

LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA NULIDAD DE ACTUADOS
EN EL PROCESO PENAL PERUANO

JUAN SÁNCHEZ CÓRDOVA

LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA NULIDAD DE ACTUADOS EN EL PROCESO PENAL PERUANO



Av. Angamos Oeste 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

**LA PRUEBA PROHIBIDA Y LA NULIDAD DE ACTUADOS
EN EL PROCESO PENAL PERUANO**

© Gaceta Jurídica S.A.

© Juan Sánchez Córdova

Primera edición: Marzo 2017

..... ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

.....

ISBN:

Registro de proyecto editorial

.....

Prohibida su reproducción total o parcial

D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero

Diagramación de interiores: Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES

MIRAFLORES, LIMA - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Marzo 2017

A mi amada Raquelcita, porque cada
día cumplimos juntos nuestros sueños
y creamos un hermoso futuro

A mi madre, como siempre, por heredarme
la fuerza para lidiar con las adversidades

A mi querida familia,
por creer en mí siempre.

ESTUDIO PRELIMINAR

El tema de la prueba es uno de los más importantes dentro del proceso penal, pues el juez podrá fundamentar la sentencia solo con aquella que supere los estándares de garantía de un Estado social y democrático de Derecho, respetando los principios que lo inspiran, que sea legítima y que cumpla el test de la contradicción, para así obtener información de mejor calidad⁽¹⁾.

Para probarse un hecho, los sujetos procesales deben respetar las normas que regulan la actividad probatoria inspiradas, entre otros, por los principios de pertinencia, conducencia, utilidad, contradicción, intermediación.

Al ser uno de los principios más importantes el de presunción de inocencia, que se manifiesta durante las etapas del proceso mediante reglas, la que nos interesa ahora es la de prueba; es decir, para poder desvirtuar dicha presunción, debe realizarse actividad probatoria en el juicio oral, esta debe ser suministrada por la acusación, ser de cargo y actuarse respetando las garantías procesales y los derechos fundamentales⁽²⁾.

Si la práctica de la prueba no respeta las garantías y derechos fundamentales, será una prueba prohibida, por lo que no podrá utilizarse en el proceso para fundamentar algún tipo de resolución, como una prisión preventiva, ni en la fase de juzgamiento, pues no se puede valorar una prueba prohibida.

Esto es así toda vez que, al constituirse la búsqueda de la verdad en finalidad del proceso penal, esta debe obtenerse con plena garantía y respeto de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución. En ese sentido, la verdad no puede ser averiguada a cualquier precio, sino con pleno respeto de los derechos de las personas⁽³⁾.

(1) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 219.

(2) FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, p. 150 y ss.

(3) JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 614.

Por ello, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 02333-2004-HC/TC, caso Foronda Crespo, señaló que el problema del proceso penal no consiste en solo conocer la verdad material, sino en que esta sea obtenida con el respeto de un procedimiento legítimo compatible con los principios rectores y cautelados en los derechos fundamentales. De allí que, solo cuando esta compatibilidad se encuentre asegurada, cabrá afirmar que dicha verdad es jurídicamente válida.

Señala Miranda Estrampes⁽⁴⁾ que la prueba prohibida es aquella que infringe derechos fundamentales. Así, la obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Por ejemplo, el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona⁽⁵⁾.

En un sentido similar, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, caso Quimper, ha indicado que la proscripción de 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.

La incidencia en los derechos fundamentales tiene razón en que los efectos generados por una prueba prohibida que vulnera derechos fundamentales y una prueba ilícita que afecta la legalidad ordinaria son distintos. La primera genera la inutilizabilidad de la prueba; en cambio, la segunda tiene por efecto la nulidad, pero si son circunstancias accidentales del acto (acto irregular) o de defectos que permiten su subsanación (acto anulable) no son procesalmente ineficaces⁽⁶⁾.

Los defectos descritos también se aplican a la prueba derivada de la inicial prueba prohibida, es lo que se conoce como **fruto del árbol envenenado**, que descansa sobre un argumento relacional. Para considerar una determinada prueba como fruto del árbol envenenado hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuándo la ilegalidad primera es condición *sine qua non* y motor de la obtención posterior de las

(4) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 29 y 30.

(5) DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001, p. 22.

(6) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p. 872.

pruebas derivativas, que no se hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria⁽⁷⁾. Esta garantía tiene reconocimiento legal en el Código Procesal Penal del 2004, Decreto Legislativo N° 957, que señala en el artículo VIII de su Título Preliminar que se deben excluir los efectos de la prueba prohibida y los frutos del árbol envenado, cuando establece que “[c]arecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Un tema que se aplica mucho dentro de la teoría de la prueba prohibida es el de las excepciones, que tiene origen en EE.UU. pues, a pesar de que existen antecedentes en las sentencias inglesas *Wilkes vs. Wood* y *Entick vs. Carrington*, de 1763 y 1765, respectivamente, se considera como tal la sentencia *Weeks vs. EE.UU.* de 1914, que interpreta la IV enmienda de la Constitución Federal y reconoce el derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos contra incautaciones y cateos arbitrarios, indicado el Supremo Tribunal que la Constitución exige implícitamente la exclusión de los materiales probatorios obtenidos en violación de los derechos procesales constitucionales, independientemente de las eventuales sanciones que se impongan al responsable de esa violación.

Esta consideración fue ampliada en la sentencia *Mapp vs. Ohio*, extendiendo la regla de exclusión de la IV enmienda a la totalidad de los Estados Federales. Esta sentencia se pronuncia por el rango constitucional de la regla de exclusión, por considerarla “una salvaguarda disuasoria clara, específica y constitucionalmente exigida sin cuya vigencia la cuarta enmienda habría sido reducida a simple palabras”⁽⁸⁾.

A pesar de todo este desarrollo, la sentencia *Calandra vs. EE.UU.* pone fin a la justificación en los derechos constitucionales de la regla de exclusión, sustentándose, ahora, en prevenir las conductas inconstitucionales de los agentes policiales en los actos de investigación que realizan. Por ello se dice que, a partir de 1974, se da la decadencia de la *exclusionary rule*, pues se la toma como una que busca disuadir conductas disfuncionales de los efectivos policiales: *deterrent effects*, y ya no como una garantía de los derechos fundamentales, pues no está dirigida a proteger los derechos de los agraviados, sino a evitar conductas inconstitucionales de los agentes de policía.

Esta evolución y cambio de fundamento es lo que facilita la aparición de excepciones a la regla de exclusión, a las que se adicionan otras de diferente

(7) FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 433.

(8) *Ibidem*, pp. 170 y 171.

fundamento, como son: fuente independiente, ponderación de interés, destrucción de la mentira del imputado, teoría del riesgo, hallazgo inevitable, nexo causal atenuado, excepción de buena fe, prueba ilícita para terceros y conexión de antijuridicidad. Muchas de estas fueron abordadas al tratarse el tema de la prueba prohibida en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo el día 11 de diciembre de 2004.

Hasta aquí es la presentación general del tema y cómo se aborda en la doctrina procesal penal. Ahora toca analizar específicamente esta obra, que desarrolla, en su primera parte, una historia breve de cómo se gestó el análisis de la prueba prohibida en el Perú, pasando por el estudio de las diversas Constituciones Políticas del Estado, la normativa procesal penal y la realidad de su aplicación en jurisprudencia del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, algunas conocidas y otra no.

Luego, estudia el tratamiento del tema en países cuya normativa y práctica es regularmente utilizada para hacer estudios comparados, como España, Estados Unidos, Alemania e Italia. El autor explica cómo funciona la regla de exclusión en estos países, haciendo comparaciones e identificando cierta problemáticas que desarrolla en la segunda parte de su trabajo, analizando previamente el fundamento de la prueba prohibida, así como sus categorías, llamándolas **conceptos tradicionales**.

Concluye esta parte indicando que existen nuevas perspectivas y empieza la segunda con una crítica a la teoría tradicional de la prueba prohibida, que es un capítulo poco ortodoxo en la doctrina nacional, pues aborda cuestionamientos a la doctrina mayoritaria que asume un concepto restringido de prueba prohibida.

El autor critica que la teoría empiece con un fundamento, pero que, a lo largo del tiempo, se desvanezca y predomine el de efecto preventivo. Asimismo, señala que no debe hacerse un tratamiento diferenciado a la prueba que vulnera derechos fundamentales sustanciales con los procesales. También analiza la posición del catedrático de la Universidad de Alicante Asencio Mellado, sobre el impedimento de que ingresen fuentes de prueba en el proceso penal.

Por último, examina comparadamente el ámbito de la prueba prohibida y concluye que es muy reducido, que una teoría de exclusión de pruebas debe tener más factores para analizar que la afectación de derechos fundamentales, pues existen otros valores dentro del ordenamiento jurídico que también merecen tutela. Ante ello, Juan Sánchez plantea una solución integral.

En la tercera parte del libro, que contiene el aporte más resaltante, el autor ubica la teoría de la prueba prohibida como un problema de la nulidad procesal, que es un instrumento que consiste en **evaluar y valorar** la adecuación entre uno o varios actos procesales, en relación directa con las normas legales que regulan su proceso de formación.

Esto significa evaluar las normas de procedimiento y los principios procesales básicos de modo que, apreciada una infracción, actúan las consecuencias jurídicas previstas por la ley en cada caso, las que oscilarán, dependiendo de la gravedad de la infracción, entre la subsanación del acto y la eliminación de este como si nunca hubiera existido⁽⁹⁾.

Pero el autor no hace diferencia entre una vulneración a un derecho fundamental o uno de legalidad ordinaria, indicando que en ambos casos se aplica la teoría de la nulidad y sus principios, los que explica uno a uno: legalidad, libertad de forma, finalidad, perjuicio, subsanación, convalidación, conservación y proporcionalidad; y como es que se hacen presentes las nulidades procesales en materia probatoria.

Inmediatamente, el autor pasa revista de la normativa del Código de Procedimientos Penales de 1940, vigente al 99 % en las cuatro Cortes de Justicia de Lima y el Callao, ofreciendo soluciones a la falta de normativa sobre el tema de nulidades procesales y prueba prohibida. Asimismo, respecto del Código Procesal Penal, vigente en su totalidad en veintiocho distritos judiciales, el autor proporciona pautas e indica que se pueden reformar algunas normas para un mejor desarrollo del tema.

Luego, evalúa los efectos de la prueba prohibida y hace aportes sobre la posibilidad de excluirla en las distintas fases del proceso de los códigos citados.

Siguiendo con el avance de su teoría en la cuarta parte, Juan Sánchez aborda el espinoso tema de las excepciones a la regla de exclusión, criticando su adopción en la jurisprudencia e indicando que los principios de las nulidades podrían explicarlas. Así, por ejemplo, señala que la excepción de prueba prohibida a favor del reo nace de un argumento ético, que no se puede usar una garantía a favor del imputado en su contra, por lo que, dentro de su visión, sería una clara aplicación del principio de subsanabilidad.

(9) LOURIDO RICO, Ana María. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*. Comares, Granada, 2002, p. 71.

Sobre la teoría del riesgo, señala que no es en sí una excepción, pues en realidad solo hace referencia al contenido del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Considera que la excepción de atenuación del vínculo tiene cabida dentro de la teoría de la nulidad, pues no parte del nexo causal, sino de un nexo jurídico. De ahí que, en estos casos, debería aplicarse los principios de conservación y proporcionalidad.

La última parte del trabajo tiene por finalidad poner a prueba estas consideraciones a través del análisis de casos, exponiendo sus datos, fundamentos, así como la explicación de acuerdo a lo tratado en el texto.

En el presente libro, el autor propone una nueva perspectiva del tema de la prueba prohibida, con un esfuerzo científico sólido, sistemático, amplio y disciplinado, desde el estudio de una relevante y actual bibliografía nacional e internacional y la jurisprudencia. Por ello, considero que es fundamental su lectura y, en consecuencia, invito a la comunidad jurídica, para la apreciación y crítica que corresponda.

José Antonio NEYRA FLORES

Doctor en Derecho

Juez de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú,
Universidad de San Martín de Porres y la Academia de la Magistratura

PRESENTACIÓN

(o cómo se gestó este texto)

Desde hace unos años he adquirido una costumbre: cada vez que ejecuto un proyecto importante, lo termino y no lo vuelvo a revisar sino hasta después de algunos días, para así advertir las deficiencias que, en el momento, por el cansancio o el apuro, no pude notar.

Hoy, después algunos pocos años, vuelvo a revisar y criticar mi texto sobre prueba prohibida y nulidades procesales que nunca publiqué por temor a variar mi posición y parecer inconsecuente con las ideas a las que llegué en esa oportunidad, lo que es muy común en estos lares cuando no se recurre a la oscuridad de no sentar posición.

Sin embargo, ese no ha sido el caso de este trabajo, ya que aún suscribo cada una de las conclusiones a las que llegué en esa oportunidad. El tiempo solo ha hecho que confirme mis ideas. Así como ciertos vinos se hacen mejores con los años, el transcurso del tiempo ha hecho que aprecie más mi texto, que lo corrija y actualice en algunos aspectos no sustanciales y tenga la confianza de presentarlo al ámbito académico y profesional peruano.

El tema de la prueba prohibida fue el primero que abordé con seriedad en materia procesal penal, de la mano del profesor José Antonio Neyra Flores (a quien agradezco porque me brindó su apoyo material e intelectual), junto a quien pude descubrir las ideas y jurisprudencia que sobre el tema brotaban en nuestro país y en el extranjero. Por ello, me permito aconsejar a los lectores jóvenes que investiguen temas que les sean atractivos, de los que puedan conseguir material y, si se puede, con un profesor con quien puedan discutir sus ideas. Es probable que algunas opiniones no sean de su agrado, pero deben escuchar varias posiciones antes de formar la propia.

Mi primera impresión sobre el tema de la prueba prohibida fue que todo estaba dicho, pero habían aspectos problemáticos, como la diferencia entre esta y la prueba irregular, los alcances del fruto del árbol envenenado, las excepciones a la prueba prohibida o regla de exclusión y otros temas, pero

esta última problemática de las excepciones hizo que insistiera en su estudio, pues me fascinaba cómo tantas veces lo que parece una excepción se vuelve una regla en el proceso penal. Si no, recuérdese el proceso sumario.

Así, desde una visión, que ahora llamo tradicional, en esta primera etapa de recolección y acercamiento al tema, me enfoqué en la prueba prohibida como vulneración de derechos fundamentales, doctrina mayoritaria que descubrí venía de la mano de la doctrina española. Al ahondar en ella, descubrí que provenía de la experiencia estadounidense, por lo que también me aboqué a su estudio.

Este enfoque histórico, que he visto muy seguido en San Marcos, es muy valioso. Probablemente ocurre más en mi casa de estudios porque la biblioteca, al menos cuando yo era estudiante, no poseía muchos libros actuales de relevancia, sino que guardaba los antiguos (incluso incunables) que ofrecían una visión particular de los temas a tratar, pero que, en muchos casos, solo daban cuenta de los orígenes de los problemas actuales. Por ello recalco cada vez que puedo la importancia de no dejar de lado este tipo de investigación. Los antecedentes nos dan la oportunidad de conocer como surgen los problemas actuales y, en algunos casos, dan soluciones que pueden ser recogidas ahora.

Para este trabajo fue importante el texto de Fidalgo Gallardo, que hace un completo estudio de la regla de exclusión en EE.UU., pues ante mí se presentaba claramente la relación entre política y jurisprudencia, en concreto, entre las decisiones del Supremo Tribunal estadounidense y la prueba prohibida de acuerdo a las conformaciones de este órgano.

Esto cambió mi punto de vista sobre las excepciones a la prueba prohibida y la misma regla, ya que no eran líneas que se desprendían claramente del ordenamiento jurídico, sino decisiones de seres humanos atentos a lo que pasaba en su sociedad, pero también advertía que estas iniciativas solo lograban desvirtuar la inicial apreciación de lo que estudiaba. Este relativismo del tema fue fulminante y, a la vez, explicativo de lo que ocurre con la jurisprudencia peruana, pues la regla de exclusión no solo es un tema técnico, sino político y tiene que ver con la potestad punitiva de un Estado.

Aun absorto por el tema, decidí denunciar esta práctica, para lo cual seguí recopilando información mientras laboraba en el Estado y en la actividad privada. Aunque difícil, estudiar y laborar no es imposible. Con toda la información recopilada a lo largo de varios años, me decidí a redactar de una vez este texto, pues quería criticar la aparición de las excepciones a la regla de exclusión (mi tesis presentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se tituló *El inadecuado uso de las excepciones a la regla de exclusión*

en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional y no hubiera sido posible presentarla sin el apoyo del magistrado Jorge Egoavil Abad, con quien laboré, y de mi asesor de tesis, el profesor Ricardo Brousset Salas). Sin embargo, al seguir indagando sobre la prueba prohibida, de la mano de la lectura de los textos de Teresa Armenta Deu, Erns Beling y otros, que los pude relacionar recién gracias a la primera, caí en la cuenta que el enfoque que en Perú estábamos dando al tema no era el único ni el más afortunado⁽¹⁾.

Es así que decidí analizar un tema poco abordado en el proceso penal de nuestros lares: la nulidad procesal o de actuados, de la mano de la mejor doctrina brasilera y siguiendo el desarrollo en ese país y otros, como Argentina y España. En este punto, advertí que los efectos de esta son iguales a los de la regla de exclusión o prueba prohibida y que la teoría de la nulidad, con todo y sus problemas, no causaban la misma desazón que las excepciones a las reglas de exclusión. Al contrario, con esta, sería posible, algún día, lograr algo más de seguridad jurídica.

De ahí que mi propuesta vaya por esta línea: dejar de lado la teoría de la prueba prohibida tal y como la conocemos por la de la nulidad procesal, es decir, lo que conocemos como prueba prohibida sería solo un capítulo de la nulidad.

Esta idea fue debatida y reforzada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, mi alma mater, a la que estoy agradecido no solo por darme la oportunidad de estudiar sin desangrar el bolsillo de mis padres (ya que es una universidad pública), sino, más importante, por darme una visión amplia de la realidad. Sin esa característica no hubiera podido apreciar todas las aristas de mi trabajo. San Marcos me dio la posibilidad de desarrollar un espíritu crítico y no conformarme con pontificar lo que dicen los grandes maestros, un san-marquino que se precie de serlo siempre tiene una idea original, se da cuenta de algo que falta o vislumbra cómo se puede mejorar algo. Esto es importante en un trabajo de investigación, pues busca la novedad. San Marcos es nido de inquietudes y plaza de victorias, me dio maestros, amigos y compañeros con quienes discutir y aprender de diversos aspectos de la vida. La mejor forma de aprender qué es el Derecho es aprender qué es la vida.

Es así que pasaron los años y, cada vez que me lo pedían, escribía sobre el tema o daba conferencias sobre este en diversas partes del país y las preguntas e intervenciones me hicieron confirmar mi teoría. Por eso, considero que

(1) A quien lee esto le digo que, cuando investigue un tema, guarde toda la información que sobre el particular tenga a la mano, pues puede ser útil luego. El orden y la disciplina generan enormes beneficios a la larga al investigador.

es momento de ponerla a disposición de la comunidad jurídica de una manera más amplia para que sea valorada, criticada y, desde luego, posteriormente, corregida. Si en la ciencia el conocimiento es perfectible, con mayor razón en el Derecho.

Quiero agradecer a Manuel Muro Rojo y Percy Revilla Llaza por la oportunidad de publicar este texto, así como al profesor Alexei Sáenz Torres, que me animó a publicarlo. Además, mis seres queridos merecen un agradecimiento aparte y especial, por el tiempo que les quita mi labor académica y profesional.

Lima, febrero de 2017

Juan Humberto SÁNCHEZ CÓRDOVA

CAPÍTULO I

LA TEORÍA TRADICIONAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA

I. ORIGEN

En los estudios de Derecho Procesal Penal se advierte la presencia de dos sistemas de enjuiciamiento puros: acusatorio⁽¹⁾ e inquisitivo. Luego, se tiene el mixto, que es una especie de mezcla de características de ambos.

En el sistema inquisitivo, la regla era la obtención de la prueba a cualquier precio⁽²⁾, tanto así que la confesión se convirtió en la reina de las pruebas, pues a través de la tortura se lograba que el imputado de algún delito declare su culpabilidad, lo que dejaba libre el camino para su condena, pues regía el principio **a confesión de parte, relevo de pruebas**.

Desde la perspectiva actual, estamos frente a una prueba que vulnera derechos fundamentales, por lo que es prohibida y se le aplicaría la regla de exclusión. Este sistema inquisitivo tuvo su final al término del siglo XVIII, dando paso en Europa continental al sistema mixto donde las garantías procesales penales se comenzaban a asomar de manera aun germinal.

(1) En el sistema acusatorio, la práctica de la prueba se da en el juicio público, no hay referencias acerca de prohibiciones de prueba, pero sí existen referencias a la tortura, aunque no son la regla. Esta no se aplica sobre el imputado para obtener la confesión, sino sobre ciertos testigos. En Grecia y Roma se aplicaba a los testigos esclavos, para reemplazar el juramento, pues no tenían la capacidad de un hombre libre, aunque a este último también, en algunos casos, se le podía torturar. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 271-282.

(2) *Ibíd*em, p. 297. El sistema de valoración de pruebas impedía la aplicación de condenas graves, como la muerte o las aflicciones, sin prueba plena. Esa es la razón para buscar conseguir la confesión, pues esta autorizaba la imposición de una pena grave, al ser prueba irrefutable de la comisión del delito. Fue algo normal que la insuficiencia natural de las actas escritas, para provocar una convicción real, necesitara de la confesión del acusado como confirmación de la sospecha y así esta se erigiera en **reina de las pruebas**.

Es a raíz de esta evolución histórica (que tiene su término en la Segunda Guerra Mundial) que los principios, garantías e instituciones de la ciencia del proceso penal se desarrollan de tal manera que da origen a un nuevo sistema acusatorio (sistema acusatorio moderno) siendo uno de sus pilares el respeto a las garantías del procesado, parte de esto es la teoría de la prueba prohibida, prueba ilícita, prohibición prohibitoria, regla de exclusión, etc.

Por ello, señala Damaska que solo después de la Segunda Guerra Mundial en la luz oscura de la catástrofe europea, ganó fuerza la opinión de que algunos tipos de pruebas ilícitas no debían utilizarse en juicio –pese estar dotadas de valor probatorio– en aras de proteger otros valores no relacionados con la preocupación por alcanzar la exactitud en la determinación de los hechos⁽³⁾.

Es así que se señala que el fundamento de esta teoría estriba en que a pesar de ser el descubrimiento de la verdad el fin del proceso penal, esta no debe ser obtenida a cualquier costo, como en el sistema inquisitivo, sino que en su obtención, incorporación y actuación se deben respetar las garantías que le son propias.

Si en la incorporación o actuación de pruebas no se respetan las formas y resguardos previstos por la ley, esta actuación o incorporación no nos va a dar la garantía de fiabilidad que se necesita para poder sustentar una condena sobre la base de estas pruebas, entonces no podrán ser utilizadas.

Los orígenes de estas teorías en el mundo son de los más variados, pero algunas tienen un desarrollo dependiente de otras. En el Perú se ha desarrollado de la mano de la doctrina europea, en especial de la española, por ello se analizará el desarrollo que hubo de esta teoría en nuestro país; y luego se analizarán los países que también han desarrollado un sistema similar.

1. En el Perú

En el Perú, la teoría de la prueba prohibida ha tenido un desarrollo reciente, toda vez que en los últimos años se han dado una serie de causas que, veremos, iniciaron la inquietud de reflexionar sobre qué elementos probatorios no deben ingresar al proceso o ser valorados por ser contrarios al ordenamiento jurídico.

(3) DAMASKA, Mirjan. *El derecho probatorio a la deriva*. Traducción de Joan Picó i Junoy, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 31.

Sin embargo, hace ya muchos años existían normas que hubieran permitido un desarrollo de esta teoría. Es así que se piensa que se puede rastrear el origen de la regla de exclusión en las Constituciones de 1834 y 1856; es decir, la regla de exclusión peruana aventajaría a la estadounidense en 80 años⁽⁴⁾.

Esta afirmación debe ser contextualizada, pues estas constituciones no son las únicas que aportan sobre este tema. Es así que, desde la Constitución de Cádiz en adelante, se reconoce limitaciones a la actividad probatoria, pero no se dice nada del efecto de esta mala práctica hasta la Constitución Política de 1834⁽⁵⁾, pues en este texto se señala claramente, en su artículo 156, que “es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal”, con lo cual por fin se establece una consecuencia que tiene que ver con la regla de exclusión pues, como se dice, este correo sustraído no tendrá efectos legales.

Luego –exceptuándose la Constitución de la federación peruano-boliviana–, esta regla fue adoptada en las demás constituciones (1839, 1856, 1860, 1867). Pasado el siglo, en la Constitución de 1920, aparte de protegerse la inviolabilidad de comunicaciones y sancionarse una regla de exclusión –artículo 32–, lo mismo se hace respecto de las declaraciones obtenidas mediante violencia, así el artículo 26 de este cuerpo normativo señala que “no tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia (...)”. Luego, en la Constitución de 1933, se repite esta regla.

Ya en etapas cercanas se tiene la Constitución de 1979 que regula de forma detallada los derechos fundamentales con un mejor técnica y en un contexto muy posterior a la postguerra mundial, es así que en su artículo 2.7 protege la inviolabilidad de domicilio, la inviolabilidad de comunicaciones –artículo 2.8–, sancionándose la regla de exclusión de que “las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”.

En el artículo 2.20.j, se señala que las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor, indicándose que quien la emplea incurre en responsabilidad penal. Asimismo, en el inciso k, se refiere que nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en

(4) Vide PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario. “La regla de exclusión en el marco de la teoría de la prueba”. En: URQUIZO VIDELA, Gustavo (coordinador). *La prueba en el proceso penal*. Guía práctica N° 2, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 78.

(5) Constitución Política de la República Peruana dada por la Convención Nacional el día 10 de junio de 1834.

causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Curiosamente, lo más importante a efectos de este tema no se encuentra dentro del catálogo de los derechos fundamentales, sino en el artículo 233, respecto las garantías de la Administración de Justicia, pues en su inciso 12 señala que es una garantía: “La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas”. Es decir, estamos ante la aceptación expresa, taxativa y constitucional de la regla de exclusión válida para todo el ordenamiento jurídico.

Por último, tenemos la Constitución de 1993, dada por un gobierno de facto en ese año y que repite muchas de las formas de la anterior Constitución respecto a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y las declaraciones obtenidas con violencia, eliminando la norma del artículo 233 de la anterior Constitución.

Como vemos, desde la Constitución de Cádiz, se tiene prohibiciones de actividad probatoria y, desde la Constitución de 1834, se reconoce una regla de exclusión para la intervención de las comunicaciones. Desde la Constitución de 1920 también se establece una regla de exclusión para la declaración mediante violencia y, en la Constitución de 1979, incluso se llega a tener una regla de exclusión general; sin embargo, estos reconocimientos constitucionales no nos llevan a afirmar la existencia de una teoría y práctica sobre la prueba prohibida o regla de exclusión, por las siguientes razones:

- a. Debe recordarse que, a nivel constitucional, la primera vez que se reconocen derechos fundamentales es con la Constitución de 1979, siendo que antes estas normas eran consideradas únicamente garantías, por lo que no se aplicaban directamente sino que su debía ser regulada por alguna ley. Es decir, estas garantías eran válidas y exigibles en función de la ley y no de la Constitución⁽⁶⁾. De ahí que el solo reconocimiento constitucional no es válido para decir que la norma era aplicable, por ello se hace necesario analizar legal y jurisprudencialmente la aplicación de estas normas anteriores a 1979, lo cual, hasta el momento no se ha podido realizar. Además, es de notar que no existen antecedentes doctrinarios sobre el tema de la regla de exclusión o la prohibición de prueba, no hay textos que hagan parecer que existió algún debate doctrinal sobre este tema en fechas anteriores a 1979. Esto puede confirmarse —como muestra— con la lectura

(6) LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra, Lima, 2010, p. 18.

de los libros de Del Valle Randich, donde no se expone en sus sumarios ni en su contenido alguna disquisición sobre alguna teoría general de la prueba prohibida o de la regla de exclusión⁽⁷⁾.

- b. Respecto a la Constitución de 1979, es un gran avance en materia de derechos fundamentales y reglas novedosas de garantía de los justiciables; sin embargo, el reconocimiento de las reglas de exclusión particulares –inviolabilidad de comunicaciones y testimonios obtenidos ilícitamente– y una general no dio lugar, en el ámbito del proceso penal, al debate sobre una teoría de las prohibiciones de prueba o de la regla de exclusión, tanto así que el maestro Mixán Mass, en su trabajo sobre el juicio oral de 1983, solo recoge la normativa constitucional referida a la regla de exclusión⁽⁸⁾, pero no la analiza; asimismo, cuando se revisa el manual de Domingo García Rada de 1984, este punto no es materia de análisis: solo se tiene un capítulo de una cara acerca de las limitaciones en materia probatoria siguiendo una clasificación de Manzini⁽⁹⁾. En ese mismo año, un trabajo sobre la prueba en el proceso penal refiere de modo descriptivo las prohibiciones relativas o de los medios de prueba en un cara⁽¹⁰⁾, pero tampoco hace referencia a una teoría general; en un texto de 1986 no se hace ni siquiera referencia a esto⁽¹¹⁾, en su libro de 1990, Mixán Mass⁽¹²⁾, señala que uno de los principios jurídicos procesales penales es la invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia, pero no lo desarrolla, solo cita normas de la Constitución de 1979, la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde se encuentran normas referidas a este principio; asimismo, en su texto sobre la teoría de la prueba hace referencia a normas constitucionales y al principio de legitimidad de la prueba⁽¹³⁾, pero si bien no se puede decir que se exponga una teoría general de la prueba

(7) Vide DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal: la prueba*. Pérez Pacussich, Lima, 1964; y, DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal. Parte general*. Tomo II, Pérez Pacussich, Lima, 1969.

(8) MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio oral*. 1ª reimpresión. Marsol Perú, Trujillo, 1988, pp. 68 y 70.

(9) GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 8ª edición, EDDILI, Lima, 1984, pp. 169 y 170.

(10) ORREGO MORENO, Alfonso. *La prueba en el proceso penal. La denuncia. En la instrucción. En el juicio oral*. Ediciones jurídicas, Lima, 1984, p. 195.

(11) OLIVERA DÍAZ, Guillermo. *El proceso penal peruano. Legislación-teoría-práctica. Mi experiencia judicial*. 2ª edición, FECAT, Lima, 1986.

(12) MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tomo I, Marsol Perú, Trujillo, 1990, p. 217.

(13) MIXÁN MASS, Florencio. *Teoría de la prueba*. BLG, Trujillo, 1992, pp. 35-48 y 102-111.

prohibida o la regla de exclusión, sí se dan consideraciones acerca de la ilicitud probatoria más allá de la mera descripción legal o glosa.

Como se ve, no había aún una teoría seria sobre la prueba prohibida o la regla de exclusión a pesar del avance normativo que significaba la Constitución de 1979. Sin embargo, un hito importante luego de esta Constitución es la promulgación del Código Procesal Penal de 1991 (en adelante, CPP de 1991), pues este texto implica una sistematización de la prueba en el proceso penal, instituyendo una norma sobre la legitimidad de la prueba, prohibiéndose valorar pruebas adquiridas ilícitamente⁽¹⁴⁾.

El CPP de 1991 contemplaba en el artículo 195 que “todo medio de prueba para ser valorado debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a ley”⁽¹⁵⁾. Esto dio lugar a algunos trabajos sobre la prueba prohibida y la regla de exclusión. Así, tenemos en 1994 un trabajo de San Martín Castro que se basa en la doctrina de las prohibiciones probatorias alemanas y la regla de exclusión estadounidense⁽¹⁶⁾.

A pesar de este avance, no se siguió sobre la discusión extranjera que San Martín proponía, sino que los autores se limitaron a glosar la normativa del Código Procesal Penal de 1991. Así tenemos el trabajo de Rodolfo Kádagand sobre las pruebas legales y no legales⁽¹⁷⁾ quien, después de señalar que las pruebas no legales son las no admitidas por nuestro ordenamiento, hace una revisión de estos como el uso del polígrafo, el narcoanálisis, etc. Lo mismo se puede decir del libro sobre la prueba de Tambini del Valle, donde refiere en dos caras qué pruebas adolecen de vicios sobre la base del Código reseñado⁽¹⁸⁾; por último, tenemos el manual de Oré Guardia que hace referencia, en una cara, al principio de legitimidad de la prueba⁽¹⁹⁾.

(14) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “La reforma procesal penal: evolución y perspectivas”. En: HURTADO POZO, José (director) y SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio (coordinador). *Anuario de Derecho Penal. La reforma del proceso penal peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 45.

(15) ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Vol. 2. Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 1176.

(16) SAN MARTÍN CASTRO, César. “Algunos aspectos de la prueba en el nuevo proceso penal: una interpretación acusatoria”. En: *Revista del Foro*. Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1994, p. 20 y ss. Este trabajo luego fue ampliado y mejorado. Este autor es de la máxima importancia en lo que a la teorización y divulgación sobre este tema se tiene. Del mismo parecer es CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista, Lima, 2009, p. 148.

(17) KÁDAGAND LOVATÓN, Rodolfo. *Las pruebas legales y no legales en el Derecho Procesal Penal. Método científico del ADN aplicado a la criminología y la paternidad*. Rodhas, Lima, 1995.

(18) TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *La prueba en el Derecho Procesal Penal*. Jus, Lima, 1996, pp. 150 y 151. Este trabajo tampoco tiene en cuenta la obra de San Martín Castro.

(19) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Alternativas, Lima, 1996, p. 292.

Una de las razones que podría explicar el poco interés por teorizar sobre las pruebas prohibidas vendría a ser la no puesta en vigencia de este código, pues, como se sabe, solo entraron en vigencia unas pocas normas, ninguna sobre la ilicitud de la prueba. Este panorama lo tenemos en toda la década de 1990.

Sin embargo, una vez caída la dictadura e iniciados los procesos penales por corrupción y violación de derechos humanos a sus funcionarios estatales, se dio un intenso debate acerca de si las grabaciones hechas por Vladimiro Montesinos a diversos personajes —donde se registraban diversos delitos de corrupción— eran o no pruebas prohibidas.

Es así que los diversos órganos jurisdiccionales comienzan a emitir una serie de sentencias en las cuales analizan la legitimidad de la prueba, como las SSTC Exps. N°s 00979-2001-HC/TC (del 6 de mayo de 2002, caso Luk-sic Craig), 01230-2002-HC/TC (del 20 de junio de 2002, caso Tineo Cabrera) y 02053-2003-HC/TC (del 15 de setiembre de 2003, caso Edmi Lastra); así como las expedidas por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en los Exps. N°s 11-2001 (del 18 de febrero de 2003, caso del excongresista Gamarra) y 21-2011 (del 3 de julio de 2003, caso García Marcelo, exmiembro del Tribunal Constitucional). En el ámbito de las Cortes Superiores se tiene la sentencia recaída en el Exp. N° 017-2001, del 25 de junio de 2004, emitido por la Sala Penal Especial “B” de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el caso de tráfico de influencias entre Vladimiro Montesinos Torres y Alexander Martín Kouri Bumachar, donde se analiza la legitimidad de este famoso video. También se tiene la sentencia recaída en el Exp. N° 030-2001, del 26 de enero de 2005 emitida por la Sala Penal Especial “A” de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde se pronuncian sobre el delito de asociación ilícita de Montesinos Torres y otros, para perpetuar en el poder a Alberto Fujimori.

Asimismo, fueron materia de análisis y controversia las pruebas obtenidas en los juicios por delito de terrorismo, sobre todo cuando fueron anulados los procesos en el fuero militar, es así que el Tribunal Constitucional se pronuncia por la validez de estas en la STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, caso Tineo Silva. La Corte Suprema no acepta alegaciones sobre prueba prohibida, como se ve en el R. N. N° 2825-2003-Junin, del 5 de febrero de 2004, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria; lo mismo en el R. N. N° 02041-2006-Lima, del 21 de marzo de 2007, pues se dijo que se había hecho uso de la prueba ilícita en el proceso; además, se tiene el famoso caso “El Polo”, R. N. N° 4826-2005-Lima, del 19 de julio de 2007, emitida por la Sala Penal Permanente; y, por último, el R. N. N° 3918-2006-Lima, del 25 de febrero de 2008, emitido por la Sala Penal Permanente, que señala que no se acreditaron las torturas alegadas.

Ante la vorágine de casos en los cuales era necesario pronunciarse sobre la prueba prohibida entre los años 2001 y 2004, se realizó el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, siendo el tercer tema tratado el de la prueba ilícita y la prueba prohibida.

En el ámbito de la doctrina, tenemos la reedición del trabajo de San Martín Castro⁽²⁰⁾, los dictámenes de profesores extranjeros –José María Asencio Mellado, Francisco Muñoz Conde, Enrique Gimbernat, Víctor Moreno Catena y Vicente Guzmán Fluja– sobre este tema –uno de ellos fue luego publicado⁽²¹⁾–, así como el texto de Quintanilla y Bazul⁽²²⁾. También se tiene el manual de Sánchez Velarde⁽²³⁾, así como el libro de Mixán Mass⁽²⁴⁾ sobre prueba, donde sí desarrolla un interesante estudio de la prueba prohibida; y un interesante artículo de Hurtado Pozo⁽²⁵⁾.

Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial no se limitó a los casos de corrupción y terrorismo, se extendió a temas distintos, así tenemos el R. N. N° 1615-2002-Junín, del 19 de diciembre de 2003, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria, en un caso por delitos robo agravado, donde el acusado

-
- (20) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Grijley, Lima, 1999, p. 643; SAN MARTÍN CASTRO, César. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: *Proceso y justicia*. N° 3, Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002. También se puede ver una versión aumentada: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, 1ª reimpresión, Vol. II, Grijley, Lima, 2006; y, la reimpresión de su trabajo de 2002: SAN MARTÍN CASTRO, César. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: SEGURA ALANIA, Joel (coordinador). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2012, p. 105 y ss.
- (21) Vide ASECIO MELLADO, José María. “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000”. En: ASECIO MELLADO, José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008, p. 23 y ss.
- (22) QUINTANILLA LOIZA, Julio y BAZUL TORERO, Manuel Alejandro. *Valor probatorio de las grabaciones de audios y video en los procesos anticorrupción*. Gráfica universo, Lima, 2005.
- (23) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004.
- (24) MIXÁN MÁSS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. BLG, Trujillo, 2006, p. 314 y ss.
- (25) HURTADO POZO, José. “Vladivideos e ilegalidad de la prueba”. Disponible en: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo5.pdf>>. En este contexto, por la cercanía del tiempo, se pueden incluir también a los trabajos de REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita: precisiones iniciales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 11, Tomo 83, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2005, p. 30 y ss.; CASTILLO ALVA, José Luis. “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 11, Tomo 83, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2005, p. 19 y ss.; y, VALVERDE LUNA, Vanessa Sofía. “El fundamento constitucional de la prueba ilícita: ¿devido proceso o presunción de inocencia?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 137, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2005, p. 129 y ss.

fue torturado para que confiese, por lo que la Corte Suprema declaró la invalidez de ese medio de prueba. También tenemos el R. N. N° 3429-2002-Lima, del 19 de agosto de 2004, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria, donde, en un caso de corrupción de un asistente de la función fiscal, la Corte Suprema señala que la grabación realizada es ilícita por no haber autorización judicial. En esa misma línea se pronuncia en el R. N. N° 1355-2003-Amazons, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria el 4 de octubre de 2004; y el R. N. N° 1226-2004-Huaraz, del 19 de enero de 2005, emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria, donde excluyen la confesión por haber sido obtenida bajo tortura.

En el mismo sentido, el R. N. N° 2678-2006-Huánuco, del 17 de julio de 2006, emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria, que declara la prueba como prohibida, en un delito de homicidio, al hacerse el reconocimiento sin la forma legal. Sin embargo, luego se vuelve renuente a declarar pruebas prohibidas, como se ve en los recursos de nulidad N°s 640-2006-Lambayeque (del 15 de diciembre de 2006, emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria), 2330-2006-Lambayeque (del 10 de julio de 2006, emitido por la Sala Penal Permanente), 02041-2006-Lima (del 21 de marzo de 2007, emitido por la Primera Sala Penal Transitoria), 1408-2007-Lima Norte (del 18 de octubre de 2007, emitido por la Sala Penal Permanente, donde, además, señala expresamente que prueba prohibida es aquella obtenida con la vulneración del contenido esencial de un derecho constitucional), 5111-2007-Ucayali (del 11 de julio de 2008, emitido por la Sala Penal Permanente), 5071-2008-Ayacucho (del 8 de abril de 2009, emitido por la Sala Penal Permanente) y 1317-2010-Lima (del 3 de agosto de 2010, emitido por la Sala Penal Transitoria).

El Tribunal Constitucional también se pronunció más allá de los casos de corrupción y terrorismo. Así, se tiene un caso de tráfico de drogas en la STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC-Lima, del 15 de setiembre de 2003, caso Edmi Lastra Quiñones, donde no excluye pruebas; también es el caso de la STC Exp. N° 02333-2004-HC/TC-Callao, de 12 de agosto de 2004, caso Natalia Foronda Crespo y otras, donde señalan que la prueba debe respetar el principio de licitud. Lo mismo se señala en las SSTC Exps. N°s 06712-2005-PHC/TC, de 17 de octubre de 2005, caso Magaly Medina; y 01014-2007-PHC/TC, de 5 de abril de 2007, caso Federico Salas.

Sin embargo, donde sí se aplica la regla de exclusión es en la STC Exp. N° 01058-2004-AA/TC-Lima, del 18 de agosto de 2004, caso Serpost, que

es un proceso de amparo laboral⁽²⁶⁾. Pero en el ámbito penal no ha sucedido lo mismo. Así, hay sentencias que declaran este tipo de pedidos infundados, por ejemplo, en el caso de los cuestionamientos a los artículos 7, 8 y 9 del Decreto Legislativo N° 813⁽²⁷⁾. Hay otras –y son las más numerosas– en la cuales el pedido se declara improcedente porque no se ha finalizado el proceso y el juez constitucional –alegan– no puede analizar pruebas en una etapa inicial del proceso penal. Este criterio se inicia con la STC Exp. N° 04023-2007-PHC/TC-Lima, del 4 de octubre de 2007, caso Elizabeth García Sifuentes⁽²⁸⁾, siendo notoria esta postura en la STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima, del 27 de octubre de 2010, caso Quimper Herrera⁽²⁹⁾.

-
- (26) Donde se señala que: “(...) por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio”. Así el TC solo ha excluido pruebas en casos no penales, como las SSTC Exps. N°s 03901-2007-PA/TC-Lima, del 28 de setiembre de 2009, caso Victoria Contreras, fundada la demanda por vulneración al secreto administrativo de las comunicaciones; y, 04224-2009-PA/TC-Tacna, del 19 julio de 2011, caso Angelina Huamaní Vargas, fundada la demanda por vulneración al secreto de las comunicaciones.
- (27) SSTC Exps. N°s 01679-2005-PA/TC-Lima, del 11 de mayo de 2005, caso Guillermo Otiniano; 01680-2005-PA/TC-Lima, del 11 de mayo de 2005, caso Jorge Borja Urbano; 07613-2005-PA/TC-Lima, del 8 de marzo de 2007, caso Wilmer Reyes Tejeda; 10325-2005-PA/TC-Lima, del 8 de marzo de 2007, caso Jorge Marino Zavaleta Vargas; y, 06357-2008-PHC/TC-Lima, del 20 de enero de 2009, caso Miriam López Gómez Sánchez de Jiménez y otro.
- (28) Las sentencias que toman este criterio son las SSTC Exps. N°s 02079-2007-PHC/TC-Lima, del 7 de noviembre de 2007, caso Ana Muñoz Saldaña; 03569-2007-PHC/TC-Lima, del 13 de noviembre de 2007, caso Carlos Timaná Copara; 03666-2007-PHC/TC-Lima, del 13 de noviembre de 2007, caso Luis Castillo Falen; 01400-2008-PHC/TC-Ayacucho, del 9 de febrero de 2009, caso Óscar Tineo de la Cruz; 03915-2009-PHC/TC-Ica, del 22 de noviembre de 2009, caso Yván Chía Aquije; 01808-2010-PHC/TC-Lambayeque, del 21 de julio de 2010, caso Juan Salazar Moncada; 02771-2010-PHC/TC-Puno, del 7 de agosto de 2010, caso Jayme Pari López; 05289-2009-PA/TC-Lima, del 11 de agosto de 2010, caso Giovana Anaya Nalvarte; 04207-2010-PHC/TC-Lima, del 14 de enero de 2011, caso Luis Retamozo; 00415-2011-PHC/TC-Junín, del 18 de marzo de 2011, caso Ricardo Quispe Villalobos; 01994-2011-PHC/TC-Lima, del 30 de junio de 2011, caso Alberto Quimper Herrera; 02110-2011-PHC/TC-Piura, del 5 de julio de 2011, caso Rodolfo Araujo Maceda; y, 04539-2011-PHC/TC-Callao, del 25 de enero de 2012, caso Ludwig Soto Padilla.
- (29) En ese contexto se puede ubicar los artículos de LINARES AVILEZ, Daniel. “Yo soy el espía. Breves apuntes sobre la prueba ilícita e interceptaciones de las comunicaciones”. En: *De Iure. Solo para litigantes. Revista de Derecho*. Vol. 1, N° 1, Linares Abogados, Lima, octubre de 2007, p. 6 y ss.; PEREZ ARROYO, Miguel. “Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: las reglas de exclusión y las reglas de excepción”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 164, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2007, p. 135 y ss. Sobre el caso Fujimori, se puede ver CASTRO TRIGOSO, Hamilton. “Consideraciones sobre la prueba ilícita en la sentencia contra Fujimori. Sobre la prueba de audio y video”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 14, Tomo 128, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2009, p. 27 y ss.; y, SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. “Sentencia a Alberto Fujimori Fujimori: ¿Atenuación del vínculo en la prueba prohibida?”. En: *Revista de la Justicia Penal*. N° 7, Librotecnia, Santiago de Chile, octubre de 2011. Sobre el caso Quimper puede verse WONG PRELLE, Juan Máximo. “La prueba prohibida, el derecho a la intimidad y la libertad de

Pero también hay otras sentencias importantes como la emitida por la Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel recaída en el Exp. N° 24-06-HC, del 18 de mayo de 2005, caso Linares, donde también se aplicó la regla de exclusión⁽³⁰⁾, lo mismo que en el Informe de la Comisión de Levantamiento de Inmunidad al congresista Mufarech de 17 de junio de 2005. También se pueden analizar la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. N° A. V. 19-2001, del 7 de abril de 2009, caso seguido a Alberto Fujimori por los crímenes de la Cantuta y Barrios Altos, y el R. N. N° 05-02-2008-Lima, del 4 de mayo de 2009, por el caso de los congresistas tránsfugas.

Otro hito importante al respecto es la dación y puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP de 2004) que, aparte de reconocer en su Título Preliminar la ilegitimidad de los medios de prueba que han vulnerado derechos fundamentales, dio un amplio espacio para el debate de la prueba ilícita produciéndose muchos textos sobre el mismo⁽³¹⁾, pues

información. Comentario a la sentencia emitida en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC y su aclaratoria". En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 119, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011, p. 80 y ss.

- (30) Acá se señala: "Al no existir en autos autorización judicial alguna que acredite la intervención telefónica y su posterior grabación de sus compañeros, se desprende que se ha vulnerado lo dispuesto en el inc. 10 del art. 2 en concordancia con el inc. 3 del numeral 139 de la Constitución del Estado, tanto más que pese a existir una norma que regula la intervención telefónica, no se ha cumplido con los requisitos establecidos en la Ley N° 27697, consecuentemente dicha prueba aportada (...) deviene en ilícita".
- (31) Entre otros puede verse: PAZ PANDURO, Moisés. "¿Se debería utilizar en el Perú la excepción de la buena fe o *the faith exception*, para admitir la prueba ilícita?". En: *Normas Legales: análisis jurídico*. N° 357, Normas Legales, Trujillo, febrero de 2006, p. 247 y ss.; NIEVES CHERO, Justo. "La 'conexión de antijuridicidad' en los efectos reflejos: reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita". En: REYNA ALFARO, Luis; AROCENA, Gustavo y CIENFUEGOS SALGADO, David (coordinadores). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Jurista, Lima, 2007, p. 573 y ss.; CABRERA ZEGOVIA, Juan Carlos. "La prueba prohibida y las reglas de exclusión". En: *Revista Jurídica del Perú: Derecho Público y Privado*. Tomo 84, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2008, p. 285 y ss.; PISFIL FLORES, Daniel Armando. "La aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en la prueba ilícita". En: *JUS: doctrina & práctica*. N° 3. Grijley, Lima, marzo de 2008, p. 147 y ss.; HERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos. "El tratamiento de la prueba ilícita y la prueba irregular en el Código Procesal Penal del 2004". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 175, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2008, p. 145 y ss.; VELASQUEZ DELGADO, Percy. "Prueba prohibida y nulidad de actuaciones. Su vinculación en el nuevo Código Procesal Penal". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 180, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, p. 149 y ss.; SANCHEZ CORDOVA, Juan Humberto. "La prueba prohibida". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 183. Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2009, p. 132 y ss.; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "Los requisitos de legitimidad de las interceptaciones telefónicas. Su incidencia en el marco de la teoría de la prueba prohibida". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 1, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2009, p. 245 y ss.; ORRILLO CARHUAJULCA, Juana. "La exclusión de la prueba ilícita del proceso penal: reglas y excepciones". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 189, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, p. 145 y ss.; HERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos. "La buena fe como excepción a la regla de exclusión en el proceso penal peruano". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 2, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, p. 249.; BURGA ZAMORA, Oscar Manuel. "Límites constitucionales a la admisión de la prueba penal: la prueba prohibida". En: *RAE Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Vol. 2, N° 16, Caballero Bustamante, Lima, octubre de 2009, p. 423 y ss.;

esta novedad implica también el uso de la teoría de la prueba prohibida en la jurisprudencia⁽³²⁾. También debe destacarse la tesis convertida en libro de Hamilton Castro en el año 2009, el libro sobre prueba del profesor Talavera Elguera, y el texto de José Antonio Neyra Flores⁽³³⁾.

