

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN JUAN BAUTISTA

ESCUELA DE POSGRADO



**ESTUDIO DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU TRATAMIENTO
EN EL PROCESO PENAL EN LOS AÑOS 2005-2020.**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN:
DERECHO PROCESAL PENAL**

**PRESENTADO POR EL BACHILLER
CANALES YACTAYO JESUS GONZALO VIVIANO**

LIMA – PERÚ

2022

**ESTUDIO DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU TRATAMIENTO
EN EL PROCESO PENAL EN LOS AÑOS 2005-2020.**

ASESORES Y MIEMBROS DEL JURADO

ASESOR:

Dra. Denisse Balarezo Mares.

MIEMBROS DEL JURADO

Dra. Elena Jesús Vásquez Ortega
Presidente

Dra. Janeth Elizabeth Churata Quispe
Secretaria

Dr. Juan Carlos Jiménez Bernales.
Vocal

DEDICATORIA

A mis ángeles, Gonzalo Canales (+) y Olga Cama (+), mis abuelos, quienes me acompañan en todo momento.

AGRADECIMIENTO

A mi asesora de Tesis Denisse Balarezo por su valiosa orientación en cada paso para la elaboración del presente trabajo. A mi guía espiritual, Martín Yactayo (+). A mis padres, Jesús y Sara, que siempre me han apoyado en todas mis decisiones. A mi hija Flavia C. S. por ser mi motivación a ser mejor cada día. A mis justiciables (clientes) que han sabido comprender la paralización de sus casos por atender el presente trabajo académico.

ÍNDICE

PORTADA	i
TITULO.....	ii
ASESORES Y MIEMBROS DEL JURADO.....	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE.....	vi
RESUMEN	viii
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN:.....	xii
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1 Descripción de la realidad problemática	1
1.2 Formulación del problema:	3
1.2.1 Problema general:	3
1.2.2 Problemas específicos:.....	3
1.3 Objetivos de la investigación.....	4
1.3.1 Objetivo general:	4
1.3.2 Objetivos específicos:.....	4
1.4 Justificación e importancia de la investigación	4
1.4.1 Justificación:.....	4
1.4.2 Importancia:	5
1.5 Limitaciones del estudio:	7
1.6 Delimitación del estudio:.....	7
CAPÍTULO II: MARCO TEORICO.....	8
2.1 Antecedentes de la investigación:.....	8
2.1.1 Antecedentes de Investigaciones de carácter Nacional:...8	
2.1.2 Antecedentes de Investigaciones de carácter Internacional:.....	10
2.2 Bases teóricas	12
2.2.1 España: “La doctrina de la Conexión de Antijuridicidad”.	12

2.2.2 Colombia: “Regulación de las Excepciones de Vinculo atenuado, Fuente Independiente y Descubrimiento Inevitable”	20
2.2.3 México: “Regla de Exclusión a nivel Constitucional”	25
2.3 Marco conceptual	28
2.3.1 Proceso Penal:	28
2.3.2 La Prueba Judicial:	36
2.3.3 La Prueba Prohibida:	39
2.3.4 Excepciones a la Prueba Prohibida:	51
2.3.5 Jurisprudencia Nacional	53
2.4 Formulación de la hipótesis:	73
2.4.1 Hipótesis general:	73
2.4.2 Hipótesis específicas:	74
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	74
3.1 Diseño metodológico	74
3.1.1 Tipo de investigación	74
3.1.2 Nivel de investigación:	75
3.2 Población y muestra	76
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	76
3.3.1 Técnicas	76
3.3.2 Instrumentos	77
3.4 Técnicas para el procesamiento de la información.	77
3.5 Aspectos éticos	77
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	78
4.1 Resultados	78
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	82
5.1 Discusión	82
5.2 Conclusiones	84
5.3 Recomendaciones:	86
FUENTES DE INFORMACIÓN	89
• Referencias Bibliográficas:	89
• Referencias Electrónicas:	95
ANEXOS	100

RESUMEN

La Prueba Prohibida es el tema que carece de una teoría uniforme en la doctrina Procesal. No existe acuerdo respecto su denominación (Prueba Prohibida, Prueba Ilícita, Prueba Nula, etc.), definición (Tesis amplia o restrictiva), naturaleza jurídica (Derecho fundamental o garantía procesal) y consecuencias jurídicas (Nulidad, ineficacia, inutilidad, etc.).

En el Perú se ha otorgado la naturaleza jurídica de Derecho Fundamental y ha optado por una tesis restrictiva. Es decir, en nuestro ordenamiento, la Prueba Prohibida es aquella que infringe Derechos Fundamentales. Finalmente, respecto sus consecuencias procesales, se tiene a la INUTILIZABILIDAD, lo cual, es diferente a una nulidad u otra categoría procesal.

En el primer capítulo, se ha formulado el problema de investigación; para, seguidamente, precisar los objetivos, justificación, importancia, delimitación del tema y las limitaciones que se han presentado en la ejecución del presente trabajo.

En el segundo capítulo, se ha revisado tesis nacionales e internacionales que han analizado el tema de estudio; asimismo, se ha revisado la legislación y jurisprudencia de España, Colombia y México; y se finaliza esta sección con el estudio de sentencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional desde el 2005 al 2020.

