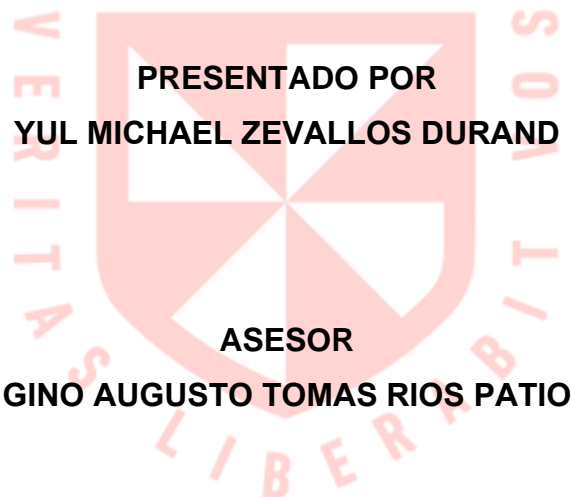


FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**“EL DESMANTELAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN
PROBATORIA Y LA INDETERMINACIÓN EN LA
APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL
ÁRBOL ENVENADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL
PERUANO, EN EL MARCO DE LOS CASOS BUSINESS
TRACK – PETROAUDIOS, VLADIVIDEOS Y AGENDAS DE
NADINE”**



TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES

LIMA – PERÚ
2024



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

UNIDAD DE POSGRADO

**“EL DESMANTELAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN
PROBATORIA Y LA INDETERMINACIÓN EN LA APLICACIÓN
DE LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENADO
EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO, EN EL MARCO
DE LOS CASOS BUSINESS TRACK – PETROAUDIOS,
VLADIVIDEOS Y AGENDAS DE NADINE”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN
DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

PRESENTADA POR:

YUL MICHAEL ZEVALLOS DURAND

ASESOR:

DR. GINO AUGUSTO TOMAS RIOS PATIO

LIMA, PERÚ

2024

Dedicatoria: *A mis padres Felipe
y Lily.*

Agradecimiento: *A mis hermanos,
Fanny, Hermelinda,
Rosario, Jaime.*

INDICE

INTRODUCCIÓN

Descripción de la realidad problemática	5
Formulación del Problema	5
Hipótesis	6
CAPITULO I	
1. Marco teórico	8
1.1. Antecedentes de la investigación	8
1.2. Bases teóricas	15
1.2.1. Teoría del Ámbito de Derechos.	15
1.2.2. Teoría del Riesgo	16
1.2.3. Teoría de la Exclusión	18
1.2.4. Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado	19
1.2.5. Teoría de la Conexión de Antijuricidad	20
1.2.6. La doctrina del entorno jurídico del derecho fundamental vulnerado	20
1.2.7. La doctrina de la ponderación de intereses	21
1.3. Definición de términos básicos	22
1.3.1. La Prueba	22
1.3.2. Prueba Ilícita	23
1.3.3. Regla de Exclusión	25
1.3.4. Excepciones a la regla de exclusión	26
1.3.5. Derechos Fundamentales	27
1.3.6. Contenido esencial de los derechos fundamentales	28
1.3.7. Fuente, medio y objeto de prueba	28
1.3.8. Prueba Indiciaria	29
1.4. Aspectos Éticos	30
CAPITULO II	
2. Diseño metodológico	31
2.1. Tipo de investigación	31
2.2. Nivel de investigación	31
2.3. Método de investigación	32
2.4. Diseño de investigación	32
CAPITULO III	
3. Desmantelamiento de la regla de exclusión probatoria	33
3.1. Excepciones a la regla de exclusión directa	37
3.2. Excepciones a la regla de exclusión indirecta	46
3.3. Momento procesal de la exclusión probatoria	55
3.4. Fundamento de la regla de exclusión probatoria directa e indirecta	
3.5. Prueba ilícita obtenida por particulares	65
3.6. Prueba ilícita obtenida por tortura	69
3.7. Prueba de oficio	71
3.8. Exclusión de oficio	72

3.9. Puntos de vista en la legislación comparada	74
CAPITULO IV	
4. Análisis de casos emblemáticos	
4.1. Caso Business Track – Petro audios	82
4.2. Caso Agendas de Nadine	86
4.3. Caso Vladivideos	93
4.4. Posturas importantes	102
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	110
FUENTES DE INFORMACIÓN	111

RESUMEN

La presente investigación versa sobre la indeterminación al momento de aplicar la regla de exclusión probatoria de la prueba ilícita y las excepciones a la misma, en el ámbito del Perú, demostrando que existe tal indeterminación dado que ni en la Constitución ni en el Código Procesal Penal, se han establecido excepciones a la regla de exclusión; sin embargo, la jurisprudencia en nuestro país aplica excepciones no reconocidas por nuestra legislación, recurriendo a la jurisprudencia extranjera; asimismo, se aprecia que no existe un momento oportuno para poder excluir prueba ilícita, dejando solo dicha exclusión a los momentos procesales donde se admite y excluye medios probatorios o evidencia, tales como al momento de recabar información en las diligencias preliminares y presentar la acusación en la etapa intermedia, donde opera un reexamen negativo, así como al momento de ofrecer prueba nueva en la etapa de juzgamiento; tal indeterminación se evidencia en los casos emblemáticos: Vladivideos, Petro-audios y recientemente en el denominado Agendas de Nadine. La indeterminación radica también en el desconocimiento de la verdadera naturaleza de la prueba ilícita, es decir, si dicha naturaleza es en sí misma constitucional o legal.

ABSTRACT

The present investigation deals with the indeterminacy when applying the rule of evidentiary exclusion of illicit evidence and the exceptions to it, in the scope of Peru, demonstrating that such indeterminacy exists given that neither in the Constitution nor in the Code of Criminal Procedure , exceptions have been established to the exclusion rule; However, the jurisprudence in our country applies exceptions not recognized by our legislation, resorting to foreign jurisprudence; Likewise, it can be seen that there is no opportune moment to be able to exclude illicit evidence, leaving said exclusion only at the procedural moments where probative means or evidence is admitted and excluded, such as at the time of gathering information in the preliminary proceedings and presenting the accusation in the intermediate stage, where a negative reexamination operates, as well as when new evidence is offered in the judging stage; Such indeterminacy is evident in the emblematic cases: Vladivideos, Petro-audios and recently in the so-called Agendas de Nadine. The indeterminacy also lies in the ignorance of the true nature of the illicit evidence, that is, whether said nature is in itself constitutional or legal.

NOMBRE DEL TRABAJO

EL DESMANTELAMIENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y LA INDETERMINACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA

AUTOR

YUL MICHAEL ZEVALLOS DURAND

RECUENTO DE PALABRAS

26834 Words

RECUENTO DE CARACTERES

144047 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

122 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

124.7KB

FECHA DE ENTREGA

Apr 17, 2024 7:33 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Apr 17, 2024 7:35 PM GMT-5

● 12% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 11% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 9% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día en el Perú, la problemática sobre la prueba prohibida tiene diferentes enfoques, dado que el legislador peruano no fue claro, siendo además muy general para fijar conceptos o establecer supuestos de aplicación sobre prueba ilícita en los distintos procesos o procedimientos; dejando a la jurisprudencia la labor de establecer o clarificar ello; sin embargo, en nuestro sistema jurídico, no se puede corregir, aumentar, quitar o interpretar lo que dice la Constitución o normas con rango constitucional por medio de jurisprudencia; porque el legislador no ha establecido supuestos de excepcionalidad para que la jurisprudencia esté antes que la ley; nuestro sistema es del *civil law* no de *comon law*, no pudiéndose aplicar tales supuestos de excepción por medio de la jurisprudencia, de hacerlo, indicaría que en el Perú, la jurisprudencia está por encima de la ley, lo cual no es correcto.

El Perú está regido, en prueba ilícita, básicamente por lo que establece la jurisprudencia; esta a su vez tomó presupuestos de la jurisprudencia y doctrina extranjera; lo cual no es malo del todo; sin embargo, los sistemas jurídicos y las realidades son distintas, los puntos de maduración de los estados no se dan al mismo tiempo; ello genera problemas, tales como indeterminación al momento de aplicar excepciones, es decir, en el Perú no se sabe cuál es el alcance de la prueba ilícita o la prueba ilícita indirecta (doctrina de los frutos del árbol envenenado); resoluciones contradictorias cuando de prueba ilícita se refiere, lo que se traduce en confusión e incertidumbre cuando se plantea en un proceso la existencia de prohibiciones probatorias.

El problema plantado en la presente investigación ha girado en torno a determinar por qué en el Perú no existe consenso en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba prohibida; también en torno a encontrar las razones por las cuales no hay uniformidad en la aplicación de la regla de exclusión en el caso peruano, ya sea cuando nos referimos a prueba ilícita directa o indirecta.

El objetivo en la presente investigación fue, encontrar las razones por las cuales no hay consenso en la aplicación de la prueba ilícita en el Perú; asimismo, verificar si hay uniformidad sobre el momento procesal de la exclusión de la prueba prohibida; y si es posible aplicar excepciones a la regla de exclusión probatoria en los casos “Business Track – Petro audios, Vladivideos y Agendas de Nadine”

Se ha tratado de dar respuesta a la problemática, formulando una hipótesis de solución, precisándose que en el Perú, existe indeterminación normativa, así como jurisprudencial en lo que se refiere a la utilización de la prueba ilícita, y ello se debe fundamentalmente al desconocimiento de los operadores de justicia; en el mismo sentido, la indeterminación es producto de la inexistencia de jurisprudencia vinculante sobre el tema; finalmente tal indeterminación sería por causa de la vaguedad normativa en lo que respecta a prueba ilícita. Somos de la postura inicial que la prueba ilícita debe excluirse en diligencias preliminares y que sí es aplicable en los casos “Business Track – Petro audios, Vladivideos y Agendas de Nadine”

La importancia de la presente investigación es vital, dado que, en el sistema peruano, las pruebas ilícitas se presentan en las diligencias preliminares, pasan la investigación formalizada, llegando incluso a ser valoradas en la sentencia, y todo ello ocurre por el desconocimiento de los operadores de justicia, también ello sucede por la vaguedad de las normas sobre prueba ilícita en el Perú.

Es de precisar que, la presente investigación no ha tenido limitaciones, dado que la misma ha sido de tipo teórico, es decir, de fundamentación teórica, de tipo aplicada, contrastando y analizando las diferentes posturas, teorías, principios y leyes en lo que respecta a prueba ilícita. Se tiene además que, el nivel de investigación es explicativo, donde se trató de encontrar las causas del problema jurídico planteado en sí. Igualmente tenemos que, el método utilizado es el lógico deductivo, obteniéndose una vista panorámica de los principios, teorías, leyes, jurisprudencia, para luego aterrizar en casos concretos, específicamente en los casos “Petro Audios”, “Vladivideos” y “Agendas de Nadine”. Asimismo, la investigación no es de tipo experimental, sino cualitativo, sin la utilización deliberada de variables; se observarán los fenómenos jurídicos sobre prueba ilícita, con enfoque cualitativo basado en la apreciación e interpretación de los diversos problemas que giran en torno al tema de la prueba ilícita.

CAPITULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Se ha efectuado la búsqueda de antecedentes en los repositorios de las universidades que se mencionan y se ha encontrado los siguientes antecedentes:

Gonzales Lara, Líder Alamiro (2018) “estudio de la prueba prohibida y la prueba ilícita como regla de exclusión en el código procesal penal de 2004” Tesis para optar el grado académico de maestro en derecho penal, en la Universidad Nacional Federico Villa Real. Sus principales conclusiones son:

Están terminantemente prohibidas introducir al proceso directa o indirecta las pruebas prohibidas, debido a que las mismas causan perjuicio a los derechos constitucionales.

La prueba prohibida y la prueba ilícita debe ser excluida de nuestra normatividad penal vigente ya que los operadores de justicia al valorar las mismas vienen afectando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.

La vulneración de derechos fundamentales se viene realizando de manera constante, por ello es necesario establecer la inaplicabilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita o declararse nulos de pleno derecho. (p. 35)

Villegas Málaga, Javier (2020) “La Fiabilidad de la Prueba Prohibida como Fundamento para su Admisión o Exclusión en el Proceso Penal, Perú –

2020” Tesis para optar el grado de magíster en derecho procesal, en la Universidad Católica Pontificia del Perú. Sus principales conclusiones son:

Si bien la figura jurídica de la Prueba Prohibida se origina con un fundamento constitucional, con el paso del tiempo este fundamento ha sido relativizado, sobretodo en el modelo norteamericano, donde la regla de exclusión en la actualidad tiene como finalidad desincentivar las prácticas policiales ilícitas.

El uso desmedido de la figura de la prueba prohibida genera claras injusticias y distorsiona el sistema constitucional, dado que privilegia la prevalencia de este «derecho» en detrimento de otros derechos fundamentales, afectando el derecho fundamental de las víctimas a conocer la verdad y encontrar justicia, afectando el derecho fundamental a probar entendido como parte esencial del derecho fundamental al debido proceso. (p. 58)

Silva Gonzáles, Pablo Elias (2019) “Regulación de la prueba prohibida en el proceso penal peruano (interpretación y desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia)” Para optar al título profesional de abogado en la Universidad Andina del Cusco. Sus principales conclusiones son:

Las teorías de la prueba prohibida han asumido tres posiciones. Por un lado se tiene la teoría absoluta que niega validez a la prueba directa e indirecta, por otro lado, la teoría relativa que reconoce validez a la prueba indirecta, y finalmente la teoría intermedia que propugna dar validez a la prueba en base a un test de ponderación de los intereses jurídicos en conflicto.

La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme en su interpretación sobre la prueba prohibida; en algunos casos ha desestimado su valoración invocando la

vulneración de derechos fundamentales, en otros ha admitido su valoración remitiéndose principalmente al test de ponderación entre los bienes jurídicos protegidos en conflicto También se han emitido resoluciones que fundamentan la valoración de la prueba ilícita en otras teorías que permiten excepcionalmente dejar de lado la regla de exclusión de la prueba prohibida. En todo caso, la orientación que han tenido los jueces no ha seguido una tendencia uniforme, sino que se han dado diversas respuestas. Este hecho obedece, sin duda, a la incipiente doctrina jurisprudencial existente en nuestro país sobre el instituto de la prueba prohibida. (p. 89-90).

Lechuga Pino, Ernesto (2016) "La prueba prohibida en el modelo acusatorio garantista y el nuevo código Procesal Peruano: La prueba inconstitucional: fundamento, efectos y procedimiento." Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho en la Universidad de San Martín de Porres. Sus principales conclusiones son:

Del análisis de la sentencias expedidas entre el 2002-2012, se puede apreciar que las reglas de análisis de la prueba prohibida y la prueba ilícita son fluctuantes o cambiantes de acuerdo al momento en que se requiere su aplicación, dependerá de la intensidad de las políticas criminales para combatir determinados delitos, es decir para crímenes organizados, corrupción, narcotráfico, terrorismo, los criterios de exclusión serán mayormente relativizados, empero en otros delitos comunes, la aplicación de la regla de exclusión no será sometida a mayor duda. (...) En los últimos años y producto de la aplicación de las reglas de exclusión de la prueba prohibida y la prueba ilícita se aprecia una evolución en el desempeño de las autoridades en esta materia y el conocimiento público de los límites de la actuación probatoria y el

respeto al derecho a la intimidad personal y familiar, esto se puede comprobar en numerosos casos registrados en el pasado reciente y que de volverse a presentar tendría un trámite y una apreciación judicial distinta. Apreciándose una tendencia a la mayor protección de los derechos fundamentales (p. 133).

Castro Trigos, Hamilton (2008) "Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana" Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Sus principales conclusiones son:

Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango (p. 166).

Es posible establecer diferencias entre nulidad y exclusión probatoria. La nulidad está referida siempre a actos procesales. En cambio, la exclusión probatoria tiene un alcance mucho más amplio pues comprende también y principalmente la realidad extraprocesal de las fuentes de prueba. Asimismo, no debe perderse de vista que la exclusión probatoria deriva de la posición preeminente ocupada por los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico; mientras que esta trascendencia ius fundamental o constitucional no está necesariamente presente en la regulación de la nulidad procesal. En tal sentido, en materia de nulidades rige el principio de taxatividad, lo que no sucede tratándose de la exclusión probatoria cuya fuerza vinculante y aplicabilidad dimana de la Constitución y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, por lo que no es necesario que la regla de exclusión esté expresamente prevista en el ordenamiento (p. 168).

Alcaide Gonzáles, José (2012) “La Exclusionary Rule de EE. UU. y la Prueba Ilícita Penal de España” Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en la Universidad Autónoma de Barcelona. Sus principales conclusiones son:

La regla de ineficacia de la prueba refleja o derivada surge en el Derecho norteamericano si se acredita la concurrencia de los siguientes hechos: la independencia de la fuente de la prueba derivada – esto es, una inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que, a todas luces, aparecían con vinculación lógico- causal (*la independent source*); el descubrimiento inevitable del hecho por otros medios diferentes al ilícito (*inevitable discovery*); en tercer lugar, la teoría del nexo causal atenuado o *purged taint*. En último término, la buena fe – *good faith exception*— en la obtención de las pruebas directas. (...) Uno de los temas centrales que han generado enfrentados debates en torno a la *exclusionary rule* ha sido la cuestión de la búsqueda de sus raíces y fundamentación constitucional. (...) Del texto constitucional de EE.UU. puede deducirse que la regla de exclusión no tiene apoyo literal en la Constitución estadounidense ni en ninguna de las constituciones de los cincuenta estados federados. La regla es una opción a disposición del tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costes que conlleva su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos (p. 547).

Campaner Muñoz, Jaime (2015) “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba” Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid. Sus principales conclusiones son:

A nuestro juicio, sería deseable que la regla de exclusión contemplada en el artículo 11.1 LOPJ comprendiera también la violación de derechos no fundamentales. Se trata, no obstante, de una opción que no resulta viable, pues comportaría llevar a cabo una interpretación extensiva del expresado precepto (cuyo tenor literal es claro) y que tampoco sería coherente con una de las tesis que sostienen el presente trabajo. (...) La vigencia de los valores y derechos consagrados en la Constitución obliga a efectuar las declaraciones de nulidad derivadas de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba, incluidos los casos de eficacia refleja o indirecta. Este postulado debe prevalecer sobre cualesquiera otras consideraciones de política criminal, incluida la necesidad de eficacia en la persecución penal y la supuesta alarma social que genera la anulación de actos de investigación. No es de recibo, por tanto, la tendencia – apreciable en la práctica- de que los Tribunales llamados a remediar o, en su caso, revisar la actuación de los sujetos institucionales causantes de las expresadas violaciones (Audiencias, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) sean claramente proclives a convalidar las vulneraciones de derechos fundamentales apartándose del derecho positivo lato sensu y amparándose en la creación de excepciones jurisprudenciales carentes de apoyo normativo extrapoladas de modo apresurado e irreflexivo, en la mayoría de los casos, de un sistema normativo y judicial, el norteamericano, que escasa o ninguna semejanza guarda con el nuestro. A nuestro juicio, con la creación de la doctrina de la conexión de antijuricidad el propio TC está tolerando la vulneración de derechos fundamentales con claro apartamiento de lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ, sin que, ante la gran discrecionalidad que tal doctrina otorga a Jueces y Tribunales, constituya un remedio suficiente que éstos tengan presente el principio de proporcionalidad (p. 251).

Vílchez Quevedo, Martha (2015) "Obtención de la prueba ilícita en el "ordenamiento procesal peruano y la vulneración a los derechos

fundamentales” Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Sus principales conclusiones son:

Al existir un insuficiente conocimiento del tratamiento de la prueba ilícita, los operadores jurídicos no han desarrollado suficientes criterios para la admisión o exclusión en el proceso de material probatorio que afecte derechos fundamentales de la persona. (...) La prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales y constituye un límite para el principio de averiguación de la verdad en el proceso. Siendo susceptibles de ser violentados los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo I, Título I de la Constitución Política; así como los derechos no enumerados que también se garantizan, otros de naturaleza análoga o los que deriven de la dignidad humana, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno, regulados en el artículo tercero del texto constitucional (p. 153).

Jaimes Molina, Marco (2009) “Interpretación axiológica de las causas de exclusión probatoria en el sistema procesal penal boliviano” Tesis para optar el grado académico de Maestro en Administración de Justicia en la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. Sus principales conclusiones son:

La prueba penal y las exclusiones probatorias, a la par de estar sujetas a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenciones Internacionales y la ley en el marco del debido proceso como garantía jurisdiccional de la Administración de Justicia, tienen la peculiaridad de relacionarse íntimamente con la variedad de bienes jurídicos protegidos por las normas penales. Su aplicación exige, por lo mismo, más ponderación –que subsunción– de valores, principios, derechos y garantías, en función del caso concreto de que se trata. (...) De la revisión de la legislación comparada se destaca que gran parte de los códigos procesales penales de América Latina coinciden en excluir pruebas

obtenidas con vulneración de derechos y garantías fundamentales, sucede lo contrario con la inobservancia de formalidades, causal inexistente en la mayoría de las normas procesales de la materia, excepción hecha de Bolivia (p. 69).

De la Rosa Rodríguez, Paola (2014) “La prueba ilícita en el sistema acusatorio, una mirada a las regulaciones española, alemana y americana en torno a su prohibición y excepciones”. Artículo científico, Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. Cuyas principales conclusiones son:

Un punto nodal sobre la prueba ilícita es su extensión, por ello es menester determinarla. De lo que se trata pues es de determinar si la exclusión o la prohibición del valor probatorio de ésta incluye únicamente la prueba obtenida directamente por medios ilícitos o también comprende la prueba obtenida indirectamente por medios ilícitos. De este modo, es menester analizar las diferentes teorías que existen sobre la exclusión de la prueba ilícita. (...) Teoría de los frutos del árbol envenenado. Dicha teoría establece que si una prueba se obtiene directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales debe de ser rechazada para valorarse en el juicio, así también, todas las que se deriven de ella. Así lo sostuvo la Suprema Corte estadounidense en *Nardone versus United States*, de 1939 caso en el cual fue interceptada ilegalmente una llamada en la que Frank C Nardone hablaba sobre transportar y comercializar artículos de contrabando en Estados Unidos de América. En el juicio, la Suprema Corte estableció que tal prueba no solo es ilícita, sino además toda la información y elementos materiales que se obtengan de ella (p. 3).

1.2 BASES TEÓRICAS

1.2.1 Teoría del Ámbito de Derechos

Dannecker, G. (2003) refiere que:

El Tribunal Federal Supremo Alemán (BGH), en una construcción jurisprudencial similar al *standing* estadounidense, ha elaborado la denominada “teoría del ámbito de derechos” (*Rechtskreisstheorie*). Esta establece que la validez de la prueba obtenida con lesión de prohibiciones de producción depende de si dicha lesión afecta esencialmente el ámbito de derechos del interesado o solamente es de una importancia secundaria o sin importancia alguna en realidad (p. 195).

Castro, H. (2008) sobre la teoría del ámbito de derechos refiere que:

“Esto significa que, al amparo de esta teoría, sería posible valorar una prueba que ha sido obtenida vulnerando un derecho fundamental de “A” para condenar a “B” puesto que la lesión o afectación no incide en el ámbito de derechos de este último” (p. 118).

1.2.2 Teoría del Riesgo

Cabrera, C. (2013) refiere que:

La teoría del riesgo, que permite exceptuar la ilicitud de una prueba. Esta doctrina se justifica en el riesgo que voluntariamente asume una persona ante otra en una reunión y conversación y, considera que las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse como pruebas válidas cuando al menos uno de los interlocutores tenga conocimiento de la grabación y siempre que el contenido no esté dentro del ámbito privado e íntimo de las personas. (...) De

hecho esta doctrina no es ajena a nuestros tribunales pues fue aplicada por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que señaló que el audio entregado por Herald Andrés Gamarra que contenía una conversación de él con Miguel Santiago Ñopo Fernández (en ese momento investigado por el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) no podía considerarse como prueba prohibida o ilícita y no podía ser amparado al pedido de exclusión del referido material probatorio (p. 3).

Chanjan, R. (2012) refiere que:

En cuanto a la excepción de la teoría del riesgo, que permite la valoración de la prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental cuando es el propio afectado el que no cuida sus garantías y voluntariamente asume el riesgo de que sus revelaciones sobre un delito o la realización de actividades relacionadas con éste sean conocidas por otros. (p. 4).

Reaño, P. (2004) señala que:

La protección de la intimidad personal en grabaciones y escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores tengan conocimiento de la grabación (o que su conversación están grabándose); b) el contenido de la conversación no pertenezca al ámbito privado o

íntimo de los interlocutores; los delitos no son considerados privados porque su persecución es pública.

Paucar, E. y Guizado, E. (2022) señalan sobre la teoría del riesgo que:

Los videos o audios que contienen pactos, planes o estrategias, para cometer delitos contra la administración pública, no deben ser considerados como privados, debido a que la ley de transparencia e información pública obliga su publicidad de los actos de gobierno, salvo los estrictamente reservados por ley. (p. 253)

1.2.3. Teoría de la Exclusión. -

Rabanal W. (2008) señala que:

Es la teoría de las pruebas ilegales directamente obtenidas, tiene sus orígenes en la jurisprudencia de la Corte Federal de los Estados Unidos (illegally obtained evidence), en el caso de «Boyd vs. U.S» en 1866; caso «Weeks vs U.S» en 1914[14], y los casos «Rochin vs. California» en 1952 y «Elkins vs. U.S» en 1960. A partir de estos procesos se desarrolló a nivel de la doctrina procesal la Teoría de las Reglas de Exclusión. (...) Según esta teoría las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales o vulnerando el procedimiento establecido por la ley deben ser excluidas y apartadas del proceso. (...) Las excepciones a la exclusión de la prueba directa están determinadas fundamentalmente por la inobservancia de garantía constitucional beneficiosa para el imputado. Si bien la inobservancia de alguna

garantía no puede perjudicar al imputado, si a partir de esta irregularidad se obtuviera información o elementos probatorios favorables a éste, no existe ningún impedimento para utilizarlos en el proceso a su favor. (p. 4).

1.2.4. Teoría del árbol envenenado. –

San Martín, C. (2008) señala que:

Esta teoría surgió en 1920 en la jurisprudencia Norte Americana a partir del «Caso Silverthorne Lumbre Co. Vs U.S.» con referencia a un allanamiento ilegal. Su nombre se debe a la denominación que le dio el Juez Supremo Frankfurte en el «Caso Nardone» en 1939, referido a grabaciones telefónicas no autorizadas. Otro caso relevante es el de «United States vs Wade» de 1967, referido a irregulares reconocimientos en rueda de personas. (...) Toda prueba obtenida mediante vulneración de derechos constitucionales carecen de efecto legal, igualmente carecen de efecto legal toda fuente de prueba que se obtenga de ella. (...) Según esta Teoría el medio utilizado en el caso concreto puede ser lícito, pero si se arribó a dicha prueba por medios anteriores ilícitos, esta última, así como la prueba mediata, también deben ser excluidas. De tal manera que la ineficacia de la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas legales, por basarse en aquellos datos conseguidos por la prueba ilegal, no pueden ser admitidas. Para ello tiene que existir

una relación de causalidad o de dependencia jurídico-procesal entre el acto irregular anterior y el acto regular posterior. (p. 655).

1.2.5. Tesis de la Conexión de Antijuricidad. –

Pisfil, D. (2018) señala que:

La teoría de la “conexión de antijuricidad” tiene su origen en la sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 81/1998, la cual ha originado en la práctica la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal español. Según esta doctrina, para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación causal-natural entre prueba ilícita y la prueba derivada, sino que es necesario además la existencia de una “conexión de Antijuricidad”, importando introducir elementos normativos que restrinjan la cadena causal, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud. (p. 231)

1.2.6. La doctrina del entorno jurídico del derecho fundamental vulnerado.

Pisfil, D. (2018) precisa que:

El presente criterio jurisprudencial no es una verdadera excepción, pues lo que se busca es que antes de excluir del material probatorio una prueba, deberá tenerse en cuenta si realmente se lesionó o no un derecho fundamental en el caso concreto.

(Corte Suprema del Perú, 2007) citado por Pisfil D. (2018)

“(…) La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a derechos de las partes. En el presente caso el testigo citado asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justificó su presencia no fue objetada por el imputado. No se está, pues, ante una prueba inconstitucional en la medida en que se cumplieron los principios fundamentales de la actuación probatoria: contradicción, inmediación y publicidad; la testimonial no incidió en un ámbito prohibido ni está referida a una intervención ilegal de la autoridad, tampoco se trató de una prueba sorpresiva. Las garantías procesales en la actuación probatoria, que es lo esencial desde la presunción de inocencia, no se ha vulnerado (…)” (p. 244).

1.2.7. La doctrina de la ponderación de intereses.

Neyra, J. (2010) precisa que:

“Nace en EE.UU. con el Balancing Test, cuya regla es: si ponderamos que la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se logrará 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 se encuentra en el efecto que su exclusión puede tener en el actuar

de los agentes policiales, pes deberían actuar respetando los derechos fundamentales al momento de obtener las fuentes de prueba. (p. 680)

1.3. Definición de términos básicos. –

1.3.1 La Prueba. –

Serra, M (2009) señala que:

En la vida social probar se nos aparece como sinónimo de comprobar, verificar, comparar, etc. La prueba requiere siempre de dos términos, La proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba. En rigor, probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación, mediante su comparación con otra encontrada por diversos causes. (p. 24).

Castillo, Luciano (2014) indica que:

La prueba es toda aquella actividad que realizan las partes en el proceso, en el marco de la ley, de las garantías y principios que la Constitución prevé, va encaminada a convencer o crear convicción en el juez, respecto de la certeza o veracidad de las afirmaciones postuladas (p. 36).

Castillo, Luis (2005) indica que:

Este contenido estará conformado por todas las facultades de acción que ese derecho depara a su titular (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales); y por todas las obligaciones de

acción a las que debe comprometerse el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del derecho mismo (dimensión objetiva de los derechos fundamentales), con las siguientes características: a) Que es limitado significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y hacen que ese derecho sea identificable como tal derecho; b) que es ilimitable significa que ni el legislador ni nadie pueden desconocer esas fronteras inmanentes o internas, las cuales vinculan de modo fuerte al poder, quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate; c) que es delimitable significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; labor del poder político -en todo caso— es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos y fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales. (p. 145)

1.3.2 Prueba ilícita. –

Asencio, J. (2008) indica que:

Por prueba ilícita ha de entenderse la obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento o, en fin,

en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva a acudir a otras categorías (p. 23)

Calderón, Emma (2021) precisa que:

“El primero de los enfoques concibe a la prueba ilícita considerando que es la prueba obtenida mediante violación de derechos fundamentales; y el segundo, plantea que es aquella que resulta de la vulneración de normas del ordenamiento jurídico y su impacto en el proceso” (p. 6)

Melero, S. (1963) refiere que:

“La prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, contra la dignidad humana” (p. 69).

Rabanal, W. (2008) refiere que:

“La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando derechos y libertades fundamentales, garantías establecidas en las normas procesales y normas procesales que regulan la actividad probatoria” (p. 3).

Serra, Manuel. (2009) indica que:

En la vida social probar se nos aparece como sinónimo de comprobar, verificar, comparar, etc. La prueba requiere siempre de dos términos. La proposición a probar y aquella mediante la cual se prueba. En rigor, probar consiste en verificar la exactitud de una

afirmación, mediante su comparación con otra encontrada por diversos causes (...) Podemos definir el concepto de prueba como una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realización de los mismos, encaminada a formar la convicción de una persona (p. 24- 25)

Tribunal Constitucional Peruano (2010) precisa:

En consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencias, sino también a su ilicitud.¹

1.3.3 Regla de exclusión. -

Delgado, L. (2013) indica que:

La regla de exclusión tiene un carácter general y por la finalidad que cumple, la protección de los derechos fundamentales de las

1

personas en el proceso puede aplicarse a todo tipo de procesos (penal, civil, contencioso administrativo o laboral). No obstante, ha de reconocerse que es el proceso penal su ámbito de aplicación natural y habitual, ya que este tipo de proceso ejercerá una incidencia especial sobre los derechos individuales, entre otros motivos, por la supremacía que tiene el Estado sobre el individuo en el ejercicio del ius puniendi o por facultad que tiene el juez para imponer las más graves penas privativas de libertad (p. 21).

Miranda, M. (2010) señala que:

“Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de corte acusatorio han incorporado una regla de exclusión probatoria en virtud de la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (ilicitud probatoria)” (p. 133).

“Si bien la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha universalizado, lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de cuál sea la explicación que se ofrezca acerca de su fundamento. El análisis de dicho fundamento puede hacerse desde dos modelos teóricos explicativos” (p. 133)

1.3.4 Excepciones a la regla de exclusión.

Pisfil, D. (2018) precisa que:

Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida tienen principalmente como desarrollo la jurisprudencia de

los tribunales de justicia, principalmente marcado por el sistema jurídico y necesidades de cada país. En este sentido, se puede destacar la doctrina jurisprudencial de las excepciones desarrolladas por el sistema norteamericano y español, donde se ha venido relativizando la regla de exclusión. (p. 215)

1.3.5 Derechos Fundamentales. –

Ferrajoli, L. (2004) señala que:

Son todos *ex lege*, no son otra cosa que las inmunidades o facultades reconocidas a todos, aquellas libertades atribuidas a ciertas «personas», «ciudadanos» y/o «sujetos con capacidad de obrar» por las normas de un determinado ordenamiento jurídico 39. Por este motivo, son constitutivos de la igualdad y del valor del individuo, en el sentido de que se trata de expectativas “cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad (p. 128).

Jiménez, J. (1999) precisa que:

Para la cultura política y jurídica en la que nuestra Constitución se inscribe, derechos fundamentales son los reconocidos o creados directamente por la propia norma constitucional. El recurso a esa singular y concreta calificación expresa aún hoy una diversidad de significados, y hasta símbolos, inseparables todos de la tradición que llamamos constitucionalismo: ciertos derechos son fundamentales porque corresponderían, sin más condiciones, a

toda persona o, cuando menos, a cualquier ciudadano; porque se afirmarían y garantizarían frente a cualesquiera pretensiones adversas, aunque estuvieran revestidas, incluso, de forma de ley y, en fin, porque darían fundamento a los derechos mismos, a la vida comunitaria en su conjunto (p. 3).

1.3.6 Contenido esencial de los derechos fundamentales. –

Castillo, L. (2015) señala que:

Este contenido esencial o constitucional del derecho fundamental, el cual uno sólo, está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance. Tal finalidad es satisfacer una necesidad o exigencia humana para permitir una mayor realización o perfeccionamiento humano; de modo que el contenido esencial del derecho fundamental estará compuesto por aquellos elementos que hagan posible la consecución del bien humano que, se ha de insistir, no sólo es individual, sino también social, y no sólo es material, sino también espiritual. (p. 149).

1.3.7 Fuente, medio y objeto de prueba. –

Sánchez, P. (2020) señala que:

Citando a Carnelutty, afirma señala que “la fuente de prueba es el hecho del cual sirve al juez para deducir la propia verdad. Los medios de prueba son aquellas actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer la realidad de

los hechos, la existencia de los medios probatorios se encuentran condicionados al proceso. La noción objeto de prueba responde a las preguntas: qué puede probarse en el proceso penal, cuál es la materia sobre la que puede actuar la prueba. En tal sentido objeto de prueba es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en un proceso. (p. 275).

1.3.8 Prueba Indiciaria. –

Quispe, E. (2020) señala que:

Conocida también como prueba indirecta, es aquel elemento probatorio que permite dar por acreditados en un proceso judicial hechos sobre los que no existe una prueba directa, pero que a partir de estimar probados otros hechos relacionados con los que se pretende probar, cabe deducir razonadamente la certeza o acreditación de estos últimos. (p. 136).

San Martín, C. (1996) señala que:

Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente los hechos mediatos para deducir de estos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa, en tal virtud, con Rives Seva, podemos definir la Prueba Indiciaria como: “aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito objeto de acusación, pero de los que a través de la Lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación

del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios y el que se trate de probar– delito. (p. 631)

Dei, F (1988) precisa que:

El indicio es una de las especies de la prueba indiciaria, y se diferencia de la presunción en cuanto ésta presenta una forma de raciocinio que va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de identidad, en tanto el indicio va de lo conocido a lo desconocido pero a través del principio de causalidad. (p. 252)

1.4 Aspectos Éticos

En el presente trabajo de investigación se han se han respetado los derechos de autor, lo cual se evidencia en las fuentes de información, así como en las referencias, conforme al Estilo de Citación APA, edición 7.

CAPÍTULO II

2. DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Tipo de Investigación. -

La investigación es de tipo aplicada, con fundamentación teórica, por lo que, se evaluarán las diferentes teorías, principios, leyes en lo que respecta a la prueba prohibida, las excepciones a la regla de exclusión y su relación con el proceso penal peruano; asimismo se utilizarán los conocimientos obtenidos por el investigador en el quehacer diario, para obtener utilidad práctica con la investigación, dado que se intentará dar solución a los problemas planteados, lo cual será de utilidad como propuesta para los operadores de justicia.

En otro extremo, la investigación tendrá un carácter transversal o longitudinal, puesto que se abordará la problemática desde el ámbito del derecho constitucional, derecho penal, derecho procesal penal.

2.2. Nivel de Investigación. -

El nivel de la investigación es explicativo, dado que la investigación tiene relación causal, pues no solo describirá o se acercará al problema; sino que se intentará encontrar las causas del mismo; dado que la no aplicación uniforme de la regla de exclusión probatoria, en el caso peruano, tiene causas que requieren ser puestas en evidencia para que de este modo se pueda contrastar con otras ideas.

2.3. Método de Investigación. -

El método a utilizar será el lógico deductivo, se tendrá primero una vista panorámica de los principios, teorías, leyes, jurisprudencia, respecto a lo que se entiende por la institución de la prueba prohibida, naturaleza, excepciones de la regla de exclusión, momento procesal de la exclusión; posteriormente se tratará el tema en concreto, de cómo es que se está aplicando a casos específicos ya sea en la jurisprudencia y desde la doctrina, proceso en sí esto para terminar con los momentos procesales en que tiene que ser invocados las referidas excepciones a la regla de exclusión.

2.4. Diseño de Investigación. -

Es de tipo no experimental y cualitativo, dado que la investigación se realizará sin la manipulación deliberada de variables, porque se observarán los fenómenos en el ámbito penal y procesal, para después analizarlos; al ser una investigación de tipo cualitativo estará basada en la apreciación e interpretación de los diversos conceptos que giran en torno al tema de la prueba ilícita o prohibida.

CAPITULO III

3. Desmantelamiento de la regla de exclusión probatoria

Se tiene que, de un tiempo a esta parte la regla de exclusión probatoria ha pasado de ser la regla a ser la excepción, por lo que, en los distintos países, así como en el Perú, el material probatorio obtenido ilícitamente tiene que atravesar por un sin número de valoraciones judiciales y fiscales para finalmente ser admitida. En nuestra experiencia en las fiscalías corporativas de Lima Cercado, como fiscal adjunto en la temporada 2020-2023 y de la experiencia de los casos en el turno penal se ha podido advertir que, cuando se presenta material probatorio ilícito, este pasa desapercibido, no es advertido ni por el operador de justicia ni por los justiciables o sus representantes, es decir, se pasa por alto ese tema por desconocimiento o indiferencia. Esto se repite constantemente, por ejemplo cuando a nivel policial, los efectivos intervinientes, interrogan al detenido sin la intervención de su abogado defensor, intentando extraerle información, lo cual vulnera el derecho de defensa; en otros casos los obligan a hablar amenazándolos, vulnerando el derecho al silencio; estando incluso presente el representante del Ministerio Público, quien al advertir esto, en muchos casos no actúa conforme lo amerita la situación, es decir, permite dichas malas prácticas.

En el mismo sentido, también se aprecia en los turnos penales que se dan a nivel de Lima Metropolitana, cuando pese a estar presente el abogado defensor del intervenido, algunos efectivos policiales tienen métodos

coactivos e intimidantes para que el intervenido declare, pese a que quiere acogerse al derecho al silencio.

Continuando con el desarrollo de este punto se señala que, a lo largo de la historia de la prueba ilícita, se han ido desarrollando diferentes posturas sobre su tratamiento, inicialmente nació como una regla cuya directriz consistía en que, todo el material probatorio ilícitamente obtenido, es decir, vulnerando la normativa vigente de que se trate, principalmente constitucional, tenía que ser excluida del proceso, específicamente del proceso penal, porque esta institución nació para el proceso penal, luego se trasplantó a los otros procesos o procedimientos.

En la actualidad, la regla de exclusión tiene distintas excepciones, es decir, se tienen motivos de naturaleza legal, jurisprudencial y doctrinal, por los cuales la regla de exclusión no será aplicada, son las llamadas excepciones a la regla de exclusión, tanto para prueba ilícita directa como de la indirecta. Este fenómeno se puede apreciar tanto en el Perú como en otros países.

Actualmente los operadores de justicia, tal como se analizó en el presente trabajo, aplican excepciones a la regla de exclusión, sin tener en cuenta que, la Constitución Política en el caso peruano no contempla excepciones a dicha regla, asimismo el Código Procesal Penal tampoco expresa que existen excepciones a la regla de exclusión, salvo la que es a favor del procesado en el caso peruano; como bien lo explica el ex Juez

Supremo Duberly Rodríguez Tineo, en una conferencia que dio en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal (Aula Virtual del Poder Judicial, 2013) Penal a cinco años de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 en Tacna y Moquegua, realizado el 23, 24 y 25 de mayo de 2013; donde refirió entre otras cosas que, nuestra Constitución optó por la regla de exclusión, no precisando excepciones, salvo que se presenten supuestos en que esta prueba ilícita favorezca al reo; sin embargo advirtió que, no se debe hacer abuso de esta excepción. Es preciso aclarar en este punto que, dicha excepción está expresada de forma implícita, tanto en la Constitución como en el Código Procesal Penal de 2004, porque no se establece textualmente en dichos cuerpos normativos, es decir, no está manifestada de forma expresa; sino que, deriva del principio de favorabilidad al procesado; así se desprende del artículo 139 de la Constitución, numeral 11, el cual señala que, cuando haya duda en la aplicación de la ley, favorecerá al procesado la duda o el conflicto. Igualmente, se extrae ello del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004, respecto de la vigencia e interpretación de la ley penal.

La jurisprudencia y la doctrina han creado distintas excepciones a la referida regla procesal, sin tener en cuenta que algunas excepciones no serían aplicables a nuestro sistema jurídico penal o de *civil law*, excepciones como por ejemplo: la buena fe, descubrimiento inevitable, nexo causal atenuado, fuente independiente, entre otras, fueron creadas en un sistema de *comon law*, para una realidad existente en países que

comparten dicho sistema; no obstante, dichas excepciones están siendo aplicadas en nuestro sistema jurídico que no es de *comon law*, tal como se ve en la jurisprudencia peruana, como por ejemplo en la Casación 1762-2018-Arequipa; en donde se explica cómo deben usarse las excepciones a la regla de exclusión derivada, específicamente cuando reconoce la aplicación de conceptos de fuente independiente, descubrimiento inevitable; lineamientos donde se trata temas de fuente independiente, explicando la relación causal existente que se presenta en estos supuestos; así como el descubrimiento inevitable, donde explica que, es necesario una investigación paralela que dará tarde o temprano con la misma evidencia.

Recientemente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú, ha señalado en la Apelación N.º 81-2022/lima este (Corte Suprema de Justicia, 2022), cómo se daría la aplicación de la regla de exclusión conocida como nexo causal atenuado (tinte diluido o de mancha purgada o de vínculo atenuado) en donde se explica que se tienen que analizar en este supuesto, situaciones como la existencia de persistencia en la vulneración del derecho; temas de ausencia de buena fe e intervenciones policiales no autorizadas.

Tal como se ha podido apreciar en este extremo, la indeterminación en el uso y manejo de la prueba ilícita, radica en que se están aplicando diferentes excepciones a la regla de exclusión, sin tener en cuenta que esta regla fue creada inicialmente en Estados Unidos de América, cuyo

sistema y realidad son distintos, rigiendo supuestos de aplicación para una sociedad distinta a la de países latinoamericanos, específicamente el Perú; asimismo precisar que, en la Constitución Política del Perú, no obran excepciones a la regla de exclusión, ni en el sistema procesal penal, salvo la que se aplica cuando es favorable al procesado; la cual se deduce por analogía, o interpretación sistemática, tal como se ha explicado.

3.1 Excepciones a la regla de exclusión directa

En el Perú, las excepciones a la regla de exclusión probatoria, no están contenidas en ninguna norma adjetiva o sustantiva; estas se extraen de la jurisprudencia, así como de la doctrina; para ejemplificar este punto y en contraste, en Colombia sí están positivizadas las excepciones a la regla de exclusión, es decir, en su código procesal penal, se encuentran previstas y descritas taxativamente dichas reglas; así como también se abre un abanico de posibilidades porque existe una cláusula abierta al respecto, al final de dicha disposición.

“Código de Procedimiento Penal Colombiano (ley 906 de 2004)

Artículo 455.- Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”

Tal como se advierte en el párrafo precedente, del Código de Procedimientos Penales Colombiano, detalla expresamente cuáles son

esas excepciones a la regla de exclusión; sin embargo, la indeterminación normativa en dicho país radica en que no hace la distinción de si estas excepciones son a la regla de exclusión directa o a la indirecta (los frutos del árbol envenenado); en dicho código procesal penal colombiano se incluye todo, se les mezcla, no se les distingue; hacer la distinción hubiera sido conveniente para términos prácticos, porque se deja menos margen a la interpretación por vacío normativo. Además, al final de dicho artículo 455 se expresa lo siguiente “*y las demás que establezca la ley*”, esta expresión o frase, en sí es una cláusula abierta, donde pueden entrar todas las excepciones imaginables; en donde incluso cabrían supuestos de análisis económico del derecho es decir, costo beneficio; también entrarían criterios de ponderación de intereses; lo cual también es impreciso, dado que, se deja abierta la posibilidad a ingresar más excepciones a las expresadas en el párrafo antes descrito (art. 455 Código de Procedimiento Penal Colombiano)

Haciendo un breve paréntesis, se afirma y se establece una postura en este trabajo de investigación, consistente en que, las excepciones a la regla de exclusión, de ser aceptadas deben estar fijadas en el código procesal penal, al estilo del modelo colombiano, pero con las correcciones del caso; dado que en el Perú y dada la tendencia, se aplican excepciones a la regla de exclusión; y al ser positivizadas, tal situación generará en las salas de audiencias y en los procesos en general, gran debate en la comunidad jurídica del Perú, lográndose de esta manera un desarrollo

normativo de avanzada, que con el tiempo podrá ser mejorada o constantemente mejorado.

De lo anterior es necesario distinguir que, existen tanto las excepciones a la regla de exclusión directa, como las excepciones a la regla de exclusión indirecta; cuando se habla de la primera, se hace referencia a la excepción de la buena fe, entre otras aplicables a la prueba ilícita directa, es decir, aquellas evidencias o pruebas que no derivan de otra, que son primigenias.

Asimismo, existen excepciones que, solo se aplican a la regla de exclusión indirecta, tales como descubrimiento inevitable, vínculo atenuado o nexo causal atenuado y fuente independiente.

Finalmente existen excepciones que se aplican tanto a la regla de exclusión directa como a la indirecta, como por ejemplo la ponderación de intereses, la prueba ilícita favorable al reo, el interés superior del niño.

Es necesario añadir en este punto que, va a depender del sistema en el que el país se encuentre, si es que se está en un sistema europeo continental, latinoamericano de *civil law* como el peruano o si es que se está en un modelo de *comon law* como el estadounidense, dado que, tal como se desarrollará en el presente trabajo de investigación, en algunos países se opta por excluir prueba ilícita por mandato constitucional (caso peruano, latinoamericano), y en otros el mandato viene de normas que

están por debajo de la Constitución (países que están dentro del *comon law*). Asimismo, se advierte que existen otras excepciones a la regla de exclusión, las cuales también se tratarán en el presente trabajo, y se contrastaran con el sistema de que se trate, analizando también las tendencias que sobre el tema se tienen.

Como se señaló en el párrafo anterior, hoy en día se encuentra diversidad de excepciones a la regla de exclusión y con diversos nombres; algunas desbaratan completamente lo que significa la regla de exclusión probatoria y la misma prueba ilícita, como el caso de aquella que nace a raíz del interés superior del niño que ya no tendría un fundamento constitucional sino convencional, y que da validez a la prueba ilícita, en diferentes contextos, tales como en los delitos de violencia familiar, o en los procesos civiles de tenencia o de familia propiamente.

Se entiende que, debe existir un equilibrio al momento de establecer una teoría sobre prueba ilícita, por ello, en el presente trabajo se analizó la indeterminación al momento de aplicar la regla de exclusión probatoria y las excepciones a la misma, y que ello se debe, entre otras cosas, a lo prematuro o joven que es el tema; y también se comprenderá que se está en camino a construir una teoría consolidada, adjuntando la experiencia tanto normativa como jurisprudencial propia y de otros países, en vista que se está en un mundo cada vez más globalizado.

3.1.1 Excepción de la buena fe.

Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, y los casos más resaltantes en este punto son: Estados Unidos vs. León de 1984, y Massachussets vs. Sheppard de 1984. Donde se hace referencia básicamente a la prueba obtenida con vulneración a la IV Enmienda de la Constitución Federal de Estados Unidos de América que, esta referida a la prohibición de allanamientos, pesquisas y aprehensiones sin mandato judicial o ilegales; esta excepción también se aplicó en dicho país en aquellos casos en una ley fue derogada, sin embargo, seguía siendo aplicada por desconocimiento por parte de los operadores de justicia; o en supuestos donde una orden de detención fue levantada, pero no registrada en el sistema informático, y el personal policial actuando de buena fe realiza la intervención, y realiza la detención de alguien.

Tal como se precisa acá, esta es una excepción a la regla de exclusión directa, aquí no se trata del error que pueda cometer el órgano decisor al momento de redactar sus motivaciones; sino que, los agentes estatales obtienen prueba en el entendido que están actuando de buena fe, conforme a derecho, conforme a la ley.

En este extremo se resalta que, al ser esta excepción creada en los Estados Unidos América, el fundamento para excluir prueba prohibida en dicho país es del efecto disuasorio hacia los agentes estatales, específicamente a policías que obtienen evidencia utilizando cualquier medio.

Un punto que se desarrollará más adelante es que, hay dos fundamentos para excluir material probatorio obtenido ilícitamente; en primer lugar se tiene un fundamento constitucional, y por otro lado un fundamento infra constitucional (*deterrent effect*); incluso se puede agregar un tercero: fundamento convencional; sin embargo esto será materia de otro trabajo, porque en dicho fundamento podrían caber todos los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos que a nivel mundial se han producido.

Hablar del fundamento constitucional para excluir prueba ilícita, significa que, en las normas de rango constitucional ya está establecida la regla de exclusión probatoria, ya viene predeterminada en la Carta Magna, esta reglada allí, es decir, está positivizada, tal como se puede apreciar en el caso peruano, así se tiene lo establecido en el artículo 2, numeral 24, literal h de la Constitución Política, donde específicamente se menciona lo siguiente:

“(...) h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.”

De lo anterior se colige que, el fundamento en el Perú para excluir prueba ilícita es constitucional, porque la regla de exclusión está en la propia Constitución.

Se hace un paralelo con Estados Unidos América, donde al inicio dicho país también tenía un fundamento puramente constitucional para excluir prueba ilícita, se excluía material ilícitamente obtenido cuando se infringía la IV Enmienda, es decir, la prohibición de detenciones y allanamientos sin mandato judicial; se decía que, al vulnerar dicha enmienda, el material probatorio ilícitamente obtenido no tenía valor para poder condenar a una persona.

Lo mismo sucedió con la V, VII Enmienda de dicho país del norte, donde se excluía material probatorio ilícitamente obtenido por vulnerar dichas enmiendas constitucionales; era clara la regla de exclusión; pero ello cambió, y con un nuevo fundamento se pasó a excluir prueba prohibida, con el objetivo de disuadir a los policías a obtener material probatorio ilícito, el conocido *deterrent effect*, dicho cambio está expresado en las sentencias de dicho país del norte en los casos US vs. Calandra (414 US 338, 1974) y US vs. Janis (428 US 433, 1976) y de esta forma, al mismo tiempo nació la buena fe como excepción a la regla de exclusión, porque los policías al actuar de buena fe, no podían ser disuadidos, por lo tanto, no les era aplicable el efecto disuasorio, no aplicaba el efecto disuasorio porque estaban actuando de buena fe; configurándose de esta forma dicha excepción a la regla de exclusión.

Sobre este punto se afirma que, si bien es cierto en el fondo se protege las enmiendas constitucionales; es decir, por sumatoria de consecuencias o causas se puede llegar a ellas indirectamente; sin embargo, directamente en dicho país norteamericano, se excluye prueba ilícita con el ánimo de disuadir a los entes estatales a obtener material probatorio ilícito, se les disuade diciéndoles que lo obtenido de esta manera, de forma ilícita, no servirá para fundamentar una investigación, un proceso penal; independientemente de las sanciones que se les pudiera aplicar. De lo anterior se concluye que, en Estados Unidos América, el fundamento directo para excluir material probatorio ilícitamente obtenido es infra constitucional; todo ello según lo expresa Miranda, M. (2010) “La Corte Suprema Federal Norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas” (p. 134)

Asimismo, comenta el cambio de fundamento Fidalgo. C. (2003) cuando refiere que “las razones pragmáticas que fundamentan en el modelo norteamericano la *exclusionary rule*, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*)” (p. 77)

Asimismo, dicha regla de exclusión solo rige en el ámbito penal en dicho país del norte, porque el efecto disuasorio solo aplica a los policías que obtienen prueba ilícita; no aplica para el resto de agentes estatales, ni

tampoco para los particulares, es decir, en los procesos civiles, tributarios, comerciales, laborales, contenciosos administrativos, administrativos, la prueba obtenida ilícitamente, tiene valor y sirve sustento a una decisión; tampoco se excluye la evidencia si esta fue obtenida por un particular, puesto que el efecto disuasorio solo es para los policías, por lo tanto, el efecto disuasorio solo aplica para los policías, no para investigadores privados, ni para aficionados de la grabación o chuponeo privado; por lo tanto, se tendrían que aceptar estos últimos supuestos de prueba ilícita.

Se resalta lo que dijo el jurista Manuel Miranda Estrampes (Tribuna Jurídica, 2018), que la regla de exclusión solo rige en territorio estadounidense, según la jurisprudencia de la misma Corte Suprema Federal de dicho país, por lo tanto, si se obtiene material probatorio ilícito fuera de sus fronteras, no será excluido por sus tribunales; que por tal motivo el centro de detención de Guantánamo justamente estaría ubicado en un lugar fuera del territorio de ese Estadounidense, donde no se respetarían derechos fundamentales, específicamente en una isla de Cuba; por lo que el material probatorio ilícitamente obtenido, no podrá ser excluido en Estados Unidos América, si es que proviene de dicho centro de detención u otro lugar fuera de su territorio. Añadir en este punto que, Estados Unidos América no tiene relación con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Se tiene entonces que, el fundamento para aplicar la excepción de buena fe, es infraconstitucional, es decir, no está establecido en la Constitución,

sino en las normas de inferior jerarquía, es infra-constitucional también, porque la regla de exclusión está establecida por la jurisprudencia de ese país, señalando que el motivo para que se aplique la regla de exclusión es para generar un efecto disuasorio, el famoso *deterrent effect*, fundamento establecido jurisprudencialmente fundamentalmente por la Corte Suprema Federal Norteamericana, en las sentencias o ejecutorias supremas de dicho país en los casos Estados Unidos vs. Calandra de 1974 y Estados Unidos Vs. Janis, de 1976.

3.2 Excepciones a la regla de exclusión indirecta o frutos del árbol envenenado.

La regla de exclusión indirecta señala que, deben ser excluidas todas las pruebas, evidencias o material probatorio ilícito del proceso, cuando provengan de prueba ilícita directa, es decir, los derivados de la prueba directa obtenida ilícitamente tendrán también que ser excluidos del proceso; en otras palabras, la prueba lícita derivada, tendrá que ser excluida del proceso porque tuvo su origen en una prueba ilícita directa. Este punto se ejemplifica a fin de entender este extremo: si se obtiene una grabación recabada sin mandato judicial, esta grabación no podrá ser objeto de proceso, es decir, el acta donde se plasme la transcripción de la grabación, será prueba ilícita directa; nada que derive de dicho audio o su transcripción, podrá ser admitido, ni actuado, ni valorado; el audio indicó la ubicación de un cargamento de droga, motivo por el cual se hace un allanamiento con orden judicial en dicho lugar, pero al ser dicho audio obtenido ilícitamente, entonces, todas las actas y pericias producto de

dicho allanamiento serán prueba ilícita derivada, porque son producto de una prueba ilícita directa (el audio y su respectiva acta), que fue obtenida vulnerando derechos fundamentales; entonces, ni el audio y su transcripción, ni todos los elementos de convicción o evidencias que deriven de ellos podrán ser utilizados para fundamentar una condena o una medida cautelar.

En este extremo hay que diferenciar que, la droga en sí misma, constituye material ilícito, pero no podrá servir para fundamentar una condena; la droga tendrá que ser incautada y guardada, pero no servirá de basamento para dictar una medida cautelar como la prisión preventiva u otra, ni para fundamentar una condena por tráfico ilícito de drogas, por ser prueba ilícita derivada, indirecta o fruto del árbol envenenado.

Por tal motivo, tanto en la doctrina nacional, como en la internacional, se han establecido excepciones a la regla de exclusión indirecta, más conocida como el fruto de árbol envenenado; se tiene por ejemplo la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y al nexo causal atenuado.

3.2.1 Fuente independiente

Se entiende por fuente independiente a aquella prueba obtenida por un camino distinto a la prueba ilícita; si bien es cierto la prueba ilícita habría llevado al descubrimiento de evidencia; sin embargo, por otro camino

diferente y por medios lícitos o legales, también se habría llegado tarde o temprano al mismo resultado.

Si por supresión mental hipotética se elimina el camino que llevó la prueba ilícita; tendría que quedar la fuente independiente, que llega al mismo resultado, pero de forma lícita; pero, si se suprime mentalmente y no queda nada, es decir, no se llega al mismo resultado y no hay forma de hacerlo; entonces no habrá fuente independiente; porque el resultado depende de la prueba ilícita.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el Recurso de Casación N.º 1762-2018-Arequipa considerando cuarto, ha establecido doctrina jurisprudencial respecto de prueba ilícita, específicamente cuando se refiere a la técnica o método de supresión mental hipotético, citando a la vez a Mayer, J (2016) quien señala que, la técnica para identificar la prueba derivada estriba en utilizar el método de la supresión mental hipotética, esto es, se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato. (p. 701)

3.2.2 Descubrimiento inevitable

Esta excepción a la prueba ilícita derivada, hace referencia a dos investigaciones paralelas, con ambas se debe llegar a la misma conclusión; si una de ellas está manchada con prueba ilícita, quedará la

otra, la cual inevitablemente llegará a la misma conclusión; por tanto la prueba refleja o derivada será válida. Tienen que existir dos vías alternativas de investigación las cuales buscan la evidencia; por tanto, el descubrimiento de evidencia por la vía lícita valida la ilícita, al producirse de todas formas un descubrimiento inevitable.

Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano, específicamente en el caso Nix vs. Williams (467 US 431,1984). Cuando la policía obtuvo la confesión de Nix, a fin de que indique donde se encontraba el cuerpo de una niña desaparecida; Nix accedió a la presión policial y confesó la ubicación del cuerpo de la niña; pero lo hizo sin la presencia de un abogado defensor, es decir, se atentó en ese entonces con la V Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América; el derecho a tener un abogado defensor de libre elección y el derecho a no autoincriminarse.

Sin embargo, pese a que la evidencia fue obtenida con un interrogatorio indebido, ilícito, sin la presencia del abogado defensor, se admitió su confesión, también se admitieron los exámenes practicados luego al cuerpo encontrado, porque según dicho Tribunal se habría encontrado tarde o temprano el cuerpo, porque en ese entonces había alrededor de 200 personas voluntarias buscando a la niña perdida cerca del lugar de los hechos; es decir, el Tribunal Supremo Federal de Norteamérica dio a entender que, sin la confesión, de todos modos se habría dado con el cuerpo, motivo por el cual admitió la prueba ilícita, aplicando esta

excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita indirecta (descubrimiento inevitable).

La posición de este tribunal supremo federal es coherente, respecto de esta excepción del descubrimiento inevitable; sin embargo, se dice que en el caso concreto de *Nix vs. Williams*, era improbable que se encuentre el cuerpo de la referida niña, dado que se estaba buscando en un área de más de 200 kilómetros cuadrados, según refiere Nieva Jordi Fenol en una conferencia dada en Lima Perú (Efaja Lima, 2017), donde explica la imposibilidad de un descubrimiento inevitable en el caso que dio origen a dicha excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita indirecta.

3.2.3 Nexo causal atenuado

Se valida prueba ilícita derivada, alegándose que la voluntad consciente de una confesión, así como el transcurso del tiempo desde el evento delictivo, atenúa la prueba ilícita, se diluye la inicial prueba ilícita, por estos dos factores: tiempo y voluntad consciente, lo cual genera que el nexo causal se rompa o se vuelva muy débil; por ello, se valida la prueba ilícita derivada o indirecta, puesto que se presentaron esos factores. Es importante resaltar también que, la prueba derivada ilícita, es obtenida respetando todos los parámetros legales, lo único que la vuelve ilícita es su origen, se origina en una prueba ilícita directa; por el resto es completamente lícita.

Esta excepción a la regla de exclusión indirecta, tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, (1963) se trataba de que la policía de ese país entra a un lugar donde habían varias personas, donde además se comercializaba y almacenaba droga, por lo que, los agentes policiales entraron sin autorización judicial y ni causa probable, deteniendo a varias personas, luego se les interrogó, quienes refirieron no ser los responsables; los cuales por el contrario, sindicaron a otras personas y entre estas se encontraba Wong Sun, quien es un ciudadano de nacionalidad china, quien quedó en calidad de detenido, sin autorización judicial. Se le libera inicialmente; pero luego el mismo Wong Sun regresa a la dependencia policial, a confesarse responsable del delito que se le atribuida, referido a posesión de droga.

Finalmente, la Corte Suprema de dicho país del norte, si bien es cierto absolvió por falta de pruebas a Wong Sun, pero se dijo que, dicha confesión, al haberse realizado respetando todas las formalidades exigidas por la ley, con lectura previa de los Derechos Miranda; agregando además que, habría transcurrido mucho tiempo y que la confesión realizada fue voluntaria y espontánea, por lo que se validó dicha prueba ilícita. Es de resaltar que esta excepción es conocida también como la excepción del tinte diluido, porque lo inicialmente ilícito se diluyó por el tiempo, y con el respeto de las leyes, respecto de obtención de evidencia; más aún si el procesado confiesa el hecho espontáneamente.

3.2.4 Prueba ilícita a favor del procesado-sentenciado

Esta es una excepción que, por interpretación puede desprenderse de nuestra normativa procesal penal, es decir, en el caso peruano, al estar vigente el Principio *Indubio Pro Reo*, se podrían admitir aquellas pruebas ilícitas ya sean directas o indirectas que han sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales, dicho principio está contenido en nuestra Constitución Política en el artículo 103, así como en el Título Preliminar, Artículo VII de nuestro Código Procesal Penal Peruano de 2004, igualmente, tal afirmación hecha en este extremo, es confirmada por el jurista peruano Rodríguez, Duberly (Aula Virtual del Poder Judicial, 2013) en una conferencia dada en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, por la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en Tacna y Moquegua, donde señaló que la prueba prohibida podría ser admitida en caso de favorecer al imputado; quien además hizo la atinencia que, no se puede incitar a los imputados a buscar pruebas prohibidas, porque ello generaría irregularidades.

Es de precisar que, con tales afirmaciones, no se alienta a obtener medios de prueba ilícitos; sino tal como lo señala Pisfil (2018) “las personas que obtengan dichos elementos de prueba (se al procesado, tercero o funcionario público) deben ser sancionados penal y/o administrativamente”, quien también señala “en la actualidad, no se conoce caso alguno en la jurisprudencia nacional donde se haya aplicado esta excepción, pese a que legalmente exista justificación para aplicarla conforme a los fundamentos antes expuestos” hace hincapié en este último punto que, en la jurisprudencia nacional no existiría algún caso

donde se haya aplicado estos supuestos de prueba ilícita a favor del procesado” (p. 275-276).

Es importante dejar en claro que, el hecho de admitir prueba inconstitucional a favor del reo, no significa que esto sea un trámite regular, o un método de defensa; sino que, se sancionará a los que obtienen material probatorio ilícito, por no cumplir la normativa vigente sobre el respeto de los derechos fundamentales, es decir, los responsables de la obtención de dicho material ilícito responderán por tales acciones prohibidas.

3.2.5 La ponderación de Intereses

Tal como se ha señalado en diferentes partes de la presente investigación, se ha afirmado que la ponderación de intereses, como método para poder utilizar prueba prohibida, funciona como una excepción a la regla de exclusión probatoria, y tendría que ser utilizada de esa manera.

La prueba ilícita conocida como toda aquella que es obtenida vulnerando derechos fundamentales; es excepcionada también, con criterios de ponderación; en donde entran a aplicarse formulas cuasi matemáticas, en donde se va a pesar y sopesar qué derecho prevalecerá sobre el otro, en un caso determinado; si el derecho de unos o el derecho de otros; por ejemplo, la vida versus la prohibición de tortura; la inviolabilidad de las comunicaciones versus el interés de la sociedad.

Antes de continuar se afirma que, al aplicar criterios de ponderación de intereses por parte de los jueces, entonces se podrá afectar cualquier derecho que se tenga, es decir, cualquier derecho fundamental podrá ser derrotado por otro que se le haga frente en un determinado caso, más aún cuando estén frente derechos que abarquen a una colectividad en su conjunto o de menores de edad.

Por otro lado, si normativamente se acepta la ponderación solo para algunos casos (terrorismo, espionaje), entonces se presentarán supuestos de incongruencia normativa que pueden afectar el tipo de Estado que maneja actualmente el Perú, es decir, un Estado Constitucional y Democrático de Derecho; pudiendo convertirse en un Estado totalitario donde son aceptables supuestos de tortura.

Tal como lo menciona Juan Antonio García Amado (Tribuna Constitucional, 2019), cuando trata el tema de la ponderación, donde subraya que los jueces al momento de ponderar, no pesan objetivamente, sino sopesan subjetivamente; también se afirma allí que, los jueces no pesan; sino que valoran; resalta también que el núcleo duro de un derecho constitucional, de una garantía constitucional no se puede vulnerar aunque se acabe el mundo; en palabras de dicho jurista; quien también señala, haciendo referencia a términos filosóficos que, ponderar es un utilitarismo disfrazado; entendido este utilitarismo como concepción ética

donde será correcto un accionar cuando se logre el bien o beneficio de un mayor número de personas.

3.3 Momento procesal de la exclusión probatoria

Respecto de este punto, existen diferentes posturas sobre cuál es el momento procesal en que debe de ser excluida la prueba ilícita; por un lado existen posturas señalando que, el momento en el que deben ser excluidas las pruebas ilícitas son al inicio del proceso, es decir, en el marco de las diligencias preliminares, en el primerísimo instante donde se presenta el material probatorio ilícito, cuando se hacen las primeras intervenciones con la policía o cuando se presenta la denuncia de parte y se evidencia cómo es que se obtuvieron las pruebas; hoy en día en el Código Procesal Penal vigente en el Perú, existe la denominada tutela de derechos, que se materializa en la audiencia de tutela, en donde el sujeto o parte procesal que considere que está siendo objeto de vulneración de derechos fundamentales por la presencia de elementos de prueba prohibidos, puede plantear ante el juez de investigación preparatoria una tutela de derechos, es decir, dicho juez tendrá que convocar a audiencia de tutelas para debatir si efectivamente se trata de prueba prohibida, tal como se ha establecido en el Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 en su fundamento 17 cuando señala "(...)a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente (...)" es decir, vía este acuerdo plenario, se ha determinado que, cuando existe material probatorio ilícitamente obtenido, se podrá solicitar la exclusión de dicho material; pero hay que hacer hincapié en el término

que se utiliza: “se podrá”, no señala que se deberá, sino se podrá; dejando abierta la posibilidad de que sean otras las etapas del proceso, donde se pueda realizar la exclusión.

Asimismo, otro momento donde se puede discutir sobre la exclusión del material probatorio es la audiencia de prisión preventiva; audiencia donde además también se puede debatir aspectos de tipicidad de la conducta; tal como también lo ha señalado el acuerdo plenario N.º 1-2019/CIJ-116 , en el párrafo 25 cuando señala: “(...) La verificación de esta sospecha fuerte requiere, en tanto juicio de atribución del delito al imputado, el examen de las fuentes-medios de investigación o de las fuentes-medios de prueba lícitos –la licitud es un componente necesario del concepto prueba— acopiados en el curso de la causa –principalmente por el fiscal(...)” antes de este acuerdo plenario, en las audiencias de prisión preventiva, cuando se alegaba ilegalidad o ilicitud de la prueba, el magistrado instaba a que se presente en su oportunidad el pedido de tutela de derechos; sin embargo ahora, se tiene la posibilidad de realizar exclusiones probatorias en las audiencias de prisión preventiva.

De lo anterior se desprende que, el juez de investigación preparatoria, antes del acuerdo plenario, cuando se daban pedidos de exclusión de material probatorio ilícito; ordenaba adecuar el pedido en otro incidente, es decir, una tutela de derechos; pero ahora, tal como se desprende de dicho acuerdo, la audiencia de prisión preventiva, también será un escenario ideal para plantear prueba ilícita, y como agregado, también se

podrá discutir temas de tipicidad según se desprende del párrafo 27 de dicho acuerdo.

Hay que precisar en este extremo que, si el material probatorio ilícitamente obtenido es declarado como tal, no podrá servir para fundamentar una prisión preventiva, entonces dicho material ilícito tendrá que ser expulsado del proceso.

Igualmente, otro momento para poder expulsar del proceso este material probatorio ilícito es en la etapa intermedia del proceso penal, por ser la etapa donde se ofrecen los medios probatorios que serán actuados en el juicio oral; medios probatorios que son ofrecidos tanto por la Fiscalía, como la parte imputada, así como por los agraviados, respecto de su pretensión civil; es decir, las partes en general. Entonces las partes pueden pedir al juez de investigación preparatoria que no se admita tal o cual medio probatorio, que no lo admita por ser ilícito; para ello este juez tendrá que tener conocimiento de lo que significa prueba ilícita para poder fundamentar su decisión.

El auto de enjuiciamiento será entonces la resolución que contenga todos los medios probatorios admitidos; es de resaltar que, en el momento que el juez de investigación preparatoria no admite un medio probatorio, la parte tendrá que reservar su derecho oralmente, para así poder ofrecerlo nuevamente en el juicio oral y si en juicio oral también es denegado, tendrá que reservar su derecho para poder ofrecerlo en el juicio de

apelación, según lo prescribe el artículo 422, numeral 4, del Código Procesal Penal, creándose así nuevos momentos para poder pedir la exclusión de prueba ilícita.

El juicio oral, es otro momento para poder expulsar del proceso penal material probatorio ilícito; se tiene que el artículo 373° del Código Procesal Penal delimita este momento, para poder admitir o no prueba, por lo tanto, admitir o no prueba ilícita; en específico son los supuestos de prueba nueva o aquella que no fue admitida en la etapa intermedia.

En el juicio oral como etapa procesal, se podrá volver a evaluar la prueba que no fue admitida en las etapas anteriores, entonces será la oportunidad para poder contradecir, debatir y señalar que se trata de prueba ilícita.

Cuando se habla de prueba nueva, esta también es ofrecida, admitida y actuada en juicio oral, es decir, aquella obtenida después de la audiencia de control de acusación; entonces, esta prueba nueva, también tendrá que pasar el filtro de licitud, pertinencia, conducencia, utilidad, sobreabundancia e imposible consecución, según también lo prevé el artículo 155, numeral 2 del Código Procesal Penal Peruano.

La sentencia en sí misma, también es un momento en el cual se puede excluir material probatorio ilícitamente obtenido; pero antes de desarrollar este punto, se expresa que, dada naturaleza de la prueba ilícita, con su doble prohibición: prohibición de valoración y de admisión; tal como lo ha

señalado el jurista Miranda (2010) “La prueba ilícita, en el sentido aquí expuesto, esto es, en cuanto obtenida y/o practicada con vulneración de los derechos fundamentales, conlleva su no utilidad procesal, esto es, la prohibición de su admisión así como de su valoración por el Tribunal sentenciador” (p. 138).

De lo expresado en el párrafo precedente se evidencia que, existe doble prohibición, la de valoración y admisión; sin embargo, también se agrega agregar una tercera, prohibición de actuación; sin embargo, no habría un mecanismo procesal para aplicar la prohibición de actuación; porque se entiende que todo lo admitido tiene que ser actuado; motivo por el cual es que se deja a la sentencia la exclusión de la prueba ilícita advertida en el proceso penal y por lo tanto dejan que se actúe en juicio.

Por otro lado, en la sentencia, la prueba ilícita no podrá ser valorada para condenar o absolver al procesado; sino, simplemente habrá pronunciamiento respecto de su ilicitud, se evaluará si se ha vulnerado el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate.

Por otro lado, se pueden presentar supuestos de admisión, actuación y valoración de prueba ilícita, cuando esta favorezca al reo o al imputado, tal como se mencionado, lo cual también tendrá que ser evaluado en la sentencia correspondiente; entonces solo en este caso habrá actos de valoración probatoria de material ilícitamente obtenido.

Siendo la sentencia en sí misma, el momento procesal para excluir prueba prohibida, exponiendo en la parte considerativa los motivos por los cuales se excluye; configurándose de esta manera, otro momento procesal para poder excluir prueba ilícita, indicando que esta prueba ilícita no será valorada, dado que su naturaleza ilícita, así lo amerita.

La operación descrita en el párrafo anterior se repite en el juicio en segunda instancia o juicio de apelación; cuando se da el ofrecimiento de pruebas en esta etapa, según está expresado en el artículo 422 del Código Procesal Penal Peruano; entonces allí es el momento igualmente oportuno para poder debatir la ilicitud probatoria. También la sentencia de vista en sí misma puede contener argumentación excluyendo prueba ilícita y si el caso llegue a la Corte Suprema, siendo así otro escenario para excluir prueba ilícita.

Tal como se puede apreciar, en el proceso penal existen diferentes momentos para poder excluir material probatorio obtenido ilícitamente, no es un solo momento, como usualmente se piensa, no solo es la audiencia de tutela de derechos cuando se excluye prueba ilícita; sino que, tal como se ha señalado en los párrafos precedentes, existe la posibilidad de excluir prueba ilícita en diferentes etapas del proceso penal.

Se concluye en este extremo que, la prueba ilícita, debería ser excluida desde el primer momento que hace su aparición en el proceso penal; salvo que se trate de prueba ilícita a favor del reo, que es una excepción

a la regla de exclusión de la misma, lo cual se detalla y se hace referencia en el presente trabajo.

3.4 Fundamento de la regla de exclusión probatoria directa e indirecta

En el Perú tal como se ha adelantado en los párrafos precedentes, el fundamento para excluir la prueba ilícita es constitucional, es decir, la Constitución Política del Perú establece que el material probatorio obtenido ilícitamente tendrá que ser excluido del proceso, no podrá ser valorado, ni directa, ni indirectamente; porque ha vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales, por dicha razón la prueba será considerada como prueba ilícita, y por tal motivo tiene que ser excluida del proceso; eso se presenta en el caso peruano.

Asimismo, la jurisprudencia sobre prueba ilícita en su gran mayoría señala que el fundamento es constitucional, remitiéndonos al artículo 2, numeral 24, literal h que señala “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad” entonces se tiene que, la base para excluir la prueba ilícita está plasmado en el artículo 2, numeral 24, literal h de nuestra Constitución Política.

Asimismo, se encuentra fundamento constitucional a la exclusión de prueba prohibida del proceso, en el mismo artículo 2 de nuestra Carta Mana, lo establecido en el numeral 10, el cual señala:

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

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Tal como se ha precisado, también el fundamento constitucional está desarrollado en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, y en diferente jurisprudencia emitida por este máximo intérprete de la Constitución, específicamente en la sentencia del caso Alberto Químper Herrera, (Tribunal Constitucional Peruano EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC Lima 2010 considerando séptimo - petro-audios), y en el caso Giuseppe Ballea, (Tribunal Constitucional peruano EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC considerandos vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero).

A más abundamiento, y haciendo un análisis fuera de nuestras fronteras, respecto del fundamento para poder excluir prueba ilícita, este va a

depender del país en el que se está situado, este puede ser un fundamento constitucional, infra constitucional, mixto, dependiendo del modelo que adopte el país respectivo, ello se verá reflejado tanto en la constitución del país de que se trate, así como de la jurisprudencia que se desarrolle en el mismo.

Cuando se habla de un fundamento infra constitucional, se quiere decir que, la base para excluir prueba ilícita se encuentra en otro lugar más no en la Constitución, puede estar en normas con rango menor, como decretos legislativos o sus equivalentes en otros ordenamientos jurídicos; el ejemplo más claro de este punto, es el fenómeno que se produce en los Estados Unidos de América, cuando de prueba ilícita se trata; como se adelantó, el fundamento para excluir prueba ilícita en dicho país es infra-constitucional, agregándose que, es un fundamento directo; porque indirectamente se podría llegar las enmiendas constitucionales, e incluso llegar más atrás; pero, el fundamento directo para excluir prueba ilícita en los Estados Unidos de América, es infra constitucional, no está establecido en ninguna norma con rango constitucional, no está establecido en las enmiendas, sino que, por medio de la jurisprudencia de su Tribunal Supremo directamente se excluye prueba ilícita para disuadir a los policías a no obtener material probatorio ilícito, porque de hacerlo, dicho material no será incluido en los procesos o procedimientos instaurados o iniciados.

Se conmina a los entes policiales, a fin de disuadirlos a no obtener prueba ilícita, se les disuade apercibiéndoles que si obtienen material probatorio ilícito, este no servirá para fundamentar ninguna investigación que estén realizando; como ya se ha señalado, en dicho país solo se excluye prueba prohibida en el ámbito penal; por otro lado, está permitida la utilización de material ilícitamente obtenido para fundamentar una alegación o investigación en los distintos procesos como uno de naturaleza civil, comercial, tributario, administrativo de que se trate.

Se afirma que, dicho fenómeno jurídico tuvo su origen en la jurisprudencia de dicho país del norte; no existe otro país donde con tanta fuerza haya tenido impacto dicho fundamento, respecto de excluir prueba ilícita con el ánimo de disuadir a los entes estatales, específicamente a los policías, salvo algunos intentos de la jurisprudencia española como así también lo expresó Barranco (s/f) “Es cierto que con este fundamento se produce, como efecto indirecto, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental” (p. 6).

La cita anterior hace referencia a que indirectamente se estaría reforzando la IV enmienda de la Constitución de Estados Unidos América, sin embargo, se trataría de una exigencia de carácter subordinado o meramente instrumental.

En el caso peruano, como se dijo, se excluye prueba prohibida o ilícita cuando se están vulnera derechos fundamentales, específicamente su contenido esencial; por lo tanto, el fundamento es constitucional; los derechos fundamentales están contenidos en la constitución política; por lo tanto, si con alguna acción ilícita se obtiene prueba, y esta acción ha vulnerado derechos fundamentales en su contenido esencial, dicho elemento probatorio tendrá que ser excluido del proceso, no podrá ser incorporado, ni admitido, ni actuado, tampoco valorado.

No solo ello, dado que el fundamento para excluir prueba ilícita en el Perú es constitucional, entonces la prueba ilícita podrá ser excluida no solo en el proceso penal; sino, en cualquier proceso judicial pudiendo ser este laboral, tributario, comercial, civil o administrativo.

En el mismo sentido, y dado que el fundamento en el Perú es constitucional, la exclusión operará respecto de cualquier persona, y en cualquier circunstancia, no solo la incorporación de prueba prohibida por entes estatales, sino también se excluirá la obtenida por particulares, que dicho sea de paso es la más peligrosa cuando de buscar prueba ilícita se trata, porque puede haber intereses económicos y de otra índole que están presentes, como el caso de detectives privados, o de la presencia de grupos de poder económico que defiendan sus intereses a cualquier costo.

3.5 Prueba ilícita obtenida por particulares.

Siempre ha existido la duda respecto de este supuesto, es decir sobre la admisión y valoración en un proceso penal de material ilícito obtenido por particulares; inicialmente en Estados Unidos de América, la creación del instituto de la prueba prohibida estuvo dado sólo para el ámbito penal; se manejaba mayormente en dicho ámbito; para poder entender este punto, tal como se ha explicado anteriormente, dependerá del fundamento para excluir prueba ilícita y del modelo al cual se pertenezca, es decir, *civil law* o *comon law*; así también dependerá de qué país se trata; existen países en donde las reglas de exclusión están recogidas en los códigos procesales penales; por ejemplo el caso colombiano, en su Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) señala “Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”; entonces se encuentran países con legislaciones donde hay excepciones a la regla de exclusión de forma taxativa, donde se han positivizado la excepciones; sin embargo, no queda claro cómo en un país donde el fundamento es constitucional, se puede admitir pruebas inconstitucionales.

En este punto es necesario hacer un agregado, sobre la plasmación de las excepciones a la regla de exclusión en la legislación nacional, tal como lo hace Colombia, y tal como se ha explicado en el párrafo precedente; por lo que se afirma que, sería conveniente para el desarrollo del tema de prueba ilícita que, se plasmen las excepciones a la regla de exclusión en

el Código Procesal Penal, como por ejemplo fuente independiente, descubrimiento inevitable, nexo causal atenuado, buena fe, prueba ilícita a favor del procesado, etc.; con el objetivo de que, por medio de la dogmática procesal penal, se mejore y desarrolle el tema, a mayor producción intelectual al respecto, se llegará a tener mejores instrumentos jurídicos, con el continuo debate del uso de las excepciones; la salida es entonces planteando tesis, antítesis, y síntesis cada vez mejores.

Si bien es cierto, puede haber quien no esté de acuerdo con la positivización de las excepciones a la regla de exclusión; sin embargo, debe prevalecer el ánimo de mejorar, buscando la formula legislativa exacta o en camino a la exactitud; pero, el cambio tendrá que venir de la Constitución luego pasar a modificar el Código Procesal Penal y agregar dichas excepciones; ello con el ánimo de tener un instrumento cada vez más claro y eficaz, dejando cada vez menos cosas a la interpretación.

En este punto se señala que, la prueba ilícita obtenida por particulares debe excluirse en el caso peruano, donde se ha adoptado un sistema de *civil law*; donde el fundamento de para excluir prueba prohibida es constitucional, es decir, prueba prohibida es la obtenida vulnerando los derechos fundamentales, por ello deberá ser excluida; por otro lado, tampoco importará si se trata de un proceso civil, de un proceso penal, constitucional o de cualquier índole; o si se trata de un particular o un funcionario el que obtiene el material, jurídico ilícito porque aquí el fundamento es constitucional; entonces como corolario se afirma que la

obtención de material probatorio obtenido por particulares en el Perú, sí es admisible; sí se debe excluir material probatorio obtenido por particulares.

Los particulares incluso, son movidos por intereses propios, se pueden desenvolver en su afán de búsqueda de la verdad con menos escrúpulos; un particular puede además contratar un detective a fin de que se obtenga fotos, puede adquirir equipos de chuponeo; puede un particular realizar violaciones a la intimidad, a la libertad, a la vida el cuerpo y la salud, a todos los bienes jurídicos; un particular puede torturar para obtener información y utilizar la grabación para probar algo, un particular puede seleccionar o discriminar la prueba ilícita para no afectar a los suyos (familiares o amigos); simplemente no la tendrá en cuenta, puede separar la prueba de acuerdo a sus intereses, pudiendo incluso lucrar; siendo así más peligroso para el orden social.

Por tales razones, no se encuentra algún motivo o fundamento por el que haya diferencia entre prueba ilícita obtenida por particulares o por funcionarios públicos, es igual de ilícita, incluso la primera es más peligrosa a veces; no encontrando ningún motivo por el que se tenga que admitir prueba ilícita obtenida por particulares, o darle un tratamiento diferente a la obtenida por entes públicos.

En el Perú sí se debe excluir prueba ilícita obtenida por particulares, porque el fundamento es constitucional; a diferencia de aquellos lugares

donde se aplica el efecto disuasorio, aquí sí se excluye prueba prohibida obtenida por particulares, y no solo en el proceso penal; sino en todos los procesos o procedimientos jurídicos.

3.6 Prueba ilícita obtenida por tortura

La prueba ilícita obtenida por tortura es una prohibición establecida en nuestro ordenamiento jurídico, nuestra Constitución así lo señala en el artículo 2, numeral 24, literal h; a esta prohibición no le cabe ninguna excepción a la regla de exclusión. No ser torturado es un derecho absoluto, y las declaraciones obtenidas por tortura son prueba ilícita; se afirma que, la prueba derivada de actos de tortura, tampoco le caben excepciones, es decir, la teoría del fruto del árbol envenenado es perfectamente aplicable en este supuesto.

Es necesario traer a colación un supuesto a analizar: la diferencia entre tortura y castigos corporales o penas corporales, estos últimos son los que realizan las rondas campesinas en el caso peruano, que se dan dentro de las comunidades campesinas e indígenas; tal como lo señaló Rodríguez (Central Única de Rondas Campesinas, 2020) cuando precisó las diferencia entre los conceptos de tortura, castigos corporales, penas corporales.

La definición de tortura según la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, es:

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Por otro lado, se desprende de lo afirmado por Rodríguez, D (Central Única de Rondas Campesinas, 2020) que los castigos corporales son de naturaleza distinta a la tortura propiamente dicha, dichos castigos se dan en las comunidades campesinas o indígenas, donde sí hay afectaciones físicas, pero de otra naturaleza al no ser graves como lo requiere la convención antes citada, tales como el uso del látigo, de los “pencazos”, baños con agua fría, trabajos comunales; realización de ejercicios tipo cuartel “ranas” “canguros” “planchas” en donde existe uso de la fuerza física, pero el ánimo no es afectar ni dañar gravemente al individuo, sino regenerarlo, reeducarlo, reinsertarlo a su entorno; afirma el mencionado jurista Rodríguez, D (Cunarc Perú, 2020) que, la reincidencia en las comunidades campesinas e indígenas es casi inexistente; y que además dichos castigos son previamente establecidos por la comunidad, es decir, son de acuerdo a sus costumbres, sin exceder lo que dice la Constitución Política del Perú: no atentar contra derechos fundamentales. Eso sobre

los castigos corporales o penas corporales; pero respecto de los tratos humillantes, como por ejemplo pasear al castigado por la plaza o calle con un letrero de “ladrón”, es otro tema, que puede tener un nuevo análisis, quizá en un trabajo posterior, sobre lo cual no se formulará posición.

3.7 Prueba de oficio

En este punto, se hace referencia a aquellos supuestos en que la prueba ilícita es incorporada de oficio; en nuestro Código Procesal Penal, en el artículo 385, numeral 2, señala que el juez puede ordenar la actuación de nuevos medios probatorios, cuando luego del debate, observe que ello sea manifiestamente indispensable y útil, dicha resolución no será recurrible.

Tal como se puede apreciar, si el juez penal de juzgamiento en el Perú puede ordenar la actuación de medios probatorios ilícitos, esto no será recurrible; el problema surge cuando estos medios probatorios tienen base en evidencia obtenida ilícitamente; este es un supuesto en el que se rompe el principio de doble instancia, porque dichos medios probatorios serán actuados indefectiblemente, al ser una facultad del juzgador actuar de oficio prueba.

Al decir que se ha afectado el principio de doble instancia; al ser una resolución no recurrible la que ordena la actuación de medios probatorios, no habrá un juez superior que evalúe si se debe o no actuar dicho material probatorio; o si es que el juez de primera instancia actúa conforme a

derecho al momento de ordenar la actuación de medios probatorios de oficio.

El hecho que se actúe prueba ilícita autorizada por el propio juzgador deja la puerta abierta a que se valore prueba ilícita; por lo tanto, se condene con prueba ilícita; lo cual será apelable en dicho extremo, ante el superior jerárquico.

3.8 Exclusión de Oficio

En el proceso penal peruano, se tienen las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha, donde el papel preponderante está reservado para el Ministerio Público materializado en el fiscal, quien es el que dirige la investigación desde un inicio, es el actor principal, dado que dicho agente estatal estará en contacto con todas las evidencias desde el comienzo; entonces este magistrado decide con qué evidencias sustenta sus disposiciones y requerimientos, tanto de apertura como archivo, así como de acusación o prisión preventiva, entre otros.

En la investigación preparatoria es el fiscal el que tiene la decisión de discriminar la evidencia, y analizar si esta cumple con los requisitos de licitud, es decir, si hubo vulneración a derechos fundamentales en su obtención; en el mismo sentido, no es posible admitir que, un fiscal fundamente sus disposiciones o requerimientos con evidencia de origen ilícito; de hacerlo, la otra parte o sujeto procesal puede oponerse; sin embargo no siempre ocurre esto, las defensas técnicas no siempre

conocen de prueba ilícita, ni de doctrina, ni de jurisprudencia al respecto; por lo que se pueden presentar supuestos en donde se sustenten requerimientos y disposiciones con evidencia ilícitamente obtenida.

Igualmente se presentan supuestos en donde el mismo operador fiscal, desconoce de temas de prueba ilícita, y da trámite a evidencias obtenidas vulnerando derechos fundamentales; dicha evidencia es ofrecida por las mismas defensas técnicas, así como por los agentes policiales, entre otros.

El fiscal excluye prueba ilícita, sin dar cuenta al juez, no existe norma legal que le obligue a dar cuenta al juez por la exclusión de material probatorio ilícito. Simplemente lo excluirá sin dar cuenta al juez, porque no existe un instituto procesal penal que le obligue a formular alguna confirmatoria de exclusión, como si lo hay para la incautación. Los sujetos procesales intervinientes que se sientan afectados podrán recurrir al juez de investigación preparatoria vía tutela de derechos a fin de que evalúe la decisión de exclusión de prueba ilícita realizada por el fiscal. Del mismo modo se podrá hacer en el momento de admisión de medios probatorios, así como en la admisión de prueba nueva, también en segunda instancia, tal como se ha explicado en este trabajo, sobre el momento procesal de la exclusión de la prueba ilícita.

Un último punto a abordar es, qué pasa con la prueba excluida, qué pasa con los documentos catalogados como ilícitos en su obtención, cuál

puede ser su destino. Dado que existe la posición doctrinaria que afirma que, la exclusión de prueba ilícita se debe dar al inicio del proceso, y no en las etapas posteriores, para no contaminar al juzgador; sin embargo, nada impide al juez de juzgamiento leer las actuaciones de todas las etapas, de todos los incidentes generados (cuadernos) en el proceso, como el incidente de tutela de derechos o pedir al Ministerio Público remita todos los documentos generados en el proceso; bajo apercibimiento de remitir copias por desobediencia o resistencia a la autoridad.

El juez de juzgamiento no está impedido legalmente a tener acceso a dicho material, al excluido por prueba ilícita en las etapas primigenias del proceso. Por medio de prueba de oficio, es probable que pueda revivir dicha prueba ilícita, más aún si están en juego intereses de menores de edad, en delitos muy graves, donde juega un papel preponderante del Principio del Interés Superior del Niño, por medio del cual, se tendrá acceso a cualquier evidencia en general, flexibilizando cualquier regla procesal penal, cuando se deba decidir lo más favorable para el niño, niña o adolescente.

3.9 Puntos de vista en la legislación comparada

Estados Unidos de América

Antes de entrar de lleno a lo que refiere sobre prueba ilícita este país, es necesario indicar que, Estados Unidos de América ha sido un modelo a seguir en lo que respecta al manejo de conceptos o categorías jurídicas sobre prueba ilícita, desde este país se ha irradiado, a todo el mundo, y

los diversos países han optado por copiar, imitar, tratar de encajar en sus sistemas jurídicos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Es bien conocida la frase “Frutos del Árbol Envenenado”, pues la misma proviene de dicha jurisprudencia norteamericana, proviene de dicha jurisprudencia caso. Caso Nardone vs US (302 US 379, 1939); así como en el caso Silverthorne Lumber Co vs. US (251 US 385, 1920; hay también quien señala que la doctrina de la prueba prohibida, o la exclusión de material ilícito del proceso, proviene de otros lugares como Roma, como Argentina incluso.

Sobre prueba ilícita se tiene un tratamiento más fuerte y con más influencia para el mundo, específicamente por la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos de América. Aquí se han originado la mayor parte de conceptos sobre el tema, con diversos matices sobre el mismo; incluso se pueden observar cambios en la jurisprudencia de dicho país, sobre este tema; dado que después del 11 de setiembre de 2001 se tuvieron que tomar las medidas urgentes para afinar este tema en razón de dichos eventos terroristas.

Es de precisar que, en dicho país del norte, según se expresa en Lioman Lima – (BBC News Mundo - 2019) “En octubre de 2016, el entonces presidente George W. Bush aprobó un nuevo mecanismo para juzgar a los convictos de la "guerra contra el terrorismo" a través de un sistema de tribunales militares que, según sus críticos, desconoce los derechos fundamentales de los acusados.”

De lo señalado en el párrafo anterior se tiene que, en dicho país del norte, a raíz de los atentados del 11 de setiembre de 2001, en el centro de detención Guantánamo ubicado en Cuba, estarían los prisioneros responsables de dichos atentados; y respecto de ellos, se habría aprobado un mecanismo para que no tengan derechos fundamentales; es decir, a raíz de dicho evento catastrófico, se pueden presentar supuestos en dicho país, donde se supriman completamente los derechos fundamentales de los investigados por actos de esta magnitud; por lo que, en materia de admisión o exclusión de prueba prohibida, se habría sobrepasado todos los límites máximos permisibles o líneas rojas establecidas; estando solo a la espera del juicio que se realizará a dichas personas, lo que genera expectativa a fin de saber cómo es que se resolverán los supuestos de prueba ilícita en los tribunales de Estados Unidos de América.

Por otro lado; El Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos de América, hasta el momento y tal como se ha señalado, ha establecido una doble naturaleza para la prueba prohibida, por un lado, se basa en el respeto de los derechos fundamentales; por tanto instaura un fundamento constitucional (caso *Weeks vs. US* en 1914 y *Mapp vs. Ohio* en el año 1961); y por otro lado, el fundamento es infraconstitucional porque la exclusión de la prueba ilícita será con el propósito de crear un efecto disuasorio (*deterrent effect*), es decir, para que los policías en Estados Unidos de América dejen de investigar utilizando métodos ilícitos, se

utiliza esta institución con el propósito de que la policía investigue recurriendo a técnicas ilícitas.

En Estados Unidos de América, se tiene las enmiendas constitucionales; y cuando se habla de un fundamento constitucional, quiere decir que hay que centrarse en la protección de la Constitución y de dichas enmiendas constitucionales; así se tiene la IV enmienda, referida a la protección a la intimidad y prohibición de registros o detenciones arbitrarias; también, existe una V Enmienda que protege a los ciudadanos estadounidenses a fin de no autoincriminarse forzosamente.

Por la IV Enmienda de la Constitución Estadounidense, no se permite detenciones ilegales, tampoco que se hagan registros domiciliarios sin autorización judicial; de lo contrario se vulnera dicha enmienda, entonces todo lo obtenido a raíz de ello en el proceso, no tendrá efecto para condenar a una persona o para destruir su presunción de inocencia; no se podrá admitir, no se podrá valorar prueba ilícita.

Un ejemplo de protección a dicha enmienda, se dio en un caso ocurrido el 23 de mayo de 1957 en Cleveland, Estados Unidos América, cuando agentes policiales entraron a la residencia de Dollree Mapp, alegando que en su domicilio tenía ocultos explosivos; por lo que los policías le solicitaron o pidieron autorización para ingresar, sin embargo, no fueron autorizados por la dueña del lugar, quien les pidió una autorización judicial; sin embargo estos le mostraron un papel, que Dollree Mapp les

arrebatado y se lo guardó, dicho papel no era una orden judicial, era, solo un papel en blanco o que no tenía nada que ver con una orden judicial; igualmente ingresaron los policías, no hallaron ningún explosivo ni restos de ello; pero encontraron material bibliográfico obsceno, lo cual era delito en dicho país, por lo que fue condenada, lo que fue apelado, y la Corte Suprema de dicho país se pronunció, según lo citado por WHITE, G (1976) “la filosofía de cada enmienda y de cada libertad es complementaria a, aunque no dependiente de, (...) por lo menos ellas aseguren en cada ámbito que ninguna persona debe ser condenada con evidencia inconstitucional” y que “ toda evidencia obtenida mediante un allanamiento e incautación violando la Constitución es, en virtud de esa autoridad (IV Enmienda), inadmisibles en un Tribunal Estatal.” (p. 360).

Tal como se ha analizado, la Corte Suprema de dicho país, no admite evidencia la que denomina inconstitucional, más aun si esta ha sido obtenida por medio de un allanamiento e incautación sin autorización de la autoridad competente. El presente caso, marcó posición, en lo que respecta a la exclusión de evidencias inconstitucionales en dicho país del norte; siendo que, para explicar la prueba ilícita por vulneración a dicha enmienda constitucional, se recurre siempre al este caso (Mapp vs. Ohio en el año 1961) aplicándose ello a las jurisdicciones estatales; porque previamente con el caso Weeks vs. US en 1914, ello solo estaba referido a la jurisdicción federal; Se debe precisar que, con el precedente Weeks se estableció fehacientemente que no se pueden obtener pruebas ilícitas

a cualquier costo, sino que se tienen que respetar las Enmiendas de dicho país.

Brevemente en el Caso Weeks, la policía entro dos veces al domicilio de dicha persona, sin orden judicial, donde encontraron documentos que acreditaban que se había violado una ley federal, ello en la distribución ilegal de billetes de lotería. lo cual es mencionado por Miranda, M (Revista Catalana Seguretat Pública, 2010)

España

En dicho país, se viene produciendo un debilitamiento de la aplicación de la regla de exclusión probatoria, un fenómeno de desconstitucionalización de la regla de exclusión, respecto de las evidencias obtenidas ilícitamente; dado que se está instaurando la Doctrina de la Conexión de Antijuricidad, con la cual se puede admitir prueba ilícita derivada, pese a que la prueba originaria fue obtenida vulnerando derechos fundamentales en su contenido esencial, así lo señala en, Pisfil (2018) Explicando lo que dice dicho Tribunal Supremo Español cuando refiere “De todo ello se desprende que, en este caso, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su Sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas.(...) STC 11/1981, FJ. N.º 6.” (p. 234).

Tal como se menciona, no es suficiente la relación causal entre la prueba ilícita originaria de la derivada, sino que además se requiere que exista una conexión de antijuridicidad, lo cual dependerá de la naturaleza del derecho fundamental afectado, así como la forma en que se ha producido su vulneración. Situación que a la larga hace desaparecer la prueba ilícita derivada, refleja o más conocida como la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Alemania

En dicho país, el antecedente más remoto de prueba ilícita se encuentra en Ernst Beling 1903 en su *Die Beweisverbote* donde consideraba que las denominadas prohibiciones probatorias son límites para la averiguación de la verdad.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha elaborado la teoría de “Los Tres Círculos”, un primer círculo que constituye un núcleo esencial, de protección jurídica, que es inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. Luego se tiene una segunda esfera o segundo círculo, aquí serán aplicables criterios de ponderación, con la aplicación del principio de proporcionalidad. Por último, se tiene una tercera esfera, donde la intervención del Estado será ilimitada, al no afectarse el desarrollo de la personalidad; sin embargo, Roxín, C (2000) p. 192 y ss. Ha expresado ciertos inconvenientes al referirse a esta doctrina de los tres círculos, señalando que en la práctica, no se podría delimitar hasta donde es el alcance de dichos círculos, no pudiendo ser

delimitados con facilidad, por lo tanto, habría confusión al definir el límite entre ellos.

Colombia.-

En el presente caso, tal como se ha señalado, en este país las excepciones a la regla de exclusión a la prueba prohibida se encuentran positivizadas, están en su normativa procesal penal, así se tiene “Código de Procedimiento Penal Colombiano (ley 906 de 2004)

Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.”

Tal como se puede apreciar, en dicha normativa ya están insertas las excepciones a la regla de exclusión, también existe una cláusula abierta en la parte final de dicha norma; por tal motivo es que, en dicho país sí se puede hablar de excepciones a la regla de exclusión en su aplicabilidad práctica, al estar estipuladas en su norma procesal penal; si bien es cierto estas derivan de la jurisprudencia norteamericana; pero el hecho que están previstas legalmente, da origen a un debate continuo sobre el tema.

CAPITULO IV

4 Análisis de casos emblemáticos

4.1 Caso Business Track – Petro audios

En el año 2008 salieron a la luz unos audios, conocidos como petro-audios, que se difundieron en el programa periodístico dominical “Cuarto Poder”, donde aparecía Fernando Rospigliosi ex ministro de Alejandro Toledo, junto con los conductores de dicho dominical, explicando de qué se trataba dicho material, los cuales fundamentalmente estaban referidos a la otorgación de concesiones para exploración petrolera en territorio peruano, donde se explicaba implícitamente que había favorecimientos para la obtención de dichas concesiones; dado que en las escuchas se tenía a un ex diputado Rómulo León Alegría y a un funcionario público Alberto Quimper Herrera.

Fernando Rospigliosi explicaba en dicho programa periodístico que, los audios habrían sido entregados a él por una fuente anónima; estos audios tal como se sabe, fueron difundidos en señal abierta de televisión en este programa periodístico dominical, y al día siguiente fueron objeto de publicación en casi todas las portadas de los diarios de prensa escrita nacional.

En este programa además, se denunciaba que existieron actos de corrupción entre particulares y funcionarios del Estado; lo cual fue objeto de distintos procesos penales; a fin de determinar si es que se produjeron o no ilícitos con relevancia penal; siendo que los puntos centrales en tales

procesos fue, si dichos audios podían ser incluidos en las investigaciones, pasar a juicio y así servir para fundamentar una sentencia.

En este punto es necesario señalar que, dicho material periodístico, fue obtenido sin orden judicial; se trataba de una interceptación de las comunicaciones a estas personas en las que no había mediado intervención estatal, es decir no hubo un requerimiento fiscal de interceptación de las comunicaciones; y tampoco hubo una resolución que autorizará dicha interceptación; los que se encargaban de las interceptaciones fueron Business Track, cuyos representantes y responsables luego fueron encontrados responsables y fueron castigados por la ley peruana, por el hecho de haber obtenido dichas conversaciones.

De lo que se trata es de determinar si los petro-audios son o no prueba ilícita dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde rige una Constitución Política, donde además las normas de inferior jerarquía deben guardar coherencia con sus disposiciones.

Por tal motivo se afirma que, los petroaudios son prueba ilícita; porque fueron obtenidos sin autorización judicial; no se trata de un audio obtenido espontáneamente del cual se debe pedir una confirmación judicial por flagrancia; sino que, se trató de diferentes escuchas, en diferentes espacios temporales; es decir, no se daba aviso a las autoridades para proceder con algún tipo de intervención fiscal o judicial, inmediata o relativamente posterior, para así pedir alguna confirmatoria judicial; sino

que, se grababa y almacenaba sistemáticamente esta información respecto de estas y otras personas, con fines indeterminados y particulares.

Se recopiló este tipo de información, estuvo guardada y se esperó el momento indicado para hacerla de conocimiento público; no se sabe si es que fue por medio de una contraprestación; pero lo cierto es que, se tuvieron guardados los petro-audios, y luego se entregaron, siendo estos difundidos en este programa periodístico dominical “Cuarto Poder”

Posteriormente, el debate jurídico consistió en determinar si dichos petro - audios son prueba ilícita o no, previa manipulación de dicho material ilícitamente obtenido; sin embargo, aquí se sienta posición señalando que los petro-audios sí son prueba ilícita, por los fundamentos antes señalados.

Un segundo problema radica también en determinar si es aplicable alguna excepción a la regla de exclusión en el caso de los petro-audios; dado que en el Perú se están aplicando vía jurisprudencia, excepciones a la regla de exclusión probatoria; por lo que se afirma, en el presente caso no habría existido ningún problema al aplicar alguna excepción a dicha regla, la que más calzaría es la excepción referida a la ponderación de intereses; también podría haber sido perfectamente aplicable alguna excepción relacionada al costo beneficio.

Tal como se puede apreciar en este punto, las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita son aplicables dependiendo el sentido que se le quiera dar a la resolución que admite o excluye dichas evidencias; por más que sea, como en el presente caso, una vulneración evidente al contenido esencial de los derechos fundamentales, tal como la inviolabilidad de las comunicaciones; no quiere decir que es legítimo, pero le son perfectamente aplicable las excepciones de ponderación de intereses; o alguna relacionada al costo beneficio; ello con una argumentación aparente; donde también se pudo argumentar supuestos como que, estando a los intereses de la sociedad que son mayores y pesan más que el interés de unas pocas personas; entonces tendría que pesar el interés de la sociedad; llegando a tal resultado, producto de una ponderación de intereses.

Lo que se resalta en este punto es que, las excepciones a la regla de exclusión en el Perú no son aplicables legítimamente; sin embargo, se aplican utilizando motivaciones que recurren a la jurisprudencia extranjera y jurisprudencia nacional que también en su oportunidad recurrió a la extranjera; y dado que, no es un tema muy utilizado, se aceptan dichas argumentaciones; más aún si es la propia Corte Suprema es quien admite dichas excepciones.

Asimismo, es importante señalar que, si en el Perú los petro-audios son prueba ilícita, entonces también lo son sus derivados, es decir, todos los documentos obtenidos a raíz de estos, todas las actas recabadas con

intervenciones posteriores lícitas; pero que tuvieron su origen en estos audios; entonces la prueba derivada también es ilícita.

En teoría la prueba ilícita debe ser excluida del proceso; en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho se debe respetar lo que manda la Constitución, es decir, si la Carga Magna no ha establecido excepciones, entonces la jurisprudencia no tiene por qué utilizar excepciones; tampoco la doctrina peruana debería ensayar aplicar excepciones por encima de lo que establece la Constitución; se tendría que modificar la Constitución y el Código Procesal Penal agregando excepciones a la regla de exclusión; mientras ello no ocurra, no se puede aplicar teorías que no corresponden a nuestra realidad peruana, teorías que tienen origen en otras realidades, que pertenecen incluso a otros tiempos; sin embargo, se aprecia que las excepciones a la regla de exclusión están en la jurisprudencia nacional y son aplicables perfectamente cuando algún tribunal quiere hacer uso de ellas.

4.2 Caso Agendas de Nadine

Un programa periodístico (Panorama) habría conseguido agendas, entre otros documentos que presuntamente pertenecerían a la ex primera dama de la nación Nadine Heredia Alarcón, documentos que luego de ser obtenidos, fueron posteriormente entregados a la Procuraduría de Lavado de Activos, y así a la fiscalía especializada correspondiente, a fin de que actúen conforme a sus atribuciones.

Como primer punto es necesario señalar que, estas agendas y documentos habrían sido entregados a un reportero del programa dominical Panorama; para que se haga un reportaje posteriormente, luego habrían sido entregados a las autoridades, específicamente a una procuraduría y posteriormente a una fiscalía especializada para que investigue si es que presuntamente se estarían cometiendo ilícitos penales.

Tal como se evidencia, no se conoce cómo es que se obtuvieron estas agendas, no se sabe el cómo, ni quién es la persona que entregó dicho material; tampoco se puede saber si es que estas agendas estuvieron en algún lugar público o fueron olvidadas en la calle; por lo tanto, se colige dos alternativas: una, que fueron hurtadas de la misma residencia de Nadine Heredia, y la otra es que estas fueron encontradas en la calle u olvidadas en algún lugar que no sea la residencia de dicha ex primera dama.

Estando a lo anterior, se analiza el primer supuesto en que las agendas fueron extraídas del domicilio de su titular. Sobre ello, se advierte que, de sostenerse tal postura, de que las referidas agendas fueron sustraídas del domicilio de la titular; entonces, claramente se habría vulnerado el derecho fundamental de la inviolabilidad de domicilio, previsto y sancionado en la parte de los “Derechos Fundamentales” artículo 2, numeral 9 de la Constitución Política del Perú, el cual señala: “A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar

investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”.

De haberse ingresado a dicho domicilio sin la autorización respectiva; es decir, sin mandato judicial para poder sacar las agendas, simplemente alguien entró y las sacó; y ahora esas agendas sirven para fundamentar un proceso judicial; entonces, al haber sido obtenidas de esta manera habrían vulnerado la inviolabilidad del domicilio, se habría atentado contra un derecho fundamental de la inviolabilidad de domicilio, se habría obtenido material probatorio, pero vulnerando este derecho fundamental, en su contenido esencial, simple y llanamente se entró al domicilio sin autorización judicial y se sacó las agendas; por lo tanto, dichas agendas constituirían prueba ilícita.

Sobre este punto es necesario ahondar y decir: tampoco se sabe si la persona que sustrajo las agendas fue un agente estatal o un agente privado; pero, en el sentido explicado en el párrafo anterior, no importaría la naturaleza del agente sustractor, porque en el Perú el fundamento para excluir prueba prohibida es constitucional, no es legal; y por ser de esta forma, se afirma que dicha prueba es ilícita, al haber sido obtenida vulnerando un derecho fundamental, el cual es la inviolabilidad de domicilio.

Ahora, respecto si le cabe alguna excepción a la regla de exclusión directa o indirecta (frutos del árbol envenenado); se tendrá que disgregar y hacer el análisis respecto de cada una de ellas.

Empezando el análisis, se verá cómo es el tratamiento cuando se trata de la regla de exclusión directa y antes de seguir, previamente hay que hacernos la pregunta: ¿es constitucionalmente admisible utilizar una prueba inconstitucional, que ha sido obtenida y admitida con vulneración de un derecho fundamental? Esta pregunta es la que origina toda la discusión, pero es la que se debe responder, puesto que a partir de ella se planteara una postura. Esta pregunta fue formulada inicialmente por Miranda (Tribuna Jurídica, 2018), cuando pensaba si cabía alguna excepción a la regla de exclusión a la prueba ilícita directa, catalogada como inconstitucional; en ese entonces, se respondió que, sólo podría haber una excepción, que sería la prueba ilícita a favor del reo o del procesado.

Desde ese momento hasta ahora, no sería pensable una salida constitucional a dicho tema, por el hecho que la posición es muy simple y contundente; motivo por el cual, se puede afirmar que, en el caso de las agendas de Nadine, si es que estas fueron obtenidas y sustraídas sin consentimiento de su domicilio, entonces hay prueba ilícita, y no cabría ningún tipo de excepción a la regla de exclusión, dado que es una prueba o material probatorio ilícito obtenido directamente, no se trata de algún derivado que haya llevado a la obtención de dichas agendas; estas fueron

obtenidas en sí mismas vulnerando el derecho a la inviolabilidad de domicilio; y no son producto de otra prueba que las haga convalidables, por lo que no cabe ningún tipo de excepción a la regla de exclusión, por tratarse de una prueba ilícita obtenida directamente, vulnerando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, en su contenido esencial; sin embargo, no puede faltar por allí quien mencione que se pueden aplicar criterios de ponderación de intereses; pero de hacerlo se estaría desnaturalizando el derecho protegido.

Por otro lado, si es que se tratara de aplicar supuestos de excepción a la regla de exclusión, se afirma que, las excepciones no caben para el presente caso, porque aquí se está hablando de una prueba o elemento probatorio o evidencia que fue obtenida directamente; las agendas en sí mismas constituyen una evidencia o elemento probatorio obtenido directamente; no son el producto de otro material ilícitamente obtenido que haya conducido a las agendas, sino que son de primera mano, no son evidencia derivada de otra.

En segundo lugar, en el supuesto que las agendas hubieran sido obtenidas no del domicilio, sino encontradas u olvidadas, en algún lugar fuera el domicilio de la ex primera dama; entonces, no se trataría de una inviolabilidad de domicilio; aquí se habrían dejado olvidados documentos donde presuntamente habría evidencia de actos ilícitos; por ser obtenidos fuera del domicilio de la propietaria por olvido o pérdida, no operaría la violación a este derecho fundamental.

Si las agendas no habrían sido sustraídas del domicilio, y si estas habrían sido encontradas u olvidadas en otro lugar, entonces no se podría decir que se está protegiendo algún derecho fundamental; se trataría de documentos privados olvidados o quitados fuera de su lugar, que no fuera el domicilio de la ex primera dama; pero que, presuntamente en el contenido de dichos manuscritos habría evidencia de actos ilícitos; en este caso, se afirma que, el Estado no tiene por qué proteger la evidencia que dejan las personas, sobre asuntos al margen de la ley; no sería tolerable en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho que, el Estado tenga que estar protegiendo los documentos con contenido ilícito que vienen dejando olvidadas las personas que estarían al margen de la ley, en este ni en ningún caso.

A simple vista no sería congruente que, el Estado tenga que estar protegiendo los apuntes u objetos ilícitos que se dejen olvidados, por más que se traten de agendas o cualquier otro manuscrito; más bien debería servir para rastrear el origen y la procedencia de dicho material; así como investigar a dónde conduce tal evidencia; máxime si están en juego bienes jurídicos de gran entidad, como el patrimonio del Estado y su correcto funcionamiento.

Si es que se está en este supuesto, en el que las agendas fueron encontradas fuera del domicilio, entonces no opera ningún tipo de regla de exclusión; por los motivos explicados anteriormente, y porque en sí

mismos constituirían evidencia de un probable o presunto ilícito; apuntes de una contabilidad de dinero ilegal.

No se puede hablar que dichos documentos son de propiedad de tal o cual persona; y que el derecho a la propiedad es un derecho fundamental en este caso; porque la contabilidad descrita en las agendas (de ser ilícita la contabilidad) constituiría en sí misma un material delictivo; como la cocaína lo es al traficante, como el cuño fraudulento (para acuñar moneda falsa) lo es al acuñador de moneda falsa, como el documento falsificado lo es al falsificador; no se puede hablar del derecho de propiedad de la droga, ni de derecho de propiedad al cuño falsificado, ni del documento así faccionado; por tales razones, no se puede entrar a analizar si el derecho de propiedad es un derecho fundamental respecto de las agendas en cuestión; si es que se está en este supuesto, en el que las agendas no fueron obtenidas del domicilio.

Por las razones explicadas en los párrafos precedentes, antes de decir si las agendas de Nadine son o no prueba ilícita, se tendrá que ver cuál postura se toma; de si fueron sacadas del domicilio sin consentimiento, o si es que fueron encontradas en la calle o en algún lugar que no sea el domicilio de la titular; solo en el caso que fueron sacadas del domicilio, se puede hablar de que se trata de pruebas ilícitas, dado que se habría vulnerado la inviolabilidad de domicilio como derecho fundamental; en el segundo supuesto (extravío o pérdida) no sería de recibo, porque el Estado no puede proteger el descuido u olvido de material ilícito, fuera de

un supuesto de violación de domicilio; aquí sería perfectamente aplicable lo conocido como La Teoría del Riesgo, en palabras de Pisfil (2018) “si el propio individuo no cuida sus garantías, no debe pretender que lo haga el sistema judicial” (p. 258)

4.3 Caso Vladivideos

Un 14 de setiembre de 2000 salió a la luz un video que cambió el rumbo del Perú, en lo que respecta al escenario político; video donde se apreciaba al ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos junto con el congresista Alberto Kouri, a quien que se le entregaba dinero; se desconoce exactamente el motivo de la entrega del efectivo, aunque la tendencia señala que fue por cambio de bancada congresal; pero el hecho es que, este video sirvió para que el presidente de la república en ese entonces, junto con el asesor presidencial, provoquen una crisis, que conllevó al desmoronamiento del régimen instaurado en ese entonces.

Luego de ese primer video, vinieron más, donde se apreciaban diferentes escenarios de entregas de dinero, pero dentro del mismo contexto, en la salita del Servicio de Inteligencia Nacional, incluso en grandes cantidades a modo de ladrillos sobre la mesa de dicha sala; dinero que era entregado a personajes influyentes, dueños de canales o presentadores de televisión, así como a congresistas; entregas que se hacían de forma extraoficial, cuyos fines ilícitos no serán objeto de la presente investigación.

Para analizar los supuestos de prueba ilícita, se parte diciendo que dichas entregas se daban, tal como lo se ha señalado, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, instalaciones que son de propiedad del Estado. Asimismo, quien hizo las entregas de dinero era un funcionario pagado por el Estado; entre las personas grabadas, algunos eran funcionarios o servidores públicos y también había personas particulares ajenas a la administración pública.

Igualmente se observó que, la forma de obtención de dichos videos fue por sustracción del lugar donde estaban, por parte de personas que resguardaban dicho material videográfico; por personas de confianza del ex asesor presidencial, donde tuvo protagonismo la señora Matilde Pinchi Pinchi, quien entregó el primer material fílmico, hecho que se llegó a saber posteriormente

Asimismo, se puede afirmar que, todos los videos no fueron encontrados en un solo lugar, sino que estaban distribuidos en diferentes ubicaciones, por lo que hay que diferenciarlos como aquellos encontrados dentro de la residencia de personas no pertenecientes al Estado, y los que estaban dentro de los recintos estatales, como el Servicio de Inteligencia Nacional. Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional, en el Caso Serpost (Tribunal Constitucional, 2004) hizo prevalecer el derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones y también de la privacidad de los documentos, señalando que dichos derechos fundamentales estaban por encima del interés de cualquier empleador, sea este de orden público o

privado; dejando sentado que, cuando se esté utilizando bienes del Estado, no siempre va a prevalecer el interés público sobre cualquier otro interés particular, no se puede afirmar que por ser un bien público, el Estado tiene un derecho absoluto a registrar o intervenir dicho bien público y sin orden judicial fuera de la flagrancia delictiva; ello no sería de recibo, por no estar acorde al sistema de Estado que tiene el Perú, el cual es Constitucional y Democrática de Derecho, estructura que actualmente se maneja, y al ser así, tiene que prevalecer la inviolabilidad de las comunicaciones y la privacidad de los documentos; tal como lo ha explicitado el Tribunal Constitucional en el caso Serpost, según se ha expresado aquí.

Del párrafo anterior, tal como se ha mencionado, en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el peruano, va a tener que prevalecer el respeto a los derechos fundamentales, en específico el respeto al contenido esencial de estos derechos; más aún cuando se discuta sobre la exclusión o admisión de evidencia ilícitamente obtenida.

Para el caso de los “Vladvideos” en comento; es necesario resaltar algo, si bien es cierto la prueba ilícita no puede servir para condenar a una persona, pero la pregunta a realizar es ¿para qué sirve la prueba ilícita?, se afirmó en diferentes partes del presente trabajo que, la prueba ilícita tiene efecto no solo para el proceso penal, sino también sería aplicable a procesos civiles, administrativos, laborales, tributarios, etc. y ello es así porque se defiende el contenido esencial de los derechos fundamentales,

y porque el fundamento de la exclusión probatoria es constitucional y no legal; sin embargo, hay que responder a la pregunta ¿para qué sirve la prueba ilícita declarada? ¿o es que no sirve para nada?

Si bien es cierto, existen evidencias que fueron adquiridas con vulneración a los derechos fundamentales, tales como el derecho a la inviolabilidad de domicilio o el secreto de las comunicaciones, entre otros; sin embargo se presentan supuestos, y a manera de paréntesis, por ejemplo, en un proceso de familia, donde hay un video que se obtuvo de forma ilícita, donde aparece una persona que está luchando la tenencia de un menor, pero que en dicho video se le ve ejerciendo abuso de menores; entonces, se debe afirmar que, dicha persona no deberá tener jamás la tenencia del niño; eso es claro; sin embargo, el video se obtuvo violando el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, establecido en la Constitución Política del Perú; la prueba o evidencia es teóricamente ilícita, es una prueba inconstitucional; sin embargo; tendrá que ser usada para que el juez no le dé la tenencia a esta persona de mala reputación comprobada y de conducta ilícita muy reprochable.

En el ejemplo anterior, no sería tolerable otorgar la tenencia de un menor de edad a una persona que tenga este tipo de problemas de abuso contra menores, no sería admisible, ningún pueblo o sociedad podría aceptar que una persona con tales comportamientos plasmados en video, pueda pretender la tenencia de un menor, por más que se haya obtenido dicho video de forma ilícita; caso contrario, se podrían presentar escenarios

donde el pueblo puede incluso llegar a incendiar literalmente el juzgado si le llegara pasar algo al menor; pero como el pueblo es el que elige a sus gobernantes y legisladores, los cuales actúan indirectamente en su representación; es entonces el pueblo directamente el que acciona al ver este tipo de incongruencias; lo cual abre un debate sobre prueba obtenida ilícitamente aplicada en otros procesos ajenos al proceso penal; como el de familia por ejemplo.

La prueba ilícita entonces, tiene serios reparos cuando de un proceso de familia se trata, porque tal como se ha visto, su aplicación contribuiría a que un menor caiga en manos de un abusador, se le podría privar de la patria potestad a quien realmente la debe tener, independientemente de que sea prueba ilícita directa o indirecta; independientemente de que sea prueba inconstitucional; aunque parezca que hay una contradicción al tolerar prueba inconstitucional para fundamentar una decisión en un proceso judicial de familia; eso es claro.

Está de más decir que, dicha persona, no podrá ser condenada por pedofilia en un proceso penal, por ser ilícita la prueba, pero no podrá conseguir la tenencia del menor en un proceso de familia. Por lo que se puede concluir en este párrafo que, la prueba ilícita, por más que sea directa o indirecta, sirve para fundamentar o decidir en un proceso de tenencia, o en procesos de familia; donde entraría a tallar el Interés Superior del Niño como principio rector; principio que lo abarca todo,

principio además que está intrínseco en el entendimiento de la gente o del pueblo, que reacciona fuertemente cuando la realidad supera a la ley.

Tal como se puede apreciar del ejemplo dado, en un proceso de familia parece que es inevitable la aplicación de excepciones a la regla de exclusión en algunos procesos, como el de tenencia por ejemplo o cuando están de por medio intereses de menores de edad, más un cuando estos son niños, siendo vulnerables a los peligros que pueden provenir de su entorno familiar, máxime si es conocido por todos, que la mayor incidencia en abusos contra menores vienen del mismo seno familiar.

Como se puede apreciar, se está dejando una puerta abierta y por explorar en cuanto a determinar excepciones a la regla de exclusión en los diferentes procesos y procedimientos jurídicos en el Perú.

De lo anteriormente señalado se afirma que, existen serios problemas con la aplicación de la regla de exclusión probatoria en otros procesos ajenos al penal; sin embargo en el área penal, la cuestión es más clara; aquí de lo que se trata es de privar de la libertad a una persona; entonces, respecto de la evidencia denominada “vladivideos”, se toma posición y se afirma que, hay diferentes tipos de vlavideos, unos que fueron obtenidos del local del servicio de Inteligencia nacional; otros que fueron obtenidos de domicilios privados.

Respecto de los videos obtenidos en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, siempre y cuando estos no hayan estado en una esfera de dominio de cierto funcionario, como en un anaquel privado, o habitación personal dentro de dicho recinto, o entre los objetos personales; si esto fuera así, serán prueba ilícita los videos, no tendrían que ser utilizados para sustentar una condena; pero si fueron obtenidos dentro del Servicio de Inteligencia Nacional, al que todos o varios trabajadores tienen acceso; entonces, no serán prueba ilícita y servirán para fundamentar una condena por los delitos que pueda sustentar su contenido; igualmente podrán ser utilizados en cualquier proceso civil, o procedimiento administrativo, siempre y cuando este no haya prescrito u exista otra restricción legal.

Por otro lado, respecto de los videos obtenidos de las residencias o domicilios fuera de los recintos públicos, en relación a cualquier persona, sea o no funcionario público, siempre y cuando dicha obtención haya sido ordenada por un juez, y diligenciada conforme a derecho, estos no serán prueba ilícita; pero, si fueron obtenidos atentando contra la inviolabilidad de domicilio y sin orden judicial, sí serán prueba ilícita, no pudiendo fundamentar una condena por el delito que sustenten, respecto de los hechos que figuren en dichos videos.

Por otro lado, sobre la naturaleza jurídica que tienen dichos videos o “vladivideos”, ellos contienen grabaciones de contenido ilícito, es decir delitos en diferentes formas; videos que, al contener dicho material, no

constituyeron parte de algún inventario oficial legalmente establecido; sino clandestino e ilícito; eran videos cuyo contenido evidenciaba actuaciones delictivas. Al ser así, tienen naturaleza incautable, así como se incauta la droga, así como se incautan las armas con serie erradicada, etc. Son bienes ilícitos en sí mismos, jurídicamente hablando.

También se señala que, la persona que custodiaba, o que tenía acceso a dicho material audio visual, era servidor público, dado que trabajaba en el Servicio de Inteligencia Nacional, es decir, formaba parte de una u otra forma, de las actividades ilegales que se venían produciendo en dicho servicio de inteligencia; era la persona de confianza del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres.

Sobre este punto es necesario resaltar uno de los fundamentos para admitir la prueba en el caso de los “vlavideos”, y dicho fundamento consiste en que, si una persona se graba junto a otra conversando, entonces admitir la prueba es válido, porque un interlocutor está siendo responsable de la grabación, y tendría derecho a poder difundir dicha grabación; sin embargo, este supuesto no es de recibo en ningún extremo, lo cual se explicará en el párrafo siguiente. Es de precisar que dicho fundamento se encuentra en la sentencia dictada en el Exp. N° A.V. 19-2001, del 07 de abril del 2009, emitida por la Sala Especial de la Corte Suprema de Justicia de la Perú, que señala “Aun cuando no han sido materia de cuestionamiento es del caso precisar que las conversaciones en cuestión, grabadas por orden de uno de los interlocutores no vulneran

el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal. Ambos derechos fundamentales están recogidos, autónomamente, en la Constitución. Así, artículo 2º, numerales 10) y 7), respectivamente.” Sentencia donde se condenó a Luis Antonio León Borja y otros, con uso de los “Vladivideos”, por homicidio calificado y otros delitos.

De lo anterior, se observa una mala praxis cuando se afirma en temas de prueba ilícita que, si uno se graba conversando con otra persona, entonces el que graba puede exponer lo grabado, dado que es uno de los interlocutores; sin embargo, dicha afirmación, no tendría un fundamento válido; en primer lugar, no existiría la libertad de hablar o conversar con alguien, ni confianza de comunicarme con nadie, por el miedo a ser grabado.

Sobre este punto, sobre la grabación y difusión realizada por mi interlocutor, también hace referencia el jurista Nieva (Tribuna Jurídica, 2018) , cuando refirió que, las personas no pueden estar viviendo en la zozobra de que mi interlocutor esté grabando la conversación; agrega además que, es una costumbre en España, su país de origen, admitir este tipo de prueba; donde se han dado cuenta de dicha mala praxis, pero que no existe voluntad de dejarla de aplicar, puesto que de hacerlo, se caerían muchos casos que para condenar tuvieron dicho fundamento.

Por lo anterior, en el caso “Vladivideos” no se podría aplicar tampoco dicho argumento porque, obviamente un procesado, que es el mismo que se ha grabado, y aplicando una máxima de la experiencia se señala que, un procesado imputado, no puede exponer o aceptar una evidencia que lo va a incriminar, que lo va a condenar. Ninguno de los dos interlocutores podría hacerlo, salvo que sea para probar su inocencia.

Como último punto es necesario señalar lo que refiere Hurtado, J (2001) “La cuestión no es, en consecuencia, si las cintas videos constituyan pruebas ilegales por haber sido obtenidas por los órganos de persecución mediante procedimientos contrarios a las normas procesales o violando los derechos fundamentales de los inculpados.” (p. 74). Añade que, más bien se trata “en qué medida dichas cintas pueden, por un lado, ser utilizadas por los jueces o los representantes del Ministerio Público para comenzar una investigación penal o continuarla y, por otro lado, administrarlas como pruebas durante el proceso.” (p. 75).

4.4 Posturas importantes

Se tiene que, el doctrinario español Nieva (Tribuna Jurídica, 2018), señaló estar a favor de la exclusión del material probatorio ilícitamente obtenido, y redujo todas las excepciones de la regla de exclusión a una sola: “la notoria realidad del hecho descubierto” explicaba dicho jurista que, cuando la prueba ilícita obtenida es notoria entonces tiene que ser excluida; agrego que para entender el término *notorio*, sería aquello de lo que no cabe la menor duda que así sea; dio un ejemplo y explicó que la

policía puede “sembrar” droga, pero no puede “sembrar” 200 Kilogramos de este estupefaciente, por lo que en este caso sería algo notorio; no existiendo la menor duda de que así sea; porque si cabría algún elemento de duda, entonces no será notorio. Siendo esto así, no se requiere hacer mayor análisis sobre lo que significa lo notorio.

Sobre este punto es necesario señalar lo siguiente, dicho jurista plantea cómo excepción a la regla de exclusión, la notoria realidad del hecho descubierto; pero para criticar esta postura, cuando pone el ejemplo de los 200 kilogramos de droga, se agrega desde nuestra postura que, la información de la ubicación de la droga, pudo haber sido obtenida por medio de una declaración hecha con tortura; entonces cabe la pregunta ¿vamos a utilizar esta evidencia para condenar al investigado? la respuesta desde este trabajo de investigación es no; se podrá incautar la droga; pero ni la pericia de pesaje, ni la declaración obtenida con tortura podrán ser valoradas en contra de dicho investigado o procesado, porque dicha declaración y posterior pericia de la droga encontrada, fueron obtenidos por tortura.

Si se traspasa este límite: la prohibición de la tortura, y se admite prueba ilícita justificando que hay una “notoria realidad en los hechos” o la “notoria realidad del hecho descubierto” se deja abierta una puerta, donde luego podrá entrar todo; absolutamente todo, dado que si se admite prueba ilícita obtenida con tortura, entonces lo demás que es de menor entidad, podrá ser incluido con una motivación conveniente en el momento

conteniente, y dependiendo del justiciable; es decir, se amplía discrecionalidad del magistrado.

Por tales motivos, se debe tener mucho reparo con esta afirmación de “la notoria realidad del hecho descubierto” porque puede parecer muy pintoresca, dado que quien lo dice, es alguien de renombre internacional; pero luego de un análisis a dicha postura, se ve que es imprecisa; porque por más notorio que sea el hecho, se atentaría contra derechos fundamentales, tal como se ha explicado desde este trabajo.

Se afirma incluso por dicho jurista español que, se puede sancionar al policía o autoridad estatal que afectó el derecho fundamental, pero que la prueba vale; sin embargo, esto no es del todo de recibo, ello no es justificación para admitir prueba ilícita obtenida vulnerando el contenido esencial de derechos fundamentales; tal como se rebate en este párrafo, con la prueba obtenida por tortura; por lo tanto, desde este trabajo de investigación se afirma que, la frase de “la notoria realidad del hecho descubierto” no es aplicable en casos de tortura, falseando dicha hipótesis; porque de ello se desprenden supuestos claros de prueba ilícita, no se podrá utilizar entonces dicha evidencia para fundamentar una condena o pedir alguna medida cautelar en contra de algún imputado. Motivo por el cual es que, no se comparte esta postura de la notoria realidad de los hechos descubiertos que plantea dicho jurista español.

Por otro lado se tiene la postura del jurista, ex Juez Supremo del Perú Duberly Rodríguez Tineo, cuando disertó en una ponencia por un congreso realizado por los cinco años de la entrada en vigencia en Tacna y Moquegua del Nuevo Código Procesal Penal en el año 2013 (Aula Virtual del Poder Judicial, 2013), cuando afirmó que la regla de exclusión de la prueba ilícita, no puede tener excepciones, salvo aquella que es favorable al procesado, al reo; según se desprende de su exposición realizada en dicho evento académico; por lo tanto, esta postura, que no existen excepciones a la regla de exclusión, es muy respetable, por sustentarse en lo expresado por la Constitución así como lo señalado en el Código Procesal Penal, en donde no se han establecido excepciones a la regla; más bien, lo que ha sucedido es que se ha reafirmado la regla de exclusión, en el artículo 2, numeral 10, de Constitución Política del Perú cuando se señala en la parte final que “los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”. En el mismo sentido, en el artículo 2, numeral 24, literal h, se expresa “nadie debe ser víctima de violencia, moral psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. (...) carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad” también se hace referencia a que el Código Procesal penal, en el título preliminar, artículo VIII, “todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un proceso 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 (...)” es de precisar

igualmente que el artículo 393, numeral 1 establece “El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.”

Tal como se puede apreciar del párrafo anterior, el mencionado jurista peruano, hizo referencia en su explicación que, en dichos cuerpos normativos no se hace mención a excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita; motivo por el cual, solo cuenta la regla de exclusión.

Lo expresado por dicho jurista, guarda similitud igualmente con lo establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú, en la Casación 591-2015 Huánuco (Corte Suprema del Perú, 2017) considerandos décimo primero y décimo segundo; en donde se hace el desarrollo normativo que tiene la regla de exclusión tanto en la Constitución Política del Perú como en el Código Procesal Penal de 2004.

CONCLUSIONES

1. No existe consenso en la aplicación de la prueba ilícita por parte de los operadores de justicia, dado que en su mayoría desconocen cuál es el verdadero fundamento para excluir prueba ilícita; dicho fundamento en el Perú es constitucional.
2. La jurisprudencia sobre prueba ilícita en el Perú no es compatible con el texto constitucional, así como con el Código Procesal Penal de 2004; porque normativamente no se establecen excepciones a la regla de exclusión; sin embargo, la jurisprudencia peruana las aplica, haciendo uso de la jurisprudencia extranjera.
3. En un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el peruano, prevalece el respeto a los derechos fundamentales; no se pueden vulnerar dichos derechos, salvo por disposición normativa que así lo permita; sin embargo existen límites que no pueden ser traspasados normativamente, como por ejemplo admitir la tortura para obtener información; ningún sistema de ponderación o ley puede aceptar esta práctica; y si lo hace, desnaturaliza el sistema actual y no se estaría en un Estado Constitucional ni Democrático moderno; sino uno autoritario.
4. La prueba ilícita, debe de ser excluida en el primer momento que hace su aparición en el proceso penal; salvo que se trate de prueba ilícita a favor del reo, que es una excepción a la regla de exclusión.

5. No obstante lo anterior, en el proceso penal existen diferentes momentos para poder excluir material probatorio obtenido ilícitamente, momentos tales como la audiencia de tutela de derechos, la audiencia de prisión preventiva, la etapa intermedia en el control de acusación, la sentencia.
6. El interés Superior del Niño como principio y derecho, también es una excepción a la regla de exclusión directa e indirecta, respecto de la evidencia ilícitamente obtenida; como principio sería una excepción muy poderosa, la cual se ha convertido en la regla.
7. En el Perú, normativamente no hay excepciones a la regla de exclusión probatoria por prueba ilícita; sin embargo, se aplican excepciones reconocidas en ordenamientos jurídicos extranjeros, y en la jurisprudencia de otros países.
8. La jurisprudencia está haciendo el papel del legislador al momento de precisar cuáles son las excepciones a la regla de exclusión probatoria; dado que legislativamente en el Perú no se han establecido excepciones a la regla de exclusión.
9. En la práctica se aplican excepciones a la regla de exclusión probatoria; ante el vacío normativo en el Perú, utilizando las fuentes del derecho; en este caso jurisprudencia extranjera, también se utiliza doctrina.
10. La prueba ilícita a favor del procesado sería la única excepción a la regla de exclusión tanto directa como indirecta; excepción que es extraída por

analogía, y haciendo una interpretación sistemática de la normativa Constitucional y Procesal Penal vigente en el Perú.

11. La prueba ilícita obtenida por particulares en el Perú es sancionada con la regla de la exclusión probatoria, ello porque el fundamento en el Perú para excluir prueba ilícita es constitucional.

12. Los “petro-audios” son prueba ilícita porque atentan con el contenido esencial de los derechos fundamentales, en este caso, la reserva de las comunicaciones. Lo más cercano para derrotar ese derecho habría sido la ponderación de intereses.

13. En el caso las “Agendas de Nadine” constituyen prueba ilícita si fueron sustraídas del domicilio de la ex primera dama; no son prueba prohibida si es que estas fueron olvidadas o perdidas fuera de dicho domicilio, al no existir inviolabilidad de domicilio. El Estado no puede proteger bienes ilícitos que son dejados u olvidados fuera de las residencias o domicilios.

14. Los “Vladvideos” sirvieron para condenar a personas por diferentes ilícitos, utilizándose dicho material para causar convicción al juzgador, la regla de exclusión en el presente caso no operó; aplicándose criterios de teoría del riesgo, y ponderación de intereses.

RECOMENDACIONES

1. Positivizar las excepciones a la regla de exclusión, modificando la Constitución, precisando en qué casos serán aplicables, a fin de que estas sean objeto de mayor debate al momento de su continua aplicación; con el propósito de que con el tiempo se mejore la institución de la prueba prohibida.
2. Complementar la normativa procesal penal, a fin de esclarecer cuál es el momento procesal para la exclusión de material probatorio ilícitamente obtenido. En su defecto, excluir prueba prohibida en diligencias preliminares o en el primer instante que haga su aparición, a fin de que no contamine el proceso penal.
3. Capacitar al personal policial respecto de la afectación de derechos fundamentales al momento de obtener evidencias para fundamentar un proceso penal. Porque en las primeras intervenciones, justamente son los efectivos policiales, los que están presentes en primer orden, siendo ellos quienes están en contacto permanentemente con personas que cometen ilícitos penales; siendo su participación esencial porque del tratamiento dado a la evidencia dependerá el futuro del proceso.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Alcaide Gonzáles, José Manuel (2012) *“La Exclusionary Rule de EE. UU y la Prueba Ilícita Penal de España”*. Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis Doctoral.
- Asencio Mellado y Ugaz Sánchez Moreno, José Carlos, “Prueba ilícita y lucha anticorrupción (caso allanamiento y secuestro de los *vladivideos*)” Grijley, Lima, 2008.
- Barranco Gámez José Manuel “Excepciones a la Conexión de Antijuridicidad para el Tribunal Constitucional”, no se señala el año; se ubica en: <http://www.icahuelva.es/wp-content/uploads/descargas/doctrinales/articulos-doctrinales-Excepciones-TC.pdf>
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú CASACIÓN N.º 1762-2018/Arequipa, Sentencia de Casación Lima, 18 de marzo de 2022.
- Cabrera Carcovich, Carlos (2013) *“Los Audios Interceptados no Siempre son Prueba Prohibida”* recuperado de sitio Web La Ley <https://laley.pe/art/550/audios-interceptados-no-siempre-son-prueba-prohibida>
- Calderón Arias, Emma (2021) “La prueba ilícita una cuestión de concepto” *Revista Derecho & Sociedad*, N° 57.

- Campaner Muñoz, Jaime (2015) “La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba”, Universidad Complutense de Madrid. Tesis doctoral.
- Carbone, Carlos Alberto (2006). “*Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba, Derecho constitucional de utilizar los medios de prueba pertinentes*”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- Castillo Córdova, Luis (2005). “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 139, Gaceta Jurídica, junio de 2005.
- Castillo Córdova, Luis (2015) “El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales” Revista Foro Jurídico, artículo.
- Castillo Gutiérrez, Luciano (2014) “La prueba prohibida – su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la Jurisprudencia) Gaceta Penal y procesal Penal, impreso en imprenta Editorial El Búho. Lima.
- Castro Trigos, Hamilton (2008). “*Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana*”. Universidad Nacional de San Marcos. Tesis para optar el grado académico de Maestro.
- Chanjan Documet Rafael (2012) “*La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*” Asociación Inter Criminis, artículo científico.
- Dannecker, Gerhard. (2003) “*Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán*”. En Autores Varios. “La prueba en el proceso penal oral.” Coloma Correa, Rodrigo (Editor) Lexis Nexis. Santiago. 2003.

- De La Rosa Rodríguez, Paola (2014). “La Prueba Ilícita en el sistema acusatorio, una mirada a las regulaciones española, alemana y americana en torno a su prohibición y excepciones” *Revista académica de Investigación*, editada por Eumed.net, España” Artículo académico; Asociación Civil Inter Críminis.
- Dei Malatesta, Framarino “Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, 4 edición, Editorial Temis, Bogota Colombia, 1988.
- Delgado Del Rincón, Luis E. “*La regla de exclusión de la prueba ilícita en el derecho español: excepciones y eficacia. Ciudadanía, derechos políticos y justicia electoral en México*”. Memoria del IV Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. 2013. 21 pp.
- Díaz Cabiale, José A. y Martín Morales, Ricardo (2001). “*La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba ilícitamente obtenida*”, Civitas, Madrid.
- Ferrajoli Luigi , citado por Contreras Sebastián, en su artículo “Ferrajoli y Los Derechos Fundamentales” *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 2004 volumen 16.
- Fidalgo Gallardo, Carlos. «La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América». España, Tribunales de Justicia, 5, mayo 2003
- García Amado, Juan Antonio Ponderación, setiembre 2019, conferencia dada en el canal de YouTube Tribuna Constitucional se ubica en: <https://www.youtube.com/watch?v=k7vyYWA5o4Q&t=1205s>

- Gonzales Lara, Líder Alamiro (2018) “estudio de la prueba prohibida y la prueba ilícita como regla de exclusión en el código procesal penal de 2004” Tesis para optar el grado académico de maestro en derecho penal, en la Universidad Nacional Federico Villa Real, Perú.
- Guariglia, Fabricio (2005). *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el Procedimiento Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Hurtado Pozo, José *Ideelee – Vladivideos e Ilegalidad de la Prueba. Revista del Instituto de Defensa Legal*, N° 140, setiembre del 2001.
- Jaimes Molina, Marco Ernesto (2009). “*Interpretación axiológica de las causas de exclusión probatoria en el sistema procesal penal boliviano*”, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Tesis de Magister.
- Jiménez Campo, Javier (1999) “*Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*” Editorial Trotta, Madrid-España.
- Lechuga Pino, Ernesto (2016). *La prueba prohibida en el modelo acusatorio garantista y el nuevo código Procesal Peruano*. Universidad San Martín de Porres, Tesis para optar el grado de maestro.
- Maier, Julio B.J (1996).: *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 2da. Edición, Ediciones del Puerto, Buenos Aires,
- Miranda Estrampes, Manuel (2010) “Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. 2010.

- Miranda Estrampes, Manuel (2010) <https://www.youtube.com/watch?v=180dj72DpKo&t=1635s> Auditorio Jorge Eugenio Castañeda de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Subido el 3 de setiembre de 2018, video de 2 horas y 2 minutos.
- NEYRA FLORES, José Antonio (2015). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Lima: Idemsa.
- Nieva Fenol, Jordi, conferencia pública, 15 de agosto 2017 se encuentra en: <https://www.youtube.com/watch?v=nWJeicB1z8c&t=2136s>
- Paucar Rojas Eudios y Edgar Guizado Moscoso *“La prueba prohibida y sus parámetros en el nuevo código procesal penal”* Lima, 2022. Gamarra Editores SAC.
- Pisfil Flores, Daniel Armando, (2018) *“La Prueba Ilícitamente Obtenida en el Proceso Penal Fundamento Constitucional, Doctrina Jurisprudencial y Posibles Excepciones”* Editorial Editores del Centro, Lima.
- Quispe Mamani, Elizabeth Hilda (2019) “La prueba indiciaria. Análisis fenomenológico de la valoración de la prueba indiciaria en los delitos de corrupción de funcionarios” *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 10, N.º 12, julio-diciembre, 2019, 131-148
- Rabanal Palacios, William. (2008). “La Prueba Prohibida desde la Doctrina y la Jurisprudencia”. (mensaje en un blog). Recuperado de: <http://reformaprocesal.blogspot.pe/2008/09/laprueba-prohibida-desde-la-doctrina-y.html>. citado por Gonzales Campos en *“Estudio De La Prueba*

Prohibida y su Aplicación Como Regla de Exclusión en el Nuevo Código Procesal Penal tesis para optar el grado de maestro en derecho, en la Universidad Federico Villareal.

- Reaño Peschiera, J.A. (2004). *formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima: Jurista.
- Rodríguez Tineo, Duberli 2020, conferencia dada ante www.cunarcperu.com, respecto de la defensa de la autonomía de las rondas campesinas <https://www.youtube.com/watch?v=f6dUfoQCjtI>
- Rodriguez Tineo, Duberli, conferencia III Congreso Internacional de Derechos Procesal Penal 23, 24 y 25 de mayo de 2013 a cinco años del Código Procesal Penal en Tacna y Moquegua” realizado en el Centro Cultural Francisco de Paula Gonzales Vigil, <https://www.youtube.com/watch?v=8CwUFAi3Qsg>
- Roxin, Claus. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sánchez Córdova, Juan (2017). *La prueba prohibida y la nulidad de los actuados*, Gaceta Jurídica, Lima.
- San Martín Castro, César Eugenio (2008) “*Estudio de Derecho Procesal Penal*” Editorial Grijley, Perú.
- San Martín Castro, Cesar. “*Derecho Procesal Penal*”, editorial Grijley, volumen II.
- Sánchez Velarde, Pablo (2020) “*El Proceso Penal*” Editorial Grijley. Lima.

- Serra Domínguez, Manuel (2009) *“Estudios de Derecho probatorio”*. Comunitas, Lima, 2009.
- Silva Melero (1963) *“La prueba procesal”*, Ed, Barcelona; citado por Gonzales Campos en *““Estudio De La Prueba Prohibida y su Aplicación Como Regla de Exclusión en el Nuevo Código Procesal Penal”* tesis para optar el grado de Maestro en Derecho, en la Universidad Federico Villareal.
- Silva Gonzáles Pablo Elias (2019) *“Regulación de la prueba prohibida en el proceso penal peruano (interpretación y desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia)”* Para optar al título profesional de abogado en la Universidad Andina del Cusco.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. N.º 0655-2010-PHC-TC (Caso Alberto Químper Herrera) considerando séptimo, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 01601-2013-PHC/TC (Caso Giuseppe Ballesta), considerandos vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01601-2013-HC.html>
- Sentencia de la Corte Suprema Del Perú – Sala Especial, Exp. N° A.V. 19-2001, del 07 de abril del 2009. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_2009091_8_01.pdf

- Sentencia de la Corte Suprema del Perú, Sala Penal Permanente, Casación 591-2015-Huanuco, 17 de mayo de 2017: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Casaci%C3%B3n-591-2015-Huanuco-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema del Perú Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CIJ-116 https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Acuerdo-plenario-1-2019-CIJ-116-Legis.pe_.pdf.pdf
- Sentencia de la Corte Suprema del Perú, Sala Penal Permanente, Apelación N.º 81-2022 – Lima Este. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Apelacion-81-2022-Lima-Este-LPDerecho.pdf>
- Sentencia Del Tribunal Supremo Español STC 11/1981, FJ. N.º 6. <https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/11>
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, caso Giuseppe Balleta Bustamante Exp. 1601-2013-PHC-TC <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01601-2013-HC.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, caso Serpost EXP. N.º 1058 2004-AA/TC LIMA <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01058-2004-AA.html>
- Vílchez Quevedo Martha Elizabeth (2015). *“Obtención de la prueba ilícita en el ordenamiento procesal peruano y la vulneración a los derechos fundamentales”*. Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo”. Tesis de Magister.

- Villegas Málaga, Javier (2020) “*La Fiabilidad de la Prueba Prohibida como Fundamento para su Admisión o Exclusión en el Proceso Penal, Perú – 2020*” Tesis para optar el grado de magíster en derecho procesal, en la Universidad Católica Pontificia del Perú.

- White G. Edward. *The american judicial tradition. Profiles of leading american judges*. New York: Oxford University Press, 1976, p. 360.