En el desarrollo de esta teoría, como hemos visto, se puede ver que hay una constante, que es la referencia a normas constitucionales a efectos de excluir la prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales. Así se reconoce en los diversos textos de San Martín Castro.

Estos trabajos del referido autor son citados en casi todos los tratados sobre prueba prohibida en el ámbito nacional, de ahí que ejerza una enorme influencia en las propuestas y prácticas de los autores y de la jurisprudencia, esto se ve reflejado en el uso de términos e instituciones que sus trabajos citan, como la “inutilizabilidad” y las referencias al efecto reflejo de la prueba prohibida, así como a sus excepciones tanto en el ámbito estadounidense como a su fundamentación y desarrollo en España. Esto explica en parte por qué la jurisprudencia toma estos argumentos como apoyo en sus decisiones sobre este tema. De ahí que sea importante hacer una breve referencia a como se ha desarrollado este tema en España y Estados Unidos y otros países.

2. En el extranjero

En España no se contaba con una regla de exclusión antes de la sentencia 114/1984, pero en la discusión entre garantías y eficacia la jurisprudencia se decantó por la primera⁽³⁴⁾, por ello fue una sorpresa la dación de una sentencia

RUBIO AZABACHE, Segundo Cesar. “La exclusión de la fuente de prueba por la ruptura de la cadena de custodia en el nuevo proceso penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2009, p. 258 y ss.; VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamento, efectos y excepciones”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 26, Lima, Gaceta Jurídica, agosto de 2011, p. 173.

(32) Da cuenta de esto: ALARCÓN MONTOTOYA, Oscar. “La tesis de la inutilizabilidad de la prueba prohibida: su recepción por el nuevo Código Procesal Penal y los tribunales de justicia de La Libertad”. En: *Revista del Consejo Nacional de la Magistratura. Informes institucionales y doctrina*. Año I, N° 2, Consejo Nacional de la Magistratura, Lima, setiembre de 2008, pp. 131-133.

(33) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit. Pero este trabajo también analiza muchas resoluciones nacidas en los procesos de corrupción de los noventa y los procesos por delito de terrorismo. También *vide* TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de valorización de las pruebas en el proceso penal común*. Academia de la Magistratura-GTZ, Lima, 2009, p. 145 y ss.; y, NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 645.

(34) Sin embargo, cabe señalar que en 1984 se publica un artículo de Manuel Serra Domínguez en un libro homenaje a Jaime Guasp, en la ciudad de Granada, sobre el tema de las pruebas ilícitas, el que es recogido en una colección de artículos suyos. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “El derecho a la prueba en el proceso civil español”. En: *Estudios de Derecho Probatorio*. Communitas, Lima, 2009, p. 168 y ss.

en este sentido, que impone una regla que no tiene un referente legal o constitucional⁽³⁵⁾, siendo sintomático que solo seis meses antes el Tribunal Constitucional español había denegado la validez de la exclusión de pruebas —como refirieron— al no haber un derecho o una norma legal o jurisprudencia que lo permitiría (AATC 173/1984, del 21 de marzo, y 289/1984, del 16 de mayo).

Sin embargo, la STC 114/1984, del 26 de noviembre, emitida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional español, abre un nuevo camino frente a la práctica habitual de ese país, pues crea una regla, la que no estaba prevista y se fundamenta en el Derecho estadounidense, lo que implica importar una tradición jurídica extranjera de un sistema distinto al euro continental⁽³⁶⁾. Esta sentencia señala: “aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (...) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental”.

Esta regla luego se va abriendo paso llegando incluso a asumir la teoría de la exclusión de los frutos del árbol envenado⁽³⁷⁾, bajo el nombre de **efecto reflejo de la prueba prohibida**. Luego tenemos los intentos por atenuar esta regla. Es así que, basados otra vez en la jurisprudencia estadounidense,

(35) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “Prólogo”. En: FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “pruebas ilegales” de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. XXVII.

(36) Vide LÓPEZ YAGÜES, Verónica y DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prueba ilícita en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: ASENCIO MELLADO, José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008, p. 139. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “pruebas ilegales” de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 26. Fidalgo Gallardo llama la atención sobre la debilidad de la fundamentación de una sentencia que no pudo aportar más argumentos para la trascendental decisión adoptada que una percepción particular y débilmente justificada de una supuesta norma o garantía pretendidamente implícita, no ya en preceptos constitucionales, sino en un concepto tan abstracto como el de “sistema de los derechos fundamentales”.

(37) Es importante señalar lo que acota Armenta Deu: “la jurisprudencia constitucional distingue en función de que el derecho fundamental lesionado sea o no de contenido procesal: a juicio del tribunal Constitucional provocan ilicitud de las pruebas las lesiones de derechos fundamentales que no sean de ámbito procesal, es decir, la infracción del art. 24 CE en la obtención de pruebas no comportaría la ilicitud probatoria en sentido estricto, sino tan solo una infracción procesal que determinaría la nulidad de las actuaciones, debido a la potencial producción de indefensión. El resultado en la práctica aparentemente es el mismo —la prueba no será utilizada para fundar el juicio de hecho—, pero con la salvedad de la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, que se reserva únicamente para la vulneración de derechos fundamentales, y aun así no en todos los supuestos”. ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2ª edición, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 53.

se incluyen en su Derecho las excepciones de fuente independiente (STC 86/1995, del 6 de junio), descubrimiento inevitable (STS 974/1997, del 4 de julio), así como la de los hallazgos casuales (STS 1313/2000, del 21 de julio) —estas últimas de gran desarrollo sobre todo en Alemania—⁽³⁸⁾. Este desarrollo desconcertante lo explica Fidalgo Gallardo en el voluntarismo que primó al ingresar esta regla al ordenamiento, así como sucedió en Estados Unidos⁽³⁹⁾.

Esto también explicaría por qué se redujo esta regla, ya que, al ser obra del voluntarismo judicial, los mismos jueces tienen la potestad de reducirla o ampliarla. De ahí que se haya hecho famosa la STC 81/1998, del 2 de abril, que termina por hacer casi inútil la teoría de la prueba prohibida en España al hacer uso de la famosa **conexión de antijuridicidad**, donde una prueba a pesar de ser producto de una inicial vulneración a derechos fundamentales puede ser válida como prueba si es que cumple ciertos requisitos⁽⁴⁰⁾.

De ahí que, como expone Gómez Colomer⁽⁴¹⁾, se ha pasado de asumir la prohibición probatoria por sus efectos de disuadir a la policía de actuar contra la ley y de proteger constitucionalmente los derechos de los ciudadanos imputados o acusados frente al poder intervencionista del Estado en la esfera individual, a puras consideraciones utilitaristas de castigar como sea a quien evidentemente es culpable de un crimen horrendo.

En el plano legislativo tenemos que, al año siguiente de emitirse la STC 114/1984, se incorporó el artículo 11.1 en la Ley Orgánica del Poder Judicial español, que refiere: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales”, que, obviamente, se basa en la sentencia citada. El contenido de este precepto es doble: por un lado regula una de las garantías del **derecho al proceso con todas las garantías** y, por otro, incorpora la eficacia refleja de las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de algún derecho fundamental⁽⁴²⁾.

Resulta curioso que la doctrina española haya tenido que interesarse en la doctrina y jurisprudencia estadounidense para tener una teoría de la prueba prohibida, cuando había ya desarrollos en Alemania e Italia.

(38) Vide GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el Derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 115-126.

(39) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 20.

(40) Sobre su desarrollo jurisprudencial vide GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., pp. 126-144.

(41) Ibídem, p. 145.

(42) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 51.

En Estados Unidos ocurrió algo similar. Antes de la sentencia *Week vs. EE.UU.*⁽⁴³⁾, no existía un regla de exclusión aplicable a casos de vulneración de garantías previstas en la *bill of rights*. A partir de esta sentencia se reconoce la exclusión probatoria en el ámbito federal; sin embargo, los Estados federados pertenecientes a Estados Unidos debían legislar sobre esta materia⁽⁴⁴⁾.

Se debe señalar que, al momento de crear y aplicar esta regla, el Supremo Tribunal se fundamentó en la integridad judicial. Así, se señala en la sentencia referida que “la tendencia de aquellos que ejecutan las leyes penales del país a conseguir condenas mediante arrestos y confiscaciones ilegales y confesiones forzadas (...) no debería encontrar aprobación en las decisiones de los Tribunales, sobre los cuales pesa en todo momento la obligación de sostener la Constitución, y a los cuales las personas de toda condición tienen derecho a apelar para el respeto de [sus] derechos fundamentales (...). Respetar tales procedimientos equivaldría a respaldar por decisión judicial una desatención manifiesta, sino un desprecio abierto, de las prohibiciones de la Constitución, dirigidas a la protección de las personas contra tales acciones autorizadas”⁽⁴⁵⁾.

Como señala Fidalgo Gallardo, la sentencia *Weeks vs. EE.UU.* introdujo en el ordenamiento procesal federal una verdadera y propia regla de exclusión, según la cual los materiales de prueba obtenidos por agentes federales en violación de la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no serían admisibles en la fase de juicio oral de los procesos penales federales,

(43) Es un proceso penal donde se enjuiciaba un presunto delito federal de utilización de servicio público de correos para el transporte de billetes de lotería. En el curso de la investigación policial, previa al proceso judicial, realizada conjuntamente por agentes de policía federales y estatales, los agentes federales habían confiscado correspondencia del acusado sin la preceptiva autorización judicial previa, que posteriormente fue aportada al juicio oral como prueba de cargo. Por su parte, agentes de policía estatal también habían interceptado ilegalmente otros documentos privados susceptibles de servir como pruebas incriminatorias. La decisión del tribunal estadounidense fue el siguiente: “La Constitución exige implícitamente la exclusión de los materiales probatorios obtenidos en violación de los derechos procesales constitucionales, independientemente de las eventuales sanciones (...) que se imponga al responsable de esa violación”. FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 97.

(44) Cabe mencionar que, en Estados Unidos, la Constitución sobre derechos fundamentales es la denominada *bill of rights* y tanto esta como las demás enmiendas, hasta antes de la dación de la enmienda XIV, solo eran obligatorias para el sistema federal. Luego de la dación de esta enmienda, la *bill of rights* es obligatoria para todos los Estados.

(45) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 307 y ss. Este autor también hace referencia al voto del juez Brandeis, quien señala “el gobierno es un maestro poderoso y omnipresente. Para bien o para mal, enseña al pueblo por su ejemplo. El crimen es contagioso. Si el gobierno viola la Ley, engendra desprecio por la Ley, invita a cada hombre a erigirse en su propia Ley, invita a la anarquía”. También el voto del juez Holmes quien señala “tenemos que elegir, y por mi parte pienso que el hecho de que algunos criminales escapen es un mal menor comparado con que el gobierno juegue un papel innoble”.

independientemente de su mayor o menor valor probatorio de los hechos enjuiciados⁽⁴⁶⁾.

Luego llegaría su mayor y pleno reconocimiento a raíz de la sentencia *Mapp vs. Ohio* de 1961⁽⁴⁷⁾, en la que se interpreta que los derechos reconocidos en las enmiendas IV, V y VI son de aplicación no solo al ámbito federal sino a todos los Estados⁽⁴⁸⁾ por aplicación de la XIV enmienda. Esta doctrina es la que ha influenciado a la gran mayoría de países que aceptan esta regla de exclusión y determinan así el concepto que se tiene sobre prueba prohibida.

Sin embargo, así como en España, esta regla de exclusión que nació bajo el amparo del activismo judicial fue luego disminuida mediante una serie de excepciones —que veremos luego—, hasta llegar a la sentencia *Calandra vs. EE.UU.* en 1974, que inicia la decadencia de la *exclusionary rule*, pues se la toma como una regla que solo busca disuadir conductas disfuncionales de los efectivos policiales (*deterrent effects*), y ya no como una garantía derivada de la *bill of rights*, pues no está dirigida a proteger los derechos de los ciudadanos, sino a evitar conductas inconstitucionales de los agentes estatales. Es así que la aplicación de este precedente se da en el caso concreto, pues si la conducta disfuncional de los efectivos policiales no puede ser disuadida, el *deterrent effect* no se produce y, por lo tanto, la prueba obtenida con violación de los derechos constitucionales no tendría que ser excluida.

Así, esta regla de exclusión se reduce a su mínima expresión, tanto que la última tendencia es hacia su abolición, como quedó demostrado en la sentencia *Hudson vs. Michigan* del año 2006, en la cual se señala que “no se puede asumir que la exclusión en el contexto actual ofrece efectos disuasorios necesarios simplemente porque hace mucho tiempo consideramos que era un efecto disuasorio necesario. Ello implicaría forzar al público de hoy a pagar por los pecados e inadecuaciones de un régimen jurídico que existía hace casi 50 años

(46) *Ibidem*, p. 111.

(47) La Corte se pronuncia sorpresivamente en los aspectos atinentes a la cuarta enmienda presentes en el caso, que no habían sido alegados ni debatidos durante el largo curso judicial precedente. La decisión de la Corte de anular la condena de *Dolly Mapp* basándose en la cuarta enmienda puede calificarse, sin ambages, como una decisión sorpresiva, tomada sobre la marcha, en base a motivaciones políticas más que en argumentaciones jurídicas. *Mapp* se pronunciaba por el rango constitucional de la regla de exclusión, por considerarla “una salvaguarda disuasoria clara, específica y constitucionalmente exigida sin cuya vigencia la cuarta enmienda habría sido reducida a simple palabras”. *Ibidem*, pp. 170 y 171.

(48) Se debe recordar que la sentencia *Weeks vs. Estados Unidos* solo se aplicaba a nivel federal, por lo que la policía federal remitía las pruebas ilícitas que había obtenido a los policías estatales para que se puedan usarlas en procesos por delitos ordinarios, esta es la llamada doctrina de la bandeja de plata. HAIRABEDIAN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 39.

(...) por lo que sabemos, la responsabilidad civil –derivada del 42 U.S.C. pgf 1989 referente a la responsabilidad civil de los oficiales de policía por vulneraciones de derechos constitucionales– ofrece una disuasión efectiva en este ámbito al igual que le hemos asumido en otros”⁽⁴⁹⁾.

Entonces, se refiere que se debe abandonar la regla de exclusión toda vez que es innecesario dado el profesionalismo de los actuales cuerpos de policía, así como la existencia de otros remedios más eficaces para lograr el efecto preventivo⁽⁵⁰⁾.

Si bien el desarrollo español y estadounidense ha influido de gran manera en el debate nacional, no puede dejar de mencionarse que, antes de ellos, ya se había teorizado sobre este tema. En el año 1903 ya se analizaba bajo qué circunstancias una prueba no podía practicarse y como consecuencia no podría ser valorada. Estas consideraciones se dan en Alemania a partir del texto de Ernst Beling *Die Beweisverbote Als Grenzen der Wahrheitsfindung Im Strafprozessrechts*⁽⁵¹⁾, traducido como *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*⁽⁵²⁾. Así, esta problemática parte del reconocimiento de que el Estado, en su actividad investigadora de la verdad, debe de tener límites, si no, como señala Roxin⁽⁵³⁾, entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales.

(49) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., pp. 179 y 180.

(50) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la *exclusionary rule* en EEUU”. En: *Revista de Derecho y proceso penal*. N° 20, Aranzadi, Madrid, 2008, p. 34.

(51) STRUENSEE, Eberhard. “La prueba prohibida”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 4, Idemsa, Lima, julio-diciembre de 1994, p. 668. También AMBOS, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 9, Lima, Gaceta Jurídica, marzo de 2010, traducción de Oscar Julián Guerrero Peralta, p. 319.

(52) BELING, Ernst; AMBOS, Kai y, GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009.

(53) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2000, traducida de la vigésimo quinta edición por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio Maier, p. 191. Para Kai Ambos la determinación de estas limitaciones depende principalmente de la posición que otorga el ordenamiento jurídico al individuo frente al poder estatal, esta posición se plasma dentro del Estado de Derecho, en su manifestación más elaborada, en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, sobre todo los de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. En esta clase de ordenamiento existen áreas que están protegidas ante las injerencias estatales por parte del legislador, dentro de los cuales, por ende, el esclarecimiento de los hechos por determinados medios probatorios resulta inadmisibles y prohibido. AMBOS, kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización”. Ob. cit., pp. 319 y 320.

A partir del texto citado se dan una serie de análisis, propuestas y contenidos de las llamadas prohibiciones de prueba. Así, Beling⁽⁵⁴⁾ diferencia, según su legislación, entre prohibiciones de prueba, en primer lugar, por el interés superior del Estado, los intereses del servicio oficial y las relaciones del Derecho Internacional; en segundo lugar, por la posición privilegiada de la dinastía reinante; en tercer lugar, por la esfera de la personalidad, las relaciones de parentesco, la conservación de secretos que se hayan confiado en virtud de una relación jurídicamente protegida y por último los intereses de la propiedad privada.

Esta inicial e ingeniosa clasificación fue luego discutida, ampliada y renovada en los más de cien años que tiene la teoría sobre las prohibiciones de prueba, pudiéndose señalar que, en la actualidad, estas se clasifican en prohibiciones de producción de prueba y prohibiciones de valoración de prueba.

Las primeras importan la prohibición expresa, o no, de una actuación que lleve información al proceso penal. Es así que la doctrina divide esta prohibición de producción de pruebas en prohibiciones de medios de prueba, de temas de prueba y de métodos de prueba. Se debe recordar que no siempre una violación de la producción acarrea una prohibición de utilización o valoración⁽⁵⁵⁾.

Las segundas tienen que ver con la consecuencia de la actividad que vulnera alguna prohibición de adquisición de prueba, es decir, se analiza si es que se puede valorar o no la prueba obtenida o actuada con infracción de ciertas normas. Las prohibiciones de utilización constituyen una sanción frente al incumplimiento de las reglas que deben observarse al recabar o incorporar al proceso un medio de prueba o al llevar a cabo una diligencia como la detención y el interrogatorio policial⁽⁵⁶⁾.

Si la norma infringida se encuentra dentro de los supuestos de prohibición de producción de prueba, se dice que estamos ante una prohibición de valoración de prueba dependiente. Será independiente la prohibición de

(54) BELING, Ernst. "Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal". En: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; y, GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009, Traducción de Guerrero, Oscar Julián, p. 9 y ss.

(55) Pues, como señala Jäger, se puede hablar en el Derecho alemán de un principio de abstracción o separación, de acuerdo con el cual se distingue estrictamente entre producción probatoria y utilización de pruebas. JÄGER, Christian. *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*. 2003, p. 128; citado por: AMBOS, Kai. "Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización". Ob. cit., p. 323.

(56) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 54. Esta autora señala que los casos son diversos, pero pueden ser sistematizados como sigue: reglas de exclusión fundadas en la violación de prohibiciones probatorias y reglas de exclusión fundadas en violación de derechos fundamentales.

valoración de prueba cuando la norma que haya sido vulnerada no se encuentre en los supuestos anteriores y sea de rango constitucional. Así la valoración es absolutamente imposible cuando ella lesiona el núcleo esencial intangible de la personalidad y, con ello, la dignidad humana⁽⁵⁷⁾. Como es lógico, este análisis se realiza al momento de valorar las pruebas, previa a la dación de la sentencia, por ello es revisado solo en casación⁽⁵⁸⁾.

En Italia también ha habido un desarrollo paralelo, no tan antiguo como el alemán, que se remonta a las obras de Florian⁽⁵⁹⁾ y Manzini⁽⁶⁰⁾, que tuvo repercusión en su legislación y jurisprudencia. Es así que se da la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 34/1973, en un tema de intervenciones telefónicas, donde proclamó la inutilizabilidad en el proceso de las pruebas obtenidas mediante métodos o comportamientos realizados en desprecio de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la Constitución, basándose en el artículo 13.3 de la Constitución de la República Italiana, que sanciona la violencia sobre cualquier investigado⁽⁶¹⁾.

Luego tenemos un reconocimiento legislativo como es el artículo 191 del Codice di Procedura Penale según el cual: “1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabili dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”⁽⁶²⁾.

Este artículo 191 expresamente prohíbe la adquisición de pruebas que hayan vulnerado la ley, por lo que un primer aspecto a tomar en cuenta, a diferencia del modelo alemán, es que solo se aplica esta norma cuando hay

-
- (57) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 191. En estos casos, para resolver los conflictos entre los intereses estatales de persecución penal y la protección de los derechos individuales, el Tribunal Constitucional ha recurrido a diversas teorías: teoría del ámbito jurídico o círculos de derechos (*Rechtskreis-theorie*), la doctrina del fin de protección de la norma (*Schutzzwecktheorie*); y la teoría de la ponderación. ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 55.
- (58) *In extenso vide* SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición reelaborada. Tirant lo blanch-Thüngersheim, Valencia-Frankfurt, 1999, con la colaboración de Jörg Knupfer y Matthias Terbach, revisión de la traducción de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Planchadell Gargallo, p. 175 y ss.
- (59) FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Traducido de la tercera edición, Cisalpino, Milano, 1961, citado por MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III, Editores del puerto, Buenos Aires, 2011, p. 107, quien señala que este autor es el primero en hablar de este tema en Italia en su obra de 1917.
- (60) MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal*. Vol. III, Buenos Aires, 1962, p. 208, citado por GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 8ª edición, EDDILI, Lima, 1984, p. 170.
- (61) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Las pruebas ilícitas: fundamento y alcance de la regla de exclusión”. En: *Ponencias del Segundo Congreso de Derecho Penal y Criminología*. Sin editorial, Huánuco, 2005, p. 32.
- (62) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 92.

otra que regula la actividad probatoria —sin importar si estamos ante la vulneración de un derecho fundamental o no—. Como señala Chiavario, para que se configuren estas causas, en el origen debe existir una disposición legal formulada en términos de prohibición sobre la posibilidad de obtener una determinada prueba o, en sentido más general, una clase de pruebas o cualquier prueba⁽⁶³⁾.

Sin embargo, la infracción de una norma de regulación de la actividad probatoria para este ordenamiento jurídico no implica *per se* la exclusión del material probatorio del proceso, sino solo la *inutilizzabilità* a efectos probatorios, que es la consecuencia jurídica que excluye este material probatorio de la valoración del juez⁽⁶⁴⁾. Es así que esta figura constituye un límite al libre convencimiento del juez que excluye la posibilidad de formar su convicción sobre los hechos incorporados a través de tales pruebas⁽⁶⁵⁾.

Entonces, no obstante se dice que la *inutilizzabilità* implica la inadmisibilidad y no valoración de los medios probatorios, esto solo es válido para efecto de la toma de decisiones, pues la prueba obtenida seguirá en el proceso. Estamos así ante una nueva sanción procesal, distinta a la nulidad y la inadmisibilidad⁽⁶⁶⁾.

3. Reflexión

La más importante reflexión que se puede extraer de esta parte del trabajo es que la forma de abordar este tema es muy variada, pues no solo existe la teoría de la prueba prohibida española que hemos asumido, sino que hay otras realidades en las que la solución a este tipo de problemas es otra y deben ser analizadas para un mejor entendimiento de esta problemática. Hacer Derecho Procesal Penal no es repetir lo que los grandes maestros dicen, sino analizarlo y dar aportes.

(63) CHIAVARIO, Mario. “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano: temas y problemas”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 392.

(64) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., pp. 42 y 139. Esta autora refiere que el acto podrá ser válido desde el punto de vista formal, pero la *inutilizzabilità* impide su efecto esencial: fundamentar una decisión judicial. Si la ilicitud se percibe en el sumario el juez puede ignorar el medio de prueba, pero no expulsarlo del procedimiento.

(65) Ibídem, p. 42.

(66) CHIAVARIO, Mario. Ob. cit., p. 391. Señala Armenta Deu que la *inutilizzabilità* es un tipo de invalidez que actúa directamente, no sobre el acto, sino específicamente sobre su valor probatorio. ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 42.

Como hemos podido apreciar, el desarrollo de la regla de exclusión en el Perú es reciente. Antes del año 2001, era aún incipiente y no se incidía en la protección de los derechos fundamentales, a excepción de los trabajos de San Martín Castro, que traen la doctrina española y, por añadidura, la estadounidense.

Desde el fin del régimen de la década de 1990, se inicia la producción doctrinal y jurisprudencial, las que tienen como referencia los trabajos de San Martín Castro y Asencio Mellado, y a las fuentes que estos exponen, es decir, la doctrina española y norteamericana y, en menor medida, la alemana e italiana –por ello es necesario analizar estas fuentes para desarrollar esta institución–. En ese momento, en conjunto con las sentencias tanto de la justicia ordinaria como constitucional, se desarrolla esta teoría, iniciándose solo como afectación a normales legales de prueba, para luego ir dejando esta fundamentación de lado y asumir que la prueba prohibida solo se refiere a la afectación de los derechos fundamentales; sin embargo, esta concepción trae una serie de problemas, como veremos luego.

La doctrina peruana se basa en la doctrina extranjera. Así, España tiene un desarrollo similar a Estados Unidos: se inicia de forma inesperada llegando a un apogeo y luego se va limitando a través de excepciones hasta casi acabar con la regla. En Alemania e Italia, se pone énfasis en la norma probatoria más que en la regla de exclusión, el centro de análisis se encuentra en la no valoración de la prueba y no en su inadmisión.

También se debe referir que, si bien la atención está ahora puesta en este tema, aún las incoherencias y limitaciones siguen presentes, sobretodo en la pluralidad de sentencias que exhiben fundamentaciones contradictorias, así como la falta de criterios legales que pongan un orden en este *pandemonium* procesal pues, como el propio César San Martín ha referido, “[h]ay una gran ausencia de normas que regulen (la prueba ilícita), salvo declaraciones generales y, a veces, contradictorias entre sí, porque no hay sistemática. No se ha trabajado bien este tema desde el Derecho procesal, como corresponde”⁽⁶⁷⁾.

(67) Declaración emitida en el marco de la inauguración del Conversatorio Internacional “La prueba prohibida en el proceso penal”, que realizó la Academia de la Magistratura el 18 de mayo de 2012 en Palacio de Justicia. Disponible en: <<http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?codigo=19662&opcion=detalle>>.

II. FUNDAMENTACIÓN

1. Posturas

Como se ha visto, en los diversos países que han incorporado a su ordenamiento jurídico la regla de exclusión o prueba prohibida, su fundamentación es variada; así tenemos la inicial fundamentación estadounidense, que en la sentencia *Week vs. EEUU* reconoce el anclaje constitucional de la regla de exclusión, la que se fundamenta en la integridad judicial, en la consideración de que el Estado no puede usar, para realizar su actividad persecutora, elementos ilegales, no podría cometer delitos para sancionar otro delito.

Sin embargo, a partir de 1974, en la sentencia *Calandra vs. EE.UU.* la fundamentación varía, pues ya no se basa en la integridad judicial, sino que se convirtió en una regla que busca disuadir conductas disfuncionales de los efectivos policiales, el llamado *deterrent effect*; entonces, si la conducta disfuncional de los efectivos policiales no puede ser disuadida, el *deterrent effect* no se produce, por lo que la prueba obtenida con violación de los derechos constitucionales no tendría que ser excluida.

En España se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida, a diferencia de la estadounidense, es constitucional y se basa en el lugar preferente que los derechos fundamentales tienen en el sistema jurídico; sin embargo, vemos como se desvirtúa esta con la aceptación de excepciones como la conexión de antijuridicidad.

En otras latitudes, como Alemania, Italia, así como Argentina, se entiende que la regla de exclusión o prohibición probatoria se fundamenta en los límites al juzgador para averiguar la verdad, toda vez que las facultades de investigación no pueden ser ilimitadas.

El Tribunal Constitucional peruano, en la famosa sentencia del caso *Quimper*, ha señalado que existen dos posiciones respecto al fundamento de la prueba prohibida, unas que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.

La segunda posición considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de

una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Toma de postura

Un fundamento –en la primera acepción del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española– es el principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa; sin embargo, al referirnos a fundamento no usamos esta acepción, sino la tercera. Es decir, nos referimos a la razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo, en tal sentido, no se podría hablar del principio de debido proceso o la presunción de inocencia como razones principales o fundamentos de la regla de exclusión, pues su injerencia no es tan radical, pero eso no significa que no tengan un papel importante en esta teoría.

Para referirnos al fundamento de la regla de exclusión es necesario hacer referencia a los fines del proceso y de la prueba. Se ha discutido sobre los fines de la prueba⁽⁶⁸⁾: como la búsqueda de la verdad material, la cual es inalcanzable por las limitaciones que tiene el conocimiento humano; como mecanismo de fijación formal de los hechos; y, como como convicción judicial. Sin embargo, estos últimos fines dejan de lado el valor justicia y llevarían a la prueba a un papel efímero, siendo la sentencia producto de elucubraciones y no buscaría siquiera una verdad mínima, lo cual sería antiético, pues no se busca la justicia de la decisión⁽⁶⁹⁾.

De ahí que el fin del proceso viable sea el encontrar la verdad; sin embargo, esta no es la verdad absoluta o material que se buscaba en el sistema inquisitivo⁽⁷⁰⁾, sino una verdad acorde a las limitaciones humanas, pues

(68) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 36 y ss.

(69) Sobre ello *vide* TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, pp. 63-65.

(70) Señala Ferrajoli que “mientras el método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de verdad. De ello se deriva que el primero confía no solo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el segundo concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1995, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, p. 604.

se debe entender que el conocimiento humano es limitado⁽⁷¹⁾ y que, en la búsqueda de la verdad de ciertos hechos, se va a encontrar límites, como el tiempo, la distancia, etc. En el Derecho se limita aún más, por ejemplo, con las reglas de prueba, la limitación de los principios, como el de *tantum devolutum quantum appellatum*.

Sin embargo, esto no nos debe llevar a dejar de lado la búsqueda de la verdad, sino aceptar sus limitaciones. Por lo tanto, lo que debe hacer el juez es que su sentencia sea más acorde con la verdad posible, con lo que sucedió, sabiendo que este conocimiento está limitado. Por ello señala Fernández López⁽⁷²⁾, que la verdad tiene, en todo caso, y no solo en el proceso, carácter aproximativo, pero sin que esto suponga renunciar a alcanzar la verdad, sino que se trata de la única verdad que podemos llegar a conocer.

En los fines del proceso penal se reconoce que este es un fin válido, pero además se establecen otros, como que la sentencia establezca la paz jurídica, que no está reñida con esta concepción de la verdad, pero, además, asegura otros, como el de tomar una decisión materialmente correcta, de conformidad con el ordenamiento jurídico y protegiendo a las personas del uso arbitrario del poder penal estatal.

En ese sentido, señala Taruffo⁽⁷³⁾ que no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma, de ahí que la concepción de la búsqueda de la verdad limitada sea la que más ayude a la consecución de estos fines.

Esta concepción asumida no se condice con la fundamentación de la regla de exclusión en el efecto disuasivo, pues tiene un fin utilitario, no importando si se ha lesionado derechos o no de los ciudadanos, que es lo que se busca proteger durante la actividad estatal. Al contrario, esta concepción es acorde con los postulados de que la regla de exclusión es un límite a la búsqueda de la

(71) En sentido similar *vide* TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 71 y ss. No está demás indicar, como lo hace García Amado, que la disyuntiva entre preferencia de la verdad o preferencia de las consideraciones sobre la licitud de la prueba de esa verdad, en homenaje a los derechos básicos así protegidos (sean derechos del acusado o de terceros), es una falsa disyuntiva. No se trata de elegir entre una u otra de esas alternativas, sino de valorar cuál riesgo con carácter general queremos aminorar, si el de que inocentes sufran condenas o el de la absolución de culpables. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "Verdad y prueba ilícita en el proceso penal". En: *Derecho Probatorio y la decisión judicial*. Universidad de Medellín, Medellín, 2016, p. 319.

(72) FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, pp. 34 y 35.

(73) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 86. Pone énfasis en la verdad como legitimación de la autoridad judicial: FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 542 y ss.

verdad en la investigación, pues en última instancia es eso, un límite al poder estatal.

Esto no se desdice de la concepción de la regla de exclusión basada en el valor preferente de los derechos fundamentales⁽⁷⁴⁾, pues estos no solo tienen vigencia en la Constitución, sino en todo el ordenamiento. De ahí que cada regla de prueba sea un límite a la actividad estatal basado en la protección de un derecho constitucional pues, como señala Ferrajoli, el paradigma del Estado de Derecho es siempre el mismo: el desarrollo de una esfera pública, que tutele el conjunto de derechos fundamentales estipulados en esos pactos fundadores de la convivencia social que son las constituciones, como objetivo o razón de ser del Derecho y del Estado”⁽⁷⁵⁾.

Otro argumento ético derivado de la experiencia estadounidense es el de la integridad judicial, que apoya la concepción aquí mantenida, porque no es posible que el Estado apruebe lesionar derechos de los ciudadanos en aras de lograr una eficiente investigación, eso haría que la sentencia sea indigna⁽⁷⁶⁾. En ese sentido, señala Ada Pellegrini que es posible de otro modo obtener fuentes de prueba y actuarse medios de prueba, sin necesidad de que el Estado, a través de sus funcionarios, cometa delitos para obtener algún medio probatorio. De esta manera, el Estado se convertiría en un delincuente por tratar de responsabilizar a un ciudadano al que se le imputa un injusto, con lo cual existiría una gran contradicción entre el fin de perseguir los delitos y la superioridad moralidad que debe tener el Estado al realizar sus actuaciones⁽⁷⁷⁾.

Respecto al debido proceso y a la presunción de inocencia, estos son principios que ayudan a cumplir los fines antes precisados; sin embargo, el Máximo Intérprete de la Constitución, al momento de fundamentar la prueba prohibida en el debido proceso, ha cometido un pequeño desliz al poner en plano de igualdad la tutela procesal efectiva con el debido proceso, pues no son lo mismo.

La tutela procesal en el proceso penal deriva en cuatro subprincipios claramente definidos como son: el derecho al acceso a la justicia, el derecho a una resolución fundada en Derecho, el derecho al recurso y el derecho a la

(74) *Vide* GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. cit., p. 234.

(75) FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y dolor”. Traducción de Miguel Carbonell. Disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=32308>>.

(76) Apoyan este fundamento MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Ob. cit., p. 120; JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., p. 614.

(77) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. cit. Disponible en: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>>.

ejecución de lo sentenciado⁽⁷⁸⁾. Estos subprincipios le dotan de contenido al derecho a la tutela procesal, pues garantizan que la acción penal tendrá una contraparte que lo acoja en un proceso penal y que esté será viable y tutelado procesalmente hasta su ejecución.

En tanto, el debido proceso ha sido entendido por el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N° 00071-2002-AA/TC, como “como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho”.

Como vemos, el Tribunal Constitucional, a la usanza estadounidense, sitúa al debido proceso como un principio matriz del cual se derivan todos los demás principios, dejando de lado el pensamiento euro continental que refiere que el debido proceso es un principio residual, cuyo contenido son los principios que no encuentran ubicación dentro del ordenamiento jurídico pero que están reconocidos implícitamente, lo cual es más correcto, pues nuestra Constitución señala los principios que en la vida política del Estado se encuentran vigentes, dejando una cláusula abierta que garantice el ulterior desarrollo de otros derechos, siendo que estos se enmarcan dentro de lo que se entiende como derechos inherentes al debido proceso, como el plazo razonable o el *ne bis in ídem*, el derecho a la verdad, etc.⁽⁷⁹⁾.

Por lo tanto, la regla de exclusión no podría basarse en la tutela procesal efectiva, pero sí podría basarse en el debido proceso, al no haber un principio que lo reconozca en la Carta Magna; sin embargo, esto no es aceptable el proceso penal, pues ya hay un principio del cual se deriva la regla de exclusión: la presunción de inocencia.

Como enseña Ferrajoli⁽⁸⁰⁾, si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.

Este postulado básico es el que da existencia al principio de presunción de inocencia, que implica que toda persona será considerada inocente mientras no haya una resolución firme que diga lo contrario. Este principio está reconocido a nivel internacional en los artículos 11 de la Declaración Universal

(78) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., pp. 122-129.

(79) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. 2ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 2006, pp. 85-90.

(80) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ob. cit., p. 549.

de los Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dentro del ordenamiento jurídico nacional se encuentra ubicado en el artículo 2.24.f, de la Constitución Política del Estado y en el artículo II del Título Preliminar del CPP.

Este derecho a la presunción de inocencia se manifiesta en tres reglas: **regla de tratamiento del imputado**, es decir, que para imponer una prisión preventiva y no afectar el derecho a la presunción de inocencia el juez se debe basar en estrictas razones de peligro procesal; **regla de juicio**, que implica los principios *in dubio pro reo* y la insuficiencia probatoria; y, **regla de prueba**, que indica que, para obtener suficiencia probatoria y desvirtuar la presunción de inocencia, la prueba debe actuarse en el juicio oral, ser suministrada por la acusación por lo cual esta prueba debe ser de cargo y debe respetar las garantías procesales y los derechos fundamentales.

En este último punto incide la regla de exclusión, pues esta implica la lesión de las garantías procesales y los derechos fundamentales y, por ello, jamás la prueba obtenida de esta forma podrá desvirtuar la presunción de inocencia, pues no tiene la condición para ello, toda vez que es un límite que se le impone al descubrimiento de la verdad.

Debe quedar claro que la regla de exclusión no es un derecho fundamental, sino una regla que expulsa del proceso elementos viciados que afectan la normativa de la actividad probatoria.

Entonces, creemos que el fundamento para excluir actos viciados, bajo cualquier teoría, es el reconocimiento de la existencia de límites a la investigación por parte del Estado, en ese sentido, se debe respetar la integridad estatal y ponderar el valor preferente de los derechos fundamentales, no siendo legítimo tener como fundamento el efecto disuasivo.

III. CONCEPTOS TRADICIONALES

Es común que se señale que la prueba prohibida recién es recogida legislativamente en el apartado 2 del artículo VIII del Título Preliminar del CPP, así como en el artículo 159, apartado 1, que dice: “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”.

Se indica, además, que esta formulación legislativa ha sido un gran avance pues la teoría de la prueba prohibida no tuvo reconocimiento legislativo en el Perú hasta el NCPP de 2004, reconociéndose su eficacia a través de la jurisprudencia penal y constitucional.

Aparte de ello, usualmente se analiza si es adecuado que esta teoría tenga cabida en el sistema jurídico. Así, respecto al tema, existen varios niveles de análisis⁽⁸¹⁾:

Primero, sobre si se admite o no en el ordenamiento jurídico la prueba prohibida. Para algunos autores, la prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso y ser eficaz, pudiendo ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba⁽⁸²⁾.

Sin embargo, en esta polémica van a aparecer diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales antagónicas e irreconciliables, aunque con el paso del tiempo va imponiéndose de manera casi uniforme que el medio de prueba prohibido no puede utilizado ser en forma alguna, ni puede ser tenido en cuenta por el juez en el momento de la sentencia, ya que este ha de considerarlo como no realizado.

Como tesis intermedia se presenta la teoría de la ponderación de intereses, entendiendo que el interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de la responsabilidad en el orden civil administrativo o incluso penal que puedan proceder contra la persona responsable⁽⁸³⁾.

Entonces, la aceptación de la teoría de la prueba prohibida no es un tema fuera de discusión, sino que está inmerso en el debate, pues siempre habrá criterios que busquen aceptar cualquier medio de prueba, sea legítimo o no, así como habrá criterios que escondan este tipo de ideologías a través de una supuesta racionalidad de las teorías.

(81) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Idemsa, Lima, 2015, pp. 418 y 419.

(82) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal, Madrid, 1989, p. 135. Incluso refiere que hasta antes de la constitución existían diseminadas en el ordenamiento jurídico diversas prohibiciones probatorias sin carácter general a nivel de principios, y ninguna referida a la prueba ilícitamente obtenida.

(83) En este sentido, tenemos la teoría del ámbito jurídico que propugna que en aquellos casos en los que se transgredió la prohibición de practicar la prueba, la utilización (mediante su valoración o apreciación) de la prueba así obtenida depende de si la lesión afecta esencialmente al ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación. *Ibidem*.

1. Concepto

Una de las primeras aserciones que se hace al referirse al término prueba prohibida –si se analiza el concepto– es que no se trata de la institución de las prohibiciones probatorias, pues este es un tema más amplio y responde a otro tipo de acercamiento al tema de las prohibiciones de prueba en el proceso penal, tampoco –dicen los teóricos– se refieren a las nulidades de actos de obtención de prueba, que se basan en la indefensión y la violación de un norma o un principio y señalan que no se refiere a la violación de un derecho fundamental. Entonces, de lo que en realidad se trata es de conceptualizar la obtención de fuentes de prueba o la actuación de medios probatorios con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales⁽⁸⁴⁾.

Según la doctrina, acercarse al concepto de la prueba prohibida desde este ángulo implica una concepción restrictiva, pues otro sector de la doctrina refiere que la prueba prohibida o ilícita es aquella que viola cualquier precepto legal o aquella que se hace de forma dolosa.

Este concepto restrictivo, mayoritariamente aceptado, tiene su fundamentación en que la búsqueda de la verdad en el proceso penal no debe realizarse a cualquier costo sino que existe en el ordenamiento jurídico otros valores de igual o mayor valor⁽⁸⁵⁾.

Se señala que obtener fuentes de prueba y actuarse medios de prueba es posible de otro modo, sin necesidad que el Estado a través de sus funcionarios cometa delitos por obtener algún medio probatorio. Así, el Estado se convertiría en un delincuente por tratar de responsabilizar a un ciudadano al que se le imputa un injusto, con lo cual existiría una gran contradicción entre el fin de perseguir los delitos y la moralidad que debe tener el Estado al realizar sus actuaciones.

(84) Así lo reconoce Asencio Mellado: “La prueba prohibida es (...) reconducida a aquella obtenida con infracción de estos derechos y sin confundirla, pues, con la más general categoría de las prohibiciones probatorias cuyo fundamento radica en otro tipo de consideraciones”. ASENCIO MELLADO, José María. “Prólogo del autor a la edición peruana de 2008”. En: *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Ob. cit., p. XXII. En el mismo sentido, ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 417.

(85) Con respecto a la búsqueda de la verdad el Tribunal Constitucional se ha pronunciado diciendo que “el problema del proceso penal no consiste en solo conocer la verdad material, sino que esta debe ser obtenida con el respeto de un procedimiento legítimo compatible con los principios rectores y cautelados en los derechos fundamentales. De allí que solo cuando esta compatibilidad se encuentre asegurada, cabrá afirmar que dicha verdad es jurídicamente válida”. STC Exp. N° 02333-2004-HC/TC, caso Natalia Foronda Crespo y otras.

Se debe procurar una actuación no arbitraria del Estado y ello se compatibiliza con un concepto restringido de prueba prohibida. Así, para Miranda Estrampes⁽⁸⁶⁾, la prueba ilícita (o prohibida) es aquella que infringe derechos fundamentales. Para Gimeno Sendra⁽⁸⁷⁾, la prueba prohibida es el acto de prueba que se ha obtenido con vulneración de algún derecho fundamental⁽⁸⁸⁾.

Para Díaz Cabiale y Martín Morales⁽⁸⁹⁾ tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos. La obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, pone el ejemplo del menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona. La característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso lograr.

En esa línea, Oré Guardia⁽⁹⁰⁾ señala que para que se considere un medio probatorio como ilícito debe existir: i) una lesión de un derecho fundamental (en su contenido esencial); ii) una actividad probatoria (actividad de obtención del medio de prueba) que haya ocasionado esa lesión; y, iii) un nexo de causalidad entre ambos.

Los derechos fundamentales generalmente violados son los relativos a la integridad física (obtención de una confesión por medio de tortura), la libertad personal (detención sin causa legal que lo sustente para realizar), intimidad (una videograbación de dos personas teniendo relaciones sexuales que luego es usada en un proceso civil como causal de divorcio), inviolabilidad de

(86) MIRANDA ESTRAMPES Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 29 y 30. Si bien diferencia prueba ilícita, prueba irregular y prueba expresa por la ley, se puede inferir casos en que esta última constituirá prueba prohibida.

(87) GIMENO SENDRA, Vicente. "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", organizado por INCIPP.

(88) Se dice que el contenido de la infracción de derechos fundamentales pertenece al aspecto sustantivo de este tema, al respecto González-Cuellar Serrano explica que la doctrina española no es unánime pues son tres las teorías que explican el contenido de la prueba prohibida: 1) La prueba prohibida se da en el caso de la infracción de normas procesales de la sección 1, capítulo 2, título I, de la Constitución española, es decir los derechos fundamentales (Derecho a la igualdad, vida, libertad, es decir los derechos civiles y políticos y algunos derechos laborales); 2) la prueba prohibida se da cuando hay violación de los artículos 24.2 y 14 de la Constitución española, es decir los artículos referidos a los derechos procesales constitucionales; y, 3) hay que examinar la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses en conflicto. GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 337-339.

(89) DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001, p. 22.

(90) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Ob. cit., p. 419.

domicilio (registro de domicilio sin causa legal obteniéndose documentos usados luego para condenar a su dueño) y secreto de las comunicaciones (grabaciones telefónicas sin permiso de los intervinientes)⁽⁹¹⁾.

Entre los llamados derechos procesales constitucionales tenemos: a ser informado de la acusación formulada, a la defensa de letrado, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional⁽⁹²⁾.

Entonces, siguiendo este concepto restringido, cabría hablar, por descarte, de la violación que no infringe la Constitución, sino una ley ordinaria, una garantía establecida en el Código Procesal Penal, a la cual se llamaría prueba ilícita o irregular.

Asimismo, hacen la salvedad que los derechos no son absolutos sino que pueden ser restringidos siempre que se regule la forma de intervención y que de no respetarse harán devenir inutilizables los resultados de la investigación⁽⁹³⁾.

2. Término

El término a utilizar también es importante. Algunos hablan de prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba irregular, prueba ilícita, prueba ilegítima, regla de exclusión, frutos del árbol venenoso, etc., lo que genera confusión en quien por primera vez se avoca al estudio de este interesante tema. Esto se debe a la gran cantidad de aproximaciones que se hace, así como las distintas corrientes de opinión sobre ellas.

Cuando se comparan los términos **prueba prohibida** y **prueba ilícita** o **irregular**, se advierte que el primero se refiere a afectación de un derecho fundamental y los segundos no; asimismo, estos últimos pueden ser reemplazados por la expresión **prueba ilegítima**.

También estas expresiones, así como el de prohibiciones probatorias – incluso el de prueba ilícita, que también se usa en un sentido restringido –, corresponden a acercamientos al tema desde el punto de vista amplio que pone en un mismo plano de análisis las distintas formas en que un medio probatorio puede ser excluido del proceso. No importa si se viola un derecho

(91) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ob. cit., p. 422.

(92) Esto es tomado de DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. Ob. cit., pp. 25 y 26.

(93) ASECIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Ob. cit., p. 114.

fundamental o no se notificó debidamente una actuación probatoria, ambas situaciones tienen un valor similar para estas posturas.

De otro lado, tenemos los términos **regla de exclusión** y **frutos del árbol venenoso**, que corresponden a la terminología usada en Estados Unidos, donde la segunda es consecuencia de la primera. La regla de exclusión vendría a ser la cara positiva de la prueba prohibida, pues implica que cuando un medio de prueba es obtenido violando derechos fundamentales debe de excluirse (acción positiva); en cambio, se dice que la teoría de la prueba prohibida indica que cuando un medio probatorio ha sido obtenido con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales está prohibido de ingresar al proceso (acción negativa): ambos refieren lo mismo, pero se formula de una forma contraria.

Muy aparte del contenido de esta teoría (si amplio o restringido), hasta ahora se usa el término **prueba prohibida** porque se discute la prohibición de que un Estado pretenda imponer una pena mediante un proceso espurio, inicuo o sin previo procedimiento penal. Por esta razón, Mixán Mass también asume el concepto de **prohibido** que emplea un sector de la doctrina⁽⁹⁴⁾. En similar sentido, Pellegrini Grinover refiere que la prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal o a un principio de derecho positivo⁽⁹⁵⁾.

3. Efectos

En esta teoría tradicional se dice que la diferencia entre prueba prohibida e ilícita (o irregular) no solo es conceptual, sino que también es importante en cuanto a sus efectos, pues la valoración de cada una dependerá de si en el caso concreto se ha violado algún derecho fundamental o si se ha vulnerado alguna otra norma.

En un primer momento, la vulneración de derechos fundamentales tiene como efecto la prohibición de toda clase de valoración, es decir, es ineficaz. Ello tiene como consecuencia que la inutilización de esta prueba prohibida se extienda a las demás evidencias que deriven de ella, así se amplía el efecto de la primera en virtud del nexo de causalidad que existe entre ellas.

(94) MIXAN MASS, Florencio *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. BLG, Trujillo, 2006, pp. 314 y 315.

(95) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. cit., quien agrega: "La prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida".

Como admite la mayoría de seguidores de esta doctrina, lo que se produce es la inutilizabilidad de aquella prueba, no se admitirá en el proceso y en caso de ser admitida no podrá valorarse posteriormente en la sentencia.

Insisten en que se busca la no incorporación de la fuente de prueba que se consiguió vulnerando derechos fundamentales. Por ello, la mejor forma de conseguir que esas **pruebas** no surtan efecto es impidiendo que entren a la causa y, si ya han sido incorporadas a la misma, forzando a que salgan de ella, es decir, procediendo a su exclusión material⁽⁹⁶⁾.

En el mismo sentido, Mixán Mass señala que es fuente de exclusión la inadmisión de la fuente de convicción o de fuente de prueba si se advierte de inmediato (*ab initio*) que su obtención o su incorporación al proceso se pretende a través de un medio de carácter prohibido⁽⁹⁷⁾.

El segundo momento es la valoración de la prueba, así, si esta es prohibida, no se tendrá en cuenta. Al respecto señala Miranda Estrampes que “para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El juez o tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia”⁽⁹⁸⁾.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha considerado, en la STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC, caso Edmi Lastra Quiñones, que “la prueba ilícita (prueba prohibida) es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”.

Bajo este esquema, para San Martín, la vulneración de derechos no fundamentales tiene por efecto la nulidad de los actuados, pero si son

(96) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., p. 146. En el mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 93: “[L]a expresión no surtirá efecto que utiliza el artículo 11.1 LOPJ no significa, en nuestra opinión, que se haga referencia exclusivamente al momento procesal de su admisión”.

(97) MIXÁN MÁSS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Ob. cit., p. 342.

(98) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Ob. cit., p. 99.

circunstancias accidentales del acto (acto irregular) o defectos que permiten su subsanación (acto anulable), no son procesalmente ineficaces⁽⁹⁹⁾. La nulidad procesal, es un instrumento procesal que consiste en **evaluar y valorar** la adecuación entre un acto procesal o varios actos procesales, en relación directa con las normas legales que regulan su proceso de formación. Esto es, las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una infracción, actúan las consecuencias jurídicas previstas por la ley, en cada caso que oscilarán, dependiendo de la gravedad de la infracción, entre la subsanación del acto y la eliminación del mismo como si nunca hubiera existido⁽¹⁰⁰⁾.

Por ello señalan que no se produce aquella inutilizabilidad (como en la prueba prohibida) en estos casos, sino una nulidad de acto procesal, pues, como dice Fernández Entralgo⁽¹⁰¹⁾, refiriéndose la legislación española, “las prueba irregulares o defectuosas deben reconducirse al ámbito de aplicación del artículo 283.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prevé la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total o absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por ley o cuando se hayan infringido los principio de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión y que en tales casos, la ineficacia de los actos de prueba derivaría, no de la aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Mixán Mass⁽¹⁰²⁾, confirmando lo dicho, refiere que las meras irregularidades procesales, que son susceptibles de saneamiento o convalidación, de acuerdo con lo previsto con la ley procesal (artículos 152 y 153 del Código Procesal Penal del 2004) no generan prueba prohibida.

Se señala como ejemplo los casos de defecto en la notificación de la resolución, la no asistencia del secretario judicial, las extralimitaciones de la policía, los defectos de incorporación de las actas de cintas o transcripción a la causa, falta de contradicción procesal en la incorporación de esas pruebas como material probatorio, etc.

(99) SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Ob. cit., p. 872.

(100) LOURIDO RICO, Ana María. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*. Comares, Granada, 2002, p. 71.

(101) FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilícitamente obtenida”, citado por VIERA MORANTE, Francisco Javier. “Tratamiento de la prueba ilícita”. En: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (director). *Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 248 y 249.

(102) MIXÁN MÁSS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Ob. cit., p. 322.

4. La teoría del árbol envenenado

Esta teoría, dejando sentado que el efecto que genera la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales es la inutilizabilidad de la prueba prohibida, señala que el efecto es susceptible de extenderse a otras pruebas. Es lo que la doctrina española llama **efecto reflejo de la prueba prohibida** y, la doctrina estadounidense, **frutos del árbol envenenado**.

Entre la inicial prueba prohibida y la prueba que se dice es reflejo de ella debe existir una relación de causalidad, tanto así que si una persona ha sido torturada para obtener una confesión y en ella revela que el cuerpo de la persona muerta está en tal o cual dirección y, al llegar la policía a ese lugar, se realiza el registro y demás diligencias, la confesión será tenida como prueba prohibida y los frutos de ella, como el acta de registro y el allanamiento, serán también prohibidos.

Estas consideraciones tiene su origen en el caso *Silverthorne Lumber & Co. vs. EE.UU.*, en el cual se obtuvo un documento en un registro sin autorización judicial en la empresa *Silverthorne Lumber & Co.*, por lo cual el tribunal, aplicando el precedente *Week vs. EE.UU.*, declara que no puede valorarse estos documentos. El fiscal, con las copias obtenidas, denuncia nuevamente y exige la presentación de los originales, lo cual es desestimado. El Tribunal se pronuncia señalando que “[l]a esencia de una provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la Corte sino que no sea utilizado en absoluto”.

Por esta sentencia, los materiales probatorios conseguidos como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios obtenidos previamente en violación de derechos constitucionales del acusado, están igualmente viciados y deben ser inadmitidos⁽¹⁰³⁾.

Entonces, entre la violación al derecho fundamental que produce la prueba prohibida y esta, existe una relación de causalidad donde la violación al derecho fundamental es la causa y la prueba prohibida es el efecto. A su vez, existen otros elementos probatorios que se consiguen gracias a que se

(103) También se puede ver los casos *Brown vs. Illinois* de 1975, en el que el acusado fue detenido ilegalmente y, aunque se le informó de su derecho a mantener silencio conforme a lo dispuesto en la V enmienda, se estimó que la exclusión alcanzaba también las confesiones realizadas por el imputado durante su detención, pues existía una evidente conexión entre dicha detención y las confesiones posteriores, sin que el hecho de que fuera informado de su derecho al silencio tuviera la virtualidad suficiente para romper dicho conexión causal. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Las pruebas ilícitas: fundamento y alcance de la regla de exclusión”. Ob. cit., p. 35.

obtuvo una prueba prohibida. Por ejemplo, si a raíz de la confesión del sindicado como autor de un hurto, realizada bajo torturas, se obtiene la dirección donde se encuentra lo hurtado y se realiza un allanamiento encontrándose, efectivamente, en el lugar, las posesiones de los agraviados.

En este caso, la inicial relación de causalidad se extiende a esta nueva prueba, es decir, a la prueba derivada de la prueba prohibida, teniendo como efecto la inutilizabilidad de la misma.

En este sentido, apunta Fidalgo Gallardo⁽¹⁰⁴⁾ que “la doctrina del fruto del árbol prohibido descansa (...) sobre un argumento relacional: para considerar una determinada prueba como fruto del árbol envenenado hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuando la ilegalidad primera es condición *sine qua non* y motor de la obtención posterior de las pruebas derivativas, que no hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria”.

Esta teoría se desarrolla en Estados Unidos, pero también busca ser aplicada en los sistemas romano-germánicos o euro continentales. Así, Díaz Cabiale y Martín Morales refieren que “no es posible la existencia de garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, con lo que se pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales”⁽¹⁰⁵⁾.

Sin embargo esta posición radical —la protección a ultranza de los derechos fundamentales— no pudo ser sostenida en la jurisprudencia estadounidense ni tampoco en España o Perú. Muestra de ello son las excepciones que se crearon a la regla.

5. Excepciones a la teoría del árbol envenenado

La mayoría se basa en la jurisprudencia estadounidense⁽¹⁰⁶⁾ y en la falta de nexo causal por el fracaso del efecto disuasorio de la regla de exclusión.

(104) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 433.

(105) DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. Ob. cit., p. 71.

(106) Ibídem, pp. 82 y 83, refieren que una vez que la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas hicieron pasar a un segundo plano el alcance constitucional neto de la *exclusionary rule* y centraron la vigencia de la regla en el *deterrent effect*, surgieron en seguida limitaciones o excepciones a la doctrina de *the fruit the poisonous tree doctrine*.

Gálvez Muñoz⁽¹⁰⁷⁾ señala que, para aplicar la regla de exclusión o exceptuar el uso de prueba prohibida se debe considerar: a) la gravedad o entidad objetiva de la infracción (examinar índole y características de la vulneración del derecho fundamental); b) la intencionalidad del infractor (dolo o buena fe); c) la naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado por el infractor; d) la dificultad probatoria (si el infractor no dispone de otras vías para acreditar un hecho); e) la naturaleza rígida o flexible del derecho fundamental afectado; f) la inevitabilidad o no del descubrimiento de prueba por medios lícitos de no haber mediado antes la conducta atentatoria de un determinado derecho fundamental; y, g) las consecuencias de la aplicación de la regla de exclusión sobre otros bienes o valores dignos de protección.

En el Perú, este tema tuvo especial relevancia en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado en Trujillo el 11 de diciembre de 2004, en el que se reconoció diversas excepciones, como la fuente independiente, la ponderación de interés, la destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo, el hallazgo inevitable, el nexo causal atenuado, la excepción de buena fe, etc. Este tema en especial se analizará en otra parte de este trabajo.

IV. REFLEXIONES FINALES

El desarrollo de la regla de exclusión en el Perú es reciente. Antes del año 2001 era aún incipiente y no se incidía en la protección de los derechos fundamentales, a excepción de los trabajos de San Martín Castro, que traen la doctrina española y, por añadidura, la estadounidense. Luego de la década de 1990 se inicia la producción doctrinal y jurisprudencial, las que tienen como referencia los trabajos de San Martín Castro y Asencio Mellado, y a las fuentes que estos exponen.

La doctrina peruana se basa en la doctrina extranjera, en especial de España, que tiene un desarrollo similar a Estados Unidos: se inicia de forma inesperada llegando a un apogeo y luego se va limitando a través de excepciones hasta casi acabar con la regla. En Alemania e Italia se pone énfasis en la norma probatoria, más que en la regla de exclusión, por lo que el centro de análisis se encuentra en la no valoración de la prueba, mas no en su inadmisión.

Los diferentes esbozos de un fundamento para excluir prueba prohibida tienen falencias, pero se reconducen al reconocimiento de la existencia de

(107) GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 125 y 126.

límites a la investigación por parte del Estado. En ese sentido, se debe respetar la integridad estatal y ponderar el valor preferente de los derechos fundamentales. El único fundamento no legítimo es el efecto disuasivo.

Para la teoría tradicional, la prueba prohibida es la que se produce por vulneración de derechos fundamentales. Si la vulneración es a otra norma menor, se le llama prueba ilícita o irregular, que genera la nulidad de actuaciones.

Esta teoría tradicional tiene como efecto la expulsión de la prueba prohibida y esta consideración se extrapola a la prueba derivada de ella. Ese es el conocido **fruto del árbol envenenado**.

Por último, ante esta aplicación absoluta de la exclusión, nacen las excepciones a la teoría de la prueba prohibida, que implican la posibilidad de valorar pruebas con afectación a derechos fundamentales.

CAPÍTULO II

CRÍTICA A LA TEORÍA TRADICIONAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA

I. ACLARACIONES PREVIAS

Este trabajo se enfoca principalmente en la regla de exclusión, es decir, en la sanción procesal derivada de la ilicitud probatoria que, como señala Asencio Mellado⁽¹⁰⁸⁾, se convierte en un concepto tan relativo, como instrumental, de fines no queridos ni buscados. Fidalgo Gallardo ha señalado al respecto que existen dos perspectivas: una, la material o sustancial, y la otra procesal⁽¹⁰⁹⁾.

La primera está referida a qué derechos o normas son las que se deben quebrantar para considerar a la práctica de la actividad probatoria como contraria al ordenamiento jurídico. A este enfoque se responde desde diversos puntos de vista, siendo la doctrina poco pacífica en asumir el contenido de esta ilicitud, pues existen tantos puntos de vista como autores, legislaciones y pronunciamientos jurisprudenciales. Como respuesta a esta interrogante, tenemos las categorías de prueba ilícita, prueba irregular, prueba prohibida, prohibición probatoria, etc.

La segunda perspectiva hace referencia a la sanción procesal derivada de la anterior perspectiva, es decir, responde a la pregunta ¿qué hacemos con la actividad probatoria antijurídica? En este caso se puede responder que no se valoraran estos elementos, o que serán ineficaces o nulos. Este es el principal tema que se aborda en el trabajo.

(108) ASCENCIO MELLADO, José María. “El fundamento constitucional de la prueba ilícita. La autonomía del efecto de su ineficacia”. En: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora). *Derecho Probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Universidad de Medellín, Medellín, 2012, p. 129.

(109) FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “pruebas ilegales” de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 51 y ss.

Sin embargo, ambas perspectivas están íntimamente ligadas —y adelantamos que esta división no es la más productiva—, por lo que se hace necesario dar una pequeña definición respecto a ellas, a fin de tener claros los conceptos.

II. LA PROHIBICIÓN PROBATORIA

En el Perú es usual referirnos a la prueba prohibida o a la prueba ilícita al abordar el problema de qué fuentes o medios de prueba no deben ingresar al proceso penal⁽¹¹⁰⁾. Esto no es casual, ni una idea original nuestra, sino que viene influenciada por el debate doctrinal y jurisprudencial español que, como vimos, se inicia con la sentencia 114/1984. Es así que, a partir de este aporte, los estudiosos españoles han encontrado respecto a la prueba ilícita o prohibida dos concepciones: una restrictiva y una amplia⁽¹¹¹⁾.

La concepción restrictiva, fiel a la sentencia referida, señala que solo es prueba prohibida o ilícita aquella que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales pues, como ella lo señala y gran parte de la doctrina española lo repite, esta prohibición se fundamenta en la posición preferente que tienen los derechos fundamentales en el sistema de derechos que protege la Constitución⁽¹¹²⁾, de ahí extraen las consecuencias que se derivan de la lesión a estos derechos en la actividad probatoria.

(110) Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. 2ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 2006, p. 870 y ss.; CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista, Lima, 2009, p. 63 y ss.; NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, pp. 648-652. Estos autores diferencian entre conceptos amplios y restringidos, tal como se hace en la doctrina española.

(111) Vide sobre esta diferencia MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 17-22.

(112) Vide el trabajo de Asencio Mellado de 1989 reimpreso en Lima: ASENSIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y la prueba preconstituída en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*. Fondo editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2008, pp. 109-114. En un escrito posterior limita aún más su concepción inicial al señalar que la prueba ilícita es “una categoría jurídica, con fundamento constitucional, que tiene su origen en la obtención de fuentes de prueba con infracción de derechos fundamentales de naturaleza material, no procesal”. Ver ASENSIO MELLADO, José María. “La intervención a las comunicaciones y la prueba ilícita”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2011, p. 175. De la misma posición es PICÓ I JUNOY, quien acoge esta concepción a fin de que el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa despliegue su mayor eficacia y virtualidad. PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 285 y 286. PASTOR BORGONÓN, Blanca. “La prueba ilegalmente obtenida”. En: *Revista del Poder Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 205; MORENO CATENA, Víctor. “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 103-105 y 111.

Entonces, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no debe realizarse a cualquier costo, sino que existen en el ordenamiento jurídico otros valores de igual o mayor valor que este fin, como protección de los derechos fundamentales. Es a partir de esta concepción restringida que se puede diferenciar entre una vulneración a un derecho fundamental que tiene como efecto la exclusión del material probatorio conseguido de esa forma, con la mera infracción a la legalidad ordinaria que solo tiene como efecto declarar, en su caso, la nulidad de actuaciones⁽¹¹³⁾.

La otra tendencia entiende que la prueba prohibida o ilícita es aquella que viola cualquier precepto legal o aquella que se hace de forma dolosa, teniendo como destinatario de este acto intencional cualquier norma sobre prueba⁽¹¹⁴⁾. A esta se la critica diciendo que con esta concepción no sería fácil determinar qué efectos distintos debería tener la vulneración a las reglas de la prueba que lesionen derechos fundamentales y las que vulneren la legalidad ordinaria, siendo que ambas no pueden tener el mismo efecto.

¿Esto es así?, ¿es necesario separar las materias prohibidas para determinar efectos distintos?, ¿o es que los efectos son independientes y obedecen a otras consideraciones?

Si bien es cierto que los derechos fundamentales ocupan un lugar alto en los ordenamientos jurídicos basados en Estados democráticos de Derecho, esto no implica que en la teoría de la prueba prohibida tenga que hacerse toda una disquisición acerca de qué consecuencias especiales a efectos probatorios debe de tener la vulneración de ese tipo de normas. Esto es fácil de

(113) ASECIO MELLADO, José María. "La intervención a las comunicaciones y la prueba ilícita". Ob. cit., p. 163.

(114) Partidarios de una concepción amplia son De Urbano Castrillo y Torres Morato, quienes señalan que la piedra de toque de este tema es la producción de indefensión, no siendo esencial la producción de una infracción constitucional o infraconstitucional. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 52; también vide RODRÍGUEZ SOL, Luis. *Registro domiciliario y prueba ilícita*. Comares, Granada, 1998, p. 65 y ss. En Colombia, vide DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Zavallia, Buenos Aires, 1981, p. 539 y ss.; desde la posición de las prohibiciones probatorias vide GUERRERO, Oscar Julián. "Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano. Anotaciones desde el derecho comparado". En: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; y GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009, p. 152 y ss. En Argentina también se tiene una postura similar. Vide CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*. De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 16 y ss.; BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 176 y 177. JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 613 y 614; CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 121 y 122. En Brasil, vide PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Pruebas ilícitas". Traducido del portugués por Elpidio Ramón Monzón. Disponible en: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>>.

constatar cuando se analiza que el efecto entre la llamada prueba prohibida y la nulidad es la misma, pues ambos excluyen del proceso el material probatorio ilícito⁽¹¹⁵⁾.

Entonces, es claro que si cualquier sanción procesal para la vulneración de derechos fundamentales respeta su gravedad, no tiene por qué no aplicarse a otros supuestos una sanción similar, como se hace en el caso de la nulidad de actuados (a menos que se trate de un exceso que derive en la ineficacia del proceso penal). Por ello, cualquier sanción aplicable debe ser analizada bajo el tamiz del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, los problemas que genera la teoría de la prueba ilícita como concepto restringido no terminan ahí, pues existen serias dudas acerca de su aplicación a los llamados derechos fundamentales procesales, otras normas que no protegen directamente derechos, pero que tienen igual valor, entre otros, como veremos.

1. Las bases incorrectas de la jurisprudencia española

La teoría de la prueba prohibida o ilícita no comprende todo el ordenamiento jurídico, solo una parcela, pues fue ese el límite que le impuso la sentencia 114/1984, la que a su vez toma factores del Derecho estadounidense, aunque ni siquiera se respetaron sus bases, toda vez que tiene una fundamentación y modo de actuar muy distinta a la euro continental. En Estados Unidos, la regla de exclusión se presenta —en un inicio— como una garantía frente a las actuaciones estatales basados en las *bill of rights*, las que no solo se refieren a los llamados derechos fundamentales sustanciales, sino sobre todo a los derechos fundamentales procesales. Así, respecto al primero, se tiene la enmienda IV referida a la inviolabilidad del domicilio y la restricción a registros y detenciones irrazonables; y, respecto de las segundas, se tiene la V, referida al derecho a la no incriminación, la VI, referida a la asistencia de abogado, y la XIV, referida al debido proceso; es decir, en su antecedente ya se consideraba a los derechos fundamentales procesales.

(115) ASENSIO MELLADO, José María. “La intervención a las comunicaciones y la prueba ilícita”. Ob. cit., p. 181. Admite esto, en principio. Velásquez refiere que “la nulidad procesal es la invalidación de actos procesales cumplidos sin observarse las exigencias impuestas para su realización por la ley y como condición de validez, no es difícil concluir que también las actuaciones de obtención de fuentes de prueba tienen como exigencia de validez, entre otras, que no vulneren derechos fundamentales”. VELASQUEZ DELGADO, Percy. “Prueba prohibida y nulidad de actuaciones. Su vinculación en el nuevo Código Procesal Penal”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 180, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, p. 151.

No está de más señalar, como lo hace Fidalgo Gallardo⁽¹¹⁶⁾, que incluso hay reglas de exclusión infra constitucionales. En el ese sentido se encuentran reglas de exclusión no constitucionales en Inglaterra⁽¹¹⁷⁾.

Asimismo, al beber de esta fuente, también asimila los problemas derivados del voluntarismo judicial, toda vez que, luego de asumir la prueba prohibida como derivada del valor preferente de los derechos humanos en el sistema jurídico, se ingresan excepciones a esta y a los frutos del árbol envenado, siendo su más lograda expresión la teoría de la conexión de antijuridicidad, que limita al máximo esta regla.

Entonces, no hay una teoría clara y coherente que ofrezca resultados seguros y que pueda ayudar a la jurisprudencia a tener líneas claras de acción, lo que se debe a las malas bases de este sistema de prueba prohibida que no ha sabido adoptar esta institución de la mejor forma.

2. El problema de los derechos fundamentales procesales

De la consideración de que solo la lesión de derechos fundamentales genera prueba prohibida o ilícita se advierte que esta teoría deja vacíos muy graves. Uno de ellos es el referido a los derechos fundamentales procesales.

La gran mayoría de casos en los que se ha analizado la teoría de la prueba prohibida o ilícita, han sido interceptación a las comunicaciones, vulneraciones a la inviolabilidad del domicilio, afectaciones al derecho a la intimidad, entre otros; es decir, lo que la doctrina española denomina derechos fundamentales sustanciales y en estos casos, sin duda —con las salvedad del caso que veremos al analizar las excepciones—, se aplica la teoría de la prueba ilícita o prohibida.

Sin embargo, lo mismo no ocurre cuando se trata de los llamados derechos fundamentales procesales, como el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el derecho a la no incriminación, entre otros; pues se señala que en este caso se tiene que ponderar entre la búsqueda de la verdad y el derecho afectado⁽¹¹⁸⁾, ¿pero qué son los derechos fundamentales?, y ¿cuáles son los alcances que estos tienen?

(116) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 370-372.

(117) Vide VOGLER, Richard. “Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: en especial, las reglas de exclusión”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 403 y ss.

(118) Por todos: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 340. En el Perú, en el mismo sentido SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Ob. cit., p. 882.

Como ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, el concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y en instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica⁽¹¹⁹⁾.

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana⁽¹²⁰⁾, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución)⁽¹²¹⁾.

Landa Arroyo⁽¹²²⁾ ha señalado que los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, pero también instituciones objetivas valorativas que informan todo el ordenamiento jurídico. Siguiendo esta línea, podemos señalar que estos tienen dos haces: subjetiva y objetiva. La primera, por la cual se le reconoce a las personas una esfera de pretensiones y satisfacción de necesidades legítimas jurídicamente reconocibles, y la objetiva, que implica que, en tanto valores objetivos del ordenamiento jurídico, el Estado asume la obligación de brindar protección legal, judicial y administrativa a estos y coloca a los particulares también en una posición de ventaja como deber de coadyuvar a su protección y satisfacción⁽¹²³⁾.

El contenido constitucionalmente protegido de estos derechos está constituido por un conjunto de facultades, concreto derechos y posiciones jurídicas directamente conectadas con el bien jurídico ínsito en cada derecho

(119) PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 37.

(120) LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra, Lima, 2010, p. 12, señala que la dignidad humana les otorga a los derechos fundamentales la fuerza vinculante y la máxima protección jurídica frente al Estado y los particulares.

(121) STC Exp. N° 01417-2005-PA/TC.

(122) LANDA ARROYO, Cesar. "Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal". Disponible en: <<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=147>> (consulta: 11/03/2011).

(123) LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., p. 12.

fundamental⁽¹²⁴⁾. Estos derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos, son exigibles de protección por parte del Estado y, subsidiariamente, son oponibles frente a terceros particulares, debiéndose recordar que los derechos fundamentales son preexistentes al Estado y se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú. Este mandato se refleja en la aplicación del principio interpretativo a favor de la persona humana o *pro homine*, pues los derechos fundamentales son progresivos y no regresivos⁽¹²⁵⁾.

Sin embargo, esto no significa que los derechos fundamentales sean absolutos ya que, en aras de proteger otros derechos u otros fines igualmente valiosos, pueden ser restringidos. En ese sentido, señala Landa Arroyo que, en efecto, el Estado tiene deberes primordiales que garantizar, como la plena vigencia de los derechos humanos, defender la soberanía nacional, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, promover el bienestar general basado en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, lo cual confiere legitimidad a los límites que el Estado pueda establecer a los derechos fundamentales, pero mediante una norma legal y razonable⁽¹²⁶⁾.

Estos límites a los derechos fundamentales son inherentes a los mismos derechos humanos, pues el legislador o el juez no los establecen a su libre voluntad. En ese sentido, el legislador, al momento de dictar una ley que restrinja algún derecho, debe tener en cuenta que está prohibido menoscabar su contenido constitucionalmente protegido, a menos que ello sea preciso para proteger otros derechos o bienes de naturaleza constitucional, siendo esta limitación necesaria. Es decir, la protección de estos derechos y bienes constitucionales son la única razón por la cual se puede limitar este derecho, lo que es válido para cualquier de ellos, sin tener importancia la diferencia entre derecho material o procesal.

No obstante, esta limitación no puede hacerse sin tener parámetros sobre los cuales extenderse, sino se daría pie a limitaciones de derechos no permitidas por la Constitución. Por ello, esta debe ser proporcionada y en ningún caso afectar el contenido esencial de este derecho.

(124) MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 167.

(125) LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., pp. 16-21.

(126) *Ibidem*, p. 23.

Como se puede ver, todo derecho fundamental estaría integrado por dos partes, una exterior donde se ubican aquellas facultades y posibilidades de actuación concretas que, aunque directamente relacionadas con el bien jurídico encarnado en el derecho, pueden ser eventualmente sacrificados en aras de la defensa de otros derechos o bienes constitucionales, sin que por ello aquel deje de ser reconocible o se impida la salvaguarda de intereses para cuya protección se confiere el derecho.

Por otro lado, en el círculo más íntimo, en el núcleo esencial, habrían de situarse aquellas otras sin cuya presencia es ilusorio mantener la pervivencia del derecho, bien porque resulta desnaturalizado, bien porque se anula su eficacia protectora de los mencionados intereses⁽¹²⁷⁾: el contenido esencial.

Hasta acá es fácil reconocer que no hay división entre derechos fundamentales procesales y sustanciales, pues esta distinción es artificiosa⁽¹²⁸⁾, así como cualquier otra que se haga, pues la esencia de estos derechos es única. Los derechos fundamentales son principios, mandatos de optimización, y estos se proyectan en reglas. Como se sabe, la eficacia de estos principios no es abstracta pues, al informar todo el ordenamiento jurídico, se cumplen en las normas de rango inferior. Por ejemplo, la prisión preventiva implica una ponderación entre la presunción de inocencia y los fines del proceso; la intervención a las comunicaciones, implica la salvaguarda del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones frente al bien constitucional de persecución de delitos, etc.

Vista la implicancia de los derechos fundamentales y su limitabilidad, se puede decir que los derechos fundamentales procesales, siendo también derechos fundamentales y teniendo la misma valía que los otros derechos, no deben tener un tratamiento distinto. Es que acaso, cuando se analizan los derechos fundamentales sustanciales, ¿no se hace una ponderación entre la búsqueda de la verdad y el derecho afectado? Es claro que sí, pues, una decisión de esa índole no se toma en términos absolutos, sino que se pondera cual es la gravedad de la infracción y su significado a efectos de excluirlo. Una muestra de ello es la adopción por los tribunales españoles de la teoría de la conexión de antijuridicidad.

Por eso, es una contradicción de esta concepción el tratamiento que a estos derechos fundamentales procesales se les otorga, pues los derechos fundamentales procesales son tan fundamentales como los sustanciales. Ambos tienen

(127) MEDINA GUERRERO, Manuel. Ob. cit., p. 169.

(128) Así como lo es la división en derechos políticos, civiles y sociales. *Vide* LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., p. 13 y ss.

un contenido esencial y se limitan según las reglas del principio de proporcionalidad, no habría porqué darle un tratamiento distinto⁽¹²⁹⁾.

3. Inutilidad de la diferencia entre fuentes y medios de prueba

Asencio Mellado⁽¹³⁰⁾ señaló que prueba ilícita solo es posible en la obtención de fuentes de prueba; sin embargo, al analizar esta posición hay precisiones que se deben hacer.

Existen fuentes de prueba y medios de prueba, según la clasificación que hizo Carnelluti y perfeccionó Sentis Melendo⁽¹³¹⁾. Las fuentes son realidades extraprocesales, personas, objetos, etc., cuya existencia no depende del proceso iniciado; en cambio, medio de prueba es la regulación legal cuya existencia depende del proceso, solo tienen razón de ser dentro de un proceso⁽¹³²⁾. Cada medio de prueba ingresa al proceso a través de una fuente de prueba a efectos de generar convicción en el juzgador. Esta división lógica y operativa se superpone a otros conceptos propios del proceso, como la actividad probatoria.

En ese sentido, hay etapas de la actividad probatoria (en sentido amplio): una de obtención de actos de investigación, sea mediante medidas limitativas de derechos (intervención corporal, allanamiento, etc.) o simples actos instructorios (pericia, testimonial, etc.), que se realizan en la etapa de investigación o instrucción. Una vez recopilados, en la etapa intermedia, se propone su ingreso al juicio, se admiten y, en el juicio oral, se actúan y se valoran.

Durante la etapa de investigación y etapa intermedia, estos actos que buscan ingresar la prueba (o las fuentes de prueba⁽¹³³⁾) al proceso son actos de

(129) Para algunos autores, la distinción entre derechos fundamentales y no fundamentales carecería de relevancia, dado que en ambos casos sería predicable el mismo grado de ilicitud y de nulidad (de pleno Derecho), y la prueba ilícita produciría idéntico efecto reflejo sobre pruebas derivadas de ello, lo que impediría que el hecho delictivo se pudiese probar por otros medios independientes de la prueba ilícita. RODRÍGUEZ SOL, Luis. Ob. cit., p. 78.

(130) ASECIO MELLADO, José María. "La intervención a las comunicaciones y la prueba ilícita". Ob. cit., p. 175 y ss.; *vide* también PASTOR BORGONÓN, Blanca. Ob. cit., pp. 186 y 187.

(131) *Vide* GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 51 y ss.

(132) *Vide* MENESES PACHECO, Claudio. "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil". En: *Ius et Praxis*. Vol. 14, N° 2, Universidad de Talca, Talca, agosto de 2008, p. 52 y ss.

(133) GUZMÁN FLUJA, Vicente. Ob. cit., p. 181.

investigación, pues solo sirven en estas etapas; una vez ingresados al juicio son actos de prueba que fundan la sentencia⁽¹³⁴⁾.

Al limitar la prueba ilícita a los actos de obtención de fuentes de prueba se está diciendo que prueba ilícita solo se produce en la investigación y su sanción será no admitir esta prueba en el **proceso**. Pero, ¿qué pasa si ingresan?, ¿tenemos que esperar hasta la sentencia para excluirlos? Es claro que no, esta teoría deja de lado mecanismos en el proceso a fin de excluir este material viciado.

Esto se debe a que se pone énfasis en el concepto de fuente de prueba, pues se señala que se busca que esta no ingrese al proceso; sin embargo, la fuente de prueba es una realidad externa al proceso, sin un medio de prueba que lo ingrese no tiene razón de ser en el proceso. En ese sentido, el énfasis debería estar en los efectos que produce o produciría un medio de prueba que se encuentra viciado, pero acá se produce otra confusión ¿Puede haber un medio de prueba en la investigación?, ¿o solo existen en el juicio oral? Prueba solo hay en el juicio oral.

Este problema ocurre en cuanto se confunden planos de los conceptos que se usan en el proceso penal; así, **medio de prueba** es un concepto lógico y legal que alude al de normas que tiene por fin ingresar información al proceso; **los actos de investigación** se deben adecuar a su normativa para luego ser actos de pruebas en el juicio oral. **La actividad probatoria** es un concepto que tiene correspondencia con una actividad humana que se da a través de todo el proceso.

Independientemente de la existencia de actos de prueba y actos de investigación, existe el concepto de medio de prueba, que no existe en un momento procesal determinado, solo nos hace referencia a que hay normas que regulan la legalidad del medio de prueba, de ahí que tanto los actos de investigación como los actos de prueba deben ser acordes con lo que estipula la normatividad, si un acto de prueba no lo hiciera se le debería expulsar.

Entonces, usar los conceptos de fuentes y medios de prueba para señalar consecuencias a la prueba ilícita es errado, además, la fuente de prueba no se elimina, sigue existiendo y, aunque se expulse un acto de investigación que lleve una determinada fuente de prueba, esta puede ingresar por otros medios, pues son realidades extraprocesales. Por ejemplo, un autor confeso de un delito de lesiones puede haber sido torturado y por ello debe ser expulsada

(134) Vide MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 90 y 91.

esta confesión; sin embargo, la misma persona, luego de excluida la declaración obtenida mediante tortura, podría presentarse al juez de juicio oral y declarar sobre su responsabilidad, así se incorporaría este dato.

De ahí que lo importante en el proceso sea la expulsión de todo acto de investigación o de prueba para que no produzcan efectos en el proceso.

4. El reducido ámbito de la teoría de la prueba prohibida

Otro vacío que deja esta teoría es que no únicamente los derechos fundamentales son límites a la actividad probatoria, pues como habíamos reseñado anteriormente y como Beling había puesto de relieve, no son solo los derechos de las personas individuales los únicos límites a la investigación, sino también otros valores colectivos, es así que no se explica cómo los límites a los tema de prueba no tienen cabida en esta teoría española, o cómo los intereses en salvaguardar las relaciones familiares tampoco tienen explicación en esta⁽¹³⁵⁾.

Por ello, señalan De Urbano Castrillo y Torres Morato⁽¹³⁶⁾, en este tema lo esencial no es que se trate de una infracción constitucional o infraconstitucional, porque la vulneración de un derechos fundamental no se produce siempre sobre su núcleo fundamental, sino que la mayoría de veces se trata de una vulneración a través de su desarrollo legal e, incluso, de aspectos que no tienen cobertura legal, pero que implican un uso fraudulento del proceso; es decir, la materia prohibida es más amplia de lo que considera la doctrina mayoritaria española.

Como es de verse, existen otros valores tan importantes como los derechos fundamentales y que, a su vez, sirven de límite a su efectividad absoluta. Basta ver cómo se restringen ciertos derechos civiles y políticos (como el derecho de reunión, en el caso de estado de excepción, que lleva implícito el bien seguridad nacional). Lo mismo sucede en la actividad probatoria: hay límites que se imponen a los derechos fundamentales. Por ejemplo, la extracción coactiva de sangre vulnera el derecho a la integridad de la persona pero, en aras de llegar a la verdad de los hechos, esta se realiza aún sin con el consentimiento de la persona afectada.

Entonces se hace necesario una teoría general que agrupe todas las infracciones a las reglas sobre prueba que existen en el ordenamiento jurídico – escritas o no–, para así lograr seguridad jurídica. La no inclusión de todas las infracciones en una teoría general llevaría, como lo propone Pastor Borgoñón,

(135) Elementos que Beling sí tenía en cuenta en 1903. *Vide* BELING, Ernst. Ob. cit., pp. 9-32.

(136) DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. Ob. cit., p. 52.

a que las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad fueran admitidas al proceso⁽¹³⁷⁾.

Ello tampoco es correcto, toda vez que este tipo de actividades ilegales implican también vulneraciones a derechos fundamentales. Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo por la influencia de la revolución francesa, el máximo paradigma jurídico era la ley, el principio de legalidad; sin embargo, luego de estos sucesos, la Constitución adquiere un nivel superlativo, pues todas las normas jurídicas deben ser acordes con los postulados constitucionales, es el fenómeno de la constitucionalización de las ramas del Derecho y del Derecho Procesal Penal.

Este fenómeno adquiere mayor importancia en esta rama, pues implica un procedimiento que llevará a limitar uno de los valores más importantes de la Constitución: la libertad. En ese sentido, todas las normas del proceso penal tienen que ver con la protección de un derecho o bien constitucional, por ejemplo, la libertad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la propiedad, etc., son solo desarrollos de las normas más generales que se encuentran en la Constitución, de ahí que deba protegerse todos los derechos bajo una teoría sólida que organice y exponga los requisitos para ello. La solución a esta problemática sería la nulidad procesal o nulidad de actuados.

III. REFLEXIONES FINALES

No tiene por qué haber un trato diferenciado entre derechos fundamentales procesales y sustanciales, pues ambos tienen un contenido esencial y se limitan de acuerdo a la reglas de la proporcionalidad. Por ello se puede decir que la teoría de la prueba prohibida restringida tiene un ámbito muy reducido, no da respuestas a casos en los que se excluye prueba no por lesión de derechos fundamentales, sino por otros bienes protegidos. Por ello, la teoría sobre este tema debe ser más amplia, más aun cuando todas las normas legales protegen algún bien o derecho constitucional.

La doctrina española sobre la prueba prohibida no adecuó bien ni respetó los parámetros de la regla de exclusión estadounidense. Asimismo, a pesar de supuestamente tener en este país sustento constitucional en el valor preferente de los derechos fundamentales, adolece de los mismos problemas de

(137) PASTOR BORGONÓN, Blanca. Ob. cit., p. 205. Claro, sin perjuicio de aplicar las sanciones de orden civil y/o administrativo. En el mismo sentido, PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. cit., p. 304. Denuncia este hecho y se manifiesta en contra MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 72 y 73.

legitimidad que existen en Estados Unidos, siendo que, al final de su evolución, se llega al desconocimiento de la regla.

La división entre fuentes y medios de prueba no aporta mucho a la teoría de la prueba prohibida, pues la fuente al ser una realidad externa no es posible eliminarla, al contrario, es factible que ingrese por otros medios.

Al tener esta teoría muchas limitaciones conceptuales, es necesario extender su ámbito de aplicación a efectos de realizar una verdadera teoría general acerca de las prohibiciones sobre las normas de prueba que establece la legislación nacional, sería preferible seguir un concepto amplio que no solo se avoque a la solución de la vulneración de derechos fundamentales, sino de todos los derechos y bienes que están en juego en la actividad probatoria. El análisis se debe hacer teniendo en cuenta cada particularidad de la norma que regula la confirmación del acto y sus requisitos de validez y eficacia. Esto puede hacerse analizando si el vicio es grave o absoluto, o si es leve o relativo.

En ese sentido, las prohibiciones probatorias vendrían a ser los límites que el ordenamiento jurídico impone a la actividad probatoria, siendo esta de carácter constitucional o legal⁽¹³⁸⁾, y para efectos de su descarte es necesario analizar la llamada **regla de exclusión**, ya que debe entenderse que una afectación a una regla de prueba, si bien es una limitación, no nos dice nada *per se* acerca de su eficacia, pues es claro que hay ciertos elementos de prueba que, a pesar de afectar ciertas normas, de todas formas ingresarán al caudal probatorio y por diversas razones.

(138) Con esto se deslinda de la posición mayoritaria española y nos situamos a la par de ordenamientos como el alemán e italiano que buscan una teoría general de todas las clases de prohibiciones. Incluso se podría decir que nos ubicamos también cerca del derecho estadounidense toda vez que estos no diferencian derechos fundamentales sustanciales y procesales, pues ambos tienen el mismo tratamiento.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA PROHIBIDA COMO NULIDAD PROCESAL

I. SOLUCIONES ALTERNATIVAS

En este apartado analizaremos qué soluciones se han dado al generarse una prohibición de prueba, es decir, la existencia de un vicio, sea grave o no, como la solución de la no valoración de los medios de prueba, así como la carencia de efectos o inadmisibilidad y la nulidad.

1. La no valoración de los medios ilícitos

En el Derecho alemán la sanción procesal no es la inadmisibilidad de la actividad vulneradora, ni su nulidad, sino que es su no valoración a efectos de dictar sentencia; es decir, estamos ante una sanción procesal nueva, pero esto implica que el acto que no debe ser tomado en cuenta por el juez ha estado desde sus inicios en el proceso y solo es excluido a efectos de valorar la prueba, por lo que es evidente que ha surtido efectos en todo su desarrollo, desde las fundamentaciones de medidas de coerción hasta las referidas a las que desarrollan el *iter* procesal.

Algo similar ocurre con la jurisprudencia española, pues señala que el espacio por excelencia para excluir las pruebas prohibidas sería el juicio oral⁽¹³⁹⁾; es decir, el juzgador entraría en contacto de todas formas con el material probatorio. Sin embargo, muchos autores son de la opinión de excluir el material en etapas anteriores al juicio⁽¹⁴⁰⁾. En Italia ocurre algo similar, no obstante, se dice que el material probatorio no será admitido para decidir en cualquier etapa del proceso, sin embargo, esto no implica la expulsión del material viciado del expediente, solo su no valoración, lo cual deja

(139) Dan cuenta de esto: PASTOR BORGONÓN, Blanca. Ob. cit., p. 191; ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., 142; y MORENO CATENA, Víctor. Ob. cit., p. 103.

(140) *Vide* PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. cit., p. 315 y ss.

entrever que el juez tendría la posibilidad de analizar este acto, sin necesidad, claro está, de decirlo en su resolución.

En la doctrina nacional es casi un consenso que la prueba ilícita o prohibida deba ser excluida desde las primeras etapas del proceso penal, sin embargo, la jurisprudencia es oscilante en este extremo, sobre todo la del Tribunal Constitucional, que no excluye prueba ilícita o prohibida desde un inicio del proceso penal, pues señala que hacer esto implicaría valorar pruebas, lo que no le está permitido al juez constitucional, siendo necesario un pronunciamiento de fondo para que pueda analizar si esta prueba prohibida fue utilizada para condenar a alguien. Es decir, nuestro máximo intérprete constitucional apoya la teoría de que la prueba prohibida o ilícita se excluye solo en la sentencia de fondo⁽¹⁴¹⁾.

Por el lado de la Corte Suprema se tiene la sentencia recaída en el Exp. A.V. N° 9-2006 de 14 de mayo de 2007⁽¹⁴²⁾ que refiere que “el cuestionamiento de la constitucionalidad de una prueba incide en su valorabilidad y es de mérito (...)”, luego señala que el análisis de esto le corresponde no a la tacha, sino a la prueba prohibida. Incluso Velásquez Delgado⁽¹⁴³⁾ da cuenta que para algunos autores la expresión **no surtirán efecto** o **carecen de efecto** que usa el texto del CPP hace referencia exclusivamente al momento de la valoración o apreciación de la prueba.

Como se ve, estamos ante un régimen innovador respecto a las sanciones procesales, sin embargo, en vez de garantizar mejores resultados para las garantías procesales, lo que hace es permitir que la prueba obtenida con vulneración del derecho surta efectos en el proceso, no siendo la finalidad esta, sino lo contrario; de ahí que estemos ante una sanción procesal —llámese como

(141) Este criterio tiene sus orígenes en la STC Exp. N° 01230-2002-HC/TC-Lima, caso César Humberto Tineo Cabrera, siendo la improcedencia la regla luego de la STC Exp. N° 03096-2004-AA/TC-Lima, caso Walter Huayanay Quispe (materia laboral). En el proceso penal, acogen el criterio de que alegar el uso prueba ilícita o prohibida es un criterio de valoración en la STC Exp. N° 04023-2007-PHC/TC-Lima, caso Elizabeth Consuelo García Sifuentes en adelante, sobre todo se hizo conocido este criterio con la STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima, caso Alberto Quimper Herrera.

(142) Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República Exp. A.V. N° 9-2006, del 14 de mayo de 2007. Citada por UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego y ASTUDILLO MEZA, Guillermo. “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional”. En: ASENSIO MELLADO José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008, p. 186.

(143) VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. Ob. cit., p. 153. En sentido similar, ha señalado Alarcón Montoya, que “no queda duda (...) que la expulsión de dicha prueba debe efectuarse durante la deliberación realizada por el juez penal unipersonal o colegiado antes de la expedición de la audiencia”. Vide ALARCÓN MONTOYA, Óscar. Ob. cit., p. 125.

se llame: inutilizabilidad, prohibición de valoración dependiente o independiente, o prueba ilícita—, que más que ayudar a mejorar la posición del afectado por la vulneración, procura de modo soterrado que la prohibición de prueba siga surtiendo efectos a pesar que se ha declarado que esto no es lo correcto para un Estado Democrático de Derecho.

Frente a estas consideraciones parece que las sanciones procesales necesarias a efectos de excluir las pruebas ilícitas serían las tradicionales: la inadmisibilidad y la nulidad de actuados.

2. Inadmisibilidad o nulidad procesal

La doctrina española ha señalado que la sanción a efectos de excluir la prueba ilícita es la inutilizabilidad entendida no solo como no valoración de la prueba prohibida en la sentencia de fondo, sino también inadmisibilidad del medio probatorio que se quiere ingresar a fin de que no surta efectos en el proceso penal y, si entra, buscar las formas para expulsarlo⁽¹⁴⁴⁾.

La aplicación de la inadmisibilidad impide *ab initio* que el acto viciado que realizan las partes (y a veces terceros) produzca efectos procesales, cualquiera fuere la razón provocadora del vicio. Para que el acto pueda ser sancionado (inadmitido) ha de estar viciado; aplicada la sanción (inadmisión) queda impedido el ingreso jurídico del acto en el proceso, y por tanto privado de eficacia procesal⁽¹⁴⁵⁾.

Entonces, la inadmisibilidad se aplica declarando la ineficacia del acto viciado en el momento de decidir sobre su ingreso jurídico al proceso. Se evita la producción de efectos no queridos por la ley procesal. Es como un anticipo a la declaración de nulidad de los actos que habrían de suceder al inadmitido⁽¹⁴⁶⁾. Es decir, cuando el fiscal o una parte quiera ingresar prueba prohibida, el juez no deberá admitirlo, al contrario, ante los defectos del acto procesal viciado sancionará la inadmisibilidad.

Como se advierte, inadmisibilidad y nulidad tienen los mismos presupuestos, el acto viciado y un efecto que, el primer caso, evita el ingreso del material prohibido y, en el segundo, habiendo ingresado la prueba prohibida,

(144) Vide ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*. Ob. cit., p. 122; y, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Ob. cit., p. 92.

(145) CLARIÁ OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 223.

(146) *Ibidem*, p. 225.

lo expulsa, es decir, tienen la misma finalidad: que el material probatorio ilícito no surta efectos en el proceso.

El efecto de esta es la misma que se obtendría con la aplicación de la nulidad de actuaciones, toda vez que el efecto es el mismo, la expulsión o no admisión al proceso del material ilícito; en ese sentido, Martín García ha señalado que el efecto que debe predicarse de la prueba obtenida ilícitamente es su inexistencia para efectos jurídico-procesales, es el mismo que debe predicarse del acto nulo, por lo que debemos concluir que, en todo caso, serán idénticas las consecuencias derivadas de tal efecto⁽¹⁴⁷⁾.

Sin embargo, la doctrina española no excluye la prueba ilícita a través de la nulidad de actuados, ello podría explicarse en el poco desarrollo legislativo que este tema tiene en ese país⁽¹⁴⁸⁾, lo que desemboca también en construcciones dogmáticas insatisfactorias⁽¹⁴⁹⁾. Es por ello que se hace necesario estudiar la nulidad a fin de determinar si es que esta cumple con aplicar efectos de manera razonable y correcta a las infracciones a las normas de regulación de la actividad probatoria.

II. LA NULIDAD PROCESAL

1. Teoría de la nulidad

Se dice comúnmente que la nulidad es una sanción procesal o un medio de impugnación, que se da cuando un acto procesal no ha cumplido con la

(147) MARTÍN GARCÍA, Pedro. “la nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita”. En: *La prueba en el proceso penal*. Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p. 59. De la misma opinión es VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. Ob. cit., p. 154.

(148) Martín García ha señalado que la nulidad de actuaciones no ha sido objeto en ningún momento de una regulación específica en el ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que ni siquiera, a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 74, 249, 256 y 442), contempla supuestos particulares de nulidad, lo que, hasta la publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, provocaba un vacío legal por lo que se refería al, mencionado tema. Ahora bien, la ausencia de regulación específica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal del tema de la nulidad de actuaciones, no significó que se entendiera, por punto general, que en el ámbito del proceso penal no cabía tal nulidad, sino que la misma debía construirse en referencia al art. 6, ap. 3, del Código Civil, según el cual “[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son malos de pleno derecho, salvo que en ellas se establecía un efecto distinto para el caso de contravención”. Vide MARTÍN GARCÍA, Pedro. Ob. cit., p. 21.

(149) PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús. “Prólogo”. En: LOURIDO RICO, Ana María. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*. Comares, Granada, 2002, p. XX.

forma debida⁽¹⁵⁰⁾ para que cumpla con su finalidad. Binder⁽¹⁵¹⁾ señala que la nulidad vendría a ser la pérdida de efectos propios de un acto procesal por su realización defectuosa.

Pues bien, la nulidad o —como modernamente le llaman— la ineficacia procesal es una consecuencia de la actividad procesal irregular, para esto aquella tiene que ser declarada por el juez, siendo la inmediata consecuencia la anulación de los efectos del acto viciado. Sin embargo, es necesario hacer unas precisiones antes de analizar si la nulidad procesal puede servir a efectos de excluir prueba obtenida ilícitamente.

La ineficacia procesal tiene sus orígenes en el sistema formal romano, donde, por ejemplo, no levantar la mano en el momento oportuno hacía perder la pretensión al demandante, es decir, estamos ante un nivel de formalidad ritual excesivo, pues solo importa que se cumpla la forma, a como dé lugar. Es el llamado sistema formalista, que influencia en gran manera al sistema inquisitivo, siendo luego limitado en la revolución francesa⁽¹⁵²⁾, donde ya no es nulo el acto por la falta a la ritualidad, sino por no ser acorde con lo que la ley dispone. Luego, existen otros sistemas conceptuales que buscan limitar este imperio de la ley, como el sistema privatista que implica que una actividad defectuosa debe necesariamente afectar los fines, intereses y poderes involucrados en el proceso penal. También el sistema judicialista, donde el acto nulo no lo dispone solo la ley, sino el juez en su actividad judicial⁽¹⁵³⁾.

(150) Esta infracción a la forma que puede hacer inválido el acto se refiere al incumplimiento de los requisitos de la ley procesal, los tratados internacionales y la Constitución. De otro modo se caería en el mero formalismo. BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, p. 21. Del mismo parecer es CAFFERATA NORES, José y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004, p. 187. Citado por CÁCERES JULCA, Roberto E. *Las nulidades en el proceso penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Jurista, Lima, 2010, p. 30.

(151) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., p. 108. En sentido similar Lourido refiere que la nulidad procesal, es un instrumento procesal que consiste en **evaluar** y **valorar** la adecuación entre un acto procesal o varios actos procesales, en relación directa con las normas legales que regulan su proceso de formación. Esto es, las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una infracción, actúa las consecuencias jurídicas previstas por la ley, en cada caso que oscilarán, dependiendo de la gravedad de la infracción, entre la subsanación del acto y la eliminación del mismo como si nunca hubiera existido. LOURIDO RICO, Ana María. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*. Comares, Granada, 2002, p. 71.

(152) Así lo reconoce Mitidiero, destacando esta influencia en las siete partidas. MITIDIERO, Daniel F. “El problema de la invalidez de los actos procesales en el Derecho Procesal brasileño contemporáneo”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, traducido por Renzo Cavani Brain, pp. 420 y 421.

(153) DI MASI, Gerardo Ramón y OBLIGADO, Daniel Horacio. *Las nulidades en el proceso penal*. Ediciones jurídicas del centro, Lima, 2011, pp. 40 y 75.

Este fue el panorama en todo el siglo XIX, pues la búsqueda de una teoría de la nulidades se había enfrascado en torno al debate sobre la ley vigente y en sistemas conceptuales; sin embargo, luego de la Segunda Guerra Mundial, el fenómeno del constitucionalismo⁽¹⁵⁴⁾ permitió poner de relieve nuevos horizontes al trabajo sobre las nulidades, es así que ahora no solo se analiza la ley o los intereses de las partes, sino que se comprende que cada acto procesal lleva implícito un resguardo a un derecho fundamental, de ahí que este debe ser respetado; en ese sentido, las formas responden a una finalidad práctica, el establecer límites a la actividad procesal en aras de la protección de estos derechos constitucionales⁽¹⁵⁵⁾.

Pero puede haber casos en los cuales no se respeta la forma prevista; sin embargo, antes de anular los efectos de este acto se debe de analizar si cumplió o no con la finalidad constitucional que el ordenamiento le ha dado, de ser así no tiene por qué ser nulo, pues no ha lesionado su función de proteger el debido proceso.

Por ello señala Binder⁽¹⁵⁶⁾ que “existen principios propios del Estado de Derecho y hoy plasmados con generosidad en todas las constituciones y pactos internacionales de derechos humanos que protegen a todo ciudadano que es sometido a un juicio desde el inicio de la preparación de este, hasta el final de los actos de control y ejecución de la decisión tomada en ese juicio. Para asegurar ‘garantizar’ que esos principios serán respetados por los funcionarios, se crearon formas (requisitos legales, secuencias legales) de cumplimiento obligatorio. Pero el cumplimiento de esas formas no es de ninguna manera el fin, sino el medio para asegurar el cumplimiento de los principios. Tal es la razón por la que hemos insistido que en estricta consideración las formas son la garantía. Cuando un acto de alguno de los funcionarios incumple esta forma, ese acto no produce efectos y llama la atención sobre la violación de un

(154) Vide BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., p. 56.

(155) Pues como señala Binder “si no está claro lo que deben proteger las formas procesales, entonces ellas protegerán la rutina, los ritos y los ritmos de la burocracia judicial. La fuerza del trámite o del expediente, su carácter central y hasta excluyente en la vida cotidiana de los tribunales, las mil maneras de ejercer poder a través de los trámites, la pervivencia centenaria de las formas perimidas, la defensa que se hace de ellas y otras tantas manifestaciones de este formalismo no se pueden explicar sino por una profunda relación entre esta práctica formalista y la cultura judicial”. *Ibíd.*, p. 43. En el mismo sentido, CAVANI BRAIN, Renzo I. “Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 55; y, CÁCERES JULCA, Roberto E. Ob. cit., p. 30 y ss.

(156) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 72, 73 y 95. Refiere luego que la forma garantiza no porque ella asegure el cumplimiento del principio, sino porque facilita su vigencia y genera las condiciones de advertencia que facilitan su reparación cuando ha sido violado.

principio. Por eso también lo principal es la restauración del principio afectado y no el restablecimiento de la forma. Si ese principio no puede ser restaurado de inmediato, se busca una declaración clara de inutilidad de ese acto. Mediante ese mecanismo se ha ‘garantizado’ la vigencia del principio”.

Es en este contexto que se cambian de paradigmas en el tema de las nulidades procesales, pues siendo el fin del proceso llegar a cumplir unos bienes protegidos constitucionalmente (lograr la paz jurídica, seguridad jurídica, plazo razonable, etc.) la nulidad debe ser entendida como la excepción, pues su aplicación daría lugar a un retroceso en conseguir los fines del proceso penal⁽¹⁵⁷⁾; sin embargo, hay actos que implican una grave afectación a los fines del proceso y a los derechos de las partes y la sociedad en su conjunto, de tal forma que en estos casos y como última ratio se aplica la nulidad procesal⁽¹⁵⁸⁾.

Ahora bien, debe entenderse que el acto en sí no es nulo, sino que la nulidad es solo un efecto o una sanción, es decir, es la consecuencia normativa, no causal ni natural, de ahí que no pueda diferenciarse entre nulidad absoluta y nulidad relativa, sino entre acto viciado subsanable y acto viciado insubsanable. Siendo la nulidad solo la declaración y actividad de destruir o retirar los efectos del acto viciado⁽¹⁵⁹⁾.

Por principio, todo acto viciado se subsana con la cosa juzgada⁽¹⁶⁰⁾, pues luego de ella no es posible alegar nulidades de ningún tipo, por tanto el acto

(157) En ese sentido, ha señalado Cavani que “en tanto proceso y procedimiento avanzan hacia una meta, la nulidad implica todo lo contrario: es el retroceso, el rehacer algo porque está mal hecho, el volver sobre los pasos. Ahora se puede comprender perfectamente lo nocivo y perjudicial que es la nulidad para el proceso, pues la impide cumplir sus finalidades, retrasándola obtención de la prestación jurisdiccional”. CAVANI BRAIN, Renzo I. Ob. cit., p. 64.

(158) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., p. 92. También DIDIER JÚNIOR, Fredie. “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, traducido por Renzo Cavani Brain, p. 444.

(159) Didier Júnior señala que no es correcto decir que toda hipótesis de nulidad implica la imposibilidad que el acto produzca efecto: es posible que actos nulos produzcan efectos hasta su “deconstitución”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Ob. cit., p. 440.

(160) Vide MAIER, Julio. Ob. cit., p. 45. Sin embargo, debe recordarse que si bien la nulidad solo actúa en el proceso, hay otros medios por los cuales fuere de este se puede hacer valer la injusticia de la sentencia que se basó en prueba ilícita, así el artículo 361 del CdePP señala que la sentencia condenatoria deberá ser revisada por la Corte Suprema, cualquiera que sea la jurisdicción que haya juzgado o la pena que haya sido impuesta: “[c]uando la sentencia se basó principalmente en la declaración de un testigo condenado después como falso en un juicio criminal”; en el artículo 439 del NCPP se señala que a revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y solo a favor del condenado, “[s]i se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación”. Incluso para Di Masi y Obligado la revisión sería una forma de interponer la nulidad. DI MASI, Gerardo Ramón y OBLIGADO, Daniel Horacio. Ob. cit., p. 198.

viciado insubsanable solo lo será dentro del proceso, por tanto, puede ser deducido en cualquier etapa de este; no ocurriendo lo mismo con los actos viciados subsanables, que tienen el efecto de la preclusión sobre ellos⁽¹⁶¹⁾.

En el caso de los vicios insubsanables estos no responden solo al interés de las partes, sino se presume un interés de la colectividad en la carencia de efectos en ciertos actos especialmente graves, los mismos que tienen que ver con la lesión a los presupuestos procesales, como son la falta de capacidad del juzgador, la ausencia de las partes y la afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales⁽¹⁶²⁾. Al haber un interés colectivo y constitucional en los vicios insubsanables es que estos deben ser declarados de oficio.

Como señala Binder⁽¹⁶³⁾ “debe quedar claro que la nulidad nunca se declara a favor de la ley, sino siempre para proteger un interés concreto que ha sido dañado. Este principio no tiene relación con el carácter absoluto o relativo de las nulidades, sino con el sentido de las formas, que siempre protegen algún interés particular. Distinto es también el problema de la presunción de daño o la prueba que es necesario realizar. En todos aquellos casos de violación directa a normas constitucionales el daño al interés protegido se presume y deberá probarse que no ha causado ningún tipo de perjuicio”.

Entonces, una vez detectado el acto viciado se debe proceder al análisis de nulidad, es decir, si es que cabe declarar nulo un acto; y esto se hace aplicando al acto viciado cada uno de los llamados principios de la nulidad (convalidación, saneamiento, etc.), pues como señala Binder⁽¹⁶⁴⁾, por respuesta a los actos defectuosos entendemos la actividad propiamente jurisdiccional de reparación del principio afectado, de reconocimiento de que la violación de una forma no ha afectado el principio o la declaración de que el acto en cuestión no puede producir efectos o queda interrumpida la secuencia necesaria. Pues el centro de una teoría de la actividad procesal defectuosa es el desarrollo de los modos de reparación o restauración de los principios constitucionales cuya vigencia está garantizada por las formas⁽¹⁶⁵⁾.

(161) Vide CAVANI BRAIN, Renzo I. Ob. cit., p. 101 y ss.

(162) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 29 y 30. Sobre los presupuestos procesales, vide MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Sujetos procesales*. Tomo II, 1ª reimpresión, Editores del puerto, Buenos Aires, 2004, p. 73 y ss.

(163) Mitidiero señala que esta división es traída del derecho civil, no siendo aplicable al derecho público. MITIDIERO, Daniel F. Ob. cit., p. 426.

(164) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 95 y 96.

(165) Entre estos principios o bienes se puede citar la economía procesal. Vide SCARPARO, Eduardo. “Principios procesales e invalidez”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI

Siendo aplicable estos incluso a los actos insubsanables o llamados nulidades absolutas, pues debe tenerse en cuenta que el acto viciado debe de incumplir necesariamente su finalidad. Así, habiendo el acto viciado cumplido su finalidad y ausente cualquier mal a las partes o al proceso, la repetición o rectificación del acto será absolutamente inútil, y producirá una violación frontal al valor efectividad sin cualquier ganancia real de seguridad⁽¹⁶⁶⁾.

Luego de declarado el vicio, y la nulidad subsecuente —pues la declaración de nulidad solo se hace de aquello que no pudo ser reparado⁽¹⁶⁷⁾—, se hace necesario determinar cuáles son sus efectos, así, en principio, se busca no tomar en cuenta la información del acto, como si no se hubiera realizado. La declaración de invalidez hace nacer para el juez el deber de no valorar, de ningún modo, directo o indirecto la información de este acto.

Si un acto es complejo, el juez debe analizar con precisión los alcances de la invalidez ya que esta puede ser parcial o total⁽¹⁶⁸⁾. Un efecto más de esta declaración de nulidad debería ser la expulsión del expediente del soporte físico del acto viciado realizado, de otra forma será fácilmente utilizable—a pesar de estar prohibido—, sin embargo, señala Binder⁽¹⁶⁹⁾, que esto no se hace por que existe una visión sacramental del expediente que en el fondo asigna algún efecto a toda acta que lo forma, haya sido declarada inválida o no; de ahí que es importante la pérdida de efectos debe llevar a la destrucción física de aquello que no sirve —o no debe servir— para nada.

Como se ve, se hace necesario aplicar el principio de conservación de los actos procesales para el acto cuestionado y para cada acto que se reputa dependiente del declarado nulo, así como los otros principios de la nulidad.

Estas consideraciones son también aplicables a los actos de prueba, pues constituyen también actos procesales, si son defectuosos no se deberá permitir

BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, traducido por Renzo Cavani Brain, p. 499.

(166) *Ibidem*, p. 513.

(167) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., p. 96.

(168) Esto tiene que ver con el principio de fungibilidad, como señala Didier Júnior, que implica que la invalidación debe restringirse al mínimo necesario, manteniéndose incólume las partes del acto que pueden ser aprovechadas, por no haber sido contaminadas. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Ob. cit., p. 451. Binder ejemplifica que en un interrogatorio de un testigo o en un examen pericial solo una parte de ese acto puede ser inválido y por lo tanto no se deberá valorar únicamente la información alcanzada por esa invalidez. BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., p. 111.

(169) *Ibidem*, p. 112.

su ingreso al proceso penal mediante la sanción de inadmisibilidad, pero si ya ingresaron, lo que corresponde es la declaratoria de nulidad, por ello Di Giulio señala que la regla de exclusión no es más que una nulidad virtual⁽¹⁷⁰⁾.

En ambos casos se trata de lo mismo, conocer en cada caso si el acto es uno viciado y, si por esa razón, debe ser ajeno al proceso de ahí que sean válidas las consideraciones de la nulidad como la absoluta, relativa, la extensión de sus consecuencias, así como la aplicación de sus principios, como veremos.

2. Legalidad, libertad de forma y finalidad

Las nulidades deben estar previstas en la ley, sea de modo específico o de un modo genérico, sin embargo, este principio se ve relativizado por la finalidad del acto procesal⁽¹⁷¹⁾: si la nulidad de un acto procesal no está prevista taxativamente, pero, si es que este acto no cumple con su finalidad, también será declarado como nulo y sin efectos. Las formas y las circunstancias prescritas en la ley no representa más que el medio más idóneo para alcanzar el resultado —considerada la abstracción y la generalidad característica del trabajo legislativo—. En concreto, nada impide que ese resultado también sea alcanzado por otras innumerables maneras. Lo que no se permite es que el uso alternativo de medios para alcanzar el fin acarree perjuicios⁽¹⁷²⁾.

Como consecuencia de lo anterior se extrae que tiene plena vigencia el principio de libertad de formas, esto es, predomina la flexibilidad de las formas rigurosamente reguladas⁽¹⁷³⁾, a fin de que no se traicionen los fines del proceso (justicia, paz), entonces, para la declaración de nulidad, no interesa tanto la violación de alguna forma, sino que el acto alcance o no la finalidad prevista por la ley⁽¹⁷⁴⁾, de ahí que se diga que este fin está en concordancia con

(170) DI GIULIO, Gabriel. *Nulidades procesales*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 142.

(171) TANGER JARDIM, Augusto. "De las nulidades procesales". En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, traducido por Yolanda Tito Puca, revisado por Renzo Cavani Brain, p. 494.

(172) SCARPARO, Eduardo. Ob. cit., p. 510.

(173) Pues aún subsiste una exigencia de previsibilidad y rigurosidad de las formas de los actos procesales por parte de la seguridad jurídica, contra la búsqueda por un mayor informalismo, pregomando por la efectividad.

(174) SCARPARO, Eduardo. Ob. cit., pp. 505-516. El autor señala que como el acto integra un todo mayor —el proceso— no se puede olvidar que las nociones de finalidad remiten a los valores a ser idealmente alcanzados con el transcurso de la actividad procesal: justicia, paz social, seguridad y efectividad. En razón de ello, es saludable recordar que esos valores están presentes, en mayor o menor grado, en cada forma procesal. Asimismo, señala que esta finalidad lo impone la ley y no el interés de las partes como en el derecho privado. También *vide* MITIDIERO, Daniel F. Ob. cit., p. 428.

el principio de instrumentalidad de las formas, pues privilegia el contenido sobre la forma, del fin sobre el medio⁽¹⁷⁵⁾.

No debemos olvidar que la forma, que es una técnica del formalismo, se encuentra en una relación instrumental respecto de ciertos fines, en este caso, de los fines del proceso⁽¹⁷⁶⁾. Por ejemplo, se puede realizar un allanamiento, pero en su ejecución no respetar alguna de las normas que regula esta diligencia, pero si se consigue la finalidad como es la recogida de elementos de prueba, es posible que no se declare nulo si es que se acredita además que no ha existido perjuicio.

3. Principios de la nulidad

3.1. Perjuicio

Desde tiempos antiguos se conoce el viejo aforismo *pas de nullité sans grief* –sin perjuicio no hay nulidad–⁽¹⁷⁷⁾, que implica que un acto no puede ser declarado ineficaz o nulo si es que es inocuo, si es que no causa perjuicio a alguien, claro este perjuicio no tiene que necesariamente haber afectado a una de las partes, sino que puede haber afectado al orden jurídico mismo –en especial al proceso⁽¹⁷⁸⁾–, como el caso de las denominadas nulidades absolutas.

Para Gabriel Torres⁽¹⁷⁹⁾ el perjuicio se circunscribe a la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata a las garantías que son su causa.

En ese sentido, se señala que el respeto al procedimiento legalmente establecido involucra sobremanera la forma como el Estado detenta su poder en el proceso, no solo decidiendo y resolviendo el conflicto, sino también imponiendo el cumplimiento de las normas jurídicas procedimentales⁽¹⁸⁰⁾.

(175) CAVANI BRAIN, Renzo I. Ob. cit., p. 65. En el mismo sentido, ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. “Las nulidades procesales en el derecho comparado”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 398.

(176) CAVANI BRAIN, Renzo I. Ob. cit., p. 120. Como señala Tanger si por un lado el instituto de las nulidades proviene de una vertiente formalista, concebida a partir de la necesidad de dar seguridad jurídica al sistema, por otro debe ser balanceada a la luz del valor efectividad. TANGER JARDIM, Augusto. Ob. cit., p. 491.

(177) Vide ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. Ob. cit., p. 402.

(178) SCARPARO, Eduardo. Ob. cit., p. 511.

(179) TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el proceso penal*. 4ª edición, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, p. 36.

(180) Con razón afirma Cavani Brain que “el perjuicio la parte afectada con el vicio o el perjuicio al proceso sin duda alguna pueden confluir, pero su distinción radica precisamente en que podrían no confluir, es decir, un vicio tan grave como es la incompetencia podría ser tolerado por ambas

Entonces, el caso en el cual se ha afectado la forma de un acto probatorio, pero esta nunca fue tomada en cuenta en el proceso, es un ejemplo de la aplicación de este principio.

3.2. Subsanación

Este principio se deriva del respeto por la finalidad del acto, e implica que si el acto procesal está afectado con un vicio que no es capaz de alterar el sentido de la decisión, no tiene por qué aplicarse la nulidad, pues sería una consecuencia nefasta cuando se concluya a priori que, en caso de una renovación del acto, se mantenga el mismo sentido de la decisión o sus efectos.

En ese sentido señala Binder⁽¹⁸¹⁾ —bajo el nombre de saneamiento— que se busca lograr que el estado de cosas vuelva a la situación anterior de la violación del principio, siendo necesario aplicar las reglas de razonabilidad, así establece dos límites claros:

El primer límite es el propio interés del imputado. La reparación se funda en el restablecimiento del interés del imputado y ello debe ser respetado, incluso en la interpretación que el imputado haga de su propio interés⁽¹⁸²⁾. Solo así se podría fundamentar la llamada prueba ilícita a favor del reo.

Sin embargo, es necesario determinar cuándo al interés del imputado le conviene evitar el saneamiento o dejarlo subsistir, por lo que se debe tener en cuenta: 1) que las garantías se han establecido para proteger al imputado, no para sacar una “ventaja” irregular del proceso; y, 2) que el imputado no puede “obligar” al Estado a que realice una actividad procesal que contradice sus condiciones de legitimidad. Por ejemplo, si el imputado pide que se le aplique la tortura o la prueba del polígrafo, no sería admisible, pues esto implicaría echar al trasto las garantías de legitimidad del Estado. Cosa diferente ocurre cuando esto ya fue hecho, pues una garantía del imputado no puede ser usada en su contra.

El segundo límite proviene de aquellos casos en los que puede existir quebrantamiento de las formas, pero no afectación del principio. Como el quebrantamiento de las formas es un llamado de atención acerca de la violación

partes por razones de conveniencia, confianza o inclusive, por mero desinterés, pero ello no sucede así con la función jurisdiccional, que debe velar por un correcto desenvolvimiento del proceso”. CAVANI BRAIN, Renzo I. Ob. cit., p. 123.

(181) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 98-102.

(182) En el mismo sentido MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Ob. cit., pp. 46 y 52.

de algún principio, puede ocurrir que esa relación se rompa y la violación de la forma no signifique la violación del principio.

Estos son casos en los que el quebrantamiento formal es menor (simples errores materiales, fácilmente sanados mediante la técnica de la integración) o porque no se corresponde con lo que ocurrió (por ejemplo, la falta de firma de un acta, pero que no implica la ausencia de la persona cuya presencia era imprescindible, etc.) o porque una actividad subsiguiente reparó el daño o a pesar del incumplimiento formal no se afectó el principio.

3.3. Convalidación

Se deriva del anterior principio y refiere la inexistencia del perjuicio si es que la persona que debiera ser la afectada ha realizado actos que demuestran que no ha sido tal el caso, así el fenómeno de la convalidación se limita a una manifestación de voluntad, sea expresa o tácita de la parte afectada del vicio⁽¹⁸³⁾.

Una de sus manifestaciones es la prohibición de *venire contra factum proprium*, que implica el ejercicio de una posición jurídica en contradicción con el comportamiento ejercido anteriormente, verificándose la ocurrencia de dos comportamientos de una misma persona, diferidos en el tiempo, siendo el primero contrariado por el segundo. Se señala que es ilegal este comportamiento contradictorio por ofender los principios de lealtad procesal⁽¹⁸⁴⁾.

Se debe tener claro que lo que se convalida son los perjuicios que acarrea el acto, no precisamente el acto viciado⁽¹⁸⁵⁾, pues como hemos visto la teoría de la nulidad no afecta al acto mismo, sino a sus efectos.

Sin embargo, en el caso del proceso penal se tiene como una condición de protección el contenido esencial de los derechos fundamentales, siendo esto plenamente aplicable al tema de la prueba, donde la regulación tiene que ver íntimamente con esto, por ello refiere Binder que ni el consentimiento expreso del imputado, ni el mero transcurso del tiempo, y mucho menos aun el consentimiento tácito, pueden provocar que el daño al escudo protector del imputado pueda ser dejado de lado⁽¹⁸⁶⁾. En sentido contrario, señala Scar-

(183) CAVANI BRAIN, Renzo I. Ob. cit., p. 124.

(184) MARTINS-COSTA, Judith. "La ilicitud derivada del ejercicio contradictorio de un derecho: el renacer del *venire contra factum proprium*". En: *Revista Forense*. N° 376, Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 110. Citado por DIDIER JÚNIOR, Fredie. Ob. cit., p. 463, quien, además, habla de una preclusión lógica.

(185) CAVANI BRAIN, Renzo I. Ob. cit., p. 125.

(186) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., p. 107. En el mismo sentido, MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Ob. cit., p. 43.

paro que la incidencia de las normas de convalidación está siempre atenta a la preservación del valor efectividad, pero solamente puede ocurrir cuando no proporciona daños de importancia al valor de la seguridad jurídica, análisis que exige la ponderación del caso concreto⁽¹⁸⁷⁾. De esto podemos concluir que la convalidación no se puede aplicar a la llamada nulidad absoluta.

3.4. Conservación

Siendo la nulidad un efecto no querido, toda vez que va en contra de la finalidad del proceso, los efectos de su declaración también deben ser limitados, es así que se hace una discriminación entre actos que han sido contaminados con los efectos del acto viciado, de los que son independientes y no han sido contaminados⁽¹⁸⁸⁾.

Los actos anteriores no pueden ser eliminados, pues los efectos de la invalidación no tienen efecto retroactivo al acto viciado. Asimismo, la invalidez de una parte del acto no vicia necesariamente todo el acto, así la parte de la sentencia que no motiva la responsabilidad del tercero civilmente responsable y tiene un vicio, no puede afectar la parte correcta respecto a la responsabilidad del autor. Asimismo, cada vez que se analice un acto que pueda estar contaminado con el acto viciado original se debe de analizar siguiendo los principios ya referidos⁽¹⁸⁹⁾.

Binder⁽¹⁹⁰⁾, además, señala la relación que existe entre las cadenas de actos procesales, así, cuando se trata de un encadenamiento directo, de tal modo que el antecedente es una condición necesaria y suficiente del posterior, entonces la respuesta nulificadora debe alcanzar al acto consecuente⁽¹⁹¹⁾. Sin embargo, cuando el segundo acto, o en algún punto de la cadena, el acto en

(187) SCARPARO, Eduardo. Ob. cit., p. 520.

(188) Refiere Torres que se debe de tener en cuenta que el acto posterior debe de tener su origen exclusivamente en el acto nulo, siendo su presupuesto lógico y su única razón determinante. Vide TORRES, Sergio Gabriel. Ob. cit., p. 36.

(189) Como señala Binder “aquí la regla general del saneamiento y la excepción de la nulificación no sufren alteraciones. Se trata de aplicar los principios generales. Cuando un encadenamiento de actos está alcanzado por la invalidez de alguno de los antecedentes, si se trata de la respuesta reparadora, esto es el saneamiento, se debe asumir la respuesta más amplia posible, es decir, se deben sanear todos los actos que puedan contener algún vicio. Si existen dudas, también se deben extender los efectos saneadores a los actos dudosos”. BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., pp. 112 y 113.

(190) *Ibidem*, pp. 113-115.

(191) Scarparo señala que la validez del proceso tendrá verificación durante todo su procedimiento, porque ocurrirá sobre la práctica de sus actos anteriores, cada cual en su tiempo. La validez del acto conclusivo depende de la existencia y de la validez de los actos condicionantes, necesarios que integran la cadena procedimental. SCARPARO, Eduardo. Ob. cit., p. 522.

cuestión ya no tiene en su sustento único ni determinante en la información de origen ilícito, entonces la pérdida de efecto comenzará a cesar.

En el aspecto probatorio la cuestión es más compleja, porque no se trata de encadenamientos previstos por las normas procesales, sino en cadenas que se producen de hecho, porque un acto ha llevado a otro, sin que estuviera prevista esa cadena como tal⁽¹⁹²⁾.

En ese sentido, Scarparo⁽¹⁹³⁾ expone el siguiente ejemplo –en base a la legislación brasileña–: “la aprobación de la prueba judicial precede al ofrecimiento de preguntas al perito, que precede a la realización de la pericia, que precede a la impugnación del informe pericial, por coherencia lógico causal será causa de invalidación de la pericia en caso una de las partes no haya tenido la oportunidad de ofrecer sus preguntas al perito, elemento condicionante de la producción probatoria”.

3.5. Proporcionalidad

A efectos de dictar esta excepcional medida de invalidez es necesario hacer un examen de proporcionalidad, pues el juicio de invalidez es un juicio normativo, no de un mero reconocimiento de defectos del acto. Entonces, es preciso averiguar la relación de adecuación, necesidad y razonabilidad entre el defecto del acto procesal y la sanción de invalidez, que de él es consecuencia, pues es necesario ponderar si la invalidación del acto no sería una medida por demás drástica y no razonable⁽¹⁹⁴⁾.

Si bien la proporcionalidad se utiliza cuando se hace necesario afectar un derecho fundamental, pues este principio establece criterios claros y definidos para afectar de forma constitucional el derecho fundamental y no caer en la vulneración del mismo; esta también se puede utilizar en los demás actos del proceso penal, pues todos ellos tienen un fin constitucional que proteger, en el caso de los actos probatorios esto es más evidente, pues está ligado íntimamente a los derechos fundamentales.

Este análisis debe ser caso por caso, porque en momentos en que la criminalidad avanza a pasos agigantados y se fortalece de la tecnología, el Estado

(192) Así la ineficacia de un medio de prueba por defectos que lo tornan inutilizable pueden arrastrar a otros medios de prueba que surgieron a raíz de los conocimientos obtenidos ilícitamente. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Ob. cit., p. 41.

(193) Scarparo refiere que esta es la aplicación del principio de causalidad que tiene base valorativa en la seguridad jurídica. SCARPARO, Eduardo. Ob. cit., p. 522.

(194) DIDIER JÚNIOR, Fredie. Ob. cit., p. 442 y ss. También SCARPARO, Eduardo. Ob. cit., p. 498.

debe crear mecanismos de control y aseguramiento que permitan ejercitar el *ius puniendi* con ponderación, llegando a una correcta sanción. En ese sentido, el principio de proporcionalidad ayuda a limitar, en un Estado constitucional, los derechos fundamentales desde dos perspectivas:

- Limita la afectación del derecho fundamental para que solo sea restringido lo mínimo posible es decir lo adecuado. Excluyendo, claro está el contenido esencial de este derecho.
- Afecta el derecho fundamental en la medida que es necesario para lograr los fines que se busca con tal limitación⁽¹⁹⁵⁾.

El Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC ha señalado que el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200.6 de la Constitución.

En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. El principio de proporcionalidad exige tres requisitos para darse por cumplido, estos son:

(195) FLEINER, F. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, 1933, p. 312, citado por: PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Colex, Madrid, 2000, p. 142. Pero la creación del principio de proporcionalidad no es propia del derecho procesal penal sino que este lo toma del derecho administrativo pues como explica Fleiner dado que una libertad ilimitada podría desembocar en al *bellum omnium contra omnes*, el particular ha debido ajustarse en su actuar al buen orden de la cosa pública; precisamente la misión de policía radica en hacer valer tal deber jurídico de los ciudadanos. La policía es un sector determinado de la actividad de la administración pública, a saber, la actividad de la autoridad en el terreno de la administración interior, que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del derecho, de la seguridad y del orden público. De tales premisas, es lógico inferir que el ejercicio del poder gubernativo (de policía) tiene que someterse a límites determinados dimanantes de su propia esencia: ha de perseguir fines legítimos (seguridad, orden público, etc.), adoptar las medidas necesarias para la conservación de los mismos y debe hacerlo de tal manera que la limitación de la libertad individual no debe exceder jamás que la limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria. La policía no debe andar a cañonazos contra los gorriones. Por ello por la amplia discrecionalidad de que ha de gozar la actividad administrativa de policía, se muestra la proporcionalidad como contrapeso necesario a fin de lograr que esté en adecuada relación con el mal que trata de eludir, debiendo así mismo la autoridad adoptar las medidas menos perjudiciales para los derechos e intereses de los ciudadanos.

- Juicio de adecuación.
- Juicio de necesidad.
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

3.5.1. Juicio de adecuación

La adecuación o idoneidad constituye un criterio de carácter empírico que hace referencia a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las inferencias faciliten la obtención del éxito perseguido⁽¹⁹⁶⁾.

Entonces, corresponde realizar un análisis desde el punto de vista de la adecuación de la medida adoptada, la medida será idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, no lo es si no despliega absolutamente alguna eficacia para la consecución del fin previsto por la norma. Debe recordarse que queda excluido el estudio de otras medidas que pudieran ser más eficaces.

Este principio implica que toda inferencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida *sub examine* para su consecución⁽¹⁹⁷⁾. Ahora bien, si la medida carece de aptitud para alcanzarla o simplemente no tiende a la obtención de los fines legalmente previstos que autorizan la restricción, ha de reputarse inconstitucional⁽¹⁹⁸⁾.

No será adecuada por ejemplo si la finalidad que se persigue no es legal, si la duración e intensidad de la medida no son exigidas por la finalidad que se pretende alcanzar, sino se individualiza a la persona a la que se va a restringir sus derechos, etc.⁽¹⁹⁹⁾

A través de la adecuación la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser

(196) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 154.

(197) STC Exp. N° 00030-2004-AI/TC. En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental.

(198) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 154.

(199) *Ibidem*, p. 160 y ss.

conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo⁽²⁰⁰⁾.

3.5.2. Juicio de necesidad

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, esta debe ser imprescindible⁽²⁰¹⁾, este razonamiento tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos, obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que se sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos⁽²⁰²⁾.

No debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.

Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental⁽²⁰³⁾, en el caso que nos ocupa se refiere a la declaración de nulidad del acto.

En ese sentido, señala González-Cuellar⁽²⁰⁴⁾ que la comparación entre los distintos medios es el rasgo que permite distinguir este principio del resto de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, deduciéndose que la condición que deben cumplir las medidas alternativas, para poder ser comparadas posteriormente en cuanto a sus efectos sobre la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos con las medidas examinadas, es la de ser suficientemente aptas —no igualmente aptas— para la consecución de la finalidad perseguida.

Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista⁽²⁰⁵⁾, siendo esta operación una valorativa, son tres las condiciones que propone González-Cuellar para elegir una alternativa

(200) STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC.

(201) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Arts. 202 al 204 del Código Procesal Penal". En: AA.VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2009, p. 215.

(202) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 189.

(203) STC Exp. N° 00030-2004-AI/TC.

(204) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., pp. 196 y 197.

(205) STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC.

menos gravosa sin que esto signifique la nula efectividad de los derechos fundamentales y la no consecución de los fines propuestos: a) idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa, b) cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restringe; y, c) existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación.

3.5.3. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso⁽²⁰⁶⁾.

Una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, la proporcionalidad estricta se usa con el fin de determinar si, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso en concreto, se determina que el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad⁽²⁰⁷⁾.

Es posible comparar valores y medir intereses con el fin de encontrar el adecuado equilibrio entre la eficacia de uno y el sacrificio de otro; operación que aunque presenta dificultades, sobre todo si se tiende a la optimización, es realizable también en el proceso penal. Como ha señalado parte de la doctrina alemana la persecución penal y los intereses individuales se materializan sobre una escala ordenada de valores sociales⁽²⁰⁸⁾.

(206) STC Exp. N° 00030-2004-AI/TC. En el mismo sentido, vide MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Arts. 202 al 204 del Código Procesal Penal". Ob. cit., p. 204.

(207) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., pp. 225-228. Asimismo, señala que el principio de proporcionalidad en sentido estricto encierra, en definitiva, criterios materiales y su función consiste en asegurar la eficacia de los derechos individuales y en dar protección a los intereses particulares, mediante la técnica de la ponderación de valores y el equilibrio de intereses en juego en el caso concreto. De ello se deduce que la construcción del principio se asienta sobre la teoría de los valores.

(208) *Ibidem*, pp. 232 y 233.

El peso del interés de persecución penal solo puede ser legítimamente comparado con la relevancia de los derechos fundamentales limitados si dicho interés es concebido como el interés propio de los órganos de persecución penal, tendente a asegurar la protección final de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, mediante la aplicación de restricciones que en el proceso resulten necesarias, ya tengan finalidad cautelar, preventiva o de investigación⁽²⁰⁹⁾.

La doctrina alemana ha aislado los siguientes indicadores del interés estatal: la consecuencia jurídica, la importancia de la causa, el grado de la imputación y el éxito probable de la medida⁽²¹⁰⁾.

4. La crítica a las nulidades procesales como consecuencia de la prueba ilícita

La crítica especialmente se dirige a señalar que la nulidad no puede proteger los derechos fundamentales —especialmente los sustanciales—, pues esta sanción no coincide con la ilicitud propia de la infracción de estos derechos⁽²¹¹⁾, siendo las críticas más elaboradas las reseñadas por Asencio Mellado⁽²¹²⁾, pero además también veremos lo que Hairabedián⁽²¹³⁾ dice al respecto. Las críticas son las siguientes:

- a) Toda nulidad es subsanable, siendo posible su subsanación por las partes, toda vez que su apreciación no es automática, pues se encuentra sujeta a la generación de perjuicios en quien la aduce.

(209) *Ibidem*, pp. 251 y 252.

(210) *Ibidem*, p. 252.

(211) ASECIO MELLADO, José María. “El fundamento constitucional de la prueba ilícita. La autonomía del efecto de su ineficacia”. En: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora). *Derecho Probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Universidad de Medellín, Medellín, 2012, p. 134.

(212) ASECIO MELLADO, José María. “La intervención a las comunicaciones y la prueba ilícita”. Ob. cit., p. 185. Sin embargo, ya había señalado antes que las nulidades de actos de obtención de prueba se basan en la indefensión y la violación de una norma o un principio, y no en la violación de un derecho fundamental. Así la prueba prohibida se refería solo a la obtención de fuentes de prueba o la actuación de medios probatorios con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, *vide* ASECIO MELLADO, José María. “Prólogo del autor a la edición peruana de 2008”. En: *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2008, p. XXII. También *vide* ASECIO MELLADO José María. “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000”. En: *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Ob. cit., p. 23.

(213) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 60 y ss.

- b) Produce efectos en otros actos, ya que la regla es la validez de los actos independientes.
- c) El criterio para retirar efectos de los actos inválidos no es de una mera dependencia natural o fáctica, sino funcional, que atiende a la realidad y constancia del perjuicio producido.
- d) Anular los actos de la actividad probatoria que en su mayoría ocurren en la investigación harían retrotraer el proceso hasta etapas anteriores al juicio.
- e) La nulidad recae sobre actos procesales, pero la exclusión probatoria recae además en actos fuera del proceso, aún antes del proceso y por personas que no son sujetos procesales; así sería más amplia.

Respecto a la primera crítica se debe señalar que no es cierto que toda nulidad sea subsanable, pues la nulidad es un efecto o respuesta que invalida los efectos del acto viciado, por tanto, no puede ser subsanado, pues la “subsanabilidad” no es un adjetivo predicable de la nulidad.

Lo que se ha querido referir es que todos los actos viciados son subsanables, toda vez que la cosa juzgada subsana cualquier efecto de la declaración de nulidad, pues después de ella es imposible pedir la nulidad de la sentencia; sin embargo, no solo es imposible alegar la nulidad de la sentencias por vicios del acto, sino toda alegación posible, incluso la producción de la prueba ilícita, es decir, lo mismo ocurre en la propia teoría del autor, por tanto, el efecto de la nulidad vendría a ser el mismo que el de la declaración de prueba ilícita por la que aboga el autor referido.

Además, esta afirmación no es tan cierta, pues existen instancias que actúan después de la cosa juzgada, como es la revisión, la misma que en el CdePP se puede alegar ante un típico acto pasible de nulidad: “cuando la sentencia se basó principalmente en la declaración de un testigo condenado después como falso en un juicio criminal”, si la prueba de cargo es defectuosa es claro que la sentencia no es válida al afectar la presunción de inocencia, entonces, se podría decir que un acto nulo ha destruido la cosa juzgada, sin embargo, estos son casos excepcionales en los cuales por razones de justicia se busca la adopción de un nuevo fallo.

Asimismo, debemos referir que en el CPP se podría alegar como causa de revisión la incorporación de una prueba ilícita, pues es procedente si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez,

adulteración o falsificación. Esta causal de revisión también se refiere a causas de nulidad.

Con relación a que es posible subsanar todo acto procesal porque está sujeta a la generación de perjuicios, esto es correcto, pero debe de apreciarse que se aplica a todos los derechos, incluso los fundamentales, que son limitables en aras de otros bienes igual de importantes, en este caso el llegar a la sentencia de fondo en un debido proceso es un bien igual de relevante que la protección de derechos fundamentales, siendo además que esto se hace luego de analizar muchos valores en juego a fin de equilibrar la eficacia con las garantías, siendo necesario a este efecto un criterio valorativo para decidir.

Como se señala, no estamos ante una declaración automática, pero lo mismo ocurre en la teoría de la prueba prohibida, pues la lesión de un derecho fundamental no es apreciable de forma natural e inmediata —como se pretende—, pues es necesario analizar si es que la afectación agrede o no el contenido esencial del derecho fundamental y este análisis no es una simple constatación, sino implica una valoración de criterios y valores dentro del Estado de Derecho, luego de ello —si es que encuentra que no se lesionó el contenido esencial— se tiene que analizar si es que la lesión es o no proporcional, lo que también implica una valoración de acuerdo a los valores de las Constitución, no solo una constatación inmediata y natural.

Es imposible en el Derecho la mera constatación, pues se requiere valoraciones para imputar consecuencias a determinados actos, por ejemplo, para penar a alguien se requiere todo un análisis de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, lo que implica una serie de valoraciones inmensa, lo propio ocurre cuando se impone una reparación civil a alguien, se hace necesario el uso de todo un conjunto de valoraciones, como la responsabilidad objetiva, las relaciones de causalidad, etc. no podría ser diferente en el caso de los derechos fundamentales ni de ningún otro derecho en el proceso penal, de lo contrario estaríamos ante un método que no sería de imputación, por lo que no podría tener consecuencias en el ámbito del proceso penal.

Es cierto que el acto viciado genera efectos, sin embargo, el hecho de que existan actos independientes del acto inicial, de por sí ya determina que la valoración que se ha hecho de este acto implica que no hay perjuicios y cumple su finalidad sin afectar el orden jurídico, además, en el ámbito de la prueba ilícita este tipo de elementos probatorios son totalmente válidos.

Lo que ocurre es una confusión en las teorías que se exponen, que se genera a partir de las bases acerca de los efectos. Así, se parte de que la prueba ilícita solo se da en la investigación previa a la iniciación del proceso propiamente dicho, de ahí que solo afecta a las fuentes de prueba —pues

medios de prueba solo hay en el proceso—, siendo el efecto por excelencia la inadmisibilidad al proceso, es decir, nunca entrarían al proceso, de ahí que en su teoría no se apliquen las consideraciones de la nulidad procesal, pues esta solo se actúa en el proceso, por ende, critica los supuestos males de la nulidad.

Sin embargo, y luego lo expondremos, también se está de acuerdo en que lo más saludable para el proceso es que no se admita estos elementos —solo así lograría que los actos viciados no generen ningún efecto—; sin embargo, ocurre que estos entran y forman medios de prueba viciados que tienen repercusión en otros medios de prueba contaminando la actividad procesal, de ahí que sea necesario un instrumento que sirva para diferenciar que actos han sido contaminados de los que no a efectos de ser excluidos.

En ese sentido la teoría que se defiende es más útil y menos restrictiva, pues es claro que sea la sanción la inadmisibilidad o la nulidad, siempre la declarará un juez, dentro del procedimiento, por tanto, hacer una teoría donde no se tiene en cuenta esto en aras de un pretendido purismo, no es viable; pues si bien el objeto de la teoría de Asencio Mellado son la fuentes de prueba, estas son realidades extraprocesales, que no pueden ser eliminadas, pues existen independiente del proceso, asimismo, no las puede excluir el fiscal ni la policía —pero pueden no producirla, con lo cual ninguna teoría sería aplicable, ojalá fuera así—, sino el juez por tanto aplicará los criterios valorativos necesarios dentro del proceso, pues es claro que la exclusión de elementos ilícitos implican de por sí una valoración, es imposible la mera constatación, como si se tratara de contar cajas, si fuera así no se necesitaría de un juez especializado a este efecto.

Los actos de investigación, sin bien se realizan todos en la investigación, la nulidad de sus efectos no implica retrotraer el proceso hasta esa etapa, toda vez que, este tipo de actuar es solo una mala práctica de los operadores, no es lo que la ley manda; de ahí que cuando se trata de este tipo de actos lo que se debe hacer es declarar la nulidad de los efectos del acto, los mismos que ya no podrán usarse, no siendo necesario retrotraer el proceso a una etapa precluida —en caso estemos en etapa intermedia o juicio—, de ahí que Maier⁽²¹⁴⁾ señale que solo se regresa a etapa anteriores cuando parezca viable la posibilidad de subsanar los efectos, de otra forma sería inútil esto. Además, la imposibilidad de regresar a etapas precluidas está regulada en el artículo 154.1 del CPP.

Respecto a que la exclusión de pruebas se actúa antes del proceso esto no es correcto, toda vez que la exclusión solo lo hace un juez, en ese sentido, el

(214) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Ob. cit., p. 42.

juez actúa únicamente dentro de un espacio procesal, el hecho que la vulneración se haya realizado ante del inicio del proceso no implica que la sanción sobre ella deba ser contemporánea, si fuera así la regla de exclusión sería un instrumento no solo procesal, sino que tendría un significado más amplio, así podría excluirse actos de policías que no tengan relación alguna con el proceso, lo cual no es así, todos los actos que tengan alguna relación con la regla de exclusión son procesales, toda vez que la regla de exclusión nace de la presunción de inocencia y esto solo tiene cabida dentro del proceso.

III. LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y LA APLICACIÓN DE LA NULIDAD A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Teóricamente con una doctrina mejor estructurada se puede dar una mejor respuesta a los problemas derivados de la regla de exclusión, sin embargo cabe preguntarse si la ley permite esta concepción.

1. En el CdePP

En el CdePP no existe regulación sobre las pruebas prohibida ni sobre la nulidad de actuaciones. Para aplicar la primera, a partir del año 2001, se usa directamente lo dispuesto por las normas constitucionales. Para aplicar la segunda los operadores se remiten a las normas del Código Procesal Civil⁽²¹⁵⁾, toda vez que se usan sus normas siempre que sean adecuados a las normas procesales penales. Los artículos en referencia son los siguientes:

“Artículo 171.- Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad.-

La nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

Como se puede ver, acá se hace referencia al principio de legalidad y finalidad, sin embargo, es claro que el principio de finalidad absorbe a los demás, pues la referencia a la taxatividad de la nulidad implica necesariamente que el acto no haya cumplido su finalidad, pues si hay infracción a normas, pero de

(215) MACHUCA FUENTES, Carlos. “La nulidad en el Código Procesal Penal del 2004”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 298.

todas maneras se cumple su finalidad y no causa perjuicio no tendría por qué declararse nulo, pues lo contrario implicaría que la nulidad solo protege formalidades y no la finalidad de la misma.

En ese sentido, se debería formular un Acuerdo Plenario con la siguiente orientación: “la nulidad se sanciona cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”.

Cambiar la ley a efectos de aplicar la regla de exclusión al proceso penal sería excesivo, pues esto se puede hacer incluso sin cambiarla, solo teniendo en cuenta un correcto entendimiento de las nulidades y el papel de la regla de exclusión en ellas. Por ello sería mejor, en el ámbito del proceso penal, habida cuenta que dentro de poco el CPP reemplazará al CdePP –y esta nueva regulación sí tiene prevé la nulidad– realizar un Acuerdo Plenario, en el cual se señale que el principio que guía las nulidades es el de finalidad, así como establezca cuales son los vicios insubsanables y qué principios son aplicables a ellos. Asimismo, se determine en que momento procesal pueden ser utilizados.

“Artículo 172.- Principios de convalidación, Subsanación o integración.-

Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución.

Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado.

Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo.

No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

El Juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra.

El Juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurren los supuestos del párrafo anterior”.

Como se ve esta norma es de aplicación a todos los actos procesales, sin embargo, en materia penal debe de separarse lo que implica la convalidación, pues esta no se puede aplicar a vicios absolutos.

Por ello creemos que se puede proponer la siguiente redacción para efectos de un Acuerdo Plenario: “existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo. Existe convalidación lógica cuando el facultado para plantear la nulidad hubiera realizado actos que impliquen que no existe perjuicio. No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal”.

“Artículo 173.- Extensión de la nulidad.-

La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquel.

La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario”.

Es claro que estamos ante la aplicación del principio de conservación.

“Artículo 174.- Interés para pedir la nulidad.-

Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido”.

Este artículo implica la aplicación del principio de perjuicio, sin embargo, está redactado teniendo en cuenta solo a los vicios relativos.

Creemos que sería más correcto que se señale en el citado Acuerdo Plenario: “En caso de vicio relativo quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido”.

“Artículo 175.- Inadmisibilidad o improcedencia del pedido de nulidad.-

El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, cuando:

1. Se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio;
2. Se sustente en causal no prevista en este Código;
3. Se trate de cuestión anteriormente resuelta; o
4. La invalidez haya sido saneada, convalidada o subsanada”.

Este artículo es consecuencia directa de la aplicación de los principios ya analizados en ese sentido, se deben de hacer algunas precisiones, en el primer caso al ser un caso de convalidación lógica ya estaría implícita en el artículo 172, por lo que no es necesario repetirlo, en el caso del inciso 2 se tiene que es una aplicación del principio de legalidad, sin embargo, como hemos visto el principio que prima es el de finalidad, por ello no tiene sentido su aplicación.

El tercer supuesto es una clara referencia a que la nulidad se tramite mediante un incidente, pues es una regla que un incidente anteriormente resuelto no debe volver a resolverse. El último inciso implica una apreciación similar.

Dentro del análisis que se ha hecho respecto de la nulidad se debe señalar que no hay mención a cuáles son los vicios insubsanables que deberían tenerse en cuenta al momento de analizar la nulidad del acto probatorio, por ello se debe de recurrir a la regulación plasmada en el CPP que correctamente señala cuales son estos y que efectos tienen, como es la declaración de oficio y su no convalidación hasta la existencia de cosa juzgada, en ese sentido, sería correcta en un Acuerdo Plenario, una redacción como la siguiente:

“Nulidad de vicios absolutos: No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

- a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;
- b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;

- c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;
- d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”.

También es de notar que en la legislación procesal no se ha hecho referencia al principio de proporcionalidad, por lo que, en la línea que abordamos se debería señalar que: “La decisión de declarar nulo los efectos del acto viciado se hará de acuerdo a las reglas del principio de proporcionalidad, en especial los referidos a la necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta”.

2. En el CPP

A diferencia del CdePP el CPP sí regula la nulidad de actuados, así como la regla de exclusión, por ello es necesario analizar cómo es que se puede dar viabilidad a la aplicación de la teoría de la nulidad en este tema y el momento procesal para hacerlo.

La norma que sustenta esta afirmación en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP que señala:

- “1. Todo medio de prueba será valorado solo 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”.

Como se sabe las normas del Título Preliminar son generales, toda vez que son la unión entre los principios constitucionales y la normativa legal, siendo que esta última se ordena en función a la primera y, por ello, en base a las normas del Título Preliminar, de ahí que se entienda que en su primer inciso se hace referencia a la actividad probatoria en general, siendo que señala que debe ser obtenidos los medios de prueba de acuerdo a lo que dispone la ley y la Constitución; sin embargo, usa el término “será valorado”, lo cual puede traer equívocos en cuanto a que una prueba irregular o viciada puede ingresar al proceso, pero no necesariamente ser valorado, cuando lo correcto es que no debe ingresar y si ingresa debe ser expulsada.

La segunda parte refiere a la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales, en ese sentido, esta norma debe ser interpretada de acuerdo al artículo 150 del CPP que señala que adolece de vicio absoluta los actos realizados en inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, en ese sentido este apartado sería la clave para entender que la regla de exclusión se aplica de acuerdo a los principios de la nulidad, sin embargo, esta norma solo hace referencia a las pruebas obtenidas y no así a las actuadas, por ello esta parte debería ser modificada.

Asimismo, refiere como consecuencia de la ilicitud que “carecen de efecto legal” lo cual es ambiguo y puede llevar a pensar que se refiere a una sanción únicamente de no valoración que, como hemos visto, no es correcto.

Para entender mejor es importante hacer referencia al artículo 155 del CPP que regula la actividad probatoria, pues ahí se señala que “la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código”, es decir, este es el marco legal en el cual actúa la nulidad. Siendo que al momento de admitir las pruebas estas se excluyen cuando sean “prohibidas por la Ley”.

La última parte de la norma se refiere a la prueba ilícita a favor del reo, por lo cual debe mantenerse como esta.

Entonces, podemos decir, que en una próxima reforma legislativa, la norma debería decir lo siguiente:

- “1. Todo medio de prueba será *admitido* y valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. *Adolecen de vicio absoluto* las pruebas obtenidas —directa o indirectamente— o *actuadas*, 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”.

Otro artículo que también se refiere sobre la misma materia es el 159 sobre la utilización de la prueba, el mismo que señala: “1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Sin embargo, esta solo viene a repetir lo que ya se ha establecido en el artículo VIII y 155, teniendo un mejor desarrollo en el plano de las nulidades, por lo cual debería ser derogado.

2.1. Artículo 149: Taxatividad

“La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la Ley”.

Es claro que así como la regulación del CPC este artículo hace referencia al principio de legalidad; sin embargo, como hemos señalado, el principio de finalidad absorbe a los demás, pues la referencia a la taxatividad de la nulidad implica necesariamente que el acto no haya cumplido su finalidad, pues si hay infracción a normas, pero de todas formas se cumple su objetivo y no causa perjuicio, no tendría por qué declararse nulo, pues lo contrario implicaría que la nulidad solo protege formalidades y no la finalidad de la misma.

Por perjuicio hay que entender a la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden proceso y en forma mediata a las garantías que son su causa. Interés es la actividad desarrollada por conveniencia o necesidad por alguna de las partes con el fin de obtener algún provecho⁽²¹⁶⁾.

Podemos tomar un ejemplo de Gabriel Torres: en una declaración indagatoria el juez omite hacerle saber al imputado el derecho que tiene a negarse a declarar sin que ello implique presunción alguna en su contra; y, aun así, el procesado no la presta. No obstante el juez vulneró de manera formal una disposición legal que instrumenta una garantía constitucional (aquí el agravio constitucional existe) este no tiene ningún efecto ni en la causa ni el acto propiamente dicho⁽²¹⁷⁾.

Al respecto la Casación N° 2378-2000, de la Sala Civil Transitoria, de 30 de abril de 2001 señaló que el criterio de esencialidad implica que la declaración de nulidad del vicio debe influir de manera decisiva sobre el acto, de tal modo que puede ser capaz de producir su ineficacia, además, debe tener una influencia sobre la sentencia o sobre el curso del proceso⁽²¹⁸⁾.

La Sala Penal Permanente en la sentencia de Casación N° 22-2009-La Libertad, de 23 de junio de 2010, señaló que es absolutamente cierto que las

(216) TORRES, Sergio Gabriel. Ob. cit., p. 35.

(217) *Ibidem*, p. 36.

(218) CÁCERES JULCA, Roberto E. Ob. cit., p. 79.

nulidades procesales están sometidas al principio de taxatividad en cuya virtud solo cabe declararlas cuando lo autorice la ley procesal y siempre que produzcan un efectivo perjuicio cierto e irreparable o una efectiva indefensión. Esta última prevención no es sino el reconocimiento del principio de trascendencia en materia de nulidades procesales⁽²¹⁹⁾.

Ledesma Narváez⁽²²⁰⁾ deduce dos consecuencias importantes: a) El acto procesal es válido aun siendo irregular o defectuosa su constitución, si ha logrado el fin a que estaba destinado. B) En caso de duda sobre la configuración del vicio procesal, corresponde declarar la validez del acto desde que la nulidad debe ser considerada un remedio excepcional o último.

En sentido similar la Casación N° 8798-2013-Moquegua, de 2 de diciembre de 2013, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, señala que “las instancias de mérito efectuando una calificación severa y excesiva del escrito de demanda han rechazado la misma, privilegiando un aspecto formal, como es la errada formulación de pretensiones y no el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, pese a que el Tribunal Constitucional ha desarrollado suficientemente cuando nos encontramos frente a un despido nulo y fraudulento; debiendo precisarse además que el Código Procesal Civil –de aplicación supletoria al proceso laboral– en los artículos 83 a 90 prevé la figura procesal de acumulación objetiva originaria de pretensiones, señalando que esta puede ser subordinada, alternativa o accesoría, estableciendo además los requisitos de procedencia de dicha acumulación; normativa que ha sido inobservada por las instancias de mérito al momento de calificar la demanda; y que ante una errada formulación de pretensiones, debió ser aplicada en virtud del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil que establece ‘el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente’; y del principio de elasticidad de los formalismos regulado en el artículo IX del acotado cuerpo legal, que precisa: ‘(...) Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso’”⁽²²¹⁾.

(219) ALVA MONGE, Pedro José y SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán. *Las casaciones penales en el Perú*. Tomo I. Jurista, Lima, 2014, p. 403.

(220) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. 5ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 461.

(221) GACETA JURÍDICA. *Las nulidades procesales en la jurisprudencia casatoria*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 329.

En ese sentido, la norma, en realidad, debería decir: “la nulidad se sanciona cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”.

2.2. Artículo 150: Nulidad absoluta

“No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

- a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;
- b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;
- c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;
- d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”.

La regulación sobre las nulidades en este Código establece la diferencia entre nulidades absolutas y relativas, sin embargo, como hemos visto, se debe hablar de vicios insubsanables y vicios relativos. Asimismo, hace referencia a los defectos que generan insubsanabilidad como son los presupuestos procesales, que son las condiciones básicas sin cuya presencia en la realidad no podríamos reconocer la existencia de un procedimiento penal como método de actuación –positiva o negativa– del poder penal estatal. Pertenecen a estas condiciones básicas: a) La existencia de un objeto del procedimiento, propuesto correctamente y factible de ser resuelto en una decisión del tribunal penal. b) La correcta constitución del tribunal y su competencia para decidir el caso. c) La participación del acusador en el procedimiento, en tanto ella sea una condición de validez del procedimiento o una condición para la imparcialidad del tribunal o la posibilidad de resistir la imputación por parte del imputado (defensa). d) La participación y asistencia del imputado en el procedimiento. e) Las reglas formales básicas del procedimiento que habilita la decisión⁽²²²⁾.

(222) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Sujetos procesales*. Tomo II. Ob. cit., pp. 102 y 103.

La Casación N° 413-2014-Lambayeque, de la Sala Penal Permanente, de 7 de abril de 2015, señala que el criterio de esta norma es que la protección de derechos fundamentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y, por tanto, labor del magistrado. Así, la posibilidad de declarar nulidades sin petición de parte se entiende limitada a aquellas situaciones que no pueden ser admitidas por el Derecho, so riesgo de corromper la idea de proceso⁽²²³⁾.

La nulidad de oficio es taxativa, de ahí que se den 4 presupuestos, pero el último es una regla amplia, pero siempre dentro de los límites de la norma. Esta facultad del órgano jurisdiccional para vigilar de oficio la regularidad del proceso encuentra su fundamentación en el marcado carácter de orden público que tiene las normas procesales, que las hace de obligado cumplimiento. Para Vilela Carabajal son requisitos de esta declaratoria, que: a) Aún no haya recaído sentencia firme o resolución de análoga eficacia. b) No proceda la subsanación. c) Se dé audiencia previa a las partes⁽²²⁴⁾.

El primer supuesto de nulidad absoluta atañe al derecho de defensa del imputado que según la Constitución debe garantizarse durante el desarrollo de todo el proceso penal. Señala Velázquez Delgado que la intervención tiene que ver en cuanto, frente a la actuación del juez y fiscal, el imputado debe estar presente, siempre que no haya prohibición legal. La asistencia está relacionada a la defensa técnica: al nombramiento e intervención del defensor. Su representación hace referencia a situaciones diversas a la anterior, pues actuará técnicamente en vez del imputado⁽²²⁵⁾. La última norma, es una clara referencia a un ejemplo de nulidad absoluta: la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia

El segundo supuesto tiene que ver con el órgano jurisdiccional: el nombramiento es el acto administrativo que contiene la designación de una persona en el cargo de juez. La capacidad se refiere a la prescripción de las leyes orgánicas del Poder Judicial, tanto en lo referido a la aceptación del cargo, efectiva instalación en la sede respectiva, como la relativa a la competencia y el apartamiento a partir de una de las causales de recusación. La constitución se vincula a su integración para asegurar el ejercicio de los actos propios de sus funciones⁽²²⁶⁾.

(223) DI GIULIO, Gabriel. Ob. cit., p. 133.

(224) VILELA CARBAJAL, Karla. "Medios de impugnación y nulidad procesal". En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 181 y 183.

(225) VELÁZQUEZ DELGADO, Percy. Ob. cit., p. 260.

(226) TORRES, Sergio Gabriel. Ob. cit., p. 183.

En cuanto al tercero, proponer legítimamente la imputación como objeto del procedimiento, esto es, como tema de una decisión penal, se trata de presupuestos materiales de la persecución. Los referidos a la manera de proponer esa imputación son los presupuestos formales⁽²²⁷⁾. La participación del fiscal tiene que ver con las normas que regulan su nombramiento y funcionamiento y la efectiva participación cuando sea obligatoria⁽²²⁸⁾.

Pertenece al desarrollo de la última, la necesidad de derivar presupuestos u obstáculos procesales de la inobservancia, por parte del Estado de reglas básicas comprendidas entre las declaraciones de los derechos humanos⁽²²⁹⁾. La inobservancia de los derechos y garantías previstos por la Constitución es una cláusula abierta para cualquier acto llevado a cabo violando dichas garantías, pues será nulo, al igual que cualquier otra prueba obtenida ilegalmente, aunque este aportada al proceso en legal forma⁽²³⁰⁾.

La Casación N° 22-2009-La Libertad indicó que el artículo 150 del CPP establece las causales de nulidad absoluta, que por ser tales pueden ser declaradas de oficio. Un motivo específico es la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstas por la Constitución (literal d, del art. 150). Sin duda una de las garantías específicas, compatible con el principio de justicia material que exigen los artículos 43 y 44 de la Constitución y se incardina en la garantía genérica del debido proceso (art. 139, inc. 3 de la Ley Fundamental), es la averiguación lícita de la verdad que garantiza una sentencia justa —el derecho material se realiza comprobando la verdad material— lo que en modo alguno se cumple cuando se asume una concepción de mera justicia de procedimiento, esto es, que se limite a garantizar la justicia de las condiciones de combate entre las partes.

Entonces, las nulidades absolutas son las que se aplican cuando se afecta el orden público o alguna garantía constitucional, en cambio, como veremos, las relativas surgen cuando el acto afecta un interés particular y rige en beneficio de las partes⁽²³¹⁾.

Al respecto la Casación N° 413-2014-Lambayeque señala que la diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina la nulidad. Si se trata de vicios leves, las cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces no encontramos frente a una nulidad relativa. Por el

(227) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Sujetos procesales*. Tomo II. Ob. cit., p. 103.

(228) TORRES, Sergio Gabriel. Ob. cit., p. 183.

(229) MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Sujetos procesales*. Tomo II. Ob. cit., p. 134.

(230) GABRIEL, Sergio. Ob. cit., p. 95.

(231) *Ibidem*, p. 57.

contrario, si nos hayamos frente a vicios muy graves, no convalidables, entonces nos entraremos frente a la nulidad absoluta.

En el ámbito de los recursos señala la citada Casación que el magistrado del tribunal revisor tiene la capacidad para declarar de oficio una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, atendiendo al rol de garante que cumple el magistrado al interior del proceso penal, está facultado normativamente a intervenir en estos casos.

2.3. Artículo 151: Nulidad relativa

1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca.
2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.
3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto.
4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva”.

La nulidad relativa se presenta en aquel acto que pese a contener un vicio de forma mantiene y produce los efectos mientras no sea cuestionado bajo el mecanismo de la nulidad por la parte directamente afectada o interesada, por tanto, es relativamente nulo mientras que el órgano jurisdiccional no trabe conocimiento del acto viciado y es anulable su puesto a conocimiento del juez se solicita la rescisión⁽²³²⁾.

En este artículo se analiza las cuestiones referentes a los vicios subsanables, por ello creemos que el título no es correcto. En su mayor parte se dedica este artículo a describir el principio de perjuicio, por ello el solicitante debe señalar el defecto y proponer la solución correspondiente.

(232) CÁCERES JULCA, Roberto E. Ob. cit., p. 62.

Sin embargo, no dice nada respecto a que este también debe decir cuál es la defensa que no ha podido realizar, es decir, cual es el agravio, pues resulta una exigencia del principio de trascendencia que quien postula la nulidad procesal tiene la carga, el deber y la obligación de probar que el vicio alegado le ocasionó un perjuicio cierto o irreparable⁽²³³⁾.

Para Di Giulio, en atención a su normativa, quien alega el vicio habrá de invocar la causa que ocasiona y los hechos en los cuales ella se funda, exponiendo al mismo tiempo las razones que permitan concluir que, por el vicio procesal, quien deduce la nulidad ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplir cuando era pertinente. Este es el sentido de interés afectado o perjuicio (...) De ponderarse el interés afectado se jerarquiza a función de la forma, por antonomasia, se evita la chicana y el mero planteo dilatorio⁽²³⁴⁾.

Asimismo, la norma señala el plazo para interponerlo, lo cual es correcto. En ese sentido, debería decir: “2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto, señalando la defensa que no pudo realizar y proponer la solución correspondiente”.

El último inciso se refiere a la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que significa: nadie será oído si alega su propia torpeza. Tiene su origen en la regla conforme a la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos: *adversus factum quis venire non potest*⁽²³⁵⁾.

2.4. Artículo 152: Convalidación

“1. Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos:

- a) Cuando el Ministerio Público o los demás sujetos procesales no hayan solicitado oportunamente su saneamiento;
- b) Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto;
- c) Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes.

(233) *Ibidem*, p. 80.

(234) DI GIULIO, Gabriel. Ob. cit., p. 131.

(235) MARTÍNEZ FLORES, Héctor. “Las nulidades procesales”. En: *Revista Jurídica Cajamarca*. Disponible en: <<http://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista9/nulidades.htm>>.

2. El saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados”.

El principio de convalidación es producto de la conjugación de los principios de economía procesal y de conservación de los actos procesales⁽²³⁶⁾.

Parte de la idea de que debe propugnarse la preservación del acto procesal, salvo que exista un defecto grave que impida su convalidación, distinguiéndose dos tipos de convalidación: a) Expresa, cuando la parte perjudicada ratifica el acto viciado. b) Tácita, cuando no se efectúa impugnación alguna al acto viciado⁽²³⁷⁾.

La Casación N° 1998-2000, de 30 de abril de 2001, señala que el principio de convalidación de las nulidades indica que su naturaleza esencial recae en el principio de iniciativa de parte y, por lo tanto, el órgano jurisdiccional no puede sustituirse en el lugar de una de las partes y anular actos procesales que han sido consentidos por estas⁽²³⁸⁾.

Como señala la norma no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal. En caso de duda debe mantenerse la validez del acto. En efecto, el criterio de las nulidades procesales debe ser restrictivo, este criterio deriva del principio de conservación de los actos procesales, que es aquel que consagra la conveniencia de preservar la eficacia, la validez de los actos frente a la posibilidad de anulación o pérdida, lo que llevaría a un resultado disvalioso para el proceso⁽²³⁹⁾.

Las nulidades procesales admiten que puedan ser saneadas por la concurrencia de la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente, pero el principio de convalidación no opera para actos inexistentes ni cuando se encuentren afectados por vicios sustanciales, mediante la Casación N° 216-2003-Cusco, del 31 de marzo de 2004, la Corte Suprema señaló que si bien no existe pronunciamiento expreso respecto de los fundamentos expuestos por el recurrente en su apelación, el vicio debe tenerse por saneado si no va a influir en el sentido de la sentencia⁽²⁴⁰⁾.

(236) CÁCERES JULCA, Roberto E. Ob. cit., p. 88.

(237) MACHUCA FUENTES, Carlos. Ob. cit., p. 299.

(238) CÁCERES JULCA, Roberto E. Ob. cit., p. 85.

(239) MARTÍNEZ FLORES, Héctor. Ob. cit.

(240) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Ob. cit., p. 468.

En esta norma se hace referencia a los principios de convalidación y subsanación o saneamiento, haciendo hincapié en que el primero no se aplica a los vicios insubsanables.

2.5. Artículo 153: Saneamiento o subsanación

- “1. Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado.
2. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este Código”.

Este artículo señala que los defectos deben siempre ser saneados; sin embargo, no pueden ser subsanadas aquellas nulidades que afecten cuestiones esenciales establecidas por razones de orden público y para garantizar el ejercicio efectivo de una garantía constitucional⁽²⁴¹⁾.

Asimismo, refiere que este no implica que el proceso deba retrotraerse el proceso a una etapa ya precluida.

En el ámbito de la prueba prohibida señala Di Giulio que si la reposición al estado anterior, en virtud de la nulidad decretada restableciera un estado antijurídico, la misma no resultará jurídicamente posible, porque los jueces no pueden coadyuvar a la concreción de la antijuridicidad, piénsese en un allanamiento ilegal a través del cual se rescató a la persona secuestrada o se encontró un cadáver o se hallaron bienes sustraídos ¿habría que devolver la persona secuestrada, el cadáver o los bienes a quien los tenía? Claro que no⁽²⁴²⁾.

2.6. Artículo 154. Efectos de la nulidad

1. La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisará los actos dependientes que son anulados.
2. Los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido.

(241) TORRES, Sergio Gabriel. Ob. cit., p. 81.

(242) DI GIULIO, Gabriel. Ob. cit., p. 149.

3. La declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo. Sin embargo, no se podrá retraer el proceso a etapas ya precluidas salvo en los casos en que así correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de apelación o de casación.
4. La declaración de nulidad de actuaciones realizadas durante la Investigación Preparatoria, no importará la reapertura de esta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la etapa intermedia”.

El acto procesal puede ser declarado nulo en todo o en parte, respecto al elemento invalidante, ello en razón que el acto procesal viciado tiene independencia en cuanto no afecte directamente o indirectamente a otros actos, así, deducida la nulidad solo afecta aquella porción de lo resuelto que se encuentra viciado, se aplica aquí el principio de conservación⁽²⁴³⁾.

Este artículo en un primer momento hace referencia al principio de conservación de los actos procesales, haciendo hincapié en que cada acto que sea anulado debe ser expresamente señalado. Es importante señalar la opción del Código por no retrotraer el proceso a etapas precluidas, sobre todo a la investigación que es donde se produce generalmente los vicios en los actos de prueba.

La sentencia de Casación N° 16-2006 Huaura, de 12 de marzo de 2010, al respecto señala que la anulación de la sentencia emitida tras un juicio oral público y contradictorio, si se afirma la existencia de un defecto estructural de la sentencia no trae irremediabilmente consigo la nulidad del juicio oral y la necesidad de su repetición. La opción anulatoria en estas circunstancias necesariamente debe asumirse como última *ratio* y siempre que, de un lado se cumplan acabadamente los principios de taxatividad y trascendencia y se configure una efectiva indefensión material a las partes concernidas —que menoscabe el derecho a intervenir en el proceso, a utilizar los medios de prueba pertinentes a los hechos alegados, y, en su caso y modo, el derecho de utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales—, centrada en la vulneración de sus derechos y/o garantías procesales de jerarquía constitucional⁽²⁴⁴⁾.

Como se ve, si bien todo el articulado de este capítulo es en su mayoría correcto, no se hace referencia al principio de proporcionalidad, el mismo que

(243) CÁCERES JULCA, Roberto. Ob. cit., pp. 52 y 53.

(244) ALVA MONGE, Pedro José y SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán. Ob. cit., p. 378.

debe tenerse en cuenta al momento de tomar la decisión de declarar nulo los efectos de un acto viciado o no. Por ello debería incorporarse un artículo que señale lo siguiente:

“La decisión de declarar nulo los efectos del acto viciado se hará de acuerdo a las reglas del principio de proporcionalidad, en especial los referidos a la necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta”.

IV. EFECTOS

1. Momento de la exclusión

Como hemos señalado, el acto viciado produce efectos en el proceso, esto es así en la medida que existe un nexo entre la irregularidad al momento de realizar el acto y su consiguiente declaración de ineficacia, este nexo como hemos visto es normativo⁽²⁴⁵⁾. Por ello es necesario que no ingrese al proceso, si es que esto ya se hizo, entonces no cabe otra opción que eliminarlo, así como a los efectos que haya generado, como veremos a continuación, esto se traduce en dos oportunidades:

- Inadmisión de la prueba en el proceso.
- Prohibición de valoración de la prueba en el juicio.

1.1. En la admisión de los medios de prueba

La exclusión de la prueba ilícita no solo es motivo de polémica en cuanto a su contenido, sino en cuanto al momento procesal de hacerlo efectivo, así se señala que debe de hacerse en el juicio oral, mientras refieren otros que debe de hacerse en la primera oportunidad en la que se tenga conocimiento de esto.

Es importante dilucidar en qué momento es mejor hacer esto, pues como refiere Armenta Deu⁽²⁴⁶⁾ un tratamiento previo en la instrucción determina

(245) En cambio, para los partidarios de la prueba ilícita española es un nexo causal, así señalan que la obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, como el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona, por caso. La característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso se lograra. *Vide* DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001, p. 22.

(246) ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2ª edición, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 134.

entre otras cuestiones acordar o no medidas cautelares o imputar a alguien sobre la base de datos obtenidos ilícitamente.

Dentro de las críticas a la exclusión en etapas tempranas se señala que se opone a principios del derecho probatorio: que la prueba se practique solo en el juicio bajo la contradicción y publicidad. Asimismo, como razón de orden procesal se señala que el juez que excluyó la prueba ilícita deberá apartarse o ser recusado al haber tenido contacto con tal acto de investigación⁽²⁴⁷⁾.

Por último, se señala que en la instrucción no corresponde al juez y menos al fiscal resolver la cuestión relativa a la licitud o ilicitud de las pruebas, pues no existe previsión legal a tal efecto⁽²⁴⁸⁾. Esta es la principal causa por la cual en el Código de Procedimientos Penales no se excluye la prueba ilícita en los inicios del proceso penal, no existen mecanismos para alcanzar este objetivo, no existe una audiencia o medio de defensa que permita excluir este tipo de actos lesivos. Por ello, es fácil para los operadores decir que se excluirá la prueba ilícita en el momento de la sentencia, cuando se valoran las pruebas.

Sin embargo esto no debería ser así, pues el proceso penal es una extensión del Derecho Constitucional y por tanto debe de seguir su norte, en ese sentido, ante un acto que vulnera derechos lo correcto es que el juez penal (que también se rige por el derecho constitucional) excluya esta actuación, pues así se lo exige la Constitución.

Respecto a las críticas, en tanto que supuestamente esta exclusión temprana se opone a los principios del Derecho Probatorio, debe de señalarse que esto no es cierto, pues si bien la prueba es solo aquella que se practica en el juicio oral con base a ciertos principios, se debe tener en cuenta que este acto de investigación, que llega al juicio como un supuesto “medio de prueba”, nunca se convertirá en tal, pues existen requisitos de orden legal que se vulneraron en su obtención, por tanto, por más que llegue al juicio nunca será prueba. Es decir, no estamos ante un problema de afectación al principio de libre valoración de la prueba⁽²⁴⁹⁾, sino ante una vulneración del principio de legitimidad de la prueba, de cumplimiento de las normas y principios que regulan la actividad probatoria, la misma que tiene conexión con el derecho a la presunción de inocencia; esto es así toda vez que la legitimidad de prueba se analiza desde el inicio del proceso penal, separando aquellos medios

(247) *Ibíd.*, pp. 134 y 135.

(248) *Ibíd.*, p. 135. De esto da cuenta VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. *Ob. cit.*, pp. 150 y 151.

(249) Sobre el particular *vide* ASENIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*. *Ob. cit.*, pp. 105 y 106.

de prueba que han vulnerado derechos en el proceso, en cambio, la libre valoración de la prueba se realiza en el juicio mismo, es decir, después de analizado la legitimidad de la prueba.

En cuanto a que el juez debe ser recusado, esto tampoco tiene asidero, pues el juez que ha excluido la prueba ilícita ha actuado conforme a derecho, por tanto, no puede haber sospechas de su actuación, pues al juez en nuestro sistema se le exige la imparcialidad —objetiva y subjetiva— y no la ausencia de contaminación, si el juez excluyó la prueba ilícita lo más seguro es que no la tenga en cuenta al momento de tomar otras decisiones, pues sabe que no debe hacerlo, asimismo, como se supone que el acta o el soporte donde se pretendía incorporarlo al proceso el acto viciado, ha sido expulsado del expediente, no hay forma de remitirse de forma subrepticia a este.

Entonces, lo que se busca es que el acto de investigación que ha sido viciado por ningún motivo ingrese al proceso, pues si bien no va ser utilizado para condenar —por estar en una etapa inicial—, el hecho de estar en el proceso lo hace susceptible de ser usado para fundamentar otro tipo de resoluciones (acusación, excepciones, medidas de coerción, etc.) lo cual tampoco sería legítimo.

De no ser así, el juez que va a tomar alguna decisión en la etapa de investigación estará contaminado con el conocimiento de ese acto, que producirá un efecto psicológico negativo —siempre que no excluya esta evidencia—, pues lo tendrá en cuenta para decidir, aunque no sea declarado en la motivación de la resolución.

Desde un punto de vista más práctico se puede señalar que excluir los materiales probatorios viciados antes del juicio garantizará la concentración y la eficacia del juicio oral⁽²⁵⁰⁾, toda vez que la atención estará concentrada en las pruebas y no en la exclusión de las mismas.

Ahora bien, vista la necesidad y posibilidad de excluir los medios probatorios viciados antes del juicio oral es necesario referir sobre la base de qué procedimiento se debe hacer, pues se ha señalado que la regla de exclusión probatoria se basa en la nulidad procesal, es decir, ¿tendremos que instar el incidente de nulidad en la investigación o en la etapa intermedia?

(250) VOGLER, Richard. Ob. cit., p. 404.

1.1.1. Investigación

En la investigación en el CdePP no hay una forma establecida y especial a este efecto, por ello cabría pedir la inadmisibilidad del acto de investigación viciado en el auto de apertura de instrucción, si es que de todas formas ingresa al proceso será necesario instar el incidente de nulidad a lo largo del proceso.

En el CPP si bien no hay un incidente a este efecto en la etapa de investigación, pues ya no hay un auto de apertura de instrucción, sino una disposición de formalización de la investigación preparatoria, es necesario referir que por su especial relevancia en la afectación de derechos fundamentales se podrá excluir los actos de investigación irregulares.

La investigación regulada en el CPP estructura una serie de actos procesales que favorecen la contradicción y el respeto de las garantías de las partes que intervienen en ella. Es así que tenemos tres mecanismos a través de los cuales se puede excluir la prueba ilícitamente obtenida:

- Confirmación judicial
- Apelación
- Tutela de derechos

La confirmación judicial es una medida prevista en el artículo 203 del NCPP⁽²⁵¹⁾ y tiene como presupuesto casos en los cuales no ha existido autorización judicial para realizar un acto de afectación de derechos fundamentales. Es así que el fiscal está obligado a solicitar inmediatamente, luego de producida la diligencia, la confirmación judicial, para poder subsanar esta falta que implica la ausencia de un requisito importante para la legitimidad de actos de afectación de derechos fundamentales: el principio de jurisdiccionalidad.

Siendo que el juez evaluará en ese momento la insuficiencia de la medida, es que se analiza si es legítima o no esta diligencia, es decir, estamos ante un análisis acerca de la exclusión de un material probatorio que ha afectado los

(251) Artículo 203.- Presupuestos

“(…) 3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El juez de la investigación preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la policía o la fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile”.

derechos fundamentales, de ahí que esta medida sea una primera forma de excluir prueba ilícita, si la hubiera.

Otra forma de excluir este tipo de actos de investigación la tenemos en la apelación del auto que autoriza esta medida, según lo dispuesto en el artículo 204 del CPP⁽²⁵²⁾. Así, tenemos que la apelación de autos es la garantía de un nuevo examen de aquella resolución que causa agravio a la parte. Siendo un nuevo examen es claro que al verificar la suficiencia de la medida que afecta derechos fundamentales, la Sala de Apelaciones podrá pronunciarse por excluir este acto de investigación (si lo hace de forma ilegítima) o no.

La última forma de excluir este material probatorio contaminado es mediante la audiencia de tutela de derechos. Esta audiencia es una institución que busca, de modo subsidiario⁽²⁵³⁾, proteger los derechos de las partes en el proceso penal.

Su ámbito de aplicación está regulado en el artículo 71 del CPP. Este apartado es un listado de derechos que posee el imputado que tienen que ver con el derecho de defensa, lo que en una interpretación sistemática, en relación con los apartados 1 y 4, tenemos que cumple una función ejemplificadora y no taxativa. Es decir, a estos supuestos no se reduce la aplicación de la audiencia de tutela de derechos, sino a cualquier estado de indefensión o perjuicio, siempre que no exista otro medio que sea idóneo para resguardar los derechos de las partes.

Si hubiera alguna situación que no pudiera ser analizada mediante los respectivos instrumentos procesales (reexamen, apelación, nulidad, etc.) y se

(252) Artículo 204.- Impugnación

“1. Contra el auto dictado por el juez de la investigación preparatoria en los supuestos previstos en el artículo anterior, el fiscal o el afectado pueden interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de ejecutada la medida. La Sala Penal Superior absolverá el grado, previa audiencia, con intervención de los sujetos procesales legitimados”.

- (253) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Conversatorio en torno a los temas que debatirá el VI Pleno Jurisdiccional Penal Supremo. Audiencia de tutela (art. 71.4 CPP)”, p. 2. Disponible en: <www.incipp.org.pe/modulos/contenidos/descargar.php?id=47>. En el mismo sentido, SALAZAR ARAUJO, Rodolfo Arturo. “La tutela de derechos y sus modalidades en el nuevo sistema procesal penal peruano”. Disponible en: <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=busqueda&com=busqueda&search=tutela&modulo=documento&button=Buscar&page=0>>. En sentido contrario, CUPE CALCINA, Eloy Marcelo. “Tutela de derechos. Una aproximación a su ámbito de aplicación”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 40. Para este último autor la tutela de derechos tiene una naturaleza extensiva que se aplicará incluso cuando haya otros medios igualmente satisfactorios. También se puede ver: ALVA FLORIÁN, César. “Cuestiones referidas a la tutela de derechos y al control de plazos en el nuevo Código Procesal penal”. En: URQUIZO VIDELA, Gustavo (coordinador). *Investigación preparatoria y etapa intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Manual N° 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 41 y ss.

afecten los derechos fundamentales, de tal forma que impliquen una actividad probatoria ilícita, el afectado está en la facultad de instar una audiencia de tutela de derechos; por ejemplo, pensemos en el caso de una persona que ha sido interrogada con violencia y se ha visto obligada a confesarse culpable.

Pero no solo en la etapa de investigación se puede excluir este material ilícito, en las siguientes etapas también se cumple esta regla y de una manera más amplia, como veremos.

1.1.2. Etapa intermedia

Respecto a la etapa intermedia, la regla de exclusión es, por algunos, rechazada con base en que la prueba aún no ha sido actuada, sin embargo, como hemos visto, esto no es así, pues estamos ante un problema de legalidad y no de libre valoración de la prueba. Para quienes creen que se debe usar la información traída ilícitamente en la investigación y no en el juicio esto es lo adecuado, así en Chile se regula esta exclusión en su artículo 276⁽²⁵⁴⁾, señalando un autor de ese país que “esta solución no es casual y corresponde al claro propósito legislativo de excluir la prueba con anterioridad al juicio oral, por considerarse esta la manera más adecuada y segura de restarle posibles efectos perniciosos a un material probatorio que de ningún modo puede servir de fundamento a una sentencia criminal”⁽²⁵⁵⁾. En Estados Unidos antes del juicio existe una audiencia específica de supresión de este tipo de actos de investigación: *suppression hearing*, dicha audiencia precisa de la interposición de una moción de supresión por parte del acusado interesado en la exclusión de determinadas fuentes de prueba obtenida violando un derecho constitucional suyo⁽²⁵⁶⁾.

En el Perú no hay una disposición expresa para excluir prueba prohibida en la etapa intermedia, sin embargo, es necesario hacer esto, toda vez que así se cumple con el análisis de lo hecho en la etapa de investigación y así

(254) Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral

“El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios (...). Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (...).”

(255) HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Colección de investigaciones jurídicas. N° 2, 2ª reimpresión, Universidad Jesuita Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2005, pp. 87 y 88. Luego señala que antes de la audiencia de preparación del juicio oral no parece formalmente posible la exclusión de prueba ilícita, en cuanto dicho material puede servir de base para decisiones relevantes durante la etapa de investigación.

(256) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 141.

se prepara mejor el juicio oral. Por ello se señala que el artículo 350.1 del CPP autoriza tal práctica. Este artículo señala cuales son las posibilidades que tienen las partes una vez conocida la acusación, como puede ser el presentar excepciones, solicitar medidas de coerción, etc., pero en su apartado h) se prescribe una regla que amplía estas posibilidades: “plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio”⁽²⁵⁷⁾, entonces, se entiende que el excluir la prueba prohibida servirá para preparar mejor el juicio oral, pues así se evitará que el juzgador tenga contacto con este tipo de evidencia y se produzca el llamado efecto psicológico de la prueba prohibida.

Como vemos, en la etapa intermedia ocurre algo similar, tanto en el CdePP como en el del CPP no hay regulación expresa –pero en el CPP sí la excluyen por interpretación sistemática–, sin embargo, así como en el auto de apertura de instrucción también puede ser excluida, pues en estos casos, tanto en la investigación, como en la etapa intermedia se da la concurrencia de una serie de actos que ingresan medios de prueba al proceso, siendo actos procesales de prueba, estos pueden ser inadmitidos, pues existe la sanción de inadmisibilidad⁽²⁵⁸⁾ en toda cuestión procesal, como veremos.

En doctrina procesal se diferencia los distintos tipos de controles que merece una cuestión procesal, así se tiene que todo tipo de cuestión se resuelve mediante su admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad.

La tercera implica una decisión sobre el fondo del asunto, pero no se debe equiparar asunto con pretensión, en ese sentido, no solo se declara fundada la sentencia, sino cualquier otra cuestión anterior, como una excepción o una medida cautelar, pues cada cuestión tiene un fondo por el cual se deben de pronunciar, así como tienen requisitos de procedibilidad y admisibilidad que determinan su viabilidad procesal, como requisito previo de la declaración de fundabilidad⁽²⁵⁹⁾. En el ámbito probatorio la cuestión de fondo sería la

(257) Refiere Alcides Chinchay que se puede controlar la legalidad de la prueba en el control de la acusación con base en los artículos 351.4 y 352.5, en concordancia con los artículos VIII del Título Preliminar y 159. CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario. “¿Para qué hacer un control de la acusación? Un análisis del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116”. En: URQUIZO VIDELA, Gustavo (coordinador). *Investigación Preparatoria y etapa intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Manual N° 1. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 163. También vide VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamento, efectos y excepciones”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 26. Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2011, p. 198 y PÉREZ ARROYO, Miguel. Ob. cit., p. 49.

(258) A favor de esta sanción MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Ob. cit., p. 39.

(259) MONROY PALACIOS, Juan José. “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. N° 1/1, Corte Suprema de Justicia de la República, Lima, 2007, pp. 299-302.

valoración de los medios probatorios, de ahí que para hacer esto es necesario que los medios probatorios sean válidos obtenidos y actuados conforme a la norma legal y constitucional.

Procedibilidad y admisibilidad son declaraciones que se efectúan sobre la viabilidad procesal de una cuestión antes de la declaración de fundabilidad de la misma, la diferencia entre ellas no la encontramos con respecto a la materia sino con respecto a las consecuencias jurídicas, así la inadmisibilidad deniega la posibilidad de un pronunciamiento de fundabilidad que puede ser subsanado en un plazo perentorio⁽²⁶⁰⁾. En cambio, la improcedencia es una declaración de inviabilidad definitiva, por ejemplo, si el abogado no cumple con presentar su escrito de recurso en un plazo establecido por ley como obligatorio, pasado este ya no lo podrá presentar⁽²⁶¹⁾.

En el caso del auto de apertura de instrucción y el pronunciamiento por la acusación, es claro que son cuestiones que tienen por fondo resolver si es que se pasa al siguiente estadio del proceso penal; sin embargo, si es que estas aparejan actos probatorios viciados es claro que no se cumple con la regularidad procesal, sobre todo cuando estos actos vulneran el contenido esencial de ciertos derechos, de ahí que no puedan ser admitidos al proceso penal, en ese sentido, antes de pronunciarse por si es necesario abrir la siguiente etapa del proceso penal, se tienen que absolver estas deficiencias, así, constatado el vicio, se puede devolver el expediente a fin de que eliminen el acto viciado o el juez lo hará de oficio, solo así podrá pronunciarse de forma válida por el fondo del asunto.

En ese sentido, la regla en el proceso penal es la inadmisibilidad de estos actos viciados, sea en el auto de apertura de instrucción o en el control de la acusación —tanto del CdePP como del CPP—, asimismo, se tiene mecanismos especiales para inadmitir actos viciados provenientes de lesión de derechos fundamentales como la confirmación y la apelación de actos restrictivos de derechos —y en su caso la tutela de derechos—, si no se logra esto la norma

(260) Ídem.

(261) La distinción entre procedencia y admisibilidad es tan sutil que solo existe en el plano negativo y no está referida al aspecto sobre el cual inciden (la validez de la cuestión o del procedimiento que le sirve de soporte), sino a las consecuencias procedimentales que cada una acarrea. Mientras la improcedencia constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente; la inadmisibilidad es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia la existencia de un vicio subsanable y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. Superada la inadmisibilidad nace el derecho de la parte a un pronunciamiento de fondo; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que esta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de improcedencia. Ídem.

permite instar el incidente de nulidad procesal, como oportunidad para expulsar el acto que no debió ingresar al proceso⁽²⁶²⁾.

Como extensión de estos razonamiento también se puede decir que hay decisiones que debe tomar el juez en el cual puede estar involucrado un acto viciado, por ello, siguiendo el mismo razonamiento, en estos casos, antes de decidir se debe de analizar la admisibilidad de estos actos de investigación o medios de prueba. Esto puede darse en el pedido de detención preliminar, prisión preventiva, etc.

1.2. En la valoración de los medios de prueba

Si a pesar de todos los resguardos que se han tenido para que el acto viciado no ingrese al proceso penal y sobre todo a la fase de juicio oral; este llega a estar presente en el momento de la actividad probatoria, dicho acto no debe ser valorado por el juez sentenciador, porque esto vulneraría la presunción de inocencia.

En tal sentido refiere San Martín Castro⁽²⁶³⁾ –sobre la base de sentencias de la Corte Suprema– que la presunción de inocencia exige que la actividad probatoria sea válidamente adquirida y practicada con respeto de las garantías procesales correspondientes, así para desvirtuar la presunción de inocencia, se requiere que en el proceso exista una mínima actividad probatoria que justifique la expedición de una condena justa, que se sustente en pruebas actuadas con las debidas garantías procesales, lo que constituye ni solo un derecho fundamental de toda persona, sino además un principio de la función jurisdiccional.

Entonces, al ser descubierto el acto viciado, lo lógico es que se lo excluya así como a todos los actos afectado por él, pues estos vulnerarían directamente, como se ha visto el derecho a la presunción de inocencia, pues este exige que la prueba respete las garantías procesales y los derechos fundamentales.

Como da cuenta Armenta Deu esto se puede dar tanto en el inicio del juicio oral, como en la sentencia⁽²⁶⁴⁾.

(262) Pues, como señala Maier, la nulidad implica la expulsión del procedimiento de un acto considerado irregular que no debió haber ingresado a él. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Ob. cit., p. 40.

(263) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. 2ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 2006, pp. 884 y 885.

(264) Refiere que en el Código Procesal portugués se prevé el examen de la ilicitud en la fase preliminar de la audiencia y, en el Código Procesal belga, la Ordenanza Procesal Alemana, así como

2. Extensión de la prohibición

Cuando se analiza la prueba prohibida, sobre todo en el ámbito español se dice que si bien el efecto que genera la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales es la inutilizabilidad de la prueba prohibida, este efecto es susceptible de extenderse a otras pruebas, es lo que la esta doctrina llama efecto reflejo de la prueba prohibida⁽²⁶⁵⁾ y lo que la doctrina norteamericana llama frutos del árbol envenenado⁽²⁶⁶⁾.

Así entre la inicial prueba prohibida y la prueba que se dice es refleja de ella debe existir una relación de causalidad, tal es así que si una persona ha sido torturada para obtener una confesión y en ese acto revela que el cuerpo de la persona muerta está en tal o cual dirección y al llegar la policía a ese lugar realiza el registro y demás diligencias, la confesión será tenida como prueba prohibida y los frutos de ella como el acta de registro y el allanamiento serán también prohibidas.

Como señalan Díaz Cabiale y Martín Morales: “no es posible la existencia de garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, con lo que se pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales”⁽²⁶⁷⁾.

Sin embargo, siguiendo la posición aquí mantenida, la exclusión de estos frutos del árbol envenenado o prueba prohibida refleja al no basarse en el llamado valor preferente de los derechos fundamentales, se analizan y evalúan de acuerdo con el principio de conservación, es decir, una vez declarado el acto viciado inicial, se debe analizar qué actos dependen de él y si estos han

en Holanda, Brasil Italia Portugal y México está decisión se deja para la sentencia. ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., pp. 143 y 144.

(265) ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*. Ob. cit., pp. 127-131; también vide PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. cit., pp. 351-361. En el Perú vide SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Ob. cit., p. 887 y ss.

(266) Esta regla se originó en la sentencia *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* de 1920, siendo luego seguida en *Nardone vs. United States* de 1937. Señala Fidalgo Gallardo que los tipos de materiales probatorios que pueden ser considerados frutos del árbol envenenado no son únicamente las pruebas de tipo material, sino también de tipo lógico o intelectual, que permitan seguir líneas de investigación que conduzcan a nuevas pruebas. FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 434-436.

(267) DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. Ob. cit., p. 71.

sido contaminados con el vicio, para esto se hace uso de los principios de la nulidad ya vistos (subsunción, finalidad, perjuicio, etc.)

Se podría pensar que esta opción es menos garantista y menos protectora de los derechos fundamentales, pero no es así, toda vez que lo que aporta esta teoría es seguridad jurídica y una buena base para saber qué efectos de los actos viciados serán luego declarados nulos; lo que no hace la teoría defendida en Estados Unidos y España, pues siendo obra del voluntarismo judicial, ninguno de los dos pudo mantener ese supuesto garantismo a ultranza, pues es bien sabido que en Estados Unidos y Europa se ha ido creando formas de dejar sin virtualidad a la teoría de la prueba prohibida, sobre todo a través de las llamadas excepciones que veremos en el siguiente capítulo⁽²⁶⁸⁾.

V. REFLEXIONES FINALES

La pretendida sanción novedosa de no valorar los medios de prueba obtenidos con lesión de derechos no es correcta, pues de todas formas estas pruebas logran ingresar al proceso penal y surtir efectos, de ahí que esta opción sea menos garantista.

La discusión sobre la regla de exclusión o efectos de la prueba prohibida no es un problema de valoración de la prueba, sino de admisibilidad, sin embargo, esto no es distinto a la exclusión de actos viciados por medio de la teoría de la nulidad de actuados, pues en ambos casos los efectos son los mismos.

Con la adopción de la nulidad como método para excluir estas pruebas viciadas se logra una mayor seguridad jurídica, toda vez que se tiene reglas claras de anulación de efectos y principios que impiden la exclusión de todo acto viciado a rajatabla.

Circunscribiéndose al tema que nos ocupa, esencialmente se tratará con normas que se encargan de la obtención, proposición, admisión, actuación y valoración de la actividad probatoria. En ese sentido, como señala Binder⁽²⁶⁹⁾, las normas que regulan la actividad probatoria son normas que involucran garantías del imputado, pues siendo que el objetivo del proceso es conocer la verdad, esta no requiere de un régimen probatorio para llegar a una declaración de verdad, en ese sentido, el régimen de prueba es un obstáculo para conseguir la verdad, son límites a la búsqueda de la verdad que buscan evitar

(268) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 675.

(269) BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ob. cit., p. 76 y ss.

la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ello en consideración y dependencia sobre todo del derecho a la presunción de inocencia que implica que la prueba para efectos de condenar a alguien debe ser de cargo, suficiente, actuada en el juicio y legal, que respete las garantías del procesado.

Esta apreciación parcial de la prueba es correcta, toda vez que la prueba que se busca obtener y formar solo se realiza para condenar al procesado, por efecto de las reglas de la carga de la prueba en el proceso penal, así el imputado no tiene el deber de aportar pruebas para fundamentar su pretensión —lo que no quiere decir que no lo pueda hacer—, siendo la teoría de las nulidades plenamente aplicable a este tema.

Entonces, la regla más óptima que permite el ordenamiento para excluir la actividad probatoria que ha lesionado alguna regla de este es la nulidad, esta adopción no es una novedad, pues se hace en otros países como Brasil⁽²⁷⁰⁾, Portugal, Francia; y, el Código Procesal Penal de la Nación argentina⁽²⁷¹⁾.

Además, permite seguridad jurídica, pues es claro que esta teoría se desarrolla hace mucho, habiendo consensos en su adopción, asimismo, mediante el principio de conservación de los actos procesales se garantiza que no se excluya elementos de prueba valiosos, que en otras teorías se excluirían mediante las llamadas excepciones a la regla de exclusión que no implican otra cosa que el voluntarismo judicial y la creación pretoriana ad hoc de reglas sin sustento claro, de ahí que afecten a la seguridad jurídica y, por ende, sea necesario reemplazarlas.

En ese sentido, para nuestro ordenamiento jurídico, la regla de exclusión en materia de prohibiciones probatorias es aquella que priva de efectos a los actos viciados, generando invalidez de los efectos que genera el acto viciado, sea de un vicio absoluto o uno relativo.

Entonces, cuando exista algún tipo de ilicitud en la obtención, incorporación, admisión, actuación o valoración de la actividad probatoria será necesario seguir los pasos para analizar si deben ser excluidos los efectos que produce⁽²⁷²⁾. Primero se procede a determinar la existencia o no de un vicio, luego

(270) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. cit. Disponible en: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>>, que señala que así se afirma el ordenamiento constitucional, pues la vulneración a las normas de garantía, acarrea regularmente y como consecuencia, la sanción de nulidad absoluta. Lo menos que se podría decir, por tanto, es que el ingreso de la prueba ilícita en el proceso, *contra constitutionem*, importa la nulidad absoluta de esas pruebas, que no pueden ser tomadas como fundamento de ninguna sentencia judicial.

(271) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit.

(272) Se sigue, en lo esencial, lo señalado por CAVANI BRAIN, Renzo. Ob. cit., pp. 114-117.

de constatado se procede a aplicar los llamados principios de la nulidad a efectos de determinar si se declara la invalidez de los efectos que produce; pasada esta etapa se analiza si es que a los actos que se desprenden de este también deben ser invalidados sus efectos.

El efecto por excelencia de la regla de exclusión es el de privar de efectos al acto viciado, pero esto debe de hacerse en aras de una profilaxis procesal desde los inicios del proceso penal a través de la sanción de inadmisibilidad. Si por alguna razón el acto viciado logra ingresar se puede instar la nulidad de actuados; asimismo, si llega el acto viciado al juicio oral no se podrá valorar este tipo de actos.

Para la teoría de la prueba prohibida española existe un vínculo causal entre la prueba prohibida inicial y la prueba refleja derivada de ella (frutos del árbol envenenado). Sin embargo, esto es errado, pues el nexo no es causal, sino jurídico; por ello se debe de analizar, de acuerdo al principio de conservación, si es que el inicial vicio se ha trasladado a los otros medios de prueba.

CAPÍTULO IV

LAS LLAMADAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

I. LAS EXCEPCIONES

Como vimos, la regla de exclusión procede al verificar y analizar un vicio dentro del proceso de formación de un acto procesal, siendo imposible su subsanación; sin embargo, para la teoría tradicional esta se utiliza una vez que se constata la vulneración de un derecho fundamental, de ahí que se exija una conexión causal entre el acto vulnerador de derechos fundamentales y el acto de investigación obtenido, asimismo, esta misma conexión causal se puede dar entre la prueba prohibida originaria y la derivada de ella, siendo que por ello también debe excluirse.

Esta posición mantenida por la jurisprudencia estadounidense y española no resistió mucho tiempo; así se creyó necesario establecer una serie de excepciones ante la aplicación “indiscriminada” de la regla de exclusión.

Esto se puede ver en Estado Unidos a partir de 1974, con la sentencia *Calandra vs Estado Unidos* que marca el inicio de la decadencia de la *exclusionary rule*⁽²⁷³⁾, pues se la toma como una regla que busca disuadir conductas

(273) El activismo judicial –visto en *Mapp vs. Ohio*– había provocado un profundo malestar en diversas instancias del poder político y en grandes sectores de la población, que resume el informe de 1986 de la *Office of Legal Policy* del departamento de justicia de los Estados Unidos: “los cambios en la composición de la Corte Suprema provocaron un periodo de rápida innovación en la jurisprudencia constitucional de la corte durante los años sesenta. Los resultados de esa evolución han determinado las normas básicas de la investigación y el enjuiciamiento criminal hasta hoy. Los rasgos más destacados de las decisiones de la corte en materia de procedimiento criminal durante ese periodo fueron. i) indiferencia hacia la historia y el precedente; ii) la disposición de imponer estándares federales uniformes impidiendo las variantes entre los estados en asuntos procesales específicos, así como en amplias cuestiones de principio; y, iii) asunción de una autoridad de supervisión de facto sobre las ramas ejecutiva y judicial de los sistema de justicia criminal estatales y federales, utilizando la exclusión de materiales probatorios como el mecanismo para imponer los criterios de la corte con respecto a los procedimientos deseables”. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “pruebas ilegales” de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 191.

disfuncionales de los efectivos policiales, ya no como una garantía de las *Bill of Rights*; de ahí que proliferen una buena cantidad de excepciones que se basan en la poca utilidad a efectos disuasivos de la regla de exclusión.

En España, que se ufana de tener una base constitucional para la regla de exclusión, el camino fue parecido; pues luego del inicial entusiasmo por la regla de exclusión nacieron una serie de excepciones hasta llegar a la famosa conexión de antijuridicidad que limita al máximo el supuesto nexo causal de la prueba prohibida haciendo poco posible aplicar la exclusión de la prueba refleja. Pero esto no queda ahí, pues con la adopción de la excepción de buena fe la propia regla de exclusión es limitada al máximo.

Esta situación de claro desprecio por la tradicional doctrina de la prueba prohibida o regla de exclusión lleva a algunos autores a señalar que se encuentra en franca decadencia, siendo por ello, como lógica consecuencia, necesario no aplicar tales excepciones, pues no solo se vulneraría la protección constitucional, sino incluso se llega a niveles de vulneración del principio de división de poderes, toda vez que, al menos en España, la regla de exclusión y la exclusión de la prueba refleja está consagrada en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que el establecer excepciones, por parte del Poder Judicial, implica que este actúe como legislador, sobre todo cuando las excepciones no son clara derivación de la ley⁽²⁷⁴⁾. Esto se puede entender en Estados Unidos donde la fuente principal del derecho es la jurisprudencia y no la ley; sin embargo, en un sistema romano germánico, no es así.

Aunque debe recordarse que hay países donde las excepciones a las reglas de exclusión se encuentran taxativamente establecidas, así se tiene el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004 (ubicado curiosamente en el título VI sobre ineficacia de los actos procesales), que señala: “Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23⁽²⁷⁵⁾ se

(274) Vide ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad”. En: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 194 y ss. Sin embargo, para Asencio Mellado sí cabría admitir la prueba refleja en casos en que de lo contrario resultaría burlada la propia prohibición de utilización, convalidación de la prueba refleja siempre que se subsanara la anterior, asimismo, habría que analizar en cada caso la real relación de causalidad entre la prueba ilícitamente obtenida y la lícita en aquella fundamentada, igualmente será susceptible de contrastación la proporcionalidad entre la lesión del derecho fundamental, su incidencia en la nueva prueba y el hecho perseguido. Vide ASENSIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de Derecho comparado para la aplicación de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*. Fondo editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2008, p. 129.

(275) Este artículo señala que “[t]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”.

Un artículo similar se encuentra en el Código Procesal Penal de El Salvador, que en su artículo 15 señala: “Legalidad de la prueba. Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el Juez aplicando las reglas de la sana crítica (...)”.

Pero claro, no se sabe si la incorporación de estas ha pasado por un análisis sesudo en base a un trabajo de reconocimiento y adecuación de estas al ordenamiento jurídico de estos países, además se debe tener en cuenta que estas tienen un claro origen en Estados Unidos, país que tiene como fundamento el efecto disuasivo⁽²⁷⁶⁾.

Como vemos, en sistemas eurocontinentales o que tienen su raíz en él, las excepciones a la regla de exclusión traen aparejados serios problemas de legitimidad, más aun cuando son obra del voluntarismo judicial y sobre todo son producto de una pretendida lucha contra la criminalidad⁽²⁷⁷⁾, lo que induce a pensar que en este tema el uso arbitrario de las excepciones a la regla de exclusión nos puede llevar a un derecho procesal penal del enemigo⁽²⁷⁸⁾, sobre todo si se tiene en cuenta el dato de la criminalidad de cifra negra, pues como se sabe, existen un gran número de casos que el sistema penal no conoce, solo procesa los casos más burdos, aquellos que son cometidos —como dice

(276) AA.VV. *Código Procesal Penal Comentado*. Tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, sin fecha, p. 85 y ss.

(277) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Ob. cit., p. 203, señala, criticado la sentencia que consagra la conexión de antijuridicidad que “con semejante modo de operar se trataría —ciertamente, sin confesarlo— de evitar la impunidad (...), pero, curiosamente, haciendo pagar al sistema un altísimo precio, mediante la consagración de un demoledor ‘todo vale’, que da aliento a una recusable y peligrosa subcultura de la ilegalidad, y contribuye a incentivar prácticas policiales y judiciales inconstitucionales y de una sonrojante falta de profesionalidad”.

(278) Vide MUÑOZ CONDE, Francisco. “La relativización de la prohibición de la autoincriminación a través de la relativización de la prohibición de la tortura y del empleo de la misma como forma de obtención de pruebas incriminatorias”. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (director). *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 134 y ss.

Zaffaroni⁽²⁷⁹⁾—, por personas vulnerables. Cuando se habla de lucha contra la criminalidad o criminalidad organizada, debe tenerse en cuenta que esta por lo general no se conoce, es profesional, es parte de la cifra negra de la criminalidad, solo los delincuentes menos capaces son procesados, de ahí que la lucha contra la criminalidad mediante el cambio de reglas del proceso no implique efectivamente acabar o disminuir la criminalidad, sino solo quitar garantías a quienes de todas formas caerían en el sistema penal, por ello, una verdadera lucha contra la criminalidad no se da a nivel de legislación procesal, sino mediante la incorporación de políticas de persecución reales, como la separación de elementos corruptos de la policía, mejores estrategias de inteligencia, mayores recursos, etc.

En el Perú la situación es distinta, la regla de exclusión nace con la aplicación de excepciones⁽²⁸⁰⁾, aunque no se haga referencia expresa. Esto se puede ver sobre todo en los casos de corrupción de funcionarios y terrorismo. Pero se debe señalar que hay excepciones que en realidad forman parte de la aplicación de principios generales. Como veremos luego.

De ahí que fue necesario establecer ciertos parámetros para usar estas excepciones, esa fue la misión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004. En la cual se establece qué excepciones a la regla de exclusión son aplicables, aunque cabe señalar que estas excepciones, cuando son usadas, muchas veces no son mencionadas y algunas veces tampoco aplicadas correctamente, habiendo casos en los cuales incluso se utiliza excepciones que no fueron consensuados en este Pleno.

Debe señalarse que estas excepciones fueron usadas sobre todo en los procesos que se tramitan bajo el CdePP, a pesar de no estar reguladas en la ley —aunque tampoco están regulada la regla de exclusión—.

Con la aplicación del CPP también se debate sobre la aplicación de las excepciones, algunas opiniones favorables, otros no. Es importante la apreciación de Miranda Estrampes⁽²⁸¹⁾ a este respecto, pues esta autor al analizar la

(279) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; y, SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2000.

(280) Sobre el particular *vide* TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de valorización de las pruebas en el proceso penal común*. Academia de la Magistratura-GTZ, Lima, 2009, p. 149.

(281) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal”. En AA.VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2009, p. 68 y ss. Aunque antes había señalado que la regla general de prohibición de valoración de la prueba ilícita debería

regla de exclusión prevista en el artículo VIII del CPP señala que las excepciones a la regla de exclusión vendrían dadas por aquellas vulneraciones que no están referidas al contenido esencial de los derechos fundamentales⁽²⁸²⁾. Desde una postura similar se ha dicho que este artículo VIII permite las excepciones de buena fe, infracción beneficiosa para el imputado, la eficacia de la prueba ilícita ara terceros, ponderación de intereses, destrucción de mentira del imputado y la del actuar a propio riesgo⁽²⁸³⁾.

Estas diversas consideraciones podrían tener razón en la medida que se analicen bajo el tamiz de la doctrina tradicional de la prueba prohibida que entiende que existe un nexo causal natural, sin embargo, en el transcurso de esta parte del trabajo veremos que hay excepciones que ni siquiera tienen cabida en este anclaje constitucional de la prueba prohibida. Asimismo, hay otros que si bien tienen anclaje constitucional, pueden ser mejor explicados con la teoría que proponemos, toda vez que parten de una teoría más sólida y coherente —de ahí el título del este capítulo—.

Por ello, el análisis que se hará a continuación se realizará teniendo como referencia el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo y la jurisprudencia peruana que ha aplicado estas y otras excepciones.

Las excepciones que se trataran pueden dividirse en dos clases, las excepciones a la regla de exclusión, es decir, aquellos criterios por los cuales un acto de investigación viciado ingresa al proceso. La segunda clase son las excepciones a la prueba refleja o fruto del árbol envenado, es decir, son los criterios por los cuales el acto de investigación o medio probatorio viciado, a raíz de la contaminación de otro acto procesal viciado, ingresa al caudal probatorio, sobre esta base analizaremos ahora las excepciones.

tener, quizás, como única excepción aquellos supuestos en que los resultados obtenidos con la misma fuesen favorables para el imputado o acusado. *Vide* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 101.

(282) Sin embargo, esto no es así; esta referencia del artículo VIII debe hacerse teniendo en cuenta el articulado de las nulidades procesales, así al analizar el artículo 150.d se señala que “no será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”. Es claro que, cuando se hace referencia en el artículo VIII al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona se refiere a que existe una nulidad absoluta, siendo las vulneraciones a las actuaciones probatorias fuera del contenido esencial solo nulidades relativas.

(283) CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y FELICES MENDOZA, María Esther. *El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Grijley, Lima, 2011, p. 196.

II. EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

1. Excepción de buena fe

Es aquella por la cual es posible el ingreso de actos de investigación viciados al proceso penal porque el funcionario policial que realizó la actividad de acumulación de evidencias lesivas a derechos fundamentales, no sabía que lo hacía, pues creyó actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Esta excepción es propia del sistema estadounidense, se crea y fundamenta, como dijimos, en el efecto disuasivo⁽²⁸⁴⁾. La primera vez que se usó fue en el caso *León vs. Estados Unidos* de 1984 donde un agente policial realiza un registro con una autorización judicial que el tribunal considera ilícita por falta de motivación⁽²⁸⁵⁾—falta de causa probable—. Sin embargo, el Tribunal Supremo se pronunció argumentando que se realizó una acción objetivamente inconstitucional de obtención de evidencias, pero el policía lo hizo en la creencia que actuaba dentro de la ley, obrando de buena fe⁽²⁸⁶⁾.

Entonces, como el agente estatal cree que actúa de conformidad con ley, el excluir la prueba ilícita no redundará en que este en próximas intervenciones actúe de forma distinta, pues si la autorización objetivamente hubiese estado arreglada a ley, su actuación hubiera sido la misma, pues actuó de buena fe. Como señala uno de los votos de los magistrados supremos, el juez White: “la regla de exclusión está impuesta para disuadir conductas de la policía que deniegan a los acusados sus derechos constitucionales. Donde la policía actúa de buena fe, bajo la autorización de un magistrado imparcial y neutral, el propósito de la fuerza de disuasión no tiene aplicación”⁽²⁸⁷⁾.

Es de notar, como enseña Fidalgo Gallardo, que esta excepción no es propiamente aplicable al remedio procesal de la regla de exclusión, sino una excepción a las mismas exigencias sustantivas de la IV enmienda de la

(284) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 446.

(285) DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001, p. 78. También nos dice que si resulta que la policía actuó amparada en un mandamiento judicial o una norma que luego se declaran inconstitucionales, es obvio que la policía no sabía que su actuación provocaba lesión alguna de derecho, por lo que la exclusión de la prueba obtenida no va a prevenir en el futuro conductas policiales. Es más la excepción de buena fe también jugaría en aquellos casos en los que la policía, a tenor de las circunstancias concretas, erróneamente creía que podía actuar amparada por la ley.

(286) NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 681.

(287) HAIRABEDIAN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 80 y 81.

Constitución federal⁽²⁸⁸⁾, pues se supone que no ha habido vulneración alguna. Es claro, en Estados Unidos, que esta excepción únicamente se limita a la aplicación de la IV enmienda referida a la prohibición de registros irrazonables, de ahí la importancia que la jurisprudencia le da a la autorización para realizar este registro.

Un elemento a tener en cuenta es el aspecto subjetivo del agente estatal que realiza el registro, pues debe actuar sin intención, generalmente por error o ignorancia⁽²⁸⁹⁾. Esta creencia de la policía en la validez de su actuación debe ser objetivamente razonable, de ahí que si el defecto de la orden o ley es evidente se excluye de todas formas la prueba ilícita⁽²⁹⁰⁾.

Otros supuestos en los que se aplica esta excepción es en el caso *Massachusetts vs. Sheppard*, donde la Corte Suprema admite la prueba derivada de un allanamiento con falencias en la descripción de los efectos a incautar; *Illinois vs. Krull*, donde se allanó sin orden judicial, basados en una ley estatal que luego fue declarada inconstitucional; *Arizona vs. Evans* en el cual se registra un auto de una persona que por error figuraba en el sistema como si tuviera orden de detención; y otros⁽²⁹¹⁾.

Sin embargo, la adopción de esta doctrina no es pacífica en el propio país del norte, pues hay Estados que no la aplican como Nueva Jersey, que considera que esta motivará a los agentes a no cumplir con los requerimientos constitucionales, disminuyendo la calidad de la prueba obtenida⁽²⁹²⁾. También se señala que los fines de disuasión no solo deben de ser aplicable a los policías sino a los magistrados que emiten la autorización inválida. Asimismo, que la regla de exclusión premia la incompetencia policial, pues los policías siempre alegaran que pensaban que era correcto el registro⁽²⁹³⁾.

Miranda Estrampes⁽²⁹⁴⁾ también ha criticado esta excepción estadounidense, señala que tal como ha sido construida la buena fe posibilita que cual-

(288) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 445.

(289) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., p. 80.

(290) *Ibidem*, p. 82.

(291) *Vide* FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 447 y 448; HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., p. 81.

(292) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., pp. 82 y 83. FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 446, señala una lista de Estados que se han pronunciado en contra de esta excepción: *State vs. Guzmán* (Idaho 1992), *People vs. Jackson* (Michigan, 1989), *State vs. Canelo* (New Hampshire, 1995), *State vs. Novembrino* (New Jersey, 1987), *State vs. Gutiérrez* (Nuevo México, 1993), *People vs. Bigelow* (New York, 1985), *Commonwealth vs. Edmunds* (Pennsylvania, 1991), etc.

(293) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., p. 83.

(294) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal". Ob. cit., p. 67.

quier resolución judicial que dé cobertura meramente formal a la actuación policial acabe neutralizando la aplicación de la regla de exclusión; de la misma forma, fomenta prácticas reprobables como la elección del juez por parte del policía.

La propia jurisprudencia norteamericana ha creado excepciones a esta excepción, es decir, supuestos en los cuales se considera *a priori* que un hipotético agente de policía bien entrenado no podría razonablemente pensar de buena fe que la autorización de registro es válida⁽²⁹⁵⁾, son casos de incumplimiento de requisitos básicos de las autorizaciones de registro: a) magistrado neutral, b) declaración jurada, c) indicios reales de criminalidad; y, d) precisión de la extensión del apoderamiento conferido. Estos casos son reseñados por Fidalgo Gallardo⁽²⁹⁶⁾:

- **Declaración jurada falsa**, no hay buena fe si de la declaración jurada que la policía presenta al juez para pedir el registro se aprecia un desprecio manifiesto de la verdad, por ejemplo, si se incluye una afirmación falsa sobre la información que sustenta el pedido.
- **Falta de neutralidad del juez que emitió la autorización**, casos en los cuales el magistrado al emitir la autorización abandonó su función judicial, por ejemplo, el caso *Lo-Ji Sales Inc. vs. New York*, de 1979, donde el magistrado abandonó la sede del tribunal y acompañó al agente de policía a una librería en la que vendían materiales pornográficos ilegales, señalando él mismo los materiales a confiscar.
- **Falta de indicios suficientes en la declaración jurada**.
- **Falta de particularidad en la delimitación del ámbito del apoderamiento conferido**, la autorización no debe emitirse en términos vagos, sino que debe detallarse el lugar a registrar y las personas u objetos a confiscar.
- **Defectos en la ejecución de la autorización de registro**, toda vez que el registro debe efectuarse en sus propios términos.

En España la excepción de buena fe se aplicó en la STC 22/2003, es decir, después de la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, lo que revela que es una manifestación más por limitar la regla de exclusión en ese país. Esta sentencia trata de un caso de un allanamiento ilegal, debido

(295) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 448 y 449.

(296) *Ibíd.*, pp. 448-451.

a la falta de validez del consentimiento prestado por la esposa del detenido –que había sido víctima de una agresión en el ámbito familiar–, para acceder al domicilio. En el ínterin la policía pidió a la esposa del investigado permiso para registrar el piso de la casa hallándose un arma de fuego. El Tribunal Constitucional español dejó sentado lo siguiente⁽²⁹⁷⁾:

“(...) Desde un plano meramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no solo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto (...) La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental y que obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”.

En este caso, se puede observar que a pesar de un registro inconstitucional se aplica la excepción de buena fe debido a la mala interpretación de los

(297) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 143 y 144.

policías del ordenamiento jurídico. Cabe preguntarse ¿no se estará premiando la incompetencia policial?

La doctrina española⁽²⁹⁸⁾ se ha pronunciado en contra de esta excepción, pues en el ámbito de la prueba ilícita las creencias subjetivas no son relevantes, sino la constatación objetiva de la vulneración o no de los derechos fundamentales, resulta difícil la apreciación y acreditación del dato de la creencia del agente policial, pues es un dato que permanece oculto en la psique del policía. Para Gascón Abellán⁽²⁹⁹⁾ esta excepción representa el peligro de la destrucción de la regla de exclusión. Por su parte, señala Gómez Colomer, que esta doctrina es criticable por ser demasiado amplia⁽³⁰⁰⁾.

Hairabedián señala que en la provincia de Córdoba esta excepción fue rechazada⁽³⁰¹⁾. Sin embargo, para él puede ser aceptada en los casos en los que no exista ninguna duda sobre la buena intención del funcionario actuante, señala que la coherencia del sistema no es afectada, toda vez que el ordenamiento jurídico otorga efectos convalidantes o excusantes a los errores de hecho, y a veces, a los de derecho; en ese sentido, no habría una cuestión moral o ética de por medio⁽³⁰²⁾ que impida aplicarla.

En el Perú se aceptó esta excepción mediante el acuerdo segundo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004 señalando que se admite “la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la fiscalía o el juez penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por esta la apreciación razonada que hace el juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe”⁽³⁰³⁾.

(298) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal”. Ob. cit., p. 56.

(299) GASCÓN ABELLÁN, Marina. “*Freedom of proof?* El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. En: AA.VV. *Estudios sobre la prueba*. Centro de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2006, p. 83.

(300) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 144.

(301) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., p. 84.

(302) *Ibidem*, pp. 204 y 205.

(303) Para una postura crítica de este acuerdo *vide* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos. “La buena fe como excepción a la regla de exclusión en el proceso penal peruano”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 2, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, pp. 261 y 262.

Como se puede observar esta concepción de la buena fe no concuerda con los parámetros estadounidenses, siendo importante esta comparación, pues es ahí donde nace y se desarrolla esta doctrina; la cual luego es importada a España con un criterio similar. Estaríamos entonces ante una nueva formulación que no se basa en la dudosa legitimidad de la autorización que afirma la restricción, sino, como el fundamento V del acuerdo declara, esta se aplicaría en caso de error en cualquier tipo de allanamiento o requisa, el error ya no sería producto de la autorización judicial –algo similar al caso español–.

Esta excepción fue usada en el marco de la reforma procesal, en específico, en la resolución que resuelve la apelación de sentencia recaída en el Exp. N° 1694-2008-60 emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad de 30 de noviembre de 2009⁽³⁰⁴⁾, en un caso de robo agravado, donde la detención hecha por la policía –según señala la Sala– no se ajustaba a las reglas de la flagrancia; pues una vez cometido el delito, el agraviado pudo observar la placa del vehículo en el que fugaron los agresores, siendo que después fue a averiguar a quien pertenecía y recién, después de ello, fue a la comisaría, donde el personal policial no le prestó ayuda, por lo que, ante la desidia de estos, buscó un patrullero y fueron a buscar a la dueña del vehículo. Esta llama al conductor del vehículo y quedan en encontrarse. En el momento del encuentro el imputado es intervenido por la policía el chofer del vehículo.

Señala la resolución referida que cuando se dieron los hechos se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 983 de fecha 22 de julio de 2007 que modificaba el artículo 259 del CPP, otorgando a la policía un plazo de 24 horas para que proceda a la detención de un ciudadano, siempre que se verificara que se encontrara con efectos del delito o con huellas que evidenciaban que lo había cometido; en ese sentido, el personal policial actuó en contravención a la norma procesal invocada, porque no era una persecución propiamente dicha la realizada contra el imputado, sino que la captura se materializó como parte de la coordinación realizada entre la policía y la propietaria del vehículo que aquel conducía, por lo que genera prueba ilícita o prohibida. Sin embargo, la Sala estima que el personal policial interviniente no estaba necesariamente en condiciones para efectuar –dadas las circunstancias de la intervención en el caso concreto y su escaso grado de preparación en temas jurídicos vinculados al nuevo modelo procesal– una disquisición sobre la distinción entre los conceptos vinculados a la flagrancia delictiva, por lo que

(304) Tomado de TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal. Jurisdicción penal*. 2ª edición revisada, aumentada y actualizada, Tomo I, Reforma, Lima, 2010, p. 403.

su actuación se inscribe dentro de los cánones de la buena fe, que valida la obtención ilegal de las fuentes de prueba, máxime si existía norma expresa que autorizaba al personal policial a detener a una persona dentro de las 24 horas de producido un supuesto hecho delictivo.

En la doctrina peruana Hernández Rodríguez⁽³⁰⁵⁾ es partidario de esta excepción, pero solo en casos donde el agente policial actúa de buena fe con base en una orden judicial, pues este no podrá cuestionarla, sino solo ejecutarla; siendo su actuación válida, debiendo de existir un procedimiento para sancionar a quien dictó la orden ilegítima. Sin embargo, no se debe olvidar que en nuestro sistema una orden judicial inválida tampoco debería generar efectos al ser viciada, de ahí que si bien la actuación policial sea de buena fe esta solo podrá ser alegada para no ser pasible de algún proceso disciplinario o penal en su contra (por ejemplo, por delito de allanamiento ilegal), pero no para convalidar la actuación vulneradora de derechos, pues este es un dato real incontrastable.

De todo lo expuesto se puede concluir, respecto de esta excepción, lo siguiente; en principio, esta, en su versión original, no tiene sustento constitucional, pues se basa en el efecto disuasivo, de ahí que no pueda ser aplicado en sistemas como el nuestro que busca el pleno respeto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, pese a ello, es aceptada por la jurisprudencia, pero se desnaturaliza la inicial formulación que se basaba en una zona gris en la consideración del juez o la ley, que permitía que el funcionario policial caiga en error; pues en la formulación española y peruana la excepción se aplica únicamente en base al error del policía, claro, en un contexto de intervención sin autorización judicial, es decir, la excepción se basa únicamente en el error o ignorancia del agente policial acerca de su proceder; es decir, la evidencia que obtenga un policía que se prepara y conoce el derecho puede ser excluida, pero no la de aquel que es incapaz, que no se prepara, es decir, la realización de actos de investigación en nuestro sistema jurídico permite la vulneración de derechos cuando el policía es ignorante.

Es claro que asumir que la ignorancia sana los vicios generados es descabellado, pues así se alienta a que los funcionarios estatales no se preparen y afecten derechos a diestra y siniestra. Asimismo, se alienta que el funcionario estatal que conoce que su actuación es ilegal mienta en su declaración o incorpore datos falsos al acta de intervención alegando que su actuación ilegal fue

(305) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos. Ob. cit., p. 260.

realizada de buena fe⁽³⁰⁶⁾, pues al ser un dato subjetivo solo él sabrá si lo que dice es cierto; pues esto es un dato de difícil comprobación⁽³⁰⁷⁾.

Otro punto derivado de esto es que la actuación policial sea o no de buena fe lesiona el derecho de la persona, es un dato real que no se puede soslayar, en ese sentido compartimos la argumentación de Miranda Estrampes, pues estamos ante un caso real y flagrante de vulneración de derechos que no puede ser convalidada por la ignorancia, pues en nuestro sistema el efecto disuasivo no tiene ningún papel, pues lo que se analiza no es la conducta subjetiva del agente de policía, de cara a su respeto o no al derecho, sino si su actuación objetiva ha violado algún derecho, siendo esto básico en nuestro sistema constitucional⁽³⁰⁸⁾.

En ese sentido, esta sí es una verdadera excepción a la regla de exclusión, pues se aparta totalmente de sus postulados, toda vez que es claro que un acto viciado no puede ser subsanado en estas circunstancias, pues no pasa el filtro de los principios de las nulidades, en ese sentido, el acto si bien puede cumplir su finalidad, siempre causará un perjuicio y este no podrá ser convalidado de esta manera de ninguna forma.

2. Prueba prohibida a favor del reo

Esta excepción, a diferencia de la mayoría, no tiene su origen en el sistema estadounidense. Además, goza de una amplia aceptación, pues parte de un fundamento ético: si una persona que puede ser declarada culpable se le exime de pena si es que no hay prueba plena de su culpabilidad, con mayor

(306) En el mismo sentido *vide* CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista, Lima, 2009, p. 115.

(307) Un caso paradigmático ha sido el del O. J. Simpson. Cuando fue encontrado el cadáver de su mujer, la policía se introdujo sin orden de allanamiento al domicilio del famoso acusado y allí secuestró un guante ensangrentado que lo comprometía. El juez rechazó la exclusión de esa prueba, porque los funcionarios actuantes dijeron que el ingreso a la morada se había debido a que temían por la integridad física de Simpson luego de haber visto el cuerpo exánime de su esposa y no contestar nadie al llamado de la puerta. Lo cierto es que esta excusa fue tomada como tal por la opinión especializada, ya que los policías de homicidios que entraron a la casa de Simpson tenían dos características que tornan increíble la buena fe: eran conocidos por racistas (Simpson es afrodescendiente) y conocían un dato estadístico clave que guía toda investigación por homicidio de una mujer en los Estados Unidos: en la mayor parte de los casos la víctima ha sido asesinada por su pareja y, si este es afrodescendiente, esa probabilidad aumenta. Es fácil darse cuenta de que, en realidad, lo que perseguían los detectives era interrogar a Simpson antes de que este se contactara con su abogado. HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., pp. 204 y 205.

(308) En el mismo sentido *vide* VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamento, efectos y excepciones". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 26, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2011, p. 208.

razón, ante la existencia de prueba de la inocencia del imputado repugnaría que fuera condenado por no admitirse, a pesar de ser prueba viciada.

Asimismo, se usa un argumento lógico de garantías; así, se señala que cuando existen elementos probatorios a favor del imputado tales efectos no pueden ser ineficaces causando un daño al beneficiado por el derecho vulnerado, porque en ese caso el orden jurídico incurriría en una contradicción: el mandato que tiene como fin proteger al ciudadano poniendo un límite al Estado, habría sido empleado para perjudicarlo⁽³⁰⁹⁾.

En ese sentido, se ha pronunciado en España el Tribunal Constitucional en la STC 238/ 1999⁽³¹⁰⁾; sin embargo, señala Miranda Estampes⁽³¹¹⁾ que, no se trata de reconocer plena eficacia a la prueba de descargo ilícita, que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigiría inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculcado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Scheichlbauer vs. Austria señaló que la grabación ilícita de un coimputado podía incorporarse al proceso en atención al respeto a su derecho de defensa para sustentar su condena⁽³¹²⁾.

En Italia existe “*l' utilizzabilità a favore dell' imputato*”, en la jurisprudencia como la Cass. Sez IV, de 26 de noviembre de 1991⁽³¹³⁾. En Brasil, Pellegrini Grinover señala que se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad, en la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente asegurado, y de modo prioritario en el proceso penal, basado íntegramente en el principio “*pro reo*”. Así, en la jurisprudencia y en la doctrina extranjera, se ha reconocido la conducta de la persona que graba subrepticamente su conversación con un tercero para demostrar su propia inocencia⁽³¹⁴⁾.

En el Perú se aceptó esta excepción mediante el acuerdo tercero del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la

(309) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., p. 90.

(310) ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2ª edición, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 82.

(311) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal”. Ob. cit., p. 57.

(312) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 82.

(313) CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, p. 329 y ss., citado por ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 83.

(314) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Pruebas ilícitas”. Traducido del portugués por Elpidio Ramón Monzón. Disponible en: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>>.

norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004 señalando que se admite “la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado, pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra”.

Como vemos, se reconoce que la prohibición de ingresar materiales probatorios es una garantía a favor del imputado, es por ello que la aplicación de esta regla de garantía no puede perjudicarlo; esta afirmación es válida en la aplicación del CdePP, asimismo, también en el CPP. Se afirma que esta excepción ha tenido reconocimiento legal en el artículo VIII.3 del CPP⁽³¹⁵⁾. Este artículo señala: “la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

Sin embargo, señala Miranda Estrampes⁽³¹⁶⁾ que el CPP no contiene regla que otorgue valor a la prueba ilícita a favor del imputado, pero que, sin embargo, de la lectura del artículo VIII se puede concluir que la regla de exclusión se limita únicamente a la pruebas de cargo.

El desarrollo del artículo VIII.3 está ligado a este acuerdo tercero del Pleno de Trujillo, de ahí que se entiende que efectivamente se incorporó esta regla antigua que no nace en el proceso penal, sino en la doctrina de los derechos humanos, en el sentido que no se puede subvertir las garantías establecidas para las personas usándolas en su contra⁽³¹⁷⁾, por ejemplo, carecería de sentido anular una sentencia absolutoria porque no se le tomó su declaración al imputado; no obstante, este supuesto tiene implicancias probatorias, pues se lesiona el derecho a defenderse y contestar la imputación en su contra y no podrá ser tomada en cuenta al momento de valorarse la prueba y establecer la realidad de los hechos, pero no por ello se tendría que anular la sentencia si esta lo favorece, es absolutoria, pues, a pesar de no declarar, la indefensión no afectó la solución del caso.

(315) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit., p. 128.

(316) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal”. Ob. cit., p. 56.

(317) Por ejemplo el artículo 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos señala que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En ese sentido, desde la lógica de protección de derechos fundamentales, una garantía establecida para el procesado como es la inadmisión de prueba con violación de derechos fundamentales u otros derechos, no puede perjudicar al procesado si él desea hacer uso de ella para demostrar su inocencia, pues eso sería más perjudicial. El ordenamiento jurídico no puede tolerar esto.

Pero debe diferenciarse algunos casos problemáticos, así no se puede permitir que el procesado utilice el proceso penal y esta garantía para realizar actos que el ordenamiento prohíbe; en ese sentido, si el imputado solicita el uso del polígrafo, la tortura, y otros para que se tome su declaración, serán inadmisibles, pues el procesado no puede utilizar métodos prohibidos transgrediendo las normas del proceso penal. Sin embargo, si esto lamentablemente ha ocurrido, sobre todo por causa de la actuación estatal, y el resultado es positivo a efectos probatorios para el imputado el ordenamiento jurídico no puede descartar este elemento, pues no solo habría sido víctima de una lesión a sus derechos, sino que una garantía establecida a su favor sería usada en su contra.

Otro supuesto que se debe analizar es si es que la prueba viciada obtenida no solo tiene elementos de descargo para el imputado, sino que además tiene elementos de cargo para otro coprocesado, pues en este caso si bien se usaría la prueba viciada para absolver al imputado o para tenerla en cuenta como prueba de descargo, también tendría efectos para condenar al coprocesado, pues en su caso esta prueba sería de cargo. En este supuesto se ingresaría prueba viciada para condenar a alguien, lo cual es inaceptable desde el punto de vista de protección del imputado, de ahí que el medio de prueba solo pueda ser utilizada para acreditar la defensa de aquel que fue lesionado en sus derechos, pero en ningún caso, cuando el vicio es absoluto, lo será para agravar la situación de otro coprocesado.

Es cierto que cuando el juez tenga contacto con el material ilícito de todas formas conocerá la información derivada de la prueba viciada que afecta al coprocesado, por ello se tiene que ser escrupuloso en la actuación de este medio de prueba, por ejemplo, si estamos ante una declaración bajo tortura⁽³¹⁸⁾ se debe tratar de no oralizar la parte que afecte al coprocesado, habrá casos en los cuales esto no se podrá hacer, ahí deberá hacerse un análisis de proporcionalidad, siendo que habrá que ponderarse, luego del juicio de necesidad y adecuación, entre la presunción de inocencia y la protección del

(318) Es claro que la declaración del imputado no es un medio de prueba, sino un acto de defensa, pero cuando se le agrede y vulneran sus derechos al declarar ya no estaremos ante un acto de defensa, sino ante la constatación de un acto lesivo de derechos en la forma de un documento, de ahí que el medio de prueba sea el documento.

inocente que presenta la prueba prohibida que se realizó afectando sus derechos y la presunción de inocencia del coprocesado que vería desmejorada su situación al ingresarse ese medio probatorio.

3. Prueba ilícita para terceros

Esta excepción también tiene su origen en Estados Unidos, sin embargo, no se entiende como una verdadera excepción a la regla de exclusión, sino que es consecuencia natural de la particular visión de su ordenamiento jurídico, es decir, obedece –para ellos– a un razonamiento plenamente constitucional.

Debe recordarse que en Estados Unidos la regla de exclusión se aplica analizando las vulneraciones a la IV, V, VI y XIV enmienda de la Constitución, que son parte de los llamados *Bill of Rights*, es decir, son derechos que el ciudadano puede oponer frente al Estado federal, pero son derechos estrictamente personales, no son derechos *erga omnes*, sino solo derechos frente al poder público; de ahí que solo lo pueda ejercitar su titular y exigir, en su caso, su reparación⁽³¹⁹⁾.

Entonces, para que el procesado que alega una vulneración de estas enmiendas en el transcurso de la investigación pueda solicitar la audiencia de supresión de evidencias requiere acreditar que fueron sus derechos constitucionales los que se vulneraron. La Corte Suprema consideró válida esta alegación, señalando que solo puede pedir la exclusión de estas evidencias la persona⁽³²⁰⁾: a) que fuese titular de la propiedad o, al menos, de un interés posesorio en los lugares y objetos registrados; b) que estuviese legítimamente presente en el lugar objeto del registro; o c) que fuese titular de la propiedad o poseedor legítimo de los objetos confiscados.

Estos criterios se expusieron en el caso *Jones vs. Estados Unidos* de 1960, donde el Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido que: “solo quien ha sido víctima de un allanamiento o secuestro ilegal, en el sentido de ser aquel contra quien se ha dirigido el procedimiento, tiene legitimación para cuestionar el mismo”⁽³²¹⁾.

Este criterio fue seguido en el caso *Alderman vs. Estados Unidos* donde se aportan grabaciones incriminatorias de conversaciones entre tres personas gracias a la instalación ilegal de micrófonos en la oficina de uno de

(319) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 202 y 395.

(320) *Vide* Ibídem, pp. 399 y 400.

(321) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 677.

ellos. Como señala Fidalgo⁽³²²⁾ Gallardo esta excepción hace posible e incita el ingreso de toda clase de actuaciones que, aunque formalmente dentro de los límites constitucionales aceptables, materialmente son claras subversiones de la legalidad vigente; por ejemplo, en una investigación en la que se realicen registros ilegales a una persona o domicilio de terceros relacionados con el sospechoso de un delito, para así conseguir indirectamente materiales probatorios incriminatorios del sospechoso realmente investigado, estas pruebas serían perfectamente admisibles en el proceso seguido al sospechoso y cualquier otra persona que resulte incriminada, pues solamente la persona cuyos derechos fueron vulnerados tendrían legitimación para interponer una moción de supresión.

Sin embargo, en la sentencia *Rakas vs. Illinois* de 1978 se limitó aún más la legitimación, pues se entendió que el criterio de estar legítimamente en el lugar del registro era excesivamente amplio, así solo quien tiene una expectativa de intimidad en el lugar del registro tiene capacidad para objetar la constitucionalidad del mismo. En este caso se trata de un grupo de tres personas que se encontraban dentro de un vehículo en el cual la policía encontró balas en la guantera y una escopeta debajo del asiento del pasajero al lado del conductor, la Corte Suprema consideró que los pasajeros del vehículo no tenían ninguna expectativa de intimidad en las áreas del vehículo sujetas al registro ni eran propietarias del mismo. Esta misma regla también se aplica en los supuestos de la V y VI enmienda⁽³²³⁾.

Hairabedián⁽³²⁴⁾ ha señalado que si bien esta regla se mantiene en el ámbito federal, no sucede lo mismo en el estadual, así en California se ha sostenido en el caso *People vs. Martin* de 1955 que no solo el agraviado está legitimado para pedir la regla de exclusión, en el mismo sentido, se han pronunciado los tribunales de Vermont y New Jersey. También refiere que la Corte Suprema argentina en el caso *Rayford* ha fijado un criterio opuesto al predominante en Estados Unidos.

En España Armenta Deu⁽³²⁵⁾ señala que esta excepción se ha utilizado en la STC 238/2009 donde el Tribunal Constitucional Español ha referido que la no titularidad del derecho fundamental lesionado rompe el nexo de

(322) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 201-206.

(323) SALAS CALERO, Luis. "Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria" En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 478-481. En sentido similar, *vide* FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 400.

(324) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., pp. 139-141.

(325) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 83.

antijuridicidad existente entre la ilicitud originaria y la prueba derivada para condenar.

Pero antes, Asencio Mellado⁽³²⁶⁾ había citado la famosa sentencia 114/1984 que señala: “en realidad, el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad (sic) lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el artículo 18.3 CE. Ello es claro si se tiene en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se conculca extraprocesalmente para obtener la prueba y aquella otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso. Si se acogiese la tesis del recurrente, habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no, y a solo, la esfera de libertad o la pretensión vital en que lo mismos se concretan, sino también la exigencia con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto de tales derecho”. De ahí concluye que, puede quedar afectado el derecho fundamental de un sujeto y ser plenamente válida la prueba para otro cuyo derecho no haya quedado vulnerado, dado que la nulidad no puede extender sus efectos de modo absoluto.

En el Perú se aceptó esta excepción mediante el acuerdo cuarto del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004 señalando que se admite “la valoración de la prueba ilícita para terceros, bajo el argumento de que no existe identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero)”; en ese sentido, su fundamentación estriba en que en este caso existe una desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena.

Pero habría que preguntarse si efectivamente existe esta desconexión, pues cuando se vulnera un derecho y este acto ingresa al proceso de por sí estamos ante un acto viciado, el mismo que genera efectos, a pesar del vicio, es decir, estamos ante un proceso que lleva dentro de sí este tipo de actos y que pueden

(326) ASENCIO MELLADO José María. “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000”. En: ASENCIO MELLADO José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008, p. 31.

generar un proceso viciado; en ese sentido Hamilton Castro⁽³²⁷⁾ ha señalado que no debe perderse de vista que todas las personas, por el solo hecho de serlo, tienen derecho a un proceso con todas las garantías, propio de un Estado de Derecho, el que quedaría seriamente debilitado si se admitiera la validez sin más de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, solo porque en el caso concreto tales derechos pertenecen a un tercero.

Ahora bien, también debe recordarse que esta excepción nace en un sistema totalmente distinto al nuestro, donde los derechos no son absolutos, *erga omnes*, de ahí que esta excepción no puede acogerse a rajatabla.

Pero también cuando se acepta, como en el caso español, hay que analizar si efectivamente no hay nexo entre la vulneración del derecho con la condena del tercero, lo cual, como hemos visto no es así, toda vez que, necesariamente la condena es producto del acto viciado que afecta al proceso penal. De ahí que el solo hecho de que el derecho vulnerado sea de un tercero no implica *per se* la aplicación de una excepción a la regla de exclusión, tanto desde la perspectiva de la teoría tradicional de la prueba prohibida como la propuesta en este trabajo, toda vez que de todas formas el acto viciado sigue generando efectos, sin constatar si es que efectivamente debe declararse nulo o no.

En ese sentido, debe de analizarse casos como este en atención a los principios de la nulidad, es decir, verificar que el medio de prueba viciado haya cumplido su finalidad sin causar perjuicio, que no sea de interés del imputado, que no sea solo un error material, etc. por ejemplo, puede haber un medio viciado, como la incautación sin orden judicial y en dudosas circunstancias se pudieron vulnerar derechos de terceros, pero si esto no ha sido tomado en cuenta para condenar a un partícipe del delito, sino otros medios de prueba, es claro que en este caso no tendría por qué declararse nula la sentencia, pero no porque la vulneración sea de un tercero, sino porque no influyó en la sentencia de ninguna forma, es decir aplicando el principio de perjuicio.

4. Ponderación de intereses

La ponderación de intereses es una técnica de evaluación o ponderación para la decisión de controversias constitucionales, en ese sentido, la primera

(327) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit., p. 140. En el mismo sentido, pero basada su crítica a la teoría del ámbito de derechos, Roxin ha señalado que el procesado tiene derecho a que no solo sean observadas las disposiciones establecidas especialmente para su protección, sino también a que el principio de formalidad quede garantizado en general; por tanto, también las infracciones en este ámbito afectan su “ámbito de derechos”. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2000, traducida de la vigésimo quinta edición por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio Maier, pp. 192 y 193.

vez que se usó, en materia de regla de exclusión, fue en el caso *Linkletter vs. Walker* de 1965, donde, a partir de la adopción del precedente *Mapp vs. Ohio*, se pidió la aplicación retroactiva de esta a casos anteriores al precedente. La Corte Suprema señaló, que la decisión sobre la retroactividad o irre-roactividad debía tomarse sopesando⁽³²⁸⁾ las ventajas y los inconvenientes en cada caso, teniendo en cuenta la historia previa de la regla en cuestión, su finalidad y efecto, y si la aplicación retrospectiva facilitaría o dificultaría su operatividad, así, la Corte Suprema decidió, basándose en el efecto disuasivo, que la actuación irregular ya había tenido lugar y que con la retroactividad de este precedente y la liberación de los implicados no sería corregida⁽³²⁹⁾, por ello no aplicó retroactivamente la regla de exclusión.

Señala Hairabedián⁽³³⁰⁾ que esta excepción se aplicó en el caso *Estados Unidos vs. Williams* de 1980, en el cual se aceptó el valor de un secuestro de heroína hallado en la requisa a un vehículo interceptado por una infracción de tránsito, sin que haya habido sospecha previa de la presencia del narcótico. También el caso *Schmerber vs. California*, donde se permitió valorar el resultado de una extracción de sangre al acusado, la misma que no contaba con orden judicial en virtud de la urgencia para evitar la eliminación del alcohol.

Entonces, es claro, como señala Neyra Flores, que esta excepción tiene como regla que: si ponderamos que con la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se lograra el efecto disuasorio, entonces no tiene sentido excluir la prueba prohibida. Esto se explica porque ese sistema asume que la fundamentación de la exclusión de material probatorio está en el efecto que su exclusión puede tener en el actuar de los agentes policiales, pues deberían actuar respetando los derechos fundamentales al momento de obtener las fuentes de prueba⁽³³¹⁾.

Para Fidalgo Gallardo⁽³³²⁾ no deja de resultar chocante que las frases altisonantes de la Corte Suprema sobre la regla de exclusión en el caso *Mapp vs. Ohio*, que poco antes había sido proclamada a bombo y platillo como parte esencial de la cuarta enmienda y como su “privilegio constitucional más importante”, se redujese ahora simplemente a pretender que la *exclusionary rule* era una mera protección cuya aplicabilidad dependería de una incierta técnica material de ponderación de intereses, cuyos parámetros eran inconcretos y manipulables e imposibles de medir de manera objetiva.

(328) El resaltado es nuestro.

(329) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 196-200.

(330) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., pp. 97 y 98.

(331) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 680.

(332) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 197 y 198.

En Argentina —en específico en la Cámara de Apelaciones de Rosario— existe una doctrina similar denominada *clearing* de valores, donde se expone que en cada caso concreto habrá de evaluarse de acuerdo al *clearing* de valores de la Carta Magna, si cuenta con superioridad constitucional el principio de invalidez del procedimiento deficiente o si resulta necesario soslayar una irregularidad de menor calibre en beneficio de un valor de mayor jerarquía en la escala del estatuto fundamental⁽³³³⁾.

En España no hemos encontrado el *balancing test* como excepción a la regla de exclusión, pero sí en Alemania —como técnica de ponderación—, en los casos en los cuales exista una prohibición de valoración independiente, es decir, aquella que no está en la ley, sino en los principios constitucionales; en ese sentido Roxin⁽³³⁴⁾ señala que se pondera, con razón, entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, de modo tal que, si se trata de delitos muy graves, la valoración es admisible. Kai Ambos⁽³³⁵⁾ también desarrolla esta teoría señalando que de conformidad con la teoría de las esferas del Tribunal Constitucional Federal, se ha de distinguir entre el ámbito social (primera esfera), la esfera meramente privada (segunda esfera) y la esfera íntima (tercera esfera). Mientras que la injerencia de esta última —como núcleo de carácter intangible de la vida privada— acarrea siempre una utilización, en la primera esfera no existe ninguna prohibición, y en la segunda hay lugar a efectuar un control de proporcionalidad con especial acento en la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre la gravedad de la injerencia y los intereses de persecución penal). Esta teoría se aplicó en los “casos de diarios”, así se rechazó la utilización de un diario para poder obtener la condena por falso testimonio, pero fue admitido a efecto de la condena de un homicida de mujeres de un reincidente que había confiado a su diario sus intenciones de matar.

En el Perú se aceptó esta excepción mediante el acuerdo quinto del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004 señalando que se admite “la doctrina de la ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por sí ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la

(333) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., p. 96.

(334) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 204.

(335) AMBOS, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización”. En: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; y, GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009, Traducción de Oscar Julián Guerrero, pp. 143 y 144.

ponderación de interés de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja”.

Esta excepción es una de las más usadas en la jurisprudencia peruana, así tenemos la sentencia recaída en el Exp. 21-2001 emitido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, donde se pronuncia señalando que “en el presente caso los temas del conflicto entre los derechos a la intimidad y privacidad y la tranquilidad pública son solo aparentes y no sustanciales, por lo que corresponde resolverse a favor del bien jurídico tranquilidad pública, en estricta pertinencia de la teoría de la “ponderación de los intereses involucrados”, (...)”.

También la Corte Suprema ha emitido la sentencia recaída en el R. N. N° 4826-2005, que señala que “en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esa circunstancias (vulnerando derechos fundamentales) cuando, al final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación—su propia dimensión como consecuencia del estrago generado— y, en especial, a las circunstancias que determinan su obtención (...)”. Estos casos los veremos con mayor detalle al analizar cada una de las sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre las excepciones.

En la jurisprudencia del proceso de reforma también se ha utilizado esta excepción, así en el caso reseñado, sobre la sentencia recaída en el Exp. N° 1694-2008-60 emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de La Libertad de 30 de noviembre de 2009⁽³³⁶⁾, en un caso de robo agravado, la Sala señala que en este caso hay que usar la excepción de buena fe, toda vez que hubo un error de comprensión en los agente policiales, pero además: “A esto debemos añadir que, ponderando los intereses contrapuestos en el presente caso, esta Superior Sala Penal se inclina a favor de dotarle validez a la prueba obtenida ilegalmente, teniendo en cuenta que si bien hubo afectación al derecho a la libertad del imputado, esta no se produjo de modo intenso, sino al amparo de una intervención policial que creyó estar actuando dentro del marco legal, máxime si existe el otro interés constituido por la gravedad de la infracción y el derecho del agraviado de recuperar los bienes que le fueron sustraídos, así como el derecho a la sociedad de que cese, o al menos, disminuya el nivel de violencia que surge desde la comisión de este tipo de delitos graves”.

(336) *Vide* el subcapítulo sobre la excepción de buena fe.

En la doctrina nacional Hurtado Pozo⁽³³⁷⁾ señala que la discusión se da entre el derecho fundamental y el interés de la sociedad en perseguir el delito; así ante el conflicto de intereses individuales (respeto de los derechos fundamentales de la persona) e intereses públicos (reprimir los delitos para proteger los bienes jurídicos de las personas), parece conveniente optar por una solución intermedia que busque establecer un equilibrio, el mismo que redundará en el desarrollo ordinario de las actividades y en el fortalecimiento del Estado de derecho.

En el mismo sentido, Asencio Mellado⁽³³⁸⁾, en el dictamen que realizó sobre los conocidos como “vladivideos”, señaló que la existencia de una infracción de derechos fundamentales y su incidencia en la investigación penal queda sujeta a un análisis de proporcionalidad, o lo que es lo mismo, a una ponderación, caso por caso, de los hechos, los sujetos, los delitos presuntamente cometidos, la capacidad de su investigación y la de los intervinientes.

De lo analizado hay una constante marcada en esta excepción entre la jurisprudencia norteamericana, la alemana y la peruana (así como la doctrina): es el uso de criterios amplios, generales que al ser tan amplios pueden generar afectaciones a la seguridad jurídica, pues se dice que se debe acoger la salvaguarda del bien de mayor valor, pero no se dice cuál es, o al menos cuales son los criterios por los cuales uno puede hacer una análisis de este tipo.

Un intento de explicación de este problema se hace sobre la base del análisis de proporcionalidad⁽³³⁹⁾, que debe hacerse cuando el delito sea grave (así

(337) HURTADO POZO, José. “Vladivideos e ilegalidad de la prueba”. Disponible en: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo5.pdf>> (consulta: 15/03/2009).

(338) ASENCIO MELLADO José María. “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000”. Ob. cit., pp. 24 y 25.

(339) PISFIL FLORES, Daniel Armando. “La aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en la prueba ilícita”. En: *Jus Doctrina & Práctica*. Nº 3. Grijley, Lima, marzo de 2008, pp. 156-162, señala que estos delitos graves serían los perpetrados por organizaciones criminales como secuestros agravados, tráfico de personas, tráfico de drogas, robo agravado; asimismo otros delitos graves son el terrorismo, los delitos de lesa humanidad, contra la administración pública, libertad e indemnidad sexual contra niños. Este autor además señala que no estamos ante una excepción, sino ante una interpretación unitaria de la Constitución relevando fines constitucionales legítimos. Antes se habían pronunciado en ese sentido QUINTANILLA LOIZA, Julio y BAZUL TORERO, Manuel Alejandro. *Valor probatorio de las grabaciones de audios y video en los procesos anticorrupción*. Gráfica universo, Lima, 2005, p. 133; y, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis. Revista de Derecho. Segunda época*. Nº 43. Asociación civil Themis-Revista de Derecho, Lima, 2001, p. 154 y ss.

como se hace en Alemania⁽³⁴⁰⁾), pues la impunidad de estos delitos para la convivencia pacífica y social de la comunidad es grave.

Sin embargo, desde una posición de política criminal Hamilton Castro⁽³⁴¹⁾ señala que si la proporcionalidad se aplica para casos graves de extrema gravedad o criminalidad organizada, implicaría un recorte bastante discutible de los alcances de la regla de exclusión y de la preeminencia de los derechos fundamentales, lo que implicaría una posición autoritaria del derecho procesal penal, como reflejo de un derecho penal del enemigo.

Al respecto se debe señalar que si bien un delito puede ser grave, no se sabrá si efectivamente una persona ha cometido sino hasta la sentencia, de ahí que hablar de impunidad en un momento anterior a esta implica vulnerar la presunción de inocencia; por ello, más que ampliar las facultades del juez al analizar la regla de exclusión y dejar a su libre arbitrio si una prueba es lícita o no; lo que se debe hacer es ubicar si es que existe o no la vulneración y luego determinar si es necesario excluir este material viciado en base a los principios reseñados.

En ese sentido, la proporcionalidad cumple un papel importante en todo en el ordenamiento jurídico y también en la regla de exclusión. Por ello, en Europa, sobre todo en Alemania, se ha desarrollado el principio de proporcionalidad como técnica para determinar cuan intensa debe ser la injerencia en los derechos, sobre todo los fundamentales, esto lo hemos visto en el capítulo anterior, por lo que nos remitimos a esa parte del trabajo.

A pesar de los avances en la materia y la definición de los criterios de la proporcionalidad (adecuación, necesidad, proporcionalidad estricta), consideramos que el test de ponderación o proporcionalidad no debe ser una excepción, así como tampoco debe cumplir algún papel en la determinación qué elemento de prueba es prohibido o no; pues el ordenamiento jurídico ha establecido cuales son las formas de los actos procesales y si estos están afectados de algún vicio no tiene que ver con la proporcionalidad, sino con los principios de la nulidad, en ese sentido, no se podría decir que en un caso de intervención a la comunicaciones el hecho de hacerlo sin orden judicial puede ser convalidado porque el delito era gravísimo.

(340) Vide GUERRERO, Oscar Julián. "Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano. Anotaciones desde el derecho comparado". En: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; y, GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009, p. 208.

(341) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit., p. 123.

Es claro que el principio de proporcionalidad cumple un papel en la formación de ciertos actos de investigación⁽³⁴²⁾, sobre todo en aquellos que restringen derechos fundamentales, pero eso es a la hora de autorizar la medida; es decir, la proporcionalidad cumple su papel cuando el juez decide si la medida que afecta derechos es adecuada, necesaria y proporcional al fin buscado. Si el acto está viciado por una actuación fuera de la ley la proporcionalidad no podrá, por sí sola, decir si es que esta debe ser válida o no, pues la proporcionalidad no puede reemplazar los principios de jurisdiccionalidad, legalidad, intervención mínima, etc.

En la teoría que propugnamos la proporcionalidad cumple un papel importante, pero no para decidir por sí solo si se excluye o no un acto de investigación, sino que ayuda al momento de valorar por medio de los otros principios si la decisión que se está tomando de excluir o no un acto viciado, es proporcional. Es decir, actúa en conjunto con los otros principios.

5. Destrucción de la mentira del imputado

Esta excepción nace en el sistema estadounidense, por ello hay que remitirnos a su ordenamiento jurídico, así debemos de referir que en aquel sistema se hace necesario que el acusado al momento de declarar, si es que desea hacerlo, jure decir la verdad, así como los testigos; por tanto no tienen el derecho de relatar hechos distintos a los reales (mentir).

Teniendo este deber al momento de declarar es que la jurisprudencia creó esta excepción, así la regla de exclusión no será aplicable cuando lo que se quiera probar no sea la culpabilidad de la persona acusada, sino si es que este está mintiendo al tribunal, entonces, se considera que esta excepción busca evitar que el acusado se aproveche indebidamente de la protección de la regla de exclusión y subvierta las garantías procesales, cometiendo perjurio en su confesión y violando el juramento de decir la verdad⁽³⁴³⁾.

Esta excepción se aplicó en la caso *Walder vs. Estados Unidos* de 1954, en un caso sobre tráfico de drogas, en el cual se excluyó la confiscación de los estupefacientes, llegado el juicio oral en su confesión declaró que nunca había visto drogas, en flagrante contradicción con lo que resultaba evidente a la vista de las pruebas excluidas. Por ello la Corte Suprema señaló que en ese caso el fiscal podía introducir las pruebas excluidas para atacar la credibilidad

(342) En el mismo sentido *vide* PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exegesis. Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Rodhas, Lima, 2009, p. 158.

(343) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 453.

de la confesión⁽³⁴⁴⁾. Así se pronunció diciendo: “la acusación puede aportar al juicio materiales probatorios inconstitucionalmente obtenidos (...) a los solos efectos de poner en duda la veracidad de las afirmaciones del acusado (...) cuando de la disconformidad de la confesión con sus declaraciones anteriores al juicio oral sea patente su intención de cometer perjurio para eludir la acción de la justicia”⁽³⁴⁵⁾.

La Corte Suprema mantuvo que al ponderar los intereses en juego, el interés por prevenir pruebas falsas es superior al de prevención de futuros abusos policiales. Después de todo el policía no obtuvo las pruebas ilícitas con el propósito de introducirlas para tachar las declaraciones del acusado a su favor⁽³⁴⁶⁾. Como se ve a esta excepción se le suman otras.

En el caso Estados Unidos vs. Havens de 1980, se señala que esta excepción se puede aplicar no solo a la confesión, sino también a las preguntas del contraexamen. En el caso Harris vs New York de 1971 esta excepción se aplica también a la prueba excluida con vulneración de la V enmienda (derecho a la no incriminación)⁽³⁴⁷⁾. Debemos referir también que esta excepción no se aplica a los testigos, como se mantuvo en el caso James vs. Illinois de 1990⁽³⁴⁸⁾.

Hairabedián⁽³⁴⁹⁾ ha reseñado dos críticas que se realizan a esta excepción, la primera que puede disminuir los efectos preventivos de las exclusiones probatorias, toda vez que los policías, ante la alternativa de cometer un acto inconstitucional, pueden contemplar la posibilidad de que el éxito probatorio que de él obtengan, eventualmente pueda hacerse valer para atacar la declaración en juicio del acusado. La segunda, que esta excepción condiciona ilícitamente el ejercicio del derecho del imputado de negar la imputación, lo cual no debería ser desalentado bajo la amenaza de usar prueba ilegal en contra si lo hace.

En el Perú se aceptó esta excepción mediante el acuerdo sexto del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004 señalando que se admite “la doctrina de la destrucción

(344) *Ibidem*, p. 454.

(345) NEYRA FLORES, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 681.

(346) SALAS CALERO, Luis. *Ob. cit.*, p. 494.

(347) FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Ob. cit.*, pp. 455 y 456.

(348) SALAS CALERO, Luis. *Ob. cit.*, p. 495.

(349) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Ob. cit.*, p. 101.

de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado”.

Es claro que esta excepción no puede ser usada en el proceso penal peruano, pues la idea subyacente a esta es una totalmente distinta a como se entienden las garantías en Estados Unidos y en el Perú; en el país del norte la garantía de la no incriminación tiene un contenido distinto, pues no se permite mentir, en cambio, en el proceso penal peruano no se exige el juramento de decir la verdad, es decir, si bien no se busca que el acusado mienta, esto es posible⁽³⁵⁰⁾, en la medida que este acto procesal no es un medio de prueba, sino solo un acto de defensa, es decir, no será tomado como prueba, sino solo como un acto de defensa que depende totalmente del acusado.

Así, al no existir el deber de decir la verdad y tampoco existir perjurio, no existe motivo por el cual se deba ingresar el material prohibido, pues no es necesario garantizar la veracidad del imputado. La inclusión de este material significaría en nuestro sistema solo una forma soterrada de ingresar material probatorio prohibido, que a pesar de referirse a las contradicciones de la declaración del acusado de todas formas influirá en la toma de la decisión final, pues no solo porque desacredita la versión en juicio del imputado, sino porque lo que la acusación pretende, a la larga, es acreditar la vinculación de aquel con la comisión del delito y su culpabilidad⁽³⁵¹⁾; así, este material al ingresar genera efectos por sí mismo, siendo difícil creer que el juez que juzga no se acordará de esta prueba al sentenciar, a pesar de que no lo diga en la fundamentación de la sentencia.

Como vemos es una verdadera excepción al existir el nexo de causalidad entre la prueba ilícita y la vulneración a los derechos del imputado; en cuanto a la teoría que proponemos se debe señalar que esta excepción tampoco cumple algún papel en ella, por ello, una vez ubicado un vicio se debe de analizar de acuerdo a los principios de la nulidad ya expuestos.

6. Teoría del riesgo

En Estados Unidos lo vemos en el caso *Hoffa vs. Estados Unidos* de 1966, donde se señala que no se debe excluir la declaración del informante que aprovechó su amistad con el acusado para visitarlo con frecuencia y enterarse de sus manifestaciones reconociendo haber sobornado jurados⁽³⁵²⁾. Es así que se diferencia “entre los actos de una persona que se realizan en

(350) En el mismo sentido *vide* CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. cit., p. 131.

(351) *Ibidem*, pp. 130 y 131.

(352) Disponible en: <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=54>.

la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza que estos no revelarían su delito”⁽³⁵³⁾.

También se da en el caso *Lewis vs. Estados Unidos* de 1966, en el que un agente estatal se presentó en un lugar haciéndose pasar por comprador de estupefacientes y fue invitado a pasar a la vivienda por el vendedor. En este caso la Corte Suprema señaló que era válida esta actividad en base a que el agente no había visto ni escuchado nada que no hubiese estado previsto por el acusado y querido como parte del negocio ilícito⁽³⁵⁴⁾.

Señala Hairabedián⁽³⁵⁵⁾ que la justificación de esta excepción estriba en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este.

En el proceso español Reaño Peschiera⁽³⁵⁶⁾ cita una sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de mayo de 1994 que señala: “si partimos del dato trascendental de que las conversaciones grabadas al procesado corresponden a unas charlas que mantuvo con la denunciante Esther, difícilmente puede afirmarse que se esté vulnerando el derecho fundamental a la intimidad de la persona que emitió las manifestaciones recogidas en la cinta. Y es que si el propio interesado fue el que confidenció voluntariamente con la denunciante y le relató una serie de datos y le hizo algunas propuestas, parece evidente que no hubo una capitación fraudulenta de sus declaraciones personales, sino que la destinataria de las confidencias del procesado se limitó a constatar magnetofónicamente lo que voluntariamente su interlocutor le comentaba y proponía”.

Este mismo autor cita un caso en el sistema procesal alemán en el cual se analiza una situación similar, así en el caso de las “trampas de escucha”, se tiene que en el marco de una investigación preliminar la policía solicitó a un particular, quien había atestiguado en contra del principal sospechoso, que entable una conversación telefónica con dicho acusado con la esperanza de que en el curso del diálogo informal este acepte su participación en los hechos materia de imputación. Dicha conversación, desarrollada en lengua árabe, fue

(353) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 682.

(354) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 106.

(355) *Ibidem*, p. 102.

(356) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista, Lima, 2004, p. 113.

a su vez escuchada por un traductor al servicio de la policía. Todo ello con el consentimiento del interlocutor persuadido de contactar al sospechoso⁽³⁵⁷⁾.

La Sala Quinta de lo Penal del BGH declaró inutilizable la prueba por haberse infringido el deber de instruir al interrogado respecto de su derecho al silencio y al asesoramiento técnico legal. Siendo que esta decisión era contradictoria con la interpretación de la Sala Segunda de lo Penal del BGH, este caso fue conocido por el *Goßer Senat*, que señaló que esta prueba era válida siempre que se trate de esclarecer un hecho punible muy relevante y la investigación de los hechos a través de la utilización de otros métodos de investigación hubiera obtenido considerablemente menos resultados o hubiera sido sensiblemente más complicada⁽³⁵⁸⁾.

En Argentina, la Cámara Federal de la Capital Federal en el caso Gallo de 29 de abril de 1994 señaló que había que admitir las cámaras ocultas cuando uno de los partícipes en la charla la consentía, en razón de que su posterior testimonio sobre la conversación era válido. Sostuvo el tribunal que carece de razonabilidad efectuar una distinción —dada la equivalencia del riesgo asumido en lo que hace a su difusión a terceros— entre un interlocutor y probable informante, con o sin intenciones de grabación⁽³⁵⁹⁾.

En el Perú se aceptó esta excepción mediante el acuerdo sétimo del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004 señalando que se admite “la teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas.

(357) *Ibidem*, p. 98.

(358) ROXIN, Claus. “Comentario a la resolución del Tribunal Supremo federal Alemán sobre las trampas de escucha”, p. 195. Citado por REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 98.

(359) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 103.

Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio [de la] la prueba obtenida a través del engaño del inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos (sic), los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas”.

Esta teoría ha sido asumida por la jurisprudencia, aunque no siempre señalando que se la está usando⁽³⁶⁰⁾, pero también mencionándola expresamente, como en el R. N. N° 1317-2010-Lima, de la Sala Penal Transitoria. En la doctrina Hamilton Castro⁽³⁶¹⁾ refiere que si esta teoría implica admitir la validez de grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de una conversación telefónica propia, entonces no se trata de una excepción a la regla de exclusión, en la medida en que ha quedado claro que la obtención y el aprovechamiento de la información lograda a través de dichos medios no supone lesión alguna de los derechos a la intimidad y al secreto a las comunicaciones

Como se puede ver esta teoría se justifica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este. Sin embargo, al hilo de lo dispuesto por el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo de 2004 se debe diferenciar primero entre los actos de los particulares y la de los agentes estatales⁽³⁶²⁾.

Así en los actos realizados por particulares se debe seguir lo dispuesto por Reaño Peschiera⁽³⁶³⁾, quien señala que las grabaciones o escuchas secretas

(360) Se puede ver CASTRO TRIGOSO, Hamilton. “Consideraciones sobre la prueba ilícita en la sentencia contra Fujimori. Sobre la prueba de audio y vídeo”. En: *Dialogo con la jurisprudencia*. Vol. 14, Tomo 128, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2009, p. 31. Para Alarcón esta excepción se puede utilizar en los casos de la “salita del SIN” vide ALARCÓN MONTOYA, Oscar. “La tesis de la inutilizabilidad de la prueba prohibida: su recepción por el nuevo Código Procesal Penal y los tribunales de justicia de La Libertad”. En: *Revista del Consejo Nacional de la Magistratura. Informes institucionales y doctrina*. Año I, N° 2, Consejo Nacional de la Magistratura, Lima, setiembre de 2008, p. 129.

(361) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., p. 135. En el mismo sentido, vide VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob. cit., p. 210.

(362) Esto también lo propone Hamilton Castro, pero señalando que la teoría del riesgo solo se aplica a los casos de obtención de fuentes de prueba por particulares. vide CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., p. 133.

(363) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 113.

deberán considerarse pruebas lícitas y validas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y, b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados (es decir que no sea delito lo grabado subrepticamente). Pues es claro que en este tipo de actividades hay dos derechos en juego, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones.

El primero está reconocido en el artículo 2.7 de la Constitución Política del Estado, e implica que cualquiera no puede suministrar informaciones que afecten la intimidad de las personas, así se debe de tener en cuenta que la intimidad es un atributo de la persona al que solo tiene acceso el titular del derecho. Para determinar si una información afecta este derecho se tiene que analizar el contenido de la información, de ahí que se diga que es un derecho de contenido material.

Sin embargo, es claro que en caso de que el contenido de la información sea delictiva, este derecho a la intimidad debe ser limitado en base al interés general en la persecución de este último; de ahí que este ámbito no esté dentro del contenido esencial de este derecho.

Respecto al derecho a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones este se encuentra reconocido en el artículo 2.10 de la Constitución Política del Estado, a diferencia del derecho a la intimidad este un derecho formal, pues no importa cuál es el contenido de la conversación grabada⁽³⁶⁴⁾, lo que importa es que los participantes de ella tienen el derecho de guardarlo en secreto, a menos que el juez autorice la intervención de acuerdo a lo que establece la ley de la materia.

Sin embargo, será válida una injerencia en la comunicación de dos personas, cuando una de ellas, como titular de la comunicación, la difunda, en ese caso no se podrá decir que existe una prueba viciada, pues, un titular de esta conversación actuó por su voluntad y tiene tanto poder para hacer esto como el otro titular⁽³⁶⁵⁾. Entonces, una prueba así obtenida no será inválida, pues la manifestación o expresión de pensamientos de las personas intervinientes existe una nota de voluntariedad desde que nadie los obliga a ello; y, quien revela a su interlocutor situaciones que lo pueden comprometer asume

(364) ASECIO MELLADO José María. "Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000". Ob. cit., p. 60.

(365) Señala Asencio Mellado que la grabación por in interlocutor en caso alguno vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que jamás es necesaria la intervención autorizadora judicial. *Ibíd.*, p. 50.

el riesgo de ser denunciado o delatado, es decir, a que lo dicho en la conversación trascienda de su ámbito inicial⁽³⁶⁶⁾.

De ahí que los autores antes citados tengan razón, no estamos frente a una excepción, ni siquiera frente a alguna vulneración, sino simplemente a la actuación conforme a derecho.

El otro supuesto a tener en cuenta es la actuación de los agentes estatales, así, la intervención de estos en actos de injerencia en derechos de los ciudadanos se realiza por virtud de una investigación, de ahí que sea necesario ser escrupuloso y exigentes en la actuación de estos, por ello, cada actuación debe ser acorde con lo que la ley dispone para afectos de obtener las fuentes de prueba; el agente estatal que graba una conversación debe tener autorización judicial. Con la salvedad que esta actuación debe haber sido preponderantemente configurada por el órgano encargado de la persecución penal⁽³⁶⁷⁾.

En los casos en los cuales un agente estatal instrumentalice –aun por propia voluntad– a una persona para que reciba la información del imputado también deberá ser por estos cauces legales, con autorización judicial, pues se entiende que está realizando es una actividad oficial que tendrá efectos en el proceso penal. Lo mismo cabe decir para la actuación de los agentes encubiertos⁽³⁶⁸⁾.

Al ser únicamente casos en los cuales no se afecta derecho alguno vemos que el análisis de acuerdo a nuestra teoría solo abarcaría el momento de constatar si ha habido una vulneración o no que vicie un posible medio de prueba,

(366) Hamilton Castro señala que este no es el caso de interlocutores obligados por el secreto profesional a guardar reserva de lo escuchado. *Vide* CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., p. 134.

(367) Reaño refiere que serán susceptibles de actividad probatoria válida las declaraciones autoinculpatorias de sospechosos, cuya provocación sea imputable a un particular en grado de autoría unipersonal, aunque este haya recibido para su configuración aportes residuales o accesorios de los órganos de persecución penal (equivalentes a la inducción y a la complicidad); mientras que no serán susceptibles de actividad probatoria lícita las declaraciones autoinculpatorias de sospechosos cuya provocación sea imputable a un órgano de persecución penal en grado de autoría directa, mediata o coautoría. REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Ob. cit., p. 117.

(368) Para Castillo Gutiérrez no se puede equiparar el comportamiento de un particular que produce una prueba espontáneamente para que un interés o fin particular, con la actuación de un agente o autoridad que tienen como función perseguir el delito, pues estos buscan pruebas para la imposición de una sanción penal. En el primer supuesto, al no producirse la prueba exprofeso para un proceso o investigación de un ilícito penal, podría quedar incólume, pero el agente particular recibiría la respectiva sanción penal por el delito cometido. En el segundo supuesto la situación es muy diferente, pues se trata de la actuación de un agente, autoridad o funcionario que obtiene o produce una prueba afectando derechos para fines de una investigación y sanción de un delito, lo que sí perjudicaría la prueba obtenida. CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. “¿La prueba obtenida con violación de derechos fundamentales por sujetos particulares es siempre prueba ilícita?”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 78, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2015, p. 43.

es decir, es el primer nivel de análisis, de ahí que no se aplique, respecto de estos supuestos, los principios de las nulidades.

7. Fuente independiente

Si bien se señala que esta excepción no es una a la regla de exclusión, sino a los frutos del árbol envenenado. De acuerdo a como ha sido entendida esta excepción en el sistema jurídico peruano se exige que la prueba derivada de una lesión a derechos en la actividad de obtención de pruebas sea independiente, es decir, no debe haber relación entre el acto viciado y el acto independiente, no habiendo este supuesto es claro que no se puede decir que esta excepción sea una excepción a la prueba refleja, sino una excepción a la misma regla de exclusión.

Esta excepción se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos* de 1920, en el cual la Corte Suprema señaló que los datos que hayan sido obtenidos mediante violaciones constitucionales no se convierten en sagrados e inaccesibles, si el conocimiento de los mismos se consigna mediante una fuente independiente puede ser probado como cualesquiera otros⁽³⁶⁹⁾.

La aplicación de esta la tenemos en el caso *Bynum vs. Estado Unidos* de 1960, en el cual se excluyeron las huellas dactilares de un detenido ilegalmente. En el momento de la detención se le tomaron las huellas dactilares que tras la oportuna prueba pericial coincidían con las tomadas en el lugar del robo. No obstante, esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener causa razonable⁽³⁷⁰⁾. A pesar de ello la policía presentó con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con la recogida tras la detención ilegal. La Corte Suprema aceptó esta nueva prueba pericial al considerarla independiente y no relacionada con el arresto ilegal⁽³⁷¹⁾.

Se fundamenta esta excepción también en el efecto disuasivo. En el caso *Nix vs. Williams* se señaló que “el interés de la sociedad en la disuasión de conductas policiales ilícitas y el interés público en que los jurados reciban

(369) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 439.

(370) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 676.

(371) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Las pruebas ilícitas: fundamento y alcance de la regla de exclusión”. En: *Ponencias del Segundo Congreso de Derecho Penal y Criminología*. Sin editorial, Huánuco, 2005, p. 37.

todas las pruebas de un crimen se ponderan adecuadamente si se pone a la policía en la misma posición, no en una posición peor, que en la que hubiera estado si no se hubiese producido la conducta impropia [...] cuando las pruebas cuya admisibilidad se ataca provienen de una fuente independiente, la exclusión de tales pruebas pondría a la policía en una posición peor que en la hubiese estado en ausencia de error o violación”⁽³⁷²⁾.

Sin embargo, hay casos en los cuales no estaría clara esta desconexión causal, por ejemplo, en el caso *Segura vs. Estados Unidos* hubo un allanamiento sin orden judicial y luego otro con orden, supuestamente apoyado en elementos ajenos al primero, secuestrándose elementos de procedencia delictual⁽³⁷³⁾.

Esta excepción como bien señala Fidalgo Gallardo⁽³⁷⁴⁾ presupone la no existencia de conexión entre la ilegalidad originaria y la prueba cuya obtención se pretende relacionar con esa ilegalidad, de ahí que no tenga sentido extender la exclusión a pruebas obtenidas observando todas las garantías constitucionales

En España esta excepción fue establecida en la STC 86/1995 de 6 de junio, en un caso en el que las demandantes de amparo habían sido condenadas como autoras de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) con base en intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El TC a pesar de reconocer que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la confesión de un coacusado⁽³⁷⁵⁾.

Esta doctrina fue seguida por la STC 54/1996, de 26 de marzo de 1996, en un caso de intervención telefónica ilegal por delito de terrorismo, cuyos resultados obtenidos fueron declarados prueba prohibida, pero existía prueba testifical de cargo independiente, así como una declaración del propio acusado reconociendo un hecho de cargo. Esta doctrina es seguida hoy en los mismos términos⁽³⁷⁶⁾.

(372) *Vide* GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., pp. 74 y 75.

(373) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 69. De otra opinión es SALAS CALERO, Luis. Ob. cit., p. 484.

(374) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 439.

(375) GÓMEZ COLOMER, Juan. Ob. cit., p. 121.

(376) *Ibidem*, p. 122.

Miranda Estrampes⁽³⁷⁷⁾ refiere que en realidad no nos encontramos ante una verdadera excepción, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Esto se debe de entender en el sentido que si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple con el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. La excepción de la fuente independiente consiste justamente en afirmar esa desconexión causal⁽³⁷⁸⁾.

Hairabedián⁽³⁷⁹⁾ señala que esta excepción funciona cuando suprimida hipotéticamente la prueba viciada igualmente queda en pie la derivada.

Sin embargo, también Gascón Abellán⁽³⁸⁰⁾ señala que muchas veces esta excepción se aplica allí donde sí existe conexión causal entre el acto ilícito y la prueba cuestionada, pues puede resultar relativamente sencillo calificar como independiente la prueba que realmente no tiene ese carácter.

En el Perú se debatió la inclusión de esta excepción al ordenamiento jurídico en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, así en el fundamento XI se señala: “la teoría de la fuente independiente (...) sostiene que se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente”. Sin embargo, no se acordó aceptarla.

San Martín Castro⁽³⁸¹⁾ señala que la ruptura del nexo causal en este supuesto es manifiesta, por lo que en propiedad no es una excepción. Es decir, estamos ante una prueba distinta y sin conexión (causal o jurídica) con la inicial prueba viciada; por tanto esta no es una excepción, sino es una situación que se deriva de la propia lógica de prohibición de la regla de exclusión, pues si no existe nexo causal no existe prueba derivada que sea considerada fruto del árbol envenenado.

Pero hay que ser cuidadosos, pues bajo este argumento pueden entrar al proceso elementos probatorios que sí tengan alguna relación con la

(377) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Las pruebas ilícitas: fundamento y alcance de la regla de exclusión”. Ob. cit., pp. 36 y 37. En el mismo sentido, HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 202.

(378) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 74.

(379) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 202.

(380) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 75.

(381) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, 1ª reimpresión, Vol. II, Grijley, Lima, 2006, p. 890.

vulneración de derechos, como pone de manifiesto Hamilton Castro⁽³⁸²⁾. Por ello, es necesario declarar con claridad la falta de conexión, pues como señala Guerrero Peralta⁽³⁸³⁾ el problema en términos teóricos se circunscribe a la búsqueda de vínculos causales entre evidencias ilegales y evidencias legalmente obtenidas, que se asumen por la dogmática procesal bajo la denominación de la “descontaminación del futo”.

Dentro de la teoría que exponemos, se puede decir que la aplicación de la fuente independiente no es contraria, toda vez que si se detecta un acto que prueba un hecho que no tiene vicio, no tiene sentido excluirlo, pues según el principio de conservación todo acto independiente del acto vulnerado debe reputarse válido, pero, claro, solo cuando no tenga relación. De otra forma no se excluirá inmediatamente, sino que además hay que analizar, sobre la base del principio de conservación, si es que la prueba derivada también ha sido contaminada.

8. Error inocuo

Esta excepción se inicia en Estados Unidos con una ley federal hoy incorporada en la Regla 52 (a) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, con la que el congreso federal pretendía combatir la plaga de anulaciones de condenas que acosaba a los procedimientos federales en base a formalidades y tecnicismos sin peso sustantivo, en muchas ocasiones provocados por las malas artes de los abogados defensores que, a sabiendas, incluían errores técnicos en las actuaciones que posteriormente pudieran ser invocados, como causa de anulación por defecto formal. Según esta regla los errores y defectos sin relevancia práctica sobre los procedimientos judiciales o de cualquier otro tipo no constituyen causa de anulación del procedimiento en su conjunto ni de la decisión final, si hubiese certeza de que el resultado habría sido el mismo de no haberse producido el error en cuestión⁽³⁸⁴⁾.

En el caso Chapman vs. California de 1967, la Corte Suprema señaló que un Tribunal de Apelación podría considerar un error como inocuo si tuviese certeza más allá de duda razonable de que el error no influyó en la condena. La carga de la prueba del carácter inocuo del error para evitar la anulación de

(382) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., pp. 109 y 110. También *vide* VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob. cit., p. 201.

(383) GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. “Las excepciones a la regla de exclusión probatoria; a propósito del artículo 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano”. En: VELÁSQUEZ, Fernando y AMBOS, Kai (coordinadores). *Derecho Penal y dignidad humana: Libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez*. Temis, Bogotá, 2005, p. 308.

(384) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 458 y 459. En el mismo sentido *vide* TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el proceso penal*. 4ª edición, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, p. 26.

la condena recae sobre la acusación. Además, se señaló que en ningún caso serían errores inocuos las confesiones forzadas, la privación de derecho a la asistencia letrada, juez imparcial⁽³⁸⁵⁾.

En la sentencia de Arizona vs Fulminante de 1991 la Corte Suprema señaló que había que considerar dos tipos de errores: errores procesales y errores estructurales. La doctrina del error inocuo se aplicaría a la primera, pues estos errores pueden ser aislados y su influencia real en la condena valorada por el Tribunal de Apelación como una simple cuestión probatoria. En el segundo caso, estos defectos permean todo el mecanismo procesal, siendo que el efecto no podría ser aislado por viciar el proceso judicial de principio a fin, pues afectan la fiabilidad misma del proceso penal, ejemplo de esto sería la exclusión de jurados de la raza del acusado, negación del derecho a la auto-representación en juicio o violación al derecho a un juicio público, no facilitar abogado de oficio, designar abogado de oficio en conflicto de intereses con el acusado, juez parcial, jurado seleccionado por juez incompetente⁽³⁸⁶⁾.

Fidalgo Gallardo⁽³⁸⁷⁾ señala que a pesar de que esta excepción tenga una lógica interna, el problema principal que la aqueja es que descansa en una certeza hipotética difícil de justificar, pues el tribunal de apelación valoran de nuevo la prueba, para así juzgar si la condena puede sostenerse sobre esta única base.

En la jurisprudencia española no se la reconoce como una excepción a la regla de exclusión, asimismo, en el Perú no se analizó esta excepción en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, así como tampoco se la analiza en la doctrina, solo se tiene el caso de la obra de Neyra Flores, en la cual se señala que esta se da cuando una prueba inadmisibile no ha sido debidamente excluida en primera instancia y se ha dictado sentencia condenatoria; sin embargo, no procederá la anulación de la sentencia por esa causa cuando el defecto sea considerado por el tribunal de apelación como irrelevante para el resultado final del caso⁽³⁸⁸⁾.

Sin embargo, esta excepción a pesar de no ser nombrada es usada corrientemente por la jurisprudencia, como señala Neyra Flores, esta se ha usado en la STC N° 2053-2003-HC/TC, que señala “se ha acreditado fehacientemente

(385) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 460 y 461.

(386) *Ibidem*, pp. 460-462.

(387) *Ídem*, p. 463.

(388) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., pp. 677 y 678.

la comisión del delito y su responsabilidad penal, en cuya merituación de pruebas los juzgadores no tuvieron en cuenta la documentación que el accionante impugna como obtenida con violación de derechos fundamentales, según el demandante”.

Asimismo, en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema Expediente N° 11-2001, y otros más como analizaremos en la siguiente parte del trabajo.

En estos casos, siguiendo la doctrina de la prueba prohibida española existe una relación causal entre la vulneración y la prueba derivada de ella, recuérdese que por el principio de comunidad de la prueba las pruebas deben ser valoradas no solo de forma individual sino en su conjunto, al ingresar un medio de prueba contaminado, el razonamiento del juez también estará contaminado toda vez que ya estuvo en contacto con este medio probatorio. Por ello lo que corresponde es eliminar la prueba prohibida en la primera oportunidad: en su admisión al proceso.

Sin embargo, cuando ha ingresado se debe de analizar, de acuerdo a los argumentos señalados si efectivamente influye o no en la sentencia, pues si bien se puede argumentar que la afirmación de que este elemento no influyó la sentencia y esta excepción solo encubre su utilización; se debe tomar en cuenta que el análisis que se hace no es causal o natural, sino jurídico, de ahí que todo elemento influya en la decisión del juez, sin embargo, jurídicamente se debe analizar si en el caso concreto esto se da, sobre todo analizando el principio de conservación y proporcionalidad.

Dentro de la teoría que propugnamos esta excepción tendría cabida dentro de los supuestos del principio del perjuicio, toda vez que el acto viciado no se toma en cuenta al momento de decidir la sentencia de fondo o alguna cuestión anterior, para ello es necesario que se acredite fehacientemente, pues lo ideal es que este acto de investigación no entre al proceso penal.

9. Doctrina de la bandeja de plata

Esta excepción estadounidense nace con la misma consagración de la regla de exclusión, en la sentencia *Weeks vs. Estados Unidos* y tiene que ver con la particular forma de organización política del país del norte y el papel de la Corte Suprema en este ámbito.

Debe recordarse que en el caso reseñado no solo habían intervenido en la vulneración de derechos de *Weeks* agentes federales, sino agentes estatales de New York; entonces surgió la duda de si es que estos materiales ilícitos no solo eran inválidos para el Estado federal, sino también para el estadual.

La Corte Suprema consideró que la regla de exclusión derivada de la IV enmienda no era aplicable en el caso de los agentes estatales, entonces, era legítimo el uso de esta prueba en New York⁽³⁸⁹⁾.

Esta consecuencia que podría parecer desafortunada tiene su razón de ser en que Estados Unidos la IV enmienda no es un derecho fundamental, sino solo una garantía contra la acción del gobierno federal, en ese sentido no limita la acción de los gobiernos estatales. Esa fue la doctrina que era aceptada hasta ese momento, sobre todo teniendo en cuenta el precedente *Twining vs. New Jersey* que estableció que las primeras ocho enmiendas no vinculaban a los Estados, sino que eran mandatos únicamente dirigidos a las instituciones federales⁽³⁹⁰⁾.

Sin embargo, y como hemos reseñado la regla de exclusión en este transcurso de tiempo se va extendiendo, es así que en el caso *Elkins vs. Estados Unidos*; en el cual la prueba de cargo principal era una intervención a las comunicaciones ilícita, obtenida por agentes estatales, no federales, quienes señalaron que se enteraron de este hecho por las noticias; la Corte Suprema anuló la condena, suprimiendo así la doctrina de la bandeja de plata señalando que en la sentencia *Wolf vs. Colorado* habían afirmado que la Constitución federal proscribe los registros, confiscaciones y arrestos irrazonables tanto si son realizados por agentes federales como estatales⁽³⁹¹⁾. Con la aparición de la sentencia *Mapp vs. Ohio* esta derogación es absoluta, pues se señala que las enmiendas IV, V y VI son aplicables a todos los Estados.

Esta excepción no ha tenido reconocimiento en el Perú, pues no se le menciona en alguna ley, ni en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, sin embargo, si se utiliza en la sentencia recaída en el Exp. 21-2001 de la Sala Penal Especial, caso del miembro del Tribunal Constitucional José García Marcelo, la cual comentaremos en la siguiente parte del trabajo.

Pero no está demás señalar que esta excepción no se puede utilizar en el Perú, toda vez que no tenemos un sistema federal, asimismo, a pesar de que hubiera al regimnos por la protección de derechos fundamentales, la aplicación de una doctrina así llevaría a usar de forma encubierta elementos claramente ilícitos, de ahí que no sea posible un tal uso. En la teoría que propugnamos

(389) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., pp. 109-113.

(390) *Ibidem*, p. 112.

(391) *Ídem*, pp. 155-157.

tampoco tiene cabida, por lo que la obtención de un acto así viciado debe ser analizado bajo el tamiz de los principios de la nulidad.

II. EXCEPCIONES A LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

Como hemos visto, la regla de exclusión no solo expulsa elementos obtenidos con infracción de derechos, sino que extiende sus efectos a elementos obtenidos regularmente pero que al tener origen en este acto viciado se han contaminado.

Sin embargo, sobre todo en Estados Unidos, se han desarrollado una serie de excepciones a esta regla como pasaremos a analizar.

1. Hallazgo inevitable

Se origina en el caso *Nix vs. Williams* de 1984, donde se da validez a una declaración del detenido obtenida ilícitamente, en la que revela donde se encontraban los restos de la víctima asesinada, al entenderse que tales restos se hubieran, inevitablemente, descubierto por los numerosos voluntarios que estaban rastreando la zona en donde se encontraron⁽³⁹²⁾. Señala Hairabedián⁽³⁹³⁾ que en este caso se trataba de una persona con problemas mentales fugada de un hospital psiquiátrico que mató a un menor de edad. Su abogado le había aconsejado que no respondiera el interrogatorio policial, pero la policía lo trasladó al lugar de los hechos y le pidió que le señalara donde estaba el cuerpo, aduciendo que era una necesidad hallarlo para poder darle cristiana sepultura. El acusado confesó el lugar y el cuerpo fue encontrado.

Es claro que existe una vulneración a los derechos del acusado, sin embargo, a diferencia de la doctrina de la fuente independiente, se usa un argumento basado en la posibilidad de haberse hallado la evidencia de otra forma. Estos actos hipotéticos deben ser probables o inevitables⁽³⁹⁴⁾. En el caso *Estados Unidos vs. Feldhacker* un policía registró el equipaje del pasajero del autobús y encontró drogas. Admitiendo que el registro era ilegal, el ministerio fiscal argumentó que el policía podría haber traído a un perro, que estaba cerca, y que hubiera detectado las drogas, lo que hubiera justificado el registro. El tribunal de apelaciones rechazó este argumento y mantuvo que la cuestión no es si el policía podía haber usado el perro sino si lo hubiera

(392) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 683.

(393) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 78.

(394) SALAS CALERO, Luis. Ob. cit., p. 489.

usado⁽³⁹⁵⁾. Sin embargo, para Hairabedián el uso de esta excepción requiere la demostración de certeza del acaecimiento del descubrimiento⁽³⁹⁶⁾.

Este autor⁽³⁹⁷⁾ también señala que hay excepciones a esta excepción, por ejemplo, en el caso de *Arizona State vs. Ault* de 1986, se señala que un allanamiento sin orden judicial no puede ser tolerado teniendo en cuenta la intensidad de la vulneración del derecho y lo grosero de la infracción legal, de ahí que se señale en el caso *State vs. Kennedy* de 1986 que la doctrina del descubrimiento inevitable debe ser usada con restricción para que no se convierta en un vehículo que derogue el derecho de todos los ciudadanos a estar libres de registros y secuestros irrazonables. Sin embargo, esta consideración quedó fuera del ordenamiento jurídico con la doctrina de la causa probable como veremos luego.

Otros casos tienen que ver con la aplicación de la excepción no en la prueba derivada, sino en la misma regla de exclusión, es así que en el caso *Estados Unidos vs. Andrade* el tribunal de apelaciones señaló que se había vulnerado el derecho a la intimidad de una persona detenida que había sufrido un registro encontrándosele una bolsa con drogas. Sin embargo, la Corte Suprema determinó que la policía hubiera podido registrar la bolsa como parte de un inventario conducido regularmente de las pertenencias de todas las personas detenidas⁽³⁹⁸⁾, como se ve la aplicación de esta excepción se extiende incluso a la misma regla de exclusión.

En España el Tribunal Supremo hizo uso de esta teoría en la sentencia 974/1997 de 4 de julio, en un caso de tráfico de drogas en el que se obtuvieron resultados probatorios directos y relacionados como consecuencia de una intervención telefónica ilegal, el Supremo Tribunal señaló que se habría llegado de todas maneras por vías procesales lícitas al mismo resultado, al decir: “En efecto, está acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto de juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizada por un conjunto de agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína

(395) *Ibidem*, p. 488.

(396) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Ob. cit.*, p. 78.

(397) *Ibidem*, pp. 78 y 79.

(398) SALAS CALERO, Luis. *Ob. cit.*, p. 486. Que también cita el caso *Estados Unidos vs. Seals* de 1993 y el caso *Estados Unidos vs. Martin* de 1993.

‘al por mayor’. Es decir, que ‘inevitablemente’ y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada”⁽³⁹⁹⁾.

En ese sentido, la STC 81/1998 señaló que la excepción se basa en considerar que los datos probatorios obtenidos a partir de la lesión al derecho fundamental son “neutros” (sic), en el sentido de que no han sido ni indispensables ni determinantes para la práctica de la prueba derivada; o, lo que es lo mismo esa prueba se hubiera obtenido igualmente sin la vulneración del derecho⁽⁴⁰⁰⁾.

Para Miranda Estrampes⁽⁴⁰¹⁾ esta excepción afecta el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que se basa en lo que pudo ocurrir y no en lo que realmente ocurrió; siendo esta una de las mayores críticas que se hace a esta excepción, pues su mayor inconsistencia reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones, o conjeturas, no en hechos claramente probados⁽⁴⁰²⁾; sin embargo la presunción de inocencia exige para condenar que los datos en que se base la condena sean datos plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita⁽⁴⁰³⁾.

En Argentina, señala Hairabedian⁽⁴⁰⁴⁾, esta excepción fue utilizada en Córdoba, en un caso en que unos sospechosos fueron interrogados en un sumario administrativo, sin las garantías que se exigen para la declaración de los imputados. Sobre la base de esas declaraciones y de prueba aportada en estos actos, se formuló una denuncia penal que derivó en la formación de la causa. Las evidencias a las que conducía esas declaraciones no fueron excluidas por varios motivos, entre los que se encontraba el hecho de que se trataba de documental que estaba a la vista y en poder de personas ajenas a los imputados y que aun sin sus declaraciones, hubieran sido presentados en juicio por estos.

En el Perú se debatió la inclusión de esta excepción al ordenamiento jurídico en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la

(399) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., pp. 122 y 123.

(400) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 81.

(401) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal”. Ob. cit., p. 62.

(402) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 124.

(403) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 83.

(404) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 75.

aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, así en el fundamento XI se señala: “se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente, por encontrarse una investigación en curso (flagrancia) y, siempre que la policía haya actuado de buena fe. El caso *Nix v. Williams* (1984) estableció el criterio que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas toda vez que podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad”.

Es cierto que la doctrina del descubrimiento inevitable se deriva de la fuente independiente en la medida que es una excepción y que se quiere razonar que efectivamente estamos ante una prueba que no se deriva de la inicial vulneración, pues de todos modos hubiera sido obtenida, siendo necesario para ello la buena fe, pues no tendría razón de ser esta excepción si el agente policial para ahorrarse trabajo vulnera derechos de los ciudadanos, cuando pudo haber actuado conforme a derecho, lo cual ya cae en el ánimo y subjetividad del agente policial con los problemas que se han analizado al revisar la teoría de la buena fe.

En la doctrina San Martín Castro⁽⁴⁰⁵⁾ deja entrever que es partidario de esta al afirmar (siguiendo a Gálvez Muñoz) que “aquí debe tomarse en consideración el estado de la investigación, las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, de las que cabría entender que el investigador hubiera actuado de la misma manera sin la información viciada; en este supuesto, es cierto, se constata la debilidad —no su rechazo— del nexo causal de unión, dada la existencia de otros datos o elementos fácticos que permiten inferir razonablemente que el resultado probatorio se había obtenido, en realidad, muy probablemente, sin la ayuda de la información inconstitucional”. Esta doctrina ha tenido eco en el R. N. N° 4826-2005-Lima, caso “El Polo”, como veremos luego.

Hairabedián también se ha pronunciado a favor de incluir esta excepción siempre que el vicio no afecte valores morales fundamentales, es decir, garantías constitucionales que no pueden ser transgredidos ni siquiera por orden de autoridad; asimismo, debe de haber certeza sobre el posterior descubrimiento, pues en caso de duda no se aplicará⁽⁴⁰⁶⁾.

Es tentadora esta excepción en la medida que se ahorra esfuerzos en la actividad policial en base a un razonamiento lógico, que se podría pensar es

(405) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 892.

(406) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., p. 203.

similar a la prueba indiciaria, pues se llega a una conclusión a través de reglas de la lógica; sin embargo, la situación es totalmente distinta: en la prueba indiciaria se tiene como base hechos probados mediante pruebas obtenidas legalmente, las mismas que a través del razonamiento lógico llegan a una única conclusión posible, que es la acreditación de un hecho de la imputación, de ahí que la prueba indiciaria se base en hechos reales, probados para llegar a otros hechos reales y probados; lo que no sucede con la excepción de hallazgo inevitable, pues en esta se llega a probar un hecho no por la fuerza de la argumentación lógica, sino, únicamente, con base en la vulneración de derechos fundamentales, pues a pesar de hacer las disquisiciones correspondientes de si se hubiera obtenido la prueba viciada de otra forma legítima, lo cierto es que a una persona se le condena con esta prueba viciada, la realidad es contundente, el Estado vulnerando su papel delinque para encarcelar el que ha delinquido⁽⁴⁰⁷⁾.

Hamilton Castro⁽⁴⁰⁸⁾ ha señalado que ni siquiera en el caso *Nix vs. Williams* podría afirmarse con certeza absoluta que las brigadas policiales de búsqueda del cadáver de la víctima necesariamente lo hubiesen hallado porque el radio de acción de la búsqueda comprendía la zona donde el homicida lo había ocultado, pues cualquier factor no previsto, cuya probabilidad también puede afirmarse, podría haber alterado el curso de los acontecimientos, piénsese, por ejemplo, en la posibilidad que un error u omisión en la búsqueda pudiese haber frustrado el hallazgo.

En este caso es incierto lo que posiblemente hubiere hallado de lo que no, pues lo que realmente existió es una violación del derecho fundamental, por ello, no se puede reemplazar la violación al derecho fundamental, con una construcción hipotética y decir que no se excluye la prueba derivada, pues la conexión causal sigue existiendo, en ese sentido, esta también es una verdadera excepción. En lo que respecta a la teoría que proponemos esta excepción tampoco tiene cabida, pues solo se declara nulo un acto si efectivamente tiene un vicio y para conservar el mismo no se usa un pensamiento lógico hipotético, sino uno real.

2. Registros con causa probable

Como habíamos adelantado la excepción de hallazgo inevitable tiene diversas manifestaciones, incluso llegando a ir más allá de ser solo una

(407) En el mismo sentido *vide* CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., p. 112. También *vide* VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob. cit., p. 205.

(408) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., p. 113.

excepción a los frutos del árbol envenado hasta ser una excepción a la misma regla de exclusión.

Una de las manifestaciones de esta ampliación es la excepción de los llamados registros con causa probable que en realidad se tratan de casos en los cuales se realiza un registro sin orden judicial pero con causa probable.

En un comienzo esta excepción no fue aceptada, como se ve del caso Estados Unidos vs. Brown de 1995 donde señala la Corte Suprema que aceptar la realización de un registro sin orden judicial solo por la existencia de causa probable implicaría eliminar el requisito de la orden judicial previa a un allanamiento en todos los casos en los que la policía tuviera suficientes pruebas para solicitar una orden judicial pero que, sin embargo, no lo hizo. Este mismo razonamiento siguió en Estados Unidos vs. Johnson de 1994, Estados Unidos vs. Echegoyen de 1986; sin embargo, en el caso Estados Unidos vs. Buchanan de 1990 sí se aceptaron las pruebas resultado de un registro inconstitucional⁽⁴⁰⁹⁾.

Esto fue lo mismo que ocurrió en el caso Estados Unidos vs. Souza del año 2000, donde el tribunal de apelaciones permitió la presentación de pruebas obtenidas sin orden judicial porque el Ministerio Fiscal había dado los pasos necesarios para obtener la orden, aunque la policía no la tenía a la mano cuando efectuó el registro⁽⁴¹⁰⁾.

Esta excepción se basa en que la prueba obtenida como resultado de un registro que viola los derechos a la intimidad o la inviolabilidad del domicilio debería ser admitida ya que un juez hubiera emitido la orden si le hubieran presentado la solicitud⁽⁴¹¹⁾. Así como la excepción del hallazgo inevitable se basa en el hipotético actuar de la policía que supuestamente de todas formas hubiera hallado una evidencia; en este caso lo hipotético y probable es que el juez haya emitido en ese caso la autorización del registro.

En España o Alemania o algún otro país esta excepción aún no se ha usado. Sin embargo, en el Perú⁽⁴¹²⁾, donde la regla de exclusión así como en España tendría anclaje constitucional esta excepción ha sido utilizada,

(409) SALAS CALERO, Luis. Ob. cit., p. 487.

(410) *Ibidem*, p. 488.

(411) *Ídem*, p. 487.

(412) Tampoco fue mencionada en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004.

siendo citada la referida sentencia Souza en el famoso caso “el Polo”⁽⁴¹³⁾ (R.N. N° 4826-2005-Lima), en el cual se señaló que era lógico y muy probable que el juez, ante la evidencia presentada por el fiscal y la policía ante el seguimiento previo que había sido objeto el titular del bien inmueble sujeto al registro domiciliario y detención subsecuente y los indicios evidentes de vinculación con la organización terrorista Sendero Luminoso, igual hubiera expedido la debida orden de allanamiento domiciliario.

Es claro que esta excepción es una aplicación extrema de la excepción de hallazgo inevitable y, por tanto, las críticas que se le hacen le son aplicables –y como más fuerza–, toda vez que un simple razonamiento no puede sustituir la orden del juez, pues la inexistencia de esta orden sigue latente, es real, y, por tanto, es claro que la vulneración y prohibición de prueba es actual; en ese sentido, en un sistema en el cual los derechos fundamentales tienen un lugar preferente mal se haría en aceptar esta excepción.

En el caso de la teoría que acá se defiende es claro que la falta de orden judicial para afectar algún derecho fundamental constituye un claro ejemplo de vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, de ahí que sería difícil subsanarlo, en ese sentido, la falta de autorización judicial hace que el acto no cumpla su finalidad, pues solo la autorización determina cómo y por qué se hace este acto, asimismo, causa perjuicio grave no solo a la parte interesada en salvaguardar sus derechos, sino que al ser un defecto o vicio absoluto también al ordenamiento jurídico, de ahí que no sea convalidable.

3. Nexo causal atenuado

Es una derivación de la teoría de la fuente independiente, tiene su origen en el caso Wong Su vs. Estados Unidos donde –en resumen– se produce una detención ilegal que conlleva a la detención de A, quien acusa a B de haberle vendido droga. Se encuentra droga a B, quien a su vez implica a C, quien es detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después de haber salido en libertad bajo fianza C lleva a cabo una confesión voluntaria⁽⁴¹⁴⁾.

En este caso existió una intromisión domiciliaria ilegal que generó la detención del acusado y a partir de un interrogatorio policial, el detenido

(413) Vide ESPINOZA GOYENA, Julio. “La prueba prohibida en la jurisprudencia nacional”. En: *Alerta Informativa. Anuario 2012. Edición de aniversario*. Loza Ávalos abogados, Lima, 2012, pp. 69 y 70; y, PÉREZ ARROYO, Miguel. “Momento procesal de exclusión de los elementos de prueba en el Código Procesal Penal de 2004”. En: AA.VV. *La prueba en el proceso penal*. Guía práctica N° 2. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 40.

(414) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 684.

incriminó a un expendedor de droga a quien efectivamente se le encontraron las sustancias prohibidas, el cual a su vez implicó a otro sujeto que también fue detenido como producto de la primera información ilícita. El último sujeto confesó la tenencia de la heroína después de haber sido puesto en libertad bajo fianza. La Corte decidió que la Fiscalía no podía introducir como prueba de cargo el alcaloide decomisado en el domicilio del primer comprador para incriminar la tercera persona, debido a que el conocimiento sobre la existencia de la droga había sido ilícitamente adquirido, pero, en cambio admitió la confesión del sujeto, debido a que “el vínculo entre el arresto y la declaración del acusado llegaba a ser tan atenuado que permitía borrar la mancha”⁽⁴¹⁵⁾.

Se argumenta que la confesión, en este caso, es un acto independiente sanador que rompe la cadena con la lesión inicial. Al ser una excepción nacida en Estados Unidos su fundamento es la prevención de malas conductas policiales, pues se aplica en aquellos supuestos en los que la correlación entre la prueba directa y la refleja era tan complicada y sutil, que difícilmente pudiera pensarse que en la actuación ilícita de los agentes policiales pudieran estos siquiera imaginar tal correlación, por lo que el efecto disuasorio carecería de sentido⁽⁴¹⁶⁾. Pero también al utilizarse esta doctrina se usa la de ponderación de intereses, pues se estima que la regla de atenuación pretende marcar el punto en el que las consecuencias perjudiciales de la acción ilegal de la policía se han atenuado lo suficiente como para que el efectos disuasorio de la regla de exclusión no llegue a justificar su costo⁽⁴¹⁷⁾.

Se debe de tener en cuenta que para configurar esta excepción (según la doctrina norteamericana) se deben de cumplir con dos elementos⁽⁴¹⁸⁾: 1) para reconocer la excepción probatoria, es necesario que la fiscalía demuestre que no ha explotado en su propio favor el error o la conducta ilícita; 2) el acto libre de intervención de un acusado que declara a pesar de comprobarse de una ilegalidad anterior puede ser una fuente de atenuación.

(415) Con mayor detalle: GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. “Las excepciones a la regla de exclusión probatoria: a propósito del artículo 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano”. Ob. cit., pp. 314 y 315. Sin embargo, este mismo autor señala que ya existía un antecedente en el caso *Nardone vs. EE.UU.* al señalar: “sofisticados argumentos pueden probar una relación causal entre la información obtenida a través de la interceptación ilegal de una comunicación y la prueba de la fiscalía. Sin embargo, como asunto de sentido común, tal vínculo puede llegar a ser tan atenuado para disipar la mancha”.

(416) RODRÍGUEZ LAINZ, José Luís. *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*. Bosch, Barcelona, 2005, p. 33.

(417) FIDALGO GALLARDO, Carlos. Ob. cit., p. 440.

(418) GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. “Las excepciones a la regla de exclusión probatoria: a propósito del artículo 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano”. Ob. cit., p. 315.

También ha establecido criterios para determinar la atenuación del vicio o la ruptura del nexo causal entre la fuente ilícita del conocimiento de la evidencia y la prueba derivada de aquella, como son la acción voluntaria de quien no participara en la trasgresión, como la confesión libre e independiente del imputado, o de un testigo, el transcurso de un amplio lapso de tiempo entre la trasgresión y la prueba derivada, o si la irregularidad se ha dado bajo la presencia o vigilancia de un juez⁽⁴¹⁹⁾.

Luego de la sentencia Wong Su se observa mejores criterios para establecer cuando se puede aplicar esta excepción⁽⁴²⁰⁾:

1. Secuencia de tiempo: Tiene que existir un prolongado lapso de temporal entre la ilegalidad primaria y la evidencia cuestionada en último término.
2. Circunstancias interferentes: Que la cantidad y naturaleza de los factores lícitos que intervienen entre la ilicitud original y la última prueba, pueden ser tenidos en cuenta para la procedencia de la limitación a la regla de exclusión por disipación del tinte de ilegalidad.
3. Magnitud de la inconducta funcional: Que el propósito y la intensidad de la primera ilegalidad es relevante para tomar en cuenta la “dosis de veneno” que puede transmitir a la evidencia subsecuente. Ello está medido en función de la utilidad de la exclusión para disuadir la mala conducta policial.
4. Elección voluntaria: Que se da cuando la cadena de hechos involucra una decisión voluntaria de alguno de cooperar con la investigación, generalmente en casos de arrestos incorrectos.

En España ingresó al ordenamiento jurídico como consecuencia de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, siendo tomada como una derivación de la fuente independiente⁽⁴²¹⁾, siendo usada generalmente en casos de confesiones producidas luego de la ilegal vulneración de derechos —siendo llamada también excepción de confesión voluntaria del inculpado—, así la tenemos en la STC 161/1999 de 27 de setiembre, en un caso por delito de tráfico

(419) RODRÍGUEZ LAINZ, José Luís. Ob. cit., p. 34.

(420) HAIRABEDIAN, Maximiliano. Ob. cit., p. 88.

(421) Con razón afirma Hamilton Castro que esto no es del todo exacto, pues en la fuente independiente se presenta una situación de concurrencia de prueba ilícitas y lícita, siendo estas últimas independientes de aquellas, es decir, no están conectadas unas con otras; en cambio, en la excepción del *purged taint*, por más atenuado que se considere el nexo causal, este siempre subsiste. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., p. 126.

de drogas en el cual se halló la ilícita sustancia y los utensilios para su preparación para venta como consecuencia de un registro domiciliario declarado ilegal, pero en el que el condenado admitió expresamente la tenencia de la droga. A partir de ahí el TC sentenció que la confesión voluntaria del inculpado enerva la presunción de inocencia, al no existir conexión de antijuridicidad con el registro ilegal, lo que permite la condena del acusado⁽⁴²²⁾, pues se argumenta que la confesión tiene un elemento de voluntariedad que lo independiza jurídicamente de la lesión del derechos fundamental, por lo que no está justificado excluirla del proceso⁽⁴²³⁾.

Sin embargo, la doctrina española cuestiona esta excepción pues no existe certeza sobre la voluntariedad de la confesión del imputado, pues los datos confesados suelen provenir de las actuaciones ilícitas⁽⁴²⁴⁾. Así, Gascón Abellán señala que si el confesante hubiera sabido que lo obtenido ilícitamente no tendría valor seguramente no habría confesado, además que la prueba ilícita no debería producir efecto alguno en el proceso, pero al usarse la confesión para acreditar el hallazgo de la droga se le está dando valor al registro ilícito.

En Argentina la Corte Suprema la ha usado señalando que: “la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, pero teniendo en cuenta el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación automática”. Así en el caso “Rayford” se ha diferenciado dos casos: prueba material y testimonios dotados de voluntad autónoma, en los primeros, dada su inmutabilidad, si fueron obtenidos ilícitamente pierden su valor de una vez y para siempre, en cambio los segundos como la prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación a la regla de exclusión⁽⁴²⁵⁾.

Sin embargo, para Hairabedián⁽⁴²⁶⁾ esta excepción se aplica a violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores; pero a pesar de que la propagación del vicio se ha atenuado, diluido por la falta de

(422) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., pp. 135-137.

(423) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 77.

(424) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 138. Perfecto Andrés Ibáñez, analizando la sentencia que resalta la conexión de antijuridicidad, señala respecto a la confesión que “la confesión formalmente limpia, es decir, sin tacha de origen, ya fue sospechosa para el legislador liberal, que, en el caso del español, veda al juez instructor estar mecánicamente a su resultado y le impone persistir en la investigación. De modo que bastantes más motivos para abrigar reservas se dan en el supuesto de una confesión gravemente viciada en su origen”. Vide ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Ob. cit., p. 200.

(425) HAIRABEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., pp. 88 y 89.

(426) Ibídem, pp. 85 y 219.

inmediación entre los últimos actos y el original que se obtuvo en forma ilegal, de todas formas el resultado es el mismo: se admite aquella prueba que tiene una fuente ilícita, afectándose así la coherencia del sistema.

En el Perú se debatió la inclusión de esta excepción al ordenamiento jurídico en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, así en el fundamento XI se señala que: “regula un supuesto intermedio entre la prueba ilícitamente obtenida y la teoría de la fuente independiente (...) Para dar valor probatorio se requiere que la prueba incriminatoria nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo (sic) entre el vicio de origen (violación constitucional) y la prueba derivada, a través de la intervención de un tercero o mediante la confesión espontánea (...)”. Sin embargo, esta no fue admitida, pero no está demás señalar que fue utilizada en la sentencia en el caso “La Cantuta, Barrios Altos y sótanos del SIE” donde se juzgó y condenó a Alberto Fujimori.

En la doctrina nacional Hamilton Castro⁽⁴²⁷⁾ señala que esta teoría no es plausible, pues por más debilitada que se considere la causalidad es innegable que nos encontramos frente a una prueba derivada de una fuente ilícita. Esta afirmación es irrefutable, siempre que nos ubiquemos en que la prueba ilícita, así como lo hace la doctrina española, es un problema únicamente de derechos fundamentales sustanciales, y que el nexo entre las pruebas es causal y no jurídico, bajo ese punto de vista, siguiendo la posición preferentes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, se debería tener presente que nos encontramos frente a una prueba derivada de una fuente ilícita.

En ese sentido, señala Guerrero Peralta⁽⁴²⁸⁾, que la admisión de evidencia maculada por la vía de la atenuación de los vínculos entre actos ilegales y descubrimiento probatorio, presenta los mismos problemas que el descubrimiento inevitable, esto es, permite la condena de los ciudadanos con evidencias colectadas ilegítimamente bien por el lapso del tiempo, los actos voluntarios de declaración de testigos, las buenas intenciones de la fiscalía en la investigación penal o el simple azar.

(427) CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Ob. cit., p. 127. También señalan su dudosa legitimidad NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit., p. 684; y, VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Ob. cit., p. 204.

(428) GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. “Las excepciones a la regla de exclusión probatoria: a propósito del artículo 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano”. Ob. cit., p. 317.

Asimismo, es de verse que esta clase de fundamentación es posible solo en Estados Unidos donde la prueba ilícita se basa en el efecto preventivo de cara a las actuaciones policiales. Pero no en el sistema peruano, donde la prueba prohibida tendría anclaje constitucional.

Sin embargo, según lo propuesto en este trabajo, la conexión entre un medio probatorio y otro no es causal o natural sino jurídica, de ahí que razones de derecho determinan que no todo acto se va a considerar necesariamente maculado o viciado por un acto original viciado, pues puede haber sido subsanado.

Es cierto que los ejemplos propuestos y las decisiones de la jurisprudencia estadounidense como española revelan un claro desprecio por los derechos ciudadanos, pero eso no quiere decir que bajo un buen uso de esta excepción se pueda actuar conforme a derecho, así por ejemplo, si un procesado es detenido luego de un allanamiento ilegal, pero luego de excluida la prueba e informado de sus derechos este confiesa ¿acaso se podrá decir que su confesión está contaminada con la evidencia excluida?, es claro que no; en ese sentido, en este caso se usará el principio de conservación.

4. Conexión de antijuridicidad

Si bien hemos señalado que al analizar las excepciones en esta parte del trabajo solo se hace respecto a las mencionadas en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, realizada en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, así como en las usadas por la jurisprudencia peruana; sin embargo, por el uso que se hace en España de la excepción de conexión de antijuridicidad y las referencias que hace la doctrina nacional sobre ella, es necesario hacer una breve referencia.

Como se adelantó nace en España con la sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/1998 de 2 de abril, señalándose que para aplicar la regla de exclusión a los frutos del árbol envenenado no basta con la relación natural entre la prueba inconstitucional y la prueba derivada, sino que es necesario que entra ellas exista una “conexión de antijuridicidad”⁽⁴²⁹⁾.

Sin embargo, lo que en realidad se busca es un sustituto a la teoría del árbol prohibido⁽⁴³⁰⁾, la conexión de antijuridicidad sería como una “puerta” que en el caso concreto decide admitir o no la prueba producida con lesión de

(429) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 892.

(430) Vide GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 129.

derechos fundamentales. Por ello, en esta teoría, lo importante es el juicio de antijuricidad, es decir, los criterios para decidir cuándo existirá o no la conexión de antijuricidad entre la prueba originaria y la derivada, de ahí que no sea una relación causal, pues se usan críticos valorativos.

La sentencia en comentario señala que, en primer lugar, se debe precisar si la valoración de tales pruebas (las que violan derechos fundamentales) ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar; y, en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada.

Entonces, para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (u otros derechos) materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo⁽⁴³¹⁾.

Entonces la jurisprudencia española señala que se debe tener en cuenta dos factores:

- a. Índole y características de la vulneración del derecho en la prueba originaria y su resultado que transmite su inconstitucionalidad a la prueba derivada. ¿Qué debemos entender de esto?, ¿cuándo es o no grave la violación al derecho fundamental? Y dependiendo de esto debemos de analizar si ¿esta gravedad puede ser de tal entidad que puede traspasar sus efectos a la prueba derivada?, definitivamente una posición así no puede ser sostenida en un Estado Democrático de Derecho, donde lo que busca proteger son los derechos fundamentales, no ver cuál es más o menos importante en grado de afectación, pues para eso podemos hacer una test de proporcionalidad que

(431) STC 81/98.

es más serio que esta propuesta. Esta se complementa con la aplicación de las excepciones nacidas en Estados Unidos, pues romperían la conexión de antijuridicidad⁽⁴³²⁾, como la excepción de confesión voluntaria del inculpado, la excepción de fuente independiente, ilicitud probable, mínima dosis psicoactiva y la excepción de buena fe⁽⁴³³⁾, lo que en definitiva implica destruir el anclaje constitucional de la regla de exclusión, más aun cuando se analiza la dudosa independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado⁽⁴³⁴⁾.

- b. **Las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exige**, es decir, acá vemos que tan importante es el derecho fundamental, por lo cual le es aplicable el comentario arriba esbozado.

También señalan que esta teoría quiere aplicarse así como se aplica la imputación objetiva en el derecho penal, lo cual no es del todo posible. Pues de un lado no existe aún un consenso en el Derecho Penal acerca de la teoría de la imputación objetiva (los finalistas lo rechazan y hay tantas teorías como autores, piénsese en la teoría del Roxin aplicable solo a delitos de resultados, comparándolo con la de Jakobs que esta pensaba en ser la solución para determinar la tipicidad de una conducta), y la teoría de la imputación objetiva está pensada para resolver los casos de cursos causales donde no se podía justificar la atipicidad de la conducta, a pesar de ser solo un suceso natural sin significado social.

En la teoría de la conexión de antijuridicidad también se busca reemplazar el nexo causal por uno valorativo, pero el fin es distinto, la imputación objetiva busca crear mayores espacios de libertad, la conexión de antijuridicidad busca no respetar los derechos fundamentales (menos espacios de libertad)⁽⁴³⁵⁾.

III. REFLEXIONES FINALES

Una excepción implica que algo no siga la regla general de otras cosas de igual o similar naturaleza, cuando debería hacerlo, es decir, en este caso,

(432) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., p. 68.

(433) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 125 y ss. También, y a favor de esta teoría, *vide* RODRÍGUEZ LAINZ, José Luís. Ob. cit.

(434) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 125.

(435) De otra opinión *vide* NIEVES CHERO, Justo. "La 'conexión de antijuridicidad' en los efectos reflejos: reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita". En: REYNA ALFARO, Luis; AROCENA, Gustavo y CIENFUEGOS SALGADO, David (coordinadores) *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Jurista, Lima, 2007, p. 573 y ss.

si un acto está viciado, sobre todo si tiene un vicio absoluto, lo normal es que se excluya, sobre todo si es que se parte de una concepción tradicional de la prueba prohibida, que se dice tiene a los derechos fundamentales en un lugar preferente.

A pesar de ello se admite excepciones, las mismas que hemos visto lo son a la misma regla de exclusión, como a los frutos de esta, la prueba derivada o refleja. Dentro de los primeros se encuentra las excepciones de buena fe, prueba a favor del reo, prueba ilícita para terceros, ponderación de intereses, destrucción de la mentira del imputado, teoría del riesgo, fuente independiente, error inocuo, bandeja de plata. Dentro de los segundos tenemos al hallazgo inevitable, que en algunos casos también lo será de la misma regla de exclusión, como se puede ver con la excepción de registros con causa probable; una verdadera excepción a la prueba refleja es el nexo causal atenuado y la conexión de antijuridicidad. De ahí que cuando se analicen en cualquier decisión jurisprudencial se debe de ver en qué momento operan cada una de estas excepciones.

Estas excepciones a la regla de exclusión nacen en Estados Unidos y luego en España, significando el debilitamiento de esta y la manifestación del voluntarismo judicial, llegando incluso a problemas con la división de poderes. Por ello se puede decir que las excepciones no deben tener cabida, toda vez que implican que el proceso penal no sea acusatorio.

La excepción de buena fe nace en Estados Unidos y se basa en el desconocimiento o error de los policías sobre ciertos aspectos de la orden judicial o la ley aplicable sobre la orden judicial. Sin embargo, en España y Perú se la entiende como un error o desconocimiento en alguna norma del ordenamiento jurídico, de ahí que, privilegia el error policial, lo cual sería un efecto no deseado. Si bien esta excepción fue aceptada por el Pleno de Trujillo no tiene sustento en el valor preferente de los derechos fundamentales pues la vulneración de ellos sigue presente. Para la teoría de la nulidad tampoco es aceptable pues la ignorancia policial no sana o convalida un acto viciado.

La excepción de prueba prohibida a favor del reo no tiene origen en Estados Unidos, pero sí es tratada en España, Italia, Argentina y Perú, nace de un argumento ético de que no se puede usar una garantía a favor del imputado en su contra. Esta reconocido por el Pleno de Trujillo y por el artículo VIII.3 del CPP. Desde la teoría de la nulidad sería una clara aplicación del principio de subsanabilidad.

La excepción de prueba ilícita para terceros nace gracias al singular sistema federal de Estados Unidos, pues se entiende que la *bill of rights* son garantías personalísimas que solo el afectado puede alegar. Esta ha sido

reconocida en España, en el Perú también mediante el Pleno de Trujillo, sin embargo, el hecho de que la vulneración a derechos sea la de un tercero no implica que no exista la vulneración y que afecte de todas formas al proceso, de ahí que esta excepción no sea legítima. En la teoría de la nulidad tampoco tiene cabida esta excepción, solo cabe aplicar los principios de la nulidad, pues hay casos en que la afectación de un tercero pueda atenuar el vicio (pero no podrá excluirlo *per se*).

La excepción de ponderación de intereses tiene desarrollo en Estados Unidos, Argentina, Alemania y Perú; sin embargo, en la mayoría de países no se tiene claro los presupuestos para ponderar estos intereses de ahí que sea necesario analizar este tema con base en los subprincipios de necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta. Si bien esta excepción fue admitida por el Pleno de Trujillo, no se puede utilizar directamente como excepción a la regla de exclusión, sobre todo en delitos graves pues esto podría implicar la recepción de un Derecho Procesal Penal del enemigo. Pero no por ello debe dejarse de lado la ponderación en su versión de proporcionalidad, pues en ciertos casos esta se utilizará a fin de dar coherencia y racionalidad a la aplicación de los principios de la nulidad.

La excepción de la destrucción de la mentira del imputado nace en Estados Unidos pues ahí el imputado no puede mentir, sino caería en el delito de perjurio. Sin embargo, a pesar de haber sido adoptada por el Pleno de Trujillo, no tiene asidero en un sistema donde la prueba ilícita se sustenta en el valor preferente de los derechos fundamentales, pues en el Perú la declaración imputado no sigue esas reglas, es un medio de defensa, de ahí que ingresar material ilícito por esta vía de todas formas afectará los derechos de las personas, pues de forma soterrada se usará para probar la culpabilidad de la persona enjuiciada.

La teoría del riesgo señala que las expresiones de una persona respecto a un delito no es prueba prohibida, pues este actúa sabiendo que la información que emite será escuchada por sus interlocutores, quienes lo pueden delatar. Esta excepción fue asumida por el Pleno de Trujillo, sin embargo, no es en sí una excepción toda vez que no existe lesión alguna, sino que solo se hace referencia al contenido del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En la teoría de la nulidad, por no haber vicio, no sería necesario aplicar los principios de ella.

La excepción de fuente independiente nace en Estados Unidos, siendo asumida luego por España. En el Pleno de Trujillo no fue aceptada, sin embargo, a diferencia de otras excepciones esta implica la inexistencia de vínculo causal entre el acto viciado y la nueva prueba, por ende, no sería una

excepción y tendría cabida dentro del sistema de la prueba prohibida basada en la posición preferente de derechos fundamentales. En la teoría de la nulidad se podría asimilar a casos donde se aplique el principio de conservación.

La doctrina del error inocuo tiene sustento en Estados Unidos en la medida que el error cometido no fue tomado en cuenta para sustentar una condena. En el Perú no fue analizada por el Pleno de Trujillo, sin embargo, sí tendría sustento en la teoría de la prueba ilícita, toda vez que la vulneración no produce efectos al no ser tomado en cuenta, por ello se debe establecer rigurosamente cómo es que este vicio no tuvo ninguna influencia. En ese sentido, en la teoría de la nulidad estaríamos ante la aplicación del principio de perjuicio.

La doctrina de la bandeja de plata tiene sustento en Estados Unidos, pues al ser un país federal la prueba obtenida ilícitamente por un agente federal no implica que esta no pueda ser usada por un agente estatal. Como se ha visto esta doctrina desapareció en la sentencia *Mapp vs. Ohio*. En nuestro sistema no tiene cabida, pues no tenemos un sistema federal; y, aun así lo tuviéramos, la afectación seguiría existiendo, en ese sentido, tampoco tendría cabida dentro de la teoría de la nulidad.

La excepción del hallazgo inevitable tiene su origen en Estados Unidos y se basa en que la prueba derivada de la prueba ilícitamente obtenida no es fruto del árbol envenenado en la medida que hubiera sido obtenida de todas formas mediante un procedimiento legítimo. Sin embargo, esto es solo una hipótesis que no puede dejar de lado que la prueba se obtuvo a través de un acto viciado, por ello no es legítimo tanto en la doctrina tradicional de la prueba prohibida como en la teoría de la nulidad.

La excepción de registros con causa probable tiene su origen en la excepción de hallazgo inevitable, siendo en un inicio resistida por la jurisprudencia norteamericana. Sin embargo, se aplica bajo el fundamento de que si bien el registro carece de orden judicial existen en los actuados suficientes elementos para sustentar el pedido, por lo que se hubiera emitido de todas formas. En el Perú no fue materia del Pleno de Trujillo, pero sí se ha aplicado, sin embargo, reconocer eficacia a un acto en estas condiciones es aceptar la impericia policial, siendo que en todos los casos en que hubiera elementos suficientes para pedir una orden judicial esta no se pediría, lo cual puede tener efectos graves en las prácticas policiales. Asimismo, adolece, así como el hallazgo inevitable, de una fundamentación en una posibilidad o probabilidad, lo cual, a la luz de los hechos no oculta la afectación a los derechos de las personas, por ello no tiene cabida en la doctrina tradicional de la prueba prohibida, ni en la de la nulidad.

La excepción de atenuación del vínculo nace en Estados Unidos y parte de que una prueba ilícita genera una prueba refleja, pero si la producción de esta está muy alejada –sea por el tiempo, por los actos, etc.– de la inicial, el vínculo entre ambos se atenúa, siendo por ello utilizable. En la teoría tradicional de la prueba prohibida este argumento no tiene cabida, toda vez que, el nexo causal sigue existiendo. Para la teoría de la nulidad sí podría aplicarse este razonamiento toda vez que no se parte del nexo causal, sino de un nexo jurídico, de ahí que en estos casos debe aplicarse los principios de conservación y proporcionalidad.

De las excepciones analizadas, solo fueron consensuadas su uso por parte del Pleno de Trujillo las excepciones de buena fe, prueba a favor del reo, prueba ilícita para terceros, ponderación de intereses, destrucción de la mentira del imputado, teoría del riesgo. Sin embargo, para la teoría tradicional de la prueba prohibida solo tendría anclaje constitucional las excepciones de prueba a favor del reo y la teoría del riesgo, las otras, como aplicación directa de la excepción, no tienen papel alguno dentro de la teoría bajo riesgo de quedar eliminada la propia regla de exclusión.

Respecto a la teoría que proponemos solo son aplicables plenamente también estas dos excepciones, la primera por ser un criterio de subsanabilidad y la segunda por importar la no afectación de derechos que se analiza en un primer nivel de las nulidades referida a la comprobación del vicio del acto. Pero también tiene cabida la ponderación de intereses, entendida como principio de proporcionalidad, sin embargo, no se puede aplicar directamente, sino como criterio de evaluación de algún otro principio de las nulidades.

Las excepciones no consensuadas por el pleno son la de fuente independiente, nexo causal atenuado y hallazgo inevitable (dentro de la excepción de hallazgo inevitable debe considerarse a la excepción de registro con causa probable); de estas, para la teoría tradicional, solo la excepción de fuente independiente tiene anclaje constitucional y se puede admitir, pues importa la aceptación de elementos de prueba que no tienen relación con el acto viciado. Para nuestra teoría esta excepción debe ser aceptada en la medida que supone la aplicación del principio de conservación. Además, también debe admitirse la excepción de nexo causal atenuado, toda vez que puede haber circunstancias que debilitan la inicial vulneración.

Las excepciones no analizadas en el Pleno de Trujillo, pero que han sido usadas, son las de error inocuo y la doctrina de la bandeja de plata, dentro de la teoría tradicional de la prueba prohibida ambas no tienen anclaje constitucional, sin embargo, dentro de nuestra propuesta tendría cabida la de error inocuo en la medida que importa el uso del principio de perjuicio.

CONCLUSIONES GENERALES

La doctrina tradicional de la prueba prohibida tiene una serie de errores, sobre todo porque a pesar supuestamente tener sustento constitucional en el valor preferente de los derechos fundamentales, adolece de los mismos problemas de legitimidad que existen en Estados Unidos, siendo que al final de su evolución se llega al desconocimiento de la regla.

Por ello, la teoría sobre este tema debe ser más amplia, más aun cuando todas las normas legales protegen algún bien o derecho constitucional, de ahí que acojamos una postura, sobre las prohibiciones probatorias, amplia, y no restringida.

Siendo ello así puede asumirse la teoría de la nulidad como la correcta para excluir material probatorio ilícito, pues la inadmisibilidad de los medios de prueba sería igual a las nulidades procesales, toda vez que el efecto es el mismo.

Pero, además, con la adopción de la nulidad como método para excluir estas pruebas viciadas se logra una mayor seguridad jurídica, toda vez que se tiene reglas claras de anulación de efectos y principios que impiden la exclusión de todo acto viciado a rajatabla.

Entonces, cuando exista algún tipo de ilicitud en la obtención, incorporación, admisión, actuación o valoración de la actividad probatoria será necesario seguir los pasos para analizar si deben ser excluidos los efectos que produce, así primero se procede a determinar la existencia o no de un vicio, luego de constatado se procede a aplicar los llamados principios de la nulidad a efectos de determinar si se declara la invalidez de los efectos que produce; pasada esta etapa se analiza si es que a los actos que se desprenden de este también deben ser invalidados sus efectos.

El efecto por excelencia de la regla de exclusión es el de privar de efectos al acto viciado, pero esto debe de hacerse en aras de una profilaxis procesal desde los inicios del proceso penal a través de la sanción de inadmisibilidad. Si por alguna razón el acto viciado logra ingresar se puede instar la nulidad de

actuados; asimismo, si llega el acto viciado al juicio oral no se podrá valorar este tipo de actos.

Por ello podemos concluir que la teoría de las nulidades puede reemplazar a la teoría tradicional de la prueba prohibida, incluso puede resolver el problema del caos que originan las llamadas excepciones a la regla de exclusión.

RECOMENDACIONES

PRIMERA RECOMENDACIÓN

Debe modificarse los siguientes artículos del NCPP:

El artículo VIII del Título Preliminar del NCPP señala:

- “1. Todo medio de prueba será valorado solo 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”.

Debe decir:

- “1. Todo medio de prueba será *admitido* y valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. *Adolecen de vicio absoluto* las pruebas obtenidas – directa o indirectamente– *o actuadas*, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

El artículo 149 del NCPP señala:

“Artículo 149 Taxatividad.- La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la Ley”.

Debe decir:

“la nulidad se sanciona cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”.

El artículo 151.2 del NCPP señala:

“Artículo 151 Nulidad relativa.-

(...)

2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.

Debe decir:

- “2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto, señalando la defensa que no pudo realizar y proponer la solución correspondiente”.

SEGUNDA RECOMENDACIÓN

Debe incorporarse al CPP el siguiente artículo:

“La decisión de declarar nulo los efectos del acto viciado se hará de acuerdo a las reglas del principio de proporcionalidad, en especial los referidos a la necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta”.

TERCERA RECOMENDACIÓN

Debe derogarse el artículo 159 del NCPP:

- “1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Código Procesal Penal Comentado*. Tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, sin año.
- ALARCÓN MONTOYA, Oscar. “La tesis de la inutilizabilidad de la prueba prohibida: su recepción por el nuevo Código Procesal Penal y los tribunales de justicia de La Libertad”. En: *Revista del Consejo Nacional de la Magistratura. Informes institucionales y doctrina*. Año I, N° 2. Consejo Nacional de la Magistratura, Lima, setiembre de 2008.
- ALVA FLORIAN, Cesar. “Cuestiones referidas a la tutela de derechos y al control de plazos en el nuevo Código Procesal penal”. En: URQUIZO VIDELA, Gustavo (coordinador). *Investigación Preparatoria y etapa intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Manual N° 1. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- ALVA MONGE, Pedro José y SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán. *Las casaciones penales en el Perú*. Tomo I, Jurista, Lima, 2014.
- AMBOS, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización”. En: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; y, GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009, traducción de Oscar Julián Guerrero.
- AMBOS, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 9, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2010, traducción de Oscar Julián Guerrero Peralta.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad”. En: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2ª edición, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- ASECIO MELLADO José María. “Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre del 2000”. En: ASECIO MELLADO José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008.

- ASECIO MELLADO, José María. “El fundamento constitucional de la prueba ilícita. La autonomía del efecto de su ineficacia”. En: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (coordinadora). *Derecho Probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Universidad de Medellín, Medellín, 2012.
- ASECIO MELLADO, José María. “La intervención a las comunicaciones y la prueba ilícita”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2011.
- ASECIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal. Fundamentos dogmático-procesales y de derecho comparado para la aplicación de la prueba prohibida en el proceso penal acusatorio*. Fondo editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima, 2008.
- BELING, Ernst; AMBOS, Kai y GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009.
- BELING, Ernst. “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”. En: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; y, GUERRERO, Oscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009, Traducción de Oscar Julián Guerrero.
- BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.
- BURGA ZAMORA, Oscar Manuel. “Límites constitucionales a la admisión de la prueba penal: la prueba prohibida”. En: *RAE Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Vol. 2, N° 16, Caballero Bustamante, Lima, octubre de 2009.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis. Revista de Derecho. Segunda época*. N° 43, Asociación civil Themis-Revista de Derecho, Lima, 2001.
- CÁCERES JULCA, Roberto E. *Las nulidades en el proceso penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Jurista, Lima, 2010.
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la Ley 23.984*. De Palma, Buenos Aires, 1998.
- CAFFERATA NORES, José y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2004.
- CASTILLO ALVA, José Luis. “Breves apuntes sobre la prueba ilícita”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 11, Tomo 83, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2005.
- CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. “¿La prueba obtenida con violación de derechos fundamentales por sujetos particulares es siempre prueba ilícita?”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 78, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2015.

- CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. *La prueba prohibida. Su tratamiento en el nuevo Código Procesal Penal y la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- CASTRO TRIGOSO, Hamilton. “Consideraciones sobre la prueba ilícita en la sentencia contra Fujimori. Sobre la prueba de audio y vídeo”. En: *Dialogo con la jurisprudencia*. Vol. 14, Tomo 128, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2009.
- CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista, Lima, 2009.
- CAVANI BRAIN, Renzo I. “Hacia la construcción de una teoría de la ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y FELICES MENDOZA, María Esther. *El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Grijley, Lima, 2011.
- CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- CHIAVARIO, Mario. “La normativa sobre las pruebas en el proceso penal italiano: temas y problemas”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario. “¿Para qué hacer un control de la acusación? Un análisis del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116”. En: URQUIZO VIDELA, Gustavo (coordinador). *Investigación Preparatoria y etapa intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Manual N° 1. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- CLARÍA OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008.
- CUPE CALCINA, Eloy Marcelo. “Tutela de derechos. Una aproximación a su ámbito de aplicación”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000.
- DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal: la prueba*. Pérez Pacussich, Lima, 1964.
- DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal. Parte general*. Segundo tomo, Pérez Pacussich, Lima, 1969.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Zavallía, Buenos Aires, 1981.
- DI GIULIO, Gabriel. *Nulidades procesales*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

- DI MASI Gerardo Ramón y OBLIGADO, Daniel Horacio. *Las nulidades en el proceso penal*. Ediciones jurídicas del centro, Lima, 2011.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTIN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas, Madrid, 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, traducido por Renzo Cavani Brain.
- ESPINOZA GOYENA, Julio. “La prueba prohibida en la jurisprudencia nacional”. En: *Alerta Informativa. Anuario 2012. Edición de aniversario*. Loza Ávalos abogados, Lima, 2012.
- FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y dolor”. Traducción de Miguel Carbonell. Disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=32308>>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1995, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “pruebas ilegales” de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- GACETA JURÍDICA. *Las nulidades procesales en la jurisprudencia casatoria*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Verdad y prueba ilícita en el proceso penal”. En: *Derecho Probatorio y la decisión judicial*. Universidad de Medellín, Medellín, 2016.
- GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 8ª edición, EDDILI, Lima, 1984.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”. En: AA.VV. *Estudios sobre la prueba*. Centro de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2006.
- GIMENO SENDRA, Vicente. “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”, organizado por el INCIPP.

- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la *exclusionary rule* en EEUU”. En: *Revista de Derecho y proceso penal*. Nº 20, Aranzadi, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. “Las excepciones a la regla de exclusión probatoria: a propósito del artículo 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano”. En: VELÁSQUEZ, Fernando y AMBOS, Kai (coordinadores). *Derecho Penal y dignidad humana: Libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez*. Temis, Bogotá, 2005.
- GUERRERO, Oscar Julián. “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano. Anotaciones desde el derecho comparado”. En: BELING, Ernst; AMBOS, Kai; y, GUERRERO, Óscar Julián. *Las prohibiciones probatorias*. Temis, Bogotá, 2009.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, 2006.
- HAIRABEDIAN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2002.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Colección de investigaciones jurídicas. Nº 2. 2ª reimpresión, Universidad Jesuita Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2005.
- HERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos. “El tratamiento de la prueba ilícita y la prueba irregular en el Código Procesal Penal del 2004”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 175, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2008.
- HERNANDEZ RODRIGUEZ, Carlos. “La buena fe como excepción a la regla de exclusión en el proceso penal peruano”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 2, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009.
- HURTADO POZO, José. “Vladivideos e ilegalidad de la prueba”. Disponible en: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo5.pdf>>.
- JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- KÁDAGAND LOVATÓN, Rodolfo. *Las pruebas legales y no legales en el derecho procesal penal. Método científico del ADN aplicado a la criminología y la paternidad*. Rodhas, Lima, 1995.

- LANDA ARROYO, Cesar. “Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal”. Disponible en: <<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=147>>.
- LANDA ARROYO, Cesar. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra, Lima, 2010.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. 5ª edición, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
- LINARES AVILEZ, Daniel. “Yo soy el espía. Breves apuntes sobre la prueba ilícita e interceptaciones de las comunicaciones”. En: *De Iure. Solo para litigantes. Revista de Derecho*. Vol. 1, N° 1, Linares Abogados, Lima, octubre de 2007.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Akal, Madrid, 1989.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica y DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prueba ilícita en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: ASENSIO MELLADO, José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008.
- LOURIDO RICO, Ana María. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*. Comares, Granada, 2002.
- MACHUCA FUENTES, Carlos. “La nulidad en el Código Procesal Penal del 2004”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRIAN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Sujetos procesales*. 1ª edición, Tomo II, Editores del puerto, Buenos Aires, 2004.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Actos procesales*. Tomo III. Editores del puerto, Buenos Aires, 2011.
- MARTÍN GARCÍA, Pedro. “la nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita”. En: *La prueba en el proceso penal*. Revista General de Derecho, Valencia, 2000.
- MARTÍNEZ FLORES, Héctor. “Las nulidades procesales”. En: *Revista Jurídica Cajamarca*. Disponible en: <<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista9/nulidades.htm>>.
- MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- MENESES PACHECO, Claudio. “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”. En: *Ius et Praxis*. Año 14, N° 2, Universidad de Talca, Talca, agosto de 2008.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Arts. 202 al 204 del Código Procesal Penal”. En: AA. VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2009.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Las pruebas ilícitas: fundamento y alcance de la regla de exclusión”. En: *Ponencias del Segundo Congreso de Derecho Penal y Criminología*. Sin editorial, Huánuco, 2005.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal”. En AA. VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2009.
- MITIDIERO, Daniel F. “El problema de la invalidez de los actos procesales en el Derecho Procesal brasileño contemporáneo”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRIAN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, traducido por Renzo Cavani Brian.
- MIXÁN MÁSS, Florencio *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. BLG, Trujillo, 2006.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tomo I, Marsol Perú, Trujillo, 1990.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio oral*. 1ª reimpresión, Marsol Perú, Trujillo, 1988.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Teoría de la prueba*. BLG, Trujillo, 1992.
- MONROY PALACIOS, Juan José. “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. N° 1/1, Corte Suprema de Justicia de la Republica, Lima, 2007.
- MORENO CATENA, Víctor. “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “La relativización de la prohibición de la auto-incriminación a través de la relativización de la prohibición de la tortura y del

empleo de la misma como forma de obtención de pruebas incriminatorias”. En: *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal del enemigo*. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015.
- NIEVES CHERO, Justo. “La ‘conexión de antijuridicidad’ en los efectos reflejos: reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita”. En: REYNA ALFARO, Luis; AROCENA, Gustavo y CIENFUEGOS SALGADO, David (coordinadores). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Jurista, Lima, 2007.
- OLIVERA DÍAZ, Guillermo. *El proceso penal peruano. Legislación-teoría-práctica. Mi experiencia judicial*. 2ª edición, FECAT, Lima, 1986.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2016
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Alternativas, Lima, 1996.
- ORREGO MORENO, Alfonso. *La prueba en el proceso penal. La denuncia. En la instrucción. En el juicio oral*. Ediciones jurídicas, Lima, 1984.
- PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario. “La regla de exclusión en el marco de la teoría de la prueba”. En: URQUIZO VIDELA, Gustavo (coordinador). *La prueba en el proceso penal*. Guía práctica N° 2. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca. “La prueba ilegalmente obtenida”. En: *Revista del Poder Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- PAZ PANDURO, Moisés. “¿Se debería utilizar en el Perú la excepción de la buena fe o *the faith exception*, para admitir la prueba ilícita?”. En: *Normas Legales: análisis jurídico*. Tomo 357, Normas Legales, Trujillo, febrero de 2006.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Colex, Madrid, 2000.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Pruebas ilícitas”. Traducido del portugués por Elpidio Ramón Monzón. Disponible en: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>>.
- PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exegesis. Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I, Rodhas, Lima, 2009.

- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “Los requisitos de legitimidad de las interceptaciones telefónicas. Su incidencia en el marco de la teoría de la prueba prohibida”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 1, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2009.
- PEREZ ARROYO, Miguel. “Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: las reglas de exclusión y las reglas de excepción”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 164, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2007.
- PÉREZ ARROYO, Miguel. “Momento procesal de exclusión de los elementos de prueba en el Código Procesal Penal de 2004”. En: AA.VV. *La prueba en el proceso penal*. Guía práctica N° 2. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Bosch, Barcelona, 1996.
- PISFIL FLORES, Daniel Armando. “La aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en la prueba ilícita”. En: *Jus Doctrina & Práctica*. N° 3, Grijley, Lima, marzo de 2008.
- QUINTANILLA LOIZA, Julio y BAZUL TORERO, Manuel Alejandro. *Valor probatorio de las grabaciones de audios y video en los procesos anticorrupción*. Gráfica universo, Lima, 2005.
- QUISPE UMASI, Wilmer Roy. “La nulidad en el nuevo Código Procesal Penal: alcances de la capacidad nulificante del tribunal superior”. En: *Revista de la maestría en Derecho Procesal PUCP*. Vol. 6, N° 1, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, enero-julio de 2016.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista, Lima, 2004.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Conversatorio en torno a los temas que debatirá el VI Pleno Jurisdiccional Penal Supremo. Audiencia de tutela (art. 71.4 CPP)”. Disponible en: <www.incipp.org.pe/modulos/contenidos/descargar.php?id=47>.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luís. *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*. Bosch, Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ SOL, Luis. *Registro domiciliario y prueba ilícita*. Comares, Granada, 1998.
- ROMERO OHAMA, Rosa Berenice. “Prueba ilícita derivada y excepciones para su admisión y valoración en el proceso penal”. En: *Revista Jurídica del Perú: Derecho Público y Privado*. Tomo 88, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2008.
- ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. “Exclusión probatoria de las declaraciones inculpativas del coimputado prestadas en otro proceso y no ratificadas en el juicio oral”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 157, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2006.

- ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Vol. 2, Ediciones Legales, Lima, 2016.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del puerto, Buenos Aires, 2000, traducida de la vigésimo quinta edición por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio Maier.
- RUBIO AZABACHE, Segundo Cesar. “La exclusión de la fuente de prueba por la ruptura de la cadena de custodia en el nuevo proceso penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2009.
- SALAS CALERO, Luis. “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria” En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- SALAZAR ARAUJO, Rodolfo Arturo. “La tutela de derechos y sus modalidades en el nuevo sistema procesal penal peruano”. Disponible en: <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=busqueda&com=busqueda&search=tutela&modulo=documento&button=Buscar&page=0>>.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. “Algunos aspectos de la prueba en el nuevo proceso penal: una interpretación acusatoria”. En: *Revista del Foro*. Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1994.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: *Proceso y justicia*. N° 3, Lima, 2002.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. “Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal”. En: SEGURA ALANIA, Joel (coordinador). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2012.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, 1ª reimpresión, Vol. I. Grijley, Lima, 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Grijley, Lima, 1999.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, 1ª reimpresión, Vol. II, Grijley, Lima, 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “La reforma procesal penal: evolución y perspectivas”. En: HURTADO POZO, José (Director) y SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio (Coordinador). *Anuario de Derecho Penal. La reforma del proceso penal peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

- SANCHEZ CORDOVA, Juan Humberto. “La prueba prohibida”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 183, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2009.
- SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. “Sentencia a Alberto Fujimori Fujimori: ¿Atenuación del vínculo en la prueba prohibida?”. En: *Revista de la Justicia Penal*. N° 7. Librotecnia, Santiago de Chile, octubre de 2011.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004.
- SCARPARO, Eduardo. “Principios procesales e invalidez”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, traducido por Renzo Cavani Brain.
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición reelaborada. Tirant lo Blanch-Thüngersheim, Valencia-Frankfurt, 1999, con la colaboración de Jörg Knupfer y Matthias Terbach, revisión de la traducción de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Plancha dell Gargallo.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “El derecho a la prueba en el proceso civil español”. En: *Estudios de Derecho Probatorio*. Communitas, Lima, 2009.
- STRUENSEE, Eberhard. “La prueba prohibida”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 4, Idemsa, Lima, julio-diciembre de 1994.
- TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal. Jurisdicción penal*. 2ª edición revisada, aumentada y actualizada, Tomo I, Reforma, Lima, 2010.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual de Derecho Probatorio y de valorización de las pruebas en el proceso penal común*. Academia de la Magistratura-GTZ, Lima, 2009.
- TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *La prueba en el Derecho Procesal Penal*. Jus editores, Lima, 1996.
- TANGER JARDIM, Augusto. “De las nulidades procesales”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, Traducido por Yolanda Tito Puca, revisado por Renzo Cavani Brain.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002, traducción de Jordi Ferrer Beltrán.
- TORRES, Sergio Gabriel. *Nulidades en el proceso penal*. 4ª edición, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.
- UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego y ASTUDILLO MEZA, Guillermo. “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional”. En: ASEN-CIO MELLADO José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José

Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008.

- UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos. “El origen de los videos: allanamiento ilegal y secuestro de bienes”. En: ASENSIO MELLADO José María (director) y UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos (coordinador). *Prueba ilícita y lucha anticorrupción: el caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”*. Grijley, Lima, 2008.
- VALVERDE LUNA, Vanessa Sofía. “El fundamento constitucional de la prueba ilícita: ¿debido proceso o presunción de inocencia?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 137, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2005.
- VELASQUEZ DELGADO, Percy. “Prueba prohibida y nulidad de actuaciones. Su vinculación en el nuevo Código Procesal Penal”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 180, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008.
- VIERA MORANTE, Francisco Javier. “Tratamiento de la prueba ilícita”. En: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel (director). *Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.
- VILELA CARBAJAL; Karla. “Medios de impugnación y nulidad procesal”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamento, efectos y excepciones”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 26, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2011.
- VOGLER, Richard. “Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: en especial, las reglas de exclusión”. En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coordinador). *Prueba y proceso penal (análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- WONG PRELLE, Juan Máximo. “La prueba prohibida, el derecho a la intimidad y la libertad de información. Comentario a la sentencia emitida en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC y su aclaratoria”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 119, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; y, SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. “Las nulidades procesales en el derecho comparado”. En: TORRES CARRASCO, Manuel (director) y CAVANI BRAIN, Renzo (coordinador). *Estudios sobre la nulidad procesal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

ÍNDICE GENERAL

Estudio preliminar	7
Presentación (o cómo se gestó este texto)	13

CAPÍTULO I

La teoría tradicional de la prueba prohibida

I.	Origen	17
	1. En el Perú	18
	2. En el extranjero	28
	3. Reflexión	36
II.	Fundamentación.....	38
	1. Posturas	38
	2. Toma de postura.....	39
III.	Conceptos tradicionales	43
	1. Concepto.....	45
	2. Término	47
	3. Efectos	48
	4. La teoría del árbol envenenado	51
	5. Excepciones a la teoría del árbol envenenado	52
IV.	Reflexiones finales	53

CAPÍTULO II

Crítica a la teoría tradicional de la prueba prohibida

I.	Aclaraciones previas	55
II.	La prohibición probatoria	56
	1. Las bases incorrectas de la jurisprudencia española.....	58
	2. El problema de los derechos fundamentales procesales.....	59
	3. Inutilidad de la diferencia entre fuentes y medios de prueba ..	63
	4. El reducido ámbito de la teoría de la prueba prohibida	65
III.	Reflexiones finales	66

CAPÍTULO III

La prueba prohibida como nulidad procesal

I.	Soluciones alternativas.....	69
	1. La no valoración de los medios ilícitos.....	69
	2. Inadmisibilidad o nulidad procesal.....	71
II.	La nulidad procesal.....	72
	1. Teoría de la nulidad	72
	2. Legalidad, libertad de forma y finalidad.....	78
	3. Principios de la nulidad	79
	3.1. Perjuicio.....	79
	3.2. Subsanación	80
	3.3. Convalidación	81
	3.4. Conservación	82
	3.5. Proporcionalidad.....	83
	3.5.1. Juicio de adecuación.....	85
	3.5.2. Juicio de necesidad.....	86
	3.5.3. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.....	87

4.	La crítica a las nulidades procesales como consecuencia de la prueba ilícita	88
III.	La legislación actual y la aplicación de la nulidad a la regla de exclusión.....	92
1.	En el CdePP	92
2.	En el CPP	96
2.1.	Artículo 149: Taxatividad	98
2.2.	Artículo 150: Nulidad absoluta.....	100
2.3.	Artículo 151: Nulidad relativa	103
2.4.	Artículo 152: Convalidación	104
2.5.	Artículo 153: Saneamiento o subsanación	106
2.6.	Artículo 154. Efectos de la nulidad	106
IV.	Efectos	108
1.	Momento de la exclusión.....	108
1.1.	En la admisión de los medios de prueba	108
1.1.1.	Investigación	111
1.1.2.	Etapas intermedia	113
1.2.	En la valoración de los medios de prueba.....	116
2.	Extensión de la prohibición	117
V.	Reflexiones finales	118

CAPÍTULO IV

Las llamadas excepciones a la regla de exclusión

I.	Las excepciones	121
II.	Excepciones a la regla de exclusión	126
1.	Excepción de buena fe	126
2.	Prueba prohibida a favor del reo.....	133
3.	Prueba ilícita para terceros	137
4.	Ponderación de intereses.....	140

5. Destrucción de la mentira del imputado	146
6. Teoría del riesgo	148
7. Fuente independiente	154
8. Error inocuo	157
9. Doctrina de la bandeja de plata	159
II. Excepciones a los frutos del árbol envenenado.....	161
1. Hallazgo inevitable	161
2. Registros con causa probable	165
3. Nexo causal atenuado.....	167
4. Conexión de antijuridicidad.....	172
III. Reflexiones finales	174

CONCLUSIONES GENERALES

Conclusiones generales.....	179
-----------------------------	-----

RECOMENDACIONES

Primera recomendación	181
Segunda recomendación.....	182
Tercera recomendación.....	182
 Bibliografía.....	 183
Índice general.....	195