En el tercer capítulo se explica la metodología y la técnica de investigación utilizado en el presente trabajo. El método es cualitativo pues no se utiliza números ni datos objetivos, sino el criterio racional que utilizan los magistrados en sus sentencias. Respecto la técnica, se ha utilizado el análisis documental (Hermenéutica como método de análisis) de Sentencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional del Perú.

En el cuarto capítulo, se presenta los resultados sobre las sentencias analizada en el capítulo anterior. Además, se presente un cuadro comparativo

respecto la regulación de la Prueba Prohibida en Perú, Colombia, España y México.

Finalmente, en el quinto capítulo se presenta la discusión de los resultados, las conclusiones y recomendaciones que han generado la presente investigación.

Palabras Claves: Prueba Prohibida, Prueba Ilícita, Regla de Exclusión, Excepciones a la Regla de Exclusión y Proceso Penal.

ABSTRACT

In summary, Prohibited Evidence is one that infringes Fundamental Rights regulated in the Constitution or International Treaties. However, the issue becomes complex when we learn that there are other definitions, there is no uniformity regarding its procedural sanction, its typology, its foundation and legal nature, the conception of the Exclusion Rule (and even its exceptions), among other aspects. The United States was the pioneer in the discussion in 1914 and to date the issue is still open. This research work analyzes this topic with a focus on the Peruvian Criminal Process.

In the first chapter, the problem that has started this research has been formulated, the objectives, justification, importance, delimitation of studies and the limitations that have led to their realization have been specified.

Then, in the second chapter, the national and international theses that have studied the subject of Illicit Evidence have been used; likewise, the legislation and jurisprudence of the countries of Spain, Colombia and Mexico have been reviewed; and finally, this section ends with the analysis of the Sentence of the Supreme Court and the Constitutional Court from 2005 to 2020.

The third chapter explains the applied methodology and the documentary analysis research technique that has been used in this research. The documents used are the Judgments of the Supreme Court and the Constitutional Court of Peru in order to assess whether their criteria used in relation to the Prohibited Test are based on Comparative Law, Jurisprudence and Doctrine on said subject. For this, Hermeneutics has been used as a method of analysis.

In the fourth chapter, the results on the sentences analyzed in the previous chapter are presented. In addition, a comparative table is presented regarding the regulation of the Prohibited Test in Peru, Colombia, Spain and Mexico.

Finally, the fifth chapter presents the discussion of the results, conclusions and recommendations that have generated this research.

Keywords: Prohibited Evidence, Illicit Evidence, Exclusion Rule, Exceptions to the Exclusion Rule and Criminal Procedure.

INTRODUCCIÓN:

El concepto de prueba es utilizado en diversos campos del conocimiento, siendo uno de ellos, el del Derecho. Por ejemplo, las teorías de las ciencias naturales (Física, Química, etc.) han debido someterse a un procedimiento estandarizado (método científico) que permita corroborar si son verdaderas o no. En forma análoga, la Prueba en un proceso judicial, se conoce como “Prueba Judicial” y tiene la función de acreditar o no la afirmación de cada una de las partes o “Sujetos Procesales” en un “Proceso Judicial”.

El Derecho es un conjunto de normas de carácter imperativo que los ciudadanos se comprometen a respetar con la finalidad de conseguir un **ORDEN SOCIAL**. Siendo así, el Proceso Judicial y la Prueba Judicial se mantiene en esa lógica. A nivel doctrinal (Estudio de teóricos del Derecho), el conjunto de reglas de la Prueba Judicial se conoce como “Derecho Probatorio” y define puntos importantes como su definición, objeto y/o finalidad, principios, limitaciones, entre otros aspectos relevantes.

El aspecto más problemático y polémico sobre la Prueba Judicial es en torno a la Prueba Prohibida, pues no existe consenso doctrinal en el Derecho Procesal Contemporáneo. La Prueba Prohibida es aquel material probatorio que se ha obtenido con la violación de derechos fundamentales de una de los sujetos procesales en el litigio judicial. Desde la lógica del derecho probatorio, dicho material no es admisible, pues es ilícito; sin embargo, la polémica se da cuando algunos ordenamientos jurídicos sí lo admiten por tener en ponderación otros valores como la verdad procesal, indemnización de la víctima, el carácter ético del sistema procesal, etc.

El presente trabajo se enfoca en estudiar la Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano desde el 2005 al 2020. Para ello se ha recurrido al análisis de diversas sentencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, así como la legislación nacional y extranjera de países como México, Colombia y España. En dicho procedimiento se ha tenido tres objetivos de investigación: Determinar si el Derecho Comparado (Objetivo 1), Jurisprudencia Nacional y

Extranjera (Objetivo 2) y la doctrina (Objetivo 3) han sido utilizadas o no en las sentencias significativas de la casuística judicial del Perú.

Se debe tener presente que el Perú es un país de cultura jurídica del *Civil Law* es decir la principal fuente de derecho es la Constitución, seguida de los Códigos y leyes, y, finalmente, la jurisprudencia. En ese sentido, los objetivos señalados en el párrafo *ut supra* son para observar si los estudios jurídico globales influyen o no en el tratamiento de la Prueba Prohibida en el periodo 2005-2020.

Finalmente, se espera que el presente trabajo contribuya a la evolución del Derecho Procesal Peruano y sea la base de otros estudios o reformas legislativa

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

El conflicto en la sociedad es inevitable, pues la prevalencia del interés de un grupo afectará a otro grupo distinto. Dicho fenómeno social genera tres escenarios posibles (Montes de Oca: 2013):

1. La Autotutela que consiste en recurrir a la fuerza física (guerra) para imponerse.
2. La Autocomposición que consiste en el arreglo directo de las partes para evitar el conflicto.
3. La Heterocomposición que consiste en delegar a un tercero imparcial que defina cuál de las partes tendrá la razón.

Con el surgimiento del Estado Moderno, la Heterocomposición se conoce como “Proceso Judicial”; el tercero imparcial que dará fin a la controversia se le denomina “Juez”; y su decisión, como “Sentencia” (Montes de Oca: 2013). La “Sentencia” debe contener una explicación racional de por qué una de las partes procesales tiene la razón; y no, la contraparte. Para ello, el juez debe valorar los documentos, grabaciones, testigos, informes científicos, que se aporten al proceso judicial. Estos elementos que sustentan una Sentencia se conoce como Prueba Judicial (Taruffo: 2009).

En la actualidad, existe diversos estudios jurídicos sobre la “Prueba Judicial” que se conoce como “Teoría de la Prueba”. Se tiene, por ejemplo, temas como “Las Cargas Dinámicas de la Prueba”, “Estándar Probatorio”, “La Probática”, entre otros temas interesantes. El presente trabajo se enfocará en uno de ellos, la llamada “Prueba Prohibida” o “Prueba Ilícita” enfocada en el Proceso Penal Peruano desde su primer caso en el 2005 hasta el año 2020.

¿En qué consiste este tema? Consiste en determinar hasta qué punto cada parte procesal puede aportar un medio probatorio en desmedro de los derechos fundamentales de la contraparte. Por ejemplo, el material probatorio

consistente en la grabación de una conversación privada de dos o más personas puede aportar información relevante para determinar la verdad sobre un hecho en litigio; sin embargo, dicho medio de prueba afecta el derecho fundamental a la intimidad de las personas que forman parte de la referida reunión privada. En otros términos, se genera una controversia entre la “Verdad Procesal” que es la finalidad esencial de todo Proceso Judicial (En especial del Proceso Penal), y de la otra parte, los Derechos Fundamentales del afectado. Dicho fenómeno jurídico se conoce como “Prueba Prohibida” o “Prueba Ilícita”.

La primera complicación del tema en estudio, es su falta de uniformidad en la nomenclatura: “Prueba Prohibida”, “Prueba Ilícita”, “Prueba ilegítimamente obtenidas”, etc. Asimismo, existe controversia sobre su definición, se tiene una “Concepción en sentido estricto” que solo abarca como límite a los derechos fundamentales; y una “Concepción Amplia” que, además incluye a las disposiciones legales e infra legales. En tercer lugar, no hay uniformidad sobre su fundamentación jurídica, algunos consideran la supremacía de los Derechos Fundamentales; y otro, el efecto disuasorio a los abusos en sede policial. En cuarto lugar, respecto su naturaleza jurídica o sus consecuencias procesales (Nulidad, inutilización o exclusión). Entre otros puntos, para finalmente concluir que no existe, a la fecha, una teoría uniforme que oriente su aplicación en los diversos ordenamientos jurídicos.

A nivel histórico, la discusión se inició en la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica con el caso “*Weeks (1914)*”. De esa forma, surge la “Regla de Exclusión” de la Prueba Ilícita por infringir de los derechos fundamentales del ciudadano en investigación. Sin embargo, dicha postura judicial garantista se ha modificado a partir del año 1974 con el surgimiento de las denominadas “Excepciones a la Regla de Exclusión”, las misma que consisten en admitir la Prueba Prohibida bajo determinadas circunstancias como la buena fe del operador policial, la prevalencia del interés social protegido, descubrimiento inevitable, etc. (Pisfil Flores: 2018).

En el Perú, por primera vez se trató la Prueba Prohibida en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional realizado en Trujillo (Año 2004) donde se admitió la aplicación de las excepciones a la Regla de Exclusión. A la fecha han transcurrido cerca de 18 años, sin embargo, no se tiene un estudio o jurisprudencia relevante que oriente su aplicación en los procesos judiciales. Ello ha generado un uso arbitrario de los magistrados peruanos; por ejemplo:

- En el Recurso de Nulidad 677-2016 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, caso “Los Petroaudios”, se concluye que cómo ninguno de los partícipes del diálogo autorizó su difusión, entonces estamos frente a Prueba Ilícita; por lo que corresponde su exclusión del proceso penal (Zevallos: 2017). Este caso tuvo como ponente al Juez Ricardo Brousset Salas en la Corte Superior y al Juez Figueroa Navarro en la Corte Suprema.
- En el Recurso de Nulidad 4826-2005 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, caso “El Polo”, se obtuvo material terrorista producto del ingreso ilegal al domicilio de Giovanna Anaya. En un principio, la Sala Penal Nacional excluyó dicho material ilícito y absuelve a la investigada; pero, finalmente, el supremo tribunal aplica la excepción de ponderación de interés para admitir la prueba cuestionada (Orillo: 2009).

En ese contexto, la presente investigación analiza los pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional con la finalidad de evaluar su aplicación en el Proceso Penal durante el periodo 2005-2020. Asimismo, se revisará los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de España, Colombia y México a efectos de comparar con el caso peruano.

1.2 Formulación del problema:

1.2.1 Problema general:

¿De qué manera se realiza el tratamiento de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano desde el 2005 al 2020?

1.2.2 Problemas específicos:

- De qué forma el tratamiento legal comparado de la Prueba Prohibida incide en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.
- Cómo incide el tratamiento jurisprudencial de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.
- Qué efectos produce el tratamiento doctrinal de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general:

Analizar de qué manera se realiza el tratamiento de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.

1.3.2 Objetivos específicos:

- **Objetivo específico A:** Determinar de qué forma el tratamiento legal comparado de la Prueba Prohibida incide en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.
- **Objetivo específico B:** Analizar como incide el tratamiento jurisprudencial de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.
- **Objetivo específico C:** Analizar qué efectos produce el tratamiento doctrinario de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.

1.4 Justificación e importancia de la investigación

1.4.1 Justificación:

Según Bernal (2010), la justificación de una investigación puede ser teórica, práctica y/o metodológica:

- **La justificación teórica** consiste en el cuestionamiento a las bases teoría de una disciplina y/o ciencia, a efectos de proponer su modificación o una nueva teoría en dicho campo de estudio.

- **La justificación práctica** consiste en buscar solución a un problema en concreto o, al menos, se propone estrategias que conlleven a la solución de dicho tópico.
- **La Justificación metodológica** consiste en proponer un nuevo método o estrategia para generar conocimiento en dicha disciplina y/o ciencia.

El presente trabajo no aporta una nueva teoría en el abordaje de la Prueba Prohibida, ni una metodología hacia ese fin; de modo que, no tiene una justificación teórica ni metodológica. Por el contrario, sí tiene una justificación práctica, pues se enfoca en el estudio de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal y en sus problemas prácticos que se presentan en los litigios judiciales, conforme se ha detallado en la sección “1.1.1 Formulación del Problema”.

En el periodo de estudio desde el 2005 al 2020 se observa la discusión de la Prueba Prohibida de forma asistemática de parte de la Corte Suprema y el Tribunal Constitución. Por ello, se va organizar la regulación legal y jurisprudencial a efectos de determinar la situación actual del tema en estudio en relación al Derecho Procesal Peruano.

1.4.2 Importancia:

Cada gobierno presidencial está plagado de escándalos de corrupción cuya discusión jurídica se vincula con la “Prueba Prohibida” o “Prueba Ilícita”. Por ejemplo:

- Alberto Fujimori (1990-2000): “Los Vladivideos”.
- Alejandro Toledo (2001-2006): “Interoceánica sur Perú – Brasil” (derivado del caso brasileño “Operação Lava Jato”)
- Alan García (2006-2011) “Los Petroaudios”
- Ollanta Humala (2011-2016) “Las agendas de Nadine” (derivado del caso brasileño “Operação Lava Jato”)
- Pedro Pablo Kuczynsky (2016-2018) “Westfield Capital” y “Club de la Construcción” (derivado del caso brasileño “Operação Lava Jato”).
- Martín Vizcarra (2018-2020) “Vacunagate”

A ello se debe agregar el caso “**Los Cuellos Blancos del Puerto**” que involucra altos magistrados de la Corte Suprema, Corte Superior del Callao y el derogado Consejo Nacional de la Magistratura.

En cada uno de los casos señalados, muchos de ellos aún en trámite judicial, se encuentra en discusión la obtención ilegal de fuentes probatorias. Ese incidente procesal va generar o habilitar varios mecanismos procesales para que las defensas de los imputados busquen extender y dilatar la investigación y/o proceso judicial.

Por ello, la importancia de este trabajo consiste en analizar jurídicamente la **Prueba Prohibida** con la finalidad de que se ordene su aplicación en el litigio judicial. Con ello, evitar debates largos y complejos que dificulten la resolución final de cada investigación y/o proceso judicial. Con ello, se orienta el accionar de los operadores del Derecho: Juez, Fiscal, Abogado, Policía, Investigado y víctima.

El presente estudio es un aporte al **Derecho Procesal Peruano**, sobre todo en uno de sus temas casi no tocado por los autores de la Doctrina Peruana. Sin embargo, existen otros puntos que deberán ser materia de estudio en otros trabajos académicos. Por ejemplo, el autor Pisfil Flores (2018) en su libro “**Prueba Ilícitamente Obtenida en el Proceso Penal: Fundamento Constitucional, doctrina jurisprudencia y posible excepciones**” menciona que estos temas no se encuentran resuelto en la casuística peruana:

- La oportunidad para solicitar la exclusión del material ilícito;
- La cuestión de si es posible su solicitud de oficio o a pedido de parte;
- Si corresponde sancionar o no a los privados que aportan prueba ilícita;
- entre otros temas.

Asimismo, en mi opinión, se tiene otros temas procesales sin respuesta como si es viable la discusión sobre prueba prohibida en la audiencia de Prisión Preventiva, si la aplicación de la regla de exclusión debe ser solo en materia penal o también en otras áreas del derecho, si debe regular su aplicación en etapa intermedia o no, entre otros tópicos.

Como se mencionó al principio de este apartado, la judicatura peruana se encuentra en procesos de casos emblemáticos que involucra a altos funcionarios públicos del Poder Judicial, Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Mención aparte que, el Perú es conocido por ser el único país que ha logrado mantener en prisión a sus expresidentes a partir del año 2000 (a excepción de Francisco Sagasti *Hochhausler*); sin embargo, todos estos casos se encuentran en trámite y no resueltos (a excepción de Alberto Fujimori Fujimori). Motivo por el cual, considero que la judicatura en su función de jurisprudencia también aportará a resolver cuestiones de la Prueba Prohibida y, en ese contexto, se espera coadyuvar a esa finalidad.

1.5 Limitaciones del estudio:

Existe escasos estudios serios sobre el tema en el Perú; por el contrario, existe libros de editoriales extranjeras que no tiene disponible una versión electrónica y gratuitas de sus materiales.

Asimismo, la pandemia Covid 19 impidió tener acceso a las bibliotecas de diversas universidades privadas o públicas como la Pontificia Universidad Católica del Perú o la Universidad Mayor de San Marcos. Ello si bien ha representado una limitación no ha impedido recurrir a los catálogos virtuales que nos ofrece la Universidad Privada San Juan Bautista.

1.6 Delimitación del estudio:

El presente estudio analizará la fundamentación de Sentencias de la Corte Suprema (Sala Penal) y el Tribunal Constitucional en torno a la Prueba Prohibida (ilícita) durante los años del 2005 al 2020.

CAPÍTULO II: MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes de la investigación:

2.1.1 Antecedentes de Investigaciones de carácter Nacional:

Para el año 2008, Castro Trigos concluye que no existe criterios jurisdiccionales para la admisión o exclusión de la Prueba Ilícita en el Perú. Asimismo, resaltaba la importancia de su regulación legal pues es lo más coherente para los operadores jurídicos peruanos. Finalmente, consideró factible la admisión de las excepciones de fuente independiente, a favor del reo, teoría del riesgo y el test de ponderación (determinados supuestos).

La tesis conjunta de Condori y Zapana (2019) que propone la regulación de las excepciones al interior del Código Procesal Penal Peruano específicamente en los casos de Corrupción y Crimen Organizado. Otros autores tienen una posición contraria como Gonzales (2018) pues considera que en la casuística judicial se vienen afectando derechos fundamentales con la admisión de la Prueba Prohibida.

Yupanqui (2019) concluye que la vía idónea para excluir la prueba prohibida debe ser la Tutela de Derechos en Investigación Preparatoria; y el Control de Acusación en Etapa Intermedia. Ello con la finalidad de evitar que el Juez de Juzgamiento tomen conocimiento de ella en juicio oral, pues de ser así, la prueba ilícita altera la objetividad del juez al momento de emitir el fallo.

Las autoras Valdiviezo y Apolinario (2018) concluye que, los procesos penales sobre delitos en contra de los funcionarios públicos se han observado la aplicación de las excepciones de buena fe, ponderación de interés y de fuente independiente. En esta tesis, se analizan seis casos

judiciales sobre Prueba Ilícita (Entre ellos el de la ex primera dama Nadine Heredia y Rómulo León-Alberto Quimper); de los cuales, solo uno de ellos se aplica la regla de exclusión.

Araujo Ignacio (2015) concluye que la doctrina (nacional y comparada), jurisprudencia y legislación influye en la aplicación de la Prueba ilícita en la judicatura peruana; a pesar que ello contradice el sistema garantiza que establece la Constitución Política del Perú.

Paredes Mujica (2017) propone la utilización del test de proporcionalidad para determinar si corresponde o no admitir la Prueba Prohibida. Para ello, propone adicionar algunas precisiones en el Decreto Legislativo Nro. 957 respecto los artículos 159° “Utilización de la Prueba” y 351° “Audiencia Preliminar” con la finalidad de habilitar su evaluación de admisión o no de parte del Juez.

En el mismo sentido, Zavala Ruiz (2019), propone como única excepción la aplicación del Test de Proporcionalidad, dado que, “las excepciones a la Regla de Exclusión”, que se vienen aplicando en la praxis judicial, son propias del derecho norteamericano, lo cual no es coherente con el sistema penal peruano. Finaliza su tesis proponiendo la inclusión del análisis del Test de Proporcionalidad en el Art. 159° del Decreto Legislativo Nro. 957.

Villegas Málaga (2020) parte de la premisa que la teoría del daño al contenido esencial del derecho fundamental es la acogida por el legislador peruano; y que, la misma no es correctamente utilizada por los operadores de justicia. Por ello, propone una teoría alterna, denominada “Test Jurídico de Fiabilidad Jurídica” a efectos de determinar la admisión o no de la “Prueba Prohibida” en un determinado proceso judicial. El referido autor parte de suponer la falta fiabilidad de todo acto de investigación que se ha realizado sin el debido procedimiento o vulnerando Derechos Fundamentales. Seguidamente, dispone que el

Juez debe analizar como única excepción la de plantear si es verosímil o no su contenido; y, ante cualquier indicio de duda, inadmitir o, de lo contrario, admitir la prueba cuestionada. Finalmente, menciona que el magistrado debe utilizar en su decisión las máximas de la experiencia, la ciencia y la racionalidad en general.

2.1.2 Antecedentes de Investigaciones de carácter Internacional:

En España, Margarita Simarro (2019) en su tesis doctoral analiza la actual regulación de la Prueba Electrónica en el Procedimiento Penal Español. Resalta que dicha normativa representa un avance en la regulación de la Prueba Prohibida en España, pues regula sus límites e incluso genera garantías para los afectados por ellas. En conclusión, la autora está a favor de la regulación de las excepciones como “Fuente Independiente”, “Hallazgo Casual” y “Confesión voluntaria del encausado”); y no, de las excepciones de “Buena fe” y “Prueba ilícita por particulares”.

Asimismo, se tiene a José Alcaide (2012) en cuya tesis doctoral analiza la evolución y decadencia de la Regla de Exclusión (de la Prueba Ilícita) en Estados Unidos y España. En la misma señala, que existen factores mediáticos que determinan su extinción; en el caso americano, cita el atentado terrorista a las torres gemelas del año 2002 en Nueva York.

Fernando López Cabello (2018), haciendo un estudio de derecho comparado entre España y México concluye que ambos ordenamientos coincidentes en la exclusión de la Prueba Ilícita; sin embargo, en el caso mexicano su protección jurídica es mayor pues se encuentra regulado expresamente en su Constitución Política (Art. 20 literal “A” apartado “IX”). Finaliza criticando la actual posición de la praxis judicial española y precisa que México, se encuentra en esa vía, pues en su jurisprudencia se han explicado las excepciones de la doctrina norteamericana.

Del Castillo (2019) en su tesis de licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de México, concluye que la exclusión de la Prueba Ilícita no se debe regular en el Juez de Garantías, sino también en el Juez de Juzgamiento. Identifica que no se le faculta al juez de juzgamiento iniciar investigaciones en caso de violación de derechos humano lo que pone en riesgo la admisión de una prueba ilícita en juicio.

Jaime Campaner Muñoz (2015) analiza que la doctrina de Conexión de Antijuridicidad del Tribunal Constitucional Español se aplica en contra del *REO*, cuando su origen en la Teoría de la Imputación Objetiva tiene una finalidad distinta. Además, concluye que la excepción del Nexo Causal Atenuado no es admisible en el ordenamiento español.

Elizabeth Franco Cervantes (2017) en su tesis de maestría concluye que las excepciones a la Regla de Exclusión no representan la violación de derechos humanos en el proceso, sino el ponderar otros valores importantes como la búsqueda de la verdad del sistema de justicia o la reparación del daño a las víctimas.

Agustina Alvarado Urizar (2017) en su tesis doctoral analiza los fundamentos de la Regla de Exclusión en España, Italia y Estados Unidos. Concluye que, dicho sustento jurídico no es sólido; lo que ha llevado en la praxis judicial se inaplique la regla de exclusión con las excepciones de la doctrina norteamericana.

Por otra parte, De Jesus (2015), jurista de República Dominicana, en su tesis doctoral concluye que el tratamiento legal de la obtención de prueba ilícita de forma digital es un tema no regulado en su país, por lo que sugiere su regulación pues el tema se viene abordando en diversos casos judiciales.

Asimismo, el autor Cayambe (2017) analizando la regulación ecuatoriana, concluye que, si bien la Constitución sanciona con la

ineficacia a la Prueba Ilícita, critica que la doctrina y jurisprudencia no han desarrollado criterios para su correcta aplicación de la Regla de Exclusión o a sus excepciones.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 España: “La doctrina de la Conexión de Antijuridicidad”.

2.2.1.1 Proceso Penal Español:

España como un “Estado” empezó su unificación con el matrimonio de los **“Reyes Católicos”** en el año 1469, ya que antes solo se componía de un grupo de reinos visigodos independientes entre sí. A partir de esta alianza matrimonial, comenzó la sistematización paulatina de sus normas legales y, sobre todo, en el campo procesal.

Antes de la unificación, el Reino de Aragón ya tenía constituido la **“Santa Inquisición”**; de modo que, luego del matrimonio, dicha institución se impuso a todo el territorio español en el año 1478. Por ello, la religión católica se convirtió en un requisito obligatorio para todos sus ciudadanos.

La **“Santa Inquisición”** se eliminó en el año 1834, pero durante dicho periodo se instauró un proceso inquisitorio (Penal) para condenar a todos aquellos que nieguen los principios de la religión católica. Estos procedimientos son conocidos por la practica usual de la tortura como método de obtención de la verdad, así como un Juez (Inquisidor) que determinaba qué pruebas se utilizaría y qué valor tendrían en su veredicto (Devis: 2017).

Cabe resaltar que, en el año 1835, se promulgó el **Reglamento Provisional de Administración de Justicia** que prohibía las ataduras, golpes con hierros, u otras vejaciones a los reos, así como también la

utilización de preguntas capciosas o engañosas de parte de los jueces (Simarro: 2019)

El proceso penal español se mantuvo con rasgos inquisitivos hasta el año 1872; recién en el año 1882 con la promulgación de la “**Ley de Enjuiciamiento Criminal**” se cambia a un “**Sistema Mixto**”. Es decir, con rasgos inquisitivos en la primera etapa de investigación, denominada “**Sumario**”; y, finalmente en el “**Juicio**” aplicar las características del sistema acusatorio, es decir con el debate contradictorio de las partes frente al juez.

Durante los años 1936 a 1975, España estuvo bajo el gobierno de una dictadura encabezada por el militar Francisco Franco; y, por tanto, en dicho periodo no se podía solicitar tutela de las violaciones a los derechos fundamentales. Dicha situación cambió a la muerte del dictador, lo cual se consolidó con la promulgación de una nueva Constitución en el año 1978. Por ejemplo, el Art. 53° del **capítulo 4 “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”** dispone:

- Hace referencia a los derechos reconocido en el Capítulo 2 los cuales deben ser respetados por todos los poderes públicos.
- Caso que se genera un incumplimiento de lo anterior se puede recurrir a los tribunales ordinarios o al Tribunal Constitucional vía amparo y de forma sumaria.

Ello conlleva a una interpretación de la **Ley de Enjuiciamiento Criminal** en clave de Derechos Humanos, situación inexistente en el periodo de la dictadura.

La referida legislación del Proceso Penal Español se compone de 7 libros y 999 artículos. Dentro de ellos, se destaca lo siguiente:

El Segundo Libro “Sumario” se inicia con diligencias que determinen si existen o no indicios de criminalidad para solicitar

la apertura de Juicio Oral. Estas diligencias son la inspección ocular, declaración del investigado, declaraciones de los testigos, el careo, informes periciales, diligencias limitativas de derechos, etc. Se caracteriza por ser reservada y por ser calificadas previamente por el Juez Instructor.

Respecto el segundo Libro, se debe destacar su **Título 8 “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”** pues contiene técnica de búsqueda de prueba con la ayuda de la tecnología de la geolocalización, ubicación “IP” de equipos conectados a la red de internet, videograbaciones, entre otros mecanismos solicitados por el fiscal, la policía judicial o de oficio de parte del Juez. Al respecto, Margarita Simarro (2019) considera que esta regulación representa un avance en las técnicas de investigación criminal en contra de la ciberdelincuencia.

Seguidamente, en el **Tercer Libro “Juicio Oral”**, se describe la función del Juez en juicio. En esta fase, nuevamente, el juez califica y actúa los actos de investigación realizados en el “Sumario”, pero con la participación y contradicción de las partes en litigio.

2.2.1.2 La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Español:

El primer antecedente es un caso laboral de fecha de 29/11/1984. Sucede que, **Francisco Poveda** fue despedido de su trabajo como redactor en la **Revista “Información”**, a consecuencia de la difusión de una grabación fonográfica entre él y un funcionario del Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Por ello, Poveda plantea un recurso de

amparo ante el Tribunal Constitucional para la nulidad de su despido; y así, retorne a su puesto laboral.

En la **Sentencia 114/1984**, el Tribunal finalmente no admite el recurso, sin embargo, hace unas precisiones jurídicas en ocho puntos:

- **Primero:** El Estado reacción frente afectaciones directa de los derechos fundamentales de parte del Poder Judicial, mas no, ante afectaciones genéricas como es el caso en análisis. Además, el recurrente no ha solicita la evaluación de dicha afectación en la vía ordinaria.
- **Segundo:** No existe un derecho fundamental a la no admisión de Prueba ilícita, sino que es expresión de la garantía objetiva e implícita de Protección de Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico. Asimismo, esta garantía no implica de plano la exclusión del material ilícito, sino que depende cada caso en concreto.
- **Tercero:** Nuevamente se reconoce que en el ordenamiento español no existe regulación expresa que prohíba la admisión de Prueba Ilícita. Del mismo modo, no existe uniformidad en la Doctrina; por ejemplo, en el *Common Law* se da prioridad a la obtención de la verdad, salvo el caso de estados unidos; y en el caso de Italia o Francia se prioriza la protección de los derechos fundamentales.
- **Cuarto:** Los magistrados definen que la regla de exclusión de prueba ilícita encuentra sustento en la posición preferente de los derechos humanos en el ordenamiento.
- **Quinto:** no cualquier afectación del Derecho Fundamental amerita su exclusión, sino que debe haber una debida ponderación.
- **Sexto:** El tribunal Constitucional es competente para analizar si en el presente caso se ha utilizado o no prueba ilícita, y con ello,

no se afecta las competencias de la justicia ordinaria pues este es autónomo en su decisión al caso.

- **Séptimo:** Se precisa que no toda afectación al derecho al secreto de las comunicaciones tiene contenido constitucional, sino que depende de las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, en el presente recurso no se ha dado la afectación por un tercero ajeno a la conversación, sino por uno de sus interlocutores, por lo que no se configura la presunta violación al derecho de secreto de las comunicaciones.
- **Octavo:** No existe afectación al derecho de la Intimidad pues el contenido de la comunicación no afecta la información personal del recurrente.

Luego, en el año 1998 se suscita otro caso, pero de materia penal. Sucede que, se condenó a **Juan Domínguez Duran** por el delito de traspaso de drogas a un tercero. Cabe precisar que, se llega a dicha información por la revisión de su equipo de celular sin su consentimiento. Por ello, J. Domínguez interpuso recurso de Amparo, pues su condena ha tenido como sustento el material probatorio ilícito derivado de la revisión de su equipo telefónico. Finalmente, el tribunal con su **Sentencia 81/1998** desestimo su recurso de amparo en siete puntos:

- **Primero:** Delimita que la discusión se centra en determinar si se condenó o no al recurrente en base a prueba derivada de la intervención ilícita de su equipo celular (Incautación de drogas y testimoniales de los guardias civiles).
- **Segundo:** Se especifica que el derecho en cuestión es del Secreto de la Comunicaciones. Se precisa que como todo derecho fundamental tiene una doble dimensión: Subjetiva y Objetiva. Y Si bien la prohibición de prueba ilícita no está

regulada en la Constitución Política, sí se desprende del sistema de protección de derechos fundamental del Estado de Derecho.

- **Tercero:** Se explica que el derecho a la Presunción de Inocencia se encuentra ligado a un debido proceso con todas las garantías; sin embargo, la Presunción de Inocencia no se afecta si a pesar de existir prueba ilícita en el juicio, se ha tomado en cuenta otras pruebas sin conexión con la ilicitud.
- **Cuarto:** Se empleo el termino de “**Conexión de Antijuridicidad**” para referirse a la vinculación necesaria entre la prueba ilícita y la prueba refleja o derivada con la finalidad de que tengan la misma sanción procesal de exclusión.
- **Quinto:** El Tribunal analiza que de la revisión ilegal del celular solo se obtuvo información sobre una visita del sentenciado a otras personas, lo cual es un dato neutro que no tiene vinculación con la incautación de droga. Además, debido al seguimiento que era objeto el sentenciado, entonces es lógico que igual se le iba intervenir sin necesidad de revisar el celular. Por ello no hay una **conexión de antijuridicidad** entre la revisión ilegal del celular y la incautación de la droga.
- **Sexto:** Se precisa que la tutela del Derecho al Secreto de las Comunicaciones ha quedado satisfecha pues la Corte Suprema no ha tomado en cuenta los mensajes del celular intervenido, sino otros elementos probatorios.
- **Séptimo:** El Tribunal Supremo ha llevado a cabo el procedimiento con todas las garantías.

Alcaide (2012) explica que, la “Conexión de Antijuridicidad” consiste en partir del presupuesto de independencia de la prueba refleja (Prueba Derivada) de la prueba ilícita, a menos que se demuestre su “Conexión de Antijuridicidad”. Asimismo, Gómez (2008) precisa que, no basta solo una “Conexión natural” entre la Prueba Ilícita y la Prueba Refleja para

su exclusión, sino también demostrar el requisito propuesto por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, se debe describir el “**Caso Falciani**”, en donde Hervé Falciani en su condición de trabajador de la filial suiza del **Banco HSBK** (*The Hong Kong and Shanghai Banking Corporation*) obtuvo información de una lista de 130,000 evasores fiscales de diversas nacionalidades. Hervé reveló dicha lista a la **Justicia Española** con la finalidad de tener beneficios penitenciarios. Por ello, con esa información se inició proceso por evasión fiscal a muchas personas.

Una de las personas fue **Sixto Delgado de la Coba** quien interpuso un recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de excluir dicha lista por la afectación de su derecho a la intimidad. Ello generó la **Sentencia 97/2019** de fecha 16/7/2019 que desestimó el recurso con sustento en seis puntos:

- **Primero:** Se delimita el tema al análisis de la Regla de Exclusión en España. Se precisa que el Tribunal Supremo desestimó el recurso judicial de impugnante pues considera que la prohibición de utilización de prueba ilícita está dirigida a los agentes del Estado y no, a particulares.
- **Segundo:** Se menciona la jurisprudencia anterior a la Sentencia 114/1984, que se caracteriza por tener claro de la aplicación o no de la regla de exclusión debido al vacío legal en el ordenamiento español.

Así como también se resumen los aportes de la Sentencia 114/1984:

- a) la afectación del derecho fundamental no se presume, sino que debe acreditarse en cada caso en concreto.

- b) La aplicación de la prohibición de admisión de Prueba lícita se debe al principio de posición preferente de los derechