos constitucionales. Ara Editores, Lima, 2003, p. 138.

aquella prueba cuya obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales(...)¹⁸ y la Ejecutoria Suprema N° 342-2001-Lima de 17 de setiembre 2004 que consigna: "(...) Quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la **prueba ilícita** limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales; (...)". Finalmente en el acuerdo plenario de jueces superiores¹⁹ se plantea que la prueba ilícita o prueba prohibida son sinónimos, si se les entiende como fa prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. De tal manera que para nuestro trabajo considero que la denominación -prueba ilícita o prueba prohibida- es la más apropiada, teniendo en cuenta que son los términos que se utilizan indistintamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema de la República y también en la doctrina nacional .

- Naturaleza.-

Superadas antiguas concepciones llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho. Sin embargo, cabe precisar que la naturaleza jurídica de la prueba ilícita no es la búsqueda de la verdad absoluta, al decir de Mixán Mass (2006), "la verdad absoluta solo la tiene Dios, pues es la verdad misma". Por lo tanto, solo se habla de una verdad legal²⁰.

¹⁸ Ver: <http://www.idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupción/jurisprudencia/recurso_nulidad_congresistas_05-02-2008.pdt>. P. 20. Visitado el 4 de agosto de 2011.

¹⁹ Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria", realizado en la ciudad de Trujillo el día 11 de diciembre del año 2004, por los vocales superiores integrantes de las Salas Penales de la República, fundamento II.

²⁰ Como concepto de verdad inspirado en la concepción relativista -en el relativismo filosófico- de la verdad, amalgamada con cierto agnosticismo y fideísmo. Nos parece que se afilia a esta concepción la afirmación que al respecto formulan algunos procesalistas en el sentido de que la "verdad legal" es la que aparece en el proceso penal como resultado de la prueba, pero que contiene una variable proporción de error inevitable en toda obra humana. Que para salvar dicho error existe la revisión de los procesos penal. "Que la verdad absoluta solo la tiene Dios, pues es la verdad misma". Verdad legal, como un concepto que sirve para expresar la adecuación del caso concreto a la estructura lógico-jurídica de la norma a aplicar. En efecto, pueden llamar verdad legal a la adecuación práctica del hecho, acto, omisión, etc.; a la hipótesis jurídica pertinente; adecuación que, a su vez, determina la identificación de

De esta manera, la naturaleza jurídica de la prueba ilícita no parte del fundamento epistemológico de la verdad, sino del derecho; así nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia, Alberto Químper Herrera, STC. Exp. N° 00655- 2010-PHC/TC, hace todo un desarrollo argumentativo al respecto, precisando que en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida.

- Fundamento.-

La ilicitud de la prueba desde una concepción europea continental siempre ha tenido como fundamento constitucional, el haber estado conectado al derecho con todas las garantías, un derecho constitucional; mas no así en el sistema norteamericano, cuya principal razón o fin ha sido el efecto disuasorio.(deterrent effect) de las actuaciones policiales ilícitas. En efecto la posesión que desarrolla 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 en que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en los casos U.S. v. Calandria, 414 US 338 (1974) y U.S v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), declaró que "la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada" . En cambio, nuestro Tribunal

la respectiva consecuencia jurídica que en caso debe o puede concretarse. MIXÁN MASS. Florencio. Derecho Procesal Penal. Ob. cit., p. 93.

Constitucional ha ido más allá al sostener en primer lugar, que la prueba ilícita es un derecho y, en segundo lugar, que tiene raigambre constitucional, es decir, que tiene el rango de derecho constitucional, pero con contenido implícito al no estar regulado dicho derecho expresamente en la Constitución ²¹. Sin embargo, la realidad plasmada en el desarrollo jurisprudencial nos dice otra cosa -la constatación de un fenómeno de debilitamiento progresivo de la regla de exclusión, inmersa así en una profunda crisis de reconocimiento-, esta crisis también se vislumbra en el sistema euro continental con el nacimiento de la denominada doctrina de conexión de antijuridicidad²², "que se constituye en un eslabón más de la ya larga cadena de criterios restrictivos en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales (Gonzales, 2009) y en nuestro país, basta con revisar el acuerdo plenario de jueces superiores, denominado Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal", en que se establecen una serie de reglas para la aplicación de excepciones a la exclusión de la prueba ilícita.

- Los efectos de la prueba prohibida.-

La llamada doctrina del "fruto del árbol venenoso" tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe el nombre de fruit of the poisonous tree o, simplemente. Fruit doctrine. Su origen se remonta al caso Silverthorne Lumber Co. V. United States (1920) en el que se entregó documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Posteriormente, en Nardone v. United States (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión "fruto del árbol venenoso", al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras

²¹ En la STC. Exp. N° 00655-2010-PRC/TC, Alberto Quimper Herrera, se puntualiza 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 excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso".

²² Desarrollada en España con la sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998.

evidencias a las que se hubiera llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. (Talavera, 2009).

Sostiene esta teoría que se deben excluir tanto las pruebas obtenidas ilícitamente, como las que se derivan de ellas. Aquí hay ineficacia procesal por el quebrantamiento indirecto a los derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, por lo que no se pueden aprovechar resultados probatorios que se han obtenido ilícitamente por haber partido justamente de una prueba que se obtuvo de manera ilícita. Al respecto, Jairo Parra Quijano dice: "Restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas" (Parra, 1997), 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. Castro (2014), citando a López Barja De Quiroga, señala "que lo importante en este tipo de casos es determinar la relación causal entre el acto originariamente violatorio de derechos fundamentales y el acto consecuencia del primero". Agrega, "sin embargo, que el establecimiento de esa relación causal no está exento de dificultades y problemas. Es por ello que no sería apropiado que desde la dogmática se perfilen reglas generales cuando dicha tarea debe ser asignada a quienes tiene la obligación de examinar y resolver los casos concretos: los jueces".

- Las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida.-

La jurisprudencia, especialmente la norteamericana, ha tenido un fecundo desarrollo en cuanto a las excepciones de la exclusión de la prueba ilícita, quizá motivada por la sensación de impunidad que la exclusión probatoria en algunos casos evidenciaría. El siempre presente conflicto del respeto a los derechos fundamentales, por un lado, viabilizados a través de la exclusión de la prueba ilícita; y, por otro lado, la exigencia social de la seguridad. Por ello, en este proceso se ha buscado un término medio, expresado en las siguientes excepciones.´

a) Fuente independiente.- Es una excepción desarrollada por la jurisprudencia norteamericana que recibe el nombre de *independent source* (fuente independiente). Se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, en donde la Corte postuló que las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría derivarse de una fuente independiente.(Talavera, 2009) 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,(Castro, 2009) "tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que se 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”.

Castro (2009) nos dice: "(...) Si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manea de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida”.

b) Descubrimiento inevitable.-

El origen de dicha excepción se sitúa en el caso *Nix vs. Williams*,467 U.S. 431 (1984), en un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. Si bien se excluyó la confesión del imputado, no se aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal, ya que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver. (Miranda, 1999). Concretamente, según esta doctrina es procedente admitir medios probatorios considerados ilícitos, siempre y cuando su obtención se habría producido siguiendo hipotéticamente otros medios, caminos o vías legales lícitas. Lo

importante es la existencia de la conexión causal entre la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y la fuente refleja o derivada, la misma que no se excluye, por la hipótesis de que se hubiera descubierto también aquellas evidencias, respetando los derechos fundamentales. González (2009), nos explica, "el resultado probatorio se hubiese producido igualmente recurriendo a otros medios lícitos. La equivalencia con el recurso llamado curso causal hipotético es más que evidente (...) no existen otros medios de prueba, sino únicamente una hipótesis, una conjetura, o un razonamiento contrafáctico; a pesar de la violación, se afirma que si el procedimiento regular hubiese continuado respetando las reglas procesales, la prueba se hubiese podido obtener de todas maneras". Sin embargo, tiene que quedar claro cuál es la diferencia entre la excepción de la fuente independiente y la teoría del hallazgo inevitable; en esta última, los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos -inevitablemente-sería obtenido a través de una actividad regular y lícita. En cambio, tratándose de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, esto es, se reputa independiente. Como puede verse, en este último caso existen dos datos de prueba: uno de origen ilícito y otro que se reputa aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que en el descubrimiento inevitable existe tan solo un dato probatorio de origen ilícito, puesto que lo que utiliza el Tribunal es una mera elucubración mental hipotética para considerar que igualmente dicho dato pudo ser obtenido lícitamente, decidiendo por ello aprovecharlo probatoriamente.(Castro, 2009)

c) La conexión de antijuridicidad.-

En realidad no se trata de una excepción específica de aquellas desarrolladas por la jurisprudencia norteamericana, como las excepciones de fuente independiente, descubrimiento inevitable o excepción de buena fe, sino a un desarrollado de la jurisprudencia euro continental. Esta teoría se construye sobre un baremo genérico y pretende con ello dotar de instrumentos que proporcionen mayor seguridad jurídica en la solución del problema de la prueba ilícita. Ha sido un sustituto a la teoría del árbol del fruto

prohibido, pues "contribuye a sistematizar las excepciones, a actualizar y revisar las categorías e introducir nuevos criterios de enjuiciamiento en esta materia" (Gonzales, 2009).

Específicamente en España, con la sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/1998(123), se precisa el estándar que sirve para admitir o excluir una prueba que se deriva de una prueba ilícita, tal construcción se fundamenta, en primer lugar, en la existencia de una relación causal natural entre el hecho lesivo del derecho fundamental (prueba directa ilícita y la prueba refleja derivada) y en un segundo nivel, que no exista un vínculo normativo -jurídicamente independientes- entre el hecho lesivo original y la prueba derivada refleja. "Comporta pues diferenciar un primer nivel de análisis, el plano de la causación o nexos causal en sentido estricto, y después examinar si, comprobado este, también existe un nexo jurídico entre el árbol emponzoñado y sus frutos".(Gonzales, 2009).

d) La denominada excepción de buena fe.-

Se trata de una excepción utilizada en la jurisprudencia norteamericana, al considerar que la finalidad preventiva de la exclusión de la prueba no es necesaria cuando la policía ha actuado creyendo que lo hacía dentro de la ley. Presupone la existencia de un error, con lo que necesariamente afirma la ausencia de dolo o intención (mala fe), y, por consiguiente, se sitúa en el terreno de la imprudencia. Este error puede venir motivado por insuficiencia o defectos de la ley, o como consecuencia de una actuación judicial incorrecta. (Gonzales, 2009).

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. De esta manera, su fundamento radica en prevenir y disuadir al funcionario, ya sea policía, fiscal o juez, para que sus actuaciones se realicen en el marco del respeto de los derechos fundamentales; sin embargo, de no cumplirse este objetivo debido a que el funcionario no sabía (actuaba de buena fe) que la orden que portaba era ilegal o que el mandamiento judicial era arbitrario o inconstitucional, no cabe expulsar la

prueba, por cuanto no se está cumpliendo con la principal finalidad disuasoria, lo que la doctrina norteamericana llama el (deterrent effect). Al respecto Castro Trigos tiene una opinión crítica a esta posición, pues no le parece plausible hacer depender la validez de una actividad probatoria ilícita en las creencias subjetivas del agente policial traducidas en una supuesta buena fe, porque ello conduciría a proporcionarles a los agentes de la persecución penal la posibilidad siempre abierta para alegar buena fe aun en actuaciones dolosas y vulneratorias de derechos fundamentales, en las que aquella no existe. Agregando el indicado autor "que es posible que resulta más razonable argüir buena fe para justificar una infracción de derechos fundamentales en la actividad de acopio probatorio a efectos de librarse de una eventual responsabilidad disciplinaria o penal por parte de los agentes de la persecución penal, en lugar de asignarle relevancia para admitir y valorar la prueba así obtenida, situación extremadamente difícil de probar en la mayor parte de casos" (Castro, 2009).

e) Nexo causal debilitado.-

A esta excepción también se le llama mancha diluida o atenuada (purged taint exception attenuation of the taint) contaminación atenuada, y para graficarlo mejor citamos un ejemplo de la jurisprudencia norteamericana (caso Wong Sun); "A" es detenido ilegalmente por la Policía, e imputa en su declaración a "B". Tras ello, la policía detiene a "B", incauta droga en el registro de su domicilio, y este inculpa a "e", este concurre voluntariamente ante la policía y se declara culpable. En el proceso, "A" logra excluir la evidencia de la droga secuestrada a "B", alegando que deriva directamente de su previa detención ilegal. Sin embargo, la demanda de "e" para que su confesión fuera también anulada no prosperó: fue declarada como un hecho que interrumpió la cadena causal. Subrayar que aunque la declaración de culpabilidad de "e" fue voluntaria y espontánea, al no haber sido informado previamente de la nulidad de la detención y en consecuencia del registro y aprehensión de drogas, no debió considerarse como válida. (Guariglia,2005) Al respecto, González (2009) explica que esta excepción opera allí donde, aunque establecida una relación causal, la imputación objetiva -o conexión de antijuridicidad- se quiebra por la

actuación voluntaria de alguien, (...) en los supuestos de confesiones precedidas de intervenciones declaradas nulas; sin embargo, para que aquellas sean admitidas, han de estar informadas previamente de la declaración de nulidad de las anteriores diligencias, así como que ha de ser prestada libre y voluntariamente, esto es, sin presiones (doctrina de la advertencia calificada). Por ejemplo, aquella persona que es intervenida ilegalmente y presta declaración preliminar, sin embargo, comoquiera que el proceso de intervención fue declarado nulo, tal actuación fue inválida, pero es el caso, que con posterioridad, en el juzgamiento, voluntariamente el procesado se presenta y presta declaración, inclusive con la aclaración de la ilicitud de su primigenia declaración. La relación causal entre la actuación primigenia y la posterior no se ha roto, pero está atenuada, justamente por la acción voluntaria e informada del imputado.

Al respecto, el profesor Neyra (2010) nos dice: "Se argumenta que la confesión, en este caso, es un 'acto independiente sanador' que rompe la cadena con la lesión inicial, pero se debe tener en cuenta que si no se hubiera dado la inicial afectación al derecho fundamental, no se hubiera dado la última prueba, por lo cual aún existe nexo causal".

En nuestro país, la jurisprudencia nacional (caso del expresidente de la República Alberto Fujimori Fujimori), Neyra (2010) también se recoge esta excepción del nexo causal atenuado, el Tribunal en el fundamento 148 expresa: "Es claro, partir de las declaraciones del periodista Guerrero Torres y de los videos que presentó, que en la edición de archivo de Panamericana Televisión no aparecen las escenas propaladas por el programa 'La Ventana Indiscreta'; por lo tanto, la entidad afectada de alguna posible sustracción de un documento de archivo no es Panamericana de Televisión. No existe, por lo tanto, conocimiento exacto del modo cómo se obtuvo el documento fílmico que sirvió de fuente al programa 'La Ventana Indiscreta'. Ahora bien, si este documento fílmico se hurtó o no, carece de relevancia constitucional, pues en todo caso es probado que uno de los intervinientes en la escena de la entrevista personal del Servicio de Inteligencia Nacional, con la obvia autorización y conocimiento del entrevistado y entrevistador, más aún si la entrevista se produjo en la sede de esa institución- fue quien grabó lo acontecido. Más allá

de cualquier defecto del video -concretamente la edición 'cuestionable' de su contenido para configurar un documento fílmico específico acorde con un reportaje de actualidad- se ha producido un supuesto muy claro de 'atenuación del vínculo' pues el entrevistador afirmó la realidad de conversaciones previas y la intervención anticipada de Montesinos Torres, quien le transmitía consejos o le daba indicaciones al general EP Picón Alcalde sobre cómo debía declarar" (el resaltado es nuestro)".

f) Teoría del riesgo.-

La teoría del riesgo es muy utilizada en los países de tradición europea continental, es de abolengo alemán y nace a partir de la intervención a las comunicaciones. Lo que dice esta teoría es que la prueba obtenida no lesiona derechos fundamentales, toda vez que no hay una afectación importante al secreto de las comunicaciones por ser un acto que realiza un participante de la comunicación. Esta teoría se entiende cuando dos personas se comunican una le expresa o cuenta a la otra una actividad delictuosa o relacionada con el delito, de manera que asume el riesgo que su interlocutor lo delate, por ejemplo: "un policía graba a una persona sin saberlo su interlocutor, mientras los dos hablan de cómo se va a llevar a cabo un delito. Sobre la base de esta intervención a las comunicaciones se realizan detenciones y se encuentra[n] los efectos del delito". En el presente caso, no hay violación al derecho a la intimidad del emite[n]te por cuanto el interlocutor es titular del derecho a las comunicaciones y el emite[n]te asumió su propio riesgo al confiar una actividad prohibida a su interlocutor. Así, Asencio (2008) es categórico en sostener "que la grabación, filmación o captación de una conversación realizada por uno de los comunicantes sin conocimiento del resto, cualquiera que sea su contenido, no afecta ni al derecho a la intimidad personal, ni al relativo a la protección del secreto de las comunicaciones, de manera que en caso alguno puede concluirse la ilicitud de tales instrumentos y por ello su pérdida de valor probatorio".

En nuestra jurisprudencia nacional, citada por Neyra (2010) , tenemos pronunciamientos al respecto, como el de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Expediente N° 21-2001 "caso miembro del Tribunal Constitucional" se pronuncia en el sentido 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)".

1.4.4. Definición Operacional y Conceptual de las Variables.-

- **Variable Independiente (X):** Prueba Prohibida
- **Variable Dependiente (Y):** Proceso Penal

Operacionalización de Variables:

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores
X: La prueba Prohibida	La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal.	La prueba prohibida deviene procesalmente inefectiva e inutilizable. La prueba ilícita, adulterada o fraguada y su eventual	- Doctrina - Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. - Jurisprudencia nacional. - Normatividad.

		cuestionamiento constituye un asunto constitucionalmente relevante.	<ul style="list-style-type: none"> - Número de casos. - Ejecución - Plenos jurisdiccionales - Debido proceso - Problemas - Sentencias
Y: Proceso Penal	El fin del proceso penal, es obtener la verdad de los hechos. Averiguar solo de aquella verdad que es accesible al conocimiento humano, es decir la verdad realtivo – objetiva, de conformidad con las reglas jurídicas y dentro del principio del Estado de Derecho del cual emana, resultando tanto la obligación de averiguar la verdad como su limitación.	El objeto principal del proceso penal lo constituye la pretensión penal o punitiva contra el infractor de una conducta típica.	<ul style="list-style-type: none"> - Número de casos - Criterios de aplicación - Ejecución - Problemas - Etapas - Sentencias - Partes.

1.4.5. Delimitación Teórica, espacial y temporal de la investigación.-

Teórica.-

La presente investigación tiene como área de investigación el Derecho Penal, para ellos se harán uso de las teorías jurídicas a fin de justificar el problema de

investigación, desarrollándose contenidos temáticos relacionados a los siguientes temas: L aprueba penal, actividad probatoria, valoración de la prueba, excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, proceso penal garantista.

Espacial.-

La presente investigación tiene como delimitación geográfica o espacial el ámbito nacional

Temporal.-

La investigación se ejecutará durante el año 2010 - 2015.

1.5. Hipótesis.-

El derecho fundamental de la prueba prohibida si está cumpliendo sus fines debido a que no puede conseguirse a cualquier precio, sino sólo al precio legítimo de lo que es viable y hacedero, de acuerdo con los altos principios que gobiernan al Estado Constitucional de Derecho.

1.6. Objetivos.-

1.6.1. Objetivo General.-

Analizar y explicar el tratamiento a nivel de la doctrina y la jurisprudencia de la prueba prohibida y su tratamiento en el nuevo código penal peruano, periodo 2010 – 2015.

1.6.2. Objetivos Específicos.-

- Explicar que criterios vienen utilizando los magistrados- jueces y fiscales – en la aplicación de la prueba prohibida como una contradicción al ordenamiento jurídico en el marco de la aplicación nuevo código procesal penal, periodo 2010 - 2015?
- Analizar y explicar las discrepancias dogmáticas jurídicas que enfrenta la exclusión o admisión de la prueba prohibida en el marco de nuevo código procesal penal periodo 2010 – 2015.

CAPÍTULO II

MATERIAL Y

MÉTODOS

II. MATERIALES Y MÉTODOS.-

2.1. Metodología de la Investigación.-

2.1.1. Tipo de Investigación.-

Corresponde a una investigación jurídica dogmáticas²³, en su dimensión dogmática tuvo por finalidad analizar y explicar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el tratamiento a nivel de la doctrina y la jurisprudencia de prueba prohibida y su tratamiento en el nuevo paradigma procesal penal garantista con tendencia adversarial.

2.1.2. Diseño de Investigación.-

Con el propósito de resolver el problema, se partió del siguiente diseño de investigación en la cual se obtuvo información a partir de un grupo y en la modalidad de corte transversal en el tiempo.

Tipo de Diseño.-

Corresponde a la denominada No Experimental²⁴, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no se poseo grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico en el problema después de la ocurrencia.

²³ SOLIS ESPINOZA, Alejandro (1991). “Metodología de la Investigación Jurídico Social”, Lima, pp. 54 y ss.

²⁴ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). “Fundamentos de la investigación científica y jurídica”, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

Diseño General.-Se empleó el diseño **Transversal**²⁵, cuya finalidad fue recolectar datos del fenómeno de estudio del hecho jurídico en un sólo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2010 - 2015.

Diseño Específico.-

Se empleó el diseño causal – explicativo, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto, como es el derecho penal nacional interno y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

Método²⁶.-Los métodos específicos que se emplearon en la investigación fueron:

Método Dogmático.- Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas,

²⁵ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). “Metodología de la Investigación”, Editorial McGrawHill, Mexico, p. 151.

²⁶ ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). “Metodología de la investigación jurídica”, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 65 y ss.

ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

Método Hermenéutico... La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Método Sociológico.-

La sociología de Derecho es un sector especializado de la sociología en general, cuyo objeto es investigar la creación, las transformaciones y la aplicación del Derecho a la realidad social. Parte del criterio de que el estudio y la comprensión del derecho no son posibles sin una clara apertura hacia la realidad social. El análisis sociológico es así un auxiliar imprescindible para que el Derecho cumpla sus fines, cuyo examen entra también y en forma decisiva, en la labor del jurista. No se puede negar la importancia de la sociología jurídica como método, si consideramos que éste es ante todo un medio

de control social y no puede ser entendido si no se capta su actuación en la realidad, la función que cumple en la sociedad, las fuerzas de hecho que lo condicionan y lo crean.

Método Exegético.-

Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plasmaron de la siguiente manera:

a) Planteamiento del problema: Comprende la individualización y descripción del problema, el planteamiento de una hipótesis directriz o de trabajo, y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.

b) Construcción: Es la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos. Papel fundamental es la ordenación de las fuentes, la cual puede ser:

- Bibliográficos: Datos sobre las fuentes.
- Bibliografía: Datos sobre autores y/o personas.
- Nemotécnicas: son citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinados o que tienen alguna relación.
- Linografía: Datos sobre fuentes del internet.

c) **Discusión:** Donde se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.

d) **Informe final:** el mismo que fue redactado siguiendo el estilo y técnica APA, que es el más adecuado para la presentación de informes científicos en las ciencias sociales.

2.1.3. Población y Muestra.-

2.1.3.1. Delimitación de la muestra.-

Universo Muestral.-

La población estará constituida por las normas jurídicas, la doctrina, la jurisprudencia y los principios que versan sobre Derecho Procesal Penal y concretamente sobre la Prueba Prohibida.

Unidad de Análisis.-

Dada la naturaleza dogmática del presente estudio, la unidad de análisis para la presente investigación estará constituida por la doctrina, jurisprudencia y la legislación que tienen directa relación con la prueba prohibida.

2.1.3.2. Clase de la Muestra.-

a. Tipo: No Probabilística.

b. Técnica muestral: Intencional²⁷

c. Marco Muestral: 01 Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.(Acuerdo Plenario N° 4 – 2010/CJ-2016)

2.1.4. Técnicas e Instrumentos de Investigación.-

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio. También se aplicará la ficha de análisis de contenido para poder realizar el estudio, revisión y análisis de los problemas identificados en la investigación de la prueba prohibida.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática e integral del problema de estudio.

²⁷ Este tipo de muestreo se caracteriza por un esfuerzo deliberado de obtener muestras "representativas" mediante la inclusión en la muestra de grupos supuestamente típicos. También puede ser que el investigador seleccione directa e intencionadamente los individuos de la población. El caso más frecuente de este procedimiento el utilizar como muestra los individuos a los que se tiene fácil acceso.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se formuló en base al logro de los objetivos de investigación, cuyo diseño de trabajo operacional, implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes a fin de procesar dicha información con la técnica de la argumentación jurídica.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

III. RESULTADOS.-

3.1. Presentación de la unidad de análisis.-

Dada la naturaleza metodológica del presente trabajo de investigación, que es un estudio Jurídico – Doctrinal, el cual nos permite diferenciar el conocimiento jurídico de otros tipos de conocimientos. La investigación jurídico doctrinal tiene dos niveles. El primero es hermenéutico y el segundo teórico-dogmático o simplemente: Dogmático.

Una investigación jurídica – dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa.

Por lo que en el presente trabajo de investigación titulado: análisis jurídico dogmático de la prueba prohibida y su tratamiento en el nuevo código procesal penal, se apoya para su desarrollo metodológico, en el método dogmático, por lo que visualizaremos el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema. . No serán parte de nuestra labor inquisitoria los factores reales que han generado esa normatividad. Por lo que consideramos como pregunta del método dogmático consiste en averiguar la naturaleza jurídica de la institución jurídica de la prueba prohibida.

El método dogmático alcanza un mayor rigor teórico. Mientras que la exegesis – método que también utilizamos en el presente trabajo de investigación, trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho comparado, y ocasionalmente, a la jurisprudencia. (Ramos, 2014)

3.2. Resultados Teóricos.-

3.2.1. Naturaleza Jurídica de la Prueba Prohibida.-

La naturaleza jurídica de la prueba ilícita no es la búsqueda de la verdad absoluta, a decir de Mixan Mass, la verdad absoluta solo la tiene Dios, pues es la verdad misma”. Por lo tanto, solo se habla de una verdad legal.

De esta manera, la naturaleza jurídica de la prueba ilícita no parte del fundamento epistemológico de la verdad, sino del Derecho. Así nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia, Alberto Quimper Herrera, STC. Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, hace todo un desarrollo argumentativo al respecto precisando que en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida.

Señala que existen varias posiciones al respecto, como la siguiente:

a. Como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso. Para tal efecto cita la fracción IX, del inciso a, del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. Resaltando es aplicable a todo tipo de proceso.

b. La prueba prohibida como 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”.

c. La prueba prohibida considerada como un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”. En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”.

Finalmente, el TC en la citada sentencia STC. Exp. N° 00655- 2010 – PHC/TC, Alberto Quimper Herera, (f.j-07), sobre la naturaleza jurídica de la prueba prohibida 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. De esta manera advertimos que el TC asume la posición que la prueba prohibida es un derecho fundamental de la persona humana, pero de contenido implícito, por no estar regulado expresamente en la Constitución.

3.2.2.El Tratamiento Legal de la Prueba Prohibida en el NCPP.

El artículo 159° del Código Procesal Penal señala: “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. Este precepto guarda íntima concordancia con lo dispuesto por el artículo VIII del Título Preliminar del citado código que señala sobre la legitimidad de la prueba lo siguiente: 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. Nos permitimos consignar literalmente la norma inherente a esta garantía procesal, que determina la proscripción de pruebas obtenidas ilícitamente, es decir, sin respetar el debido proceso, porque constituye parte elemental del fundamento del mismo, que tiene como norte la búsqueda de la verdad legal dentro del juicio histórico que desarrolla el operador jurisdiccional. Aclaremos, expresamente, que no define la prueba ilícita, pero de su contenido aflora que sólo se está frente a pruebas prohibidas, cuando las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violan o vulneran el contenido esencial de derechos elementales del individuo; es pues, en esencia, lo que el legislador nos ha transmitido.

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

Desde otra postura, hay quienes sostienen que el contenido esencial es lo que queda después del ejercicio de la ponderación o principio de proporcionalidad.

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

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y

DISCUSIÓN

IV. ANALISIS Y DISCUSIONES.-

4.1. Análisis y Discusiones.-

4.1.1. Respecto a los fundamentos de la regla de exclusión: Existen dos perspectivas o enfoques que explican el fundamento de la regla de exclusión: **subjetiva y objetiva**

– La incidencia del elemento **subjetivo** en la regla de exclusión obedece a un doble motivo. De un lado el influjo de la doctrina norteamericana, que la contempla sustancialmente a tenor de efectos disuasorio sobre la policía, limitando su aplicación, además, a tal ámbito, esto es, a los sujetos públicos encargados de la investigación de los delitos. Y de otro, al desarrollo de nuevas formas de criminalidad. Que han abierto la puerta a la necesidad de considerar situaciones como la de los agentes encubiertos.

– Por el contrario, el enfoque **objetivo** de la regla de exclusión examina dicha exclusión atendiendo al objeto de los medios de prueba, a determinados medios de prueba; o al carácter de las normas vulneradas, de manera que el quebranto de tales prohibiciones excluye la fuente o el medio de prueba, como bien lo puntualiza (Armenta,2009)

– San Martín (2012) precisa que, el fundamento de la exclusión de las pruebas prohibidas , a nuestro juicio y en contra de la jurisprudencia estadounidense, no descansa en el efecto disuasor de las conducta ilegales de los agentes (deterrence effect), que por lo demás es una opción de política legislativa y, por lo tanto, sujeta a una intensa modulación por presiones sociales (...) En cambio, en el modelo eurocontinental el fundamento de la exclusión probatoria radica en la posición

preferente de que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico, en el valor supremo que la constitución le concede.

– Jauchen (2009) por su parte manifiesta que, la exclusión probatoria como garantía que limita la potestad punitiva del Estado, cuyo fundamento se basa principalmente en la irrefutable razón ética derivada de imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ilegítima, inobservando las mismas normas por el predispuestas, y porque existen motivaciones dirigidas a los funcionarios que ilegalmente hubiesen obtenido el material probatorio, con el propósito disuasivo de desalentar ese tipo de proceder.

– A decir de Gálvez Muñoz una regla de exclusión absoluta de puede regular, en ocasiones, excesiva y desproporcionada, y conducir a consecuencias absurdas y plenamente insatisfactorias, que producirían un evidente desprestigio de la administración de justicia. Un ejemplo lo pone claramente en evidencia: la posibilidad de que un inocente puede ser condenado a una larga pena de privación de la libertad, a pesar de que exista una prueba que demuestra su inocencia pero no pueden usarse en el proceso porque fue obtenida mediante una leve vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, o cuando se tenga que absolver a una persona que se sabe culpable por el solo hecho de haberse tenido que invalidar todo el material probatorio ilícito que demostraba su culpabilidad; por lo que en algunos casos se vuelve necesario que la regla de exclusión probatoria admita excepciones cuando en la ponderación de intereses contrapuestos – por un lado, el interés público del Estado de investigar y castigar al responsable de la comisión del delito y, por el otro, el interés privado del investigado (que, a su vez conforma interés público para la comunidad porque también le importa de que se respeten los derechos fundamentales de la persona que son objeto de investigación), a quien le asiste el derecho a la presunción de inocencia, de que en el desarrollo de la

actividad de investigación y búsqueda de pruebas del Estado, se tenga como límite el respeto de los derechos fundamentales, que además, tienen como fundamento la dignidad de la persona y las garantías del debido proceso- se llega a evidenciar de que no se afecta el contenido esencial del derecho fundamental infringido.

4.1.2. Respetto a que una regla de exclusión absoluta puede resultar excesiva y desproporcionada.-

– La posibilidad de que un inocente pueda ser condenado a una larga pena de privación de la libertad, pesar de que exista una prueba que demuestra su inocencia pero no puede usarse en el proceso porque fue obtenida mediante una leve vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

– Cuando se tenga que absolver a una persona que se sabe culpable por el solo hecho de haberse tenido que invalidar todo el material probatorio ilícito que demostraba su culpabilidad.

– En algunos casos se vuelve necesario que la regla de exclusión probatoria admita excepciones cuando de la ponderación de intereses contrapuestos - por un lado, el interés público del Estado de investigar y castigar al responsable de la comisión del delito y, por el otro, el interés privado del investigado.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y

RECOMENDACIONES

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

5.1. CONCLUSIONES.-

- **PRIMERO:** En el derecho procesal penal la actividad probatoria reside en un conjunto de acciones cognoscitivas metódicas, selectivas, jurídicamente reguladas, conducida por un funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto
- **SEGUNDO:** El Nuevo Código Procesal Penal en el Artículo VIII° de Título Preliminar establece una regla de exclusión a la Prueba Prohibida. El Tratamiento Jurisprudencial a la Prueba Prohibida ha establecido algunas excepciones a la regla de exclusión considerada en el Nuevo Código Procesal Penal, basadas esencialmente en el test de ponderación y en la valoración de la prueba ilícita.
- **TERCERO:** Si bien es cierto que la doctrina ha distinguido, prueba prohibida como aquella obtenida con violación al contenido esencial de un derecho fundamental y prueba ilícita como aquella que vulnera una norma de inferior jerarquía que la Constitución. También es cierto que nuestro propio Tribunal Constitucional, en alguna oportunidad no hizo distinción alguna respecto a dichos conceptos, como es de verse en las sentencias recaídas en el EXP. N° 2053-2003-HC/TC y EXP. N° 00655-2010-PCH/TC, donde el Tribunal señala en el primer caso que prueba ilícita es la que viola

derechos fundamentales, sin hacer mayor distinción y en el segundo sí caso descarta a aquellas que violan normas infralegales. La prueba prohibida no entra en contradicción con la libre valoración de la prueba, pues esta libertad no será absoluta en cuanto entra en conflictividad con derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico

- **CUARTO:** La verdad real, material o histórica que se trata de descubrir en el proceso penal, no puede conseguirse a cualquier precio, sino sólo al precio legítimo de lo que es viable y hacedero, de acuerdo con los altos principios que gobiernan al Estado de Derecho.
- **QUINTO:** Se considera prueba ilícita aquella que se obtiene violando derechos y libertades fundamentales, garantías establecidas en las normas procesales y normas procesales que regulan la actividad probatoria.
- **SEXTO:** Desde una perspectiva general respecto a la regla de exclusión concluimos que, esta en debate si, para alcanzar una condena vale todo o si, por el contrario, existen límites que no pueden traspasar aun al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y el Derecho Penal, desatendiendo el mandato social implícito en la realización de la ley penal a través del proceso. Respecto a los enfoques o perspectivas que explican el fundamento de la regla de exclusión: subjetiva y objetiva. La incidencia del elemento subjetivo en la regla de exclusión obedece a un doble motivo. De un lado el influjo de la doctrina norteamericana y de otro, al desarrollo de nuevas

formas de criminalidad. Por el contrario, el enfoque objetivo de la regla de exclusión examina dicha exclusión atendiendo al objeto de los medios de prueba o al carácter de las normas vulneradas, de manera que el quebranto de tales prohibiciones excluye la fuente o el medio de prueba.(modelo eurocontinental).

5.2. RECOMENDACIONES.-

- Recomendamos a los estudiantes de postgrado y pregrado de la facultad de derecho y ciencias políticas, actualizarse en temas referidos al tema de prueba prohibida, así como las pautas que se deben tener en consideración en su recta interpretación , que garantice un desempeño profesional idóneo
- La Universidad Privada San Pedro SAD – Huaraz; debe generar espacio de capacitación continua en temas de Derecho Procesal Penal , las misma que permita una formación profesional de calidad en los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- A la universidad debe implementar políticas de capacitación académica permanente y establecer convenios de coordinación interinstitucionales como el Poder Judicial y Ministerio Público, para que los estudiantes de pregrado pueda realizar prácticas profesionales en el Poder Judicial y Ministerio Público, y, así contribuir a una formación teórica practica de los futuros abogados.

CAPÍTULO VI

AGRADECIMIENTO

VI. AGRADECIMIENTO.-

A nuestros padres por todo su amor, cariño, apoyo y comprensión en el logro de nuestros objetivos profesionales.

CAPÍTULO VII
REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.-

Doctrina:

- Aranzamendi, N. L. (2013) Guía de Redacción Científica. Lima – Perú: Editorial Grijley
- Aranzamendi N. L. (2010) La investigación jurídica: Diseño del proyecto de investigación y estructura y redacción de la tesis. Lima – Perú; Editorial Grijley,
- Aranzamendi N. L. (2011) Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada del Derecho. Lima – Perú; Editorial Grijley,
- Alcaide, G. J. M. (2009). “La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos” [Tesis Doctoral] España. www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/97362 (Universidad de Barcelona)
- Ariano D. E. (2003). “El Derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. 2003.Lima- Perú; Jurista Editores.
- Aranzamendi N. L. (2013) Guía de Redacción Científica. Lima – Perú; Editorial Grijley.
- Aranzamendi N. L. (2010) La investigación jurídica: Diseño del proyecto de investigación y estructura y redacción de la tesis. Lima – Perú; Editorial Grijley.
- Aranzamendi N. L. (2011) Fundamentos epistemológicos de la investigación básica y aplicada del Derecho. Lima – Perú; Editorial Grijley.
- Aranda M. W. (2014): Manual de Derecho Procesal Penal. Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima.

- Amores V. H. L. (1999).” La prueba ilícita en el proceso penal” [Tesis de Licenciatura en Derecho] Costa Rica. www.ucr.ac.cr (Universidad de Costa Rica)
- Armenta Deu, T. (2009) “Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América”, En: La prueba en el proceso penal. Revista de Derecho Procesal Penal. Buenos, Aires
- Asencio M. J. M. y Ugaz S.M. J. C. (2008) Prueba ilícita y lucha anticorrupción (El caso del allanamiento y secuestro de los "vladivideos"). Grijley, Lima.
- Bustamante A. R. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Ara Editores, Lima, 2001, p. 130.
- Campaner M. J. (2015). “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba” [Tesis Doctoral] Madrid España.
www.eprints.ucm.es/28664/1/T35819.pdf (Universidad Complutense de Madrid)
- Castillo G. L. (2014): “La Prueba Prohibida” Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima.
- Castro T. H. (2009). “Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana” [Tesis Maestría] Lima - Perú. [http:// www.cybtertesis.unmsm.edu.pe](http://www.cybtertesis.unmsm.edu.pe) (Universidad Mayor de San Marcos)
- Cubas V. V. (2009) Instrucción e investigación preparatoria. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa de la investigación del delito. Jurídica, Lima; Gaceta Jurídica.
- Cueva Z. J. L. (2008) La Investigación Jurídica: Pautas metodológicas para elaborar el trabajo de investigación en el ámbito del Derecho. 1 era Edic. Trujillo – Perú.

- Díaz C. J. A. y MARTIN M. R. (2001): “La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida”. Madrid: CIVITAS.
- Fidalgo G. C. (2003): “Las “Pruebas Ilegales” de la Exclusionare Rule Estadounidense al Artículo 11.1 LOPJ”, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Flores N. J. A. (2010): “Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral”. Fondo Editorial IDEMSA. Lima.
- Garcia R. D. (1984) Manual de Derecho Procesal Penal. Eddili, Lima.
- Gimeno S. V. (2006): “La Prueba Prohibida”. Conferencia dictada los días 6 y 7 de abril del año 2006 en el marco de la conferencia magistral “Vicente Gimeno Sendra”.
- Giner A. C. A. (2008). “Prueba Prohibida y Prueba Ilícita” [Artículo Científico] España. Revista Anales de Derecho, N° 28- 2008. <http://www.revistas.um.es/analesderecho/> (Universidad de Murcia).
- González C. J.L. (2009) "La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida". En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 1, Lima.
- Guariglia, F. (2005) Concepto, fin y alcance de las posibilidades de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación. Ediciones del Puerto, Buenos Aires.
- Hernández S. y Otros (2006) Metodología de la Investigación. 4ta Edic., México DF.

- Hurtado P. J. “Vladvideos e Ilegalidad de la Prueba” (en línea)
<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo5.pdf>.
- Jauchen, E. M. (2004): “Tratado de la Prueba en Materia Penal”. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Leandro R. J.. El ocaso de” la regla de exclusión” en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Disponible en: < <http://www.enfoquederecho.com>.
- López Barja De Q. J. (1999): “Instituciones de Derecho Procesal Penal”. Madrid: AKAL/IURE.
- López Barja De Q. J. (1989): “Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida”. Madrid: editorial Akal.
- Monsalve C. S. (2010). “La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991” [Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 113 / p. 351-379] Colombia.
www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3702038.pdf (Universidad de Antioquia)
- Miranda E. M. (1999): “El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal”. Barcelona: JM Bosch editor.
- Miranda E. M. (2005): “Las Pruebas Ilícitas: Fundamento y Alcance de la Regla de Exclusión”. (en) Ponencias del Segundo Congreso de Derecho penal y Criminología. Huanuco: (s.e.).
- Mixán M. F. (2006): “Cuestiones Epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la Prueba” Trujillo: ediciones BLG.

- Normas Legales (2014) Gaceta Jurídica. Tomo 244- Marzo – 2014.
- Nakazaki S. C. (2009) Juicio oral. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Jurídica, 2009.
- Neyra F. J. A. (2010). Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral.
- Peláez B. J. A. (2014) “La Prueba Penal” Editorial Grijley. Lima.
- Pellegrini G. A. (2013): “Pruebas Ilícitas”. (en) Universidad Nacional Federico Villareal. Maestría en Derecho Penal. Materiales de lectura del curso de Derecho Procesal Penal: Lecturas y Jurisprudencias. Julio-agosto del 2003. pp. 143-152. Traducción de Elpidio Ramón Monzón.
- Quispe F. F. S. (2003) El Derecho a la presunción de inocencia. Palestra Editores, Lima.
- Parra Q. J. (1997) "Pruebas ilícitas". En: Revista lus et Veritas. Año VIII, N° 14, Lima.
- Pérez A. M. (2007): “Las Prohibiciones Probatorias en el Proceso Penal” (en) Actualidad Jurídica. T. 164. Julio del 2007. pp. 135-143.
- Reyna A. L. M. (2010). El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales. Gaceta Jurídica.
- Reaño P. J. L. (2004): “Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Trafico de Influencias”. Lima: Jurista editores.
- Rosas Y. J. Derecho Procesal Penal. Juristas Editores.Lima.

- Roxín, C. “Derecho Procesal Penal” (2000):. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela Córdova y Daniel Pastor.
- San Martín C. C. (2003): “Derecho Procesal Penal T. II.”. Lima: GRIJLEY.
- San Martín C. C. (2012) “Breve apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: Estudio de Derecho Procesal Penal. Grijley.
- Sanchez C. J. (1996) “La vertiente jurídica constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español. En Revista de Derecho Político, N° 42, Madrid.
- Serra D. M. (2009) Estudios de Derecho Probatorio. Communitas, Lima.
- Struensee, E. (1994): “La Prueba Prohibida”. Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima. N° 4. Julio - diciembre de 1994. pp. 665-687. Traducción de Patricia Ziffer.
- Talavera E. P. (2009) La prueba en el nuevo proceso penal. Academia de la Magistratura del Perú, GTZ, Lima.
- Taruffo, M. (2008) La prueba. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires
- Viera M. F.J. (2003): “Tratamiento de la Prueba Ilícita” pp. 248-259 (en) Constitución y Garantías Penales. Cuadernos de Derecho Judicial Madrid. (Dir.) Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
- Ramos N. C. (2010). Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Lima – Perú; Gaceta Jurídica.

- Robles T. L. y otros (2012). Fundamentos de la Investigación científica jurídica. 1º Edición. Editorial FFECAAT, Lima – Perú.
- Vide J. E. M. (2009) Tratado de la Prueba en Materia Penal. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

CAPÍTULO VIII

ANEXOS

ANEXO 01



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

*FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA*

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165—2010P—PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto



de Ciencia Procesal Penal— y Frescia Sisi Villavicencio Ríos —en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista – Huaura—, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3° La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

4°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.
Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

5°. El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada “Audiencia de tutela”. Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, Capítulo Primero “El imputado”, Título II “El imputado y el abogado defensor” del Libro Primero “Disposiciones Generales” del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—.

Prescribe la citada norma que: “1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso... 4. Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

6°. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son



considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías —de tutela y reforma—.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico —artículo 138°, segundo párrafo— sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez —artículos 138° y 139°.10 de la Constitución— con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente —artículo 139°.14— [SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003) *Derecho Procesal Penal*. 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79].

7°. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8°. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

- i) El debido proceso (artículo. 139° inciso3).
- ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3).
- iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2° inciso 24. “e”).
- iv) El derecho de defensa (artículo 139° inciso 14).

9°. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].



§ 2. *La audiencia de tutela. Alcances.*

10°. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos inculcados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11°. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio—, reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora.

12°. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción —ya consumada— de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13°. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

14°. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado¹.

15°. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un

¹ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16°. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17°. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente —en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias— siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba —axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona— que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba — regulado en el artículo 159° del acotado Código— que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar —desde la defensa— una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19°. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°.

22°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

[Handwritten signature: San Martín]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature: Elvira Benítez Alvarado]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Handwritten signature]
Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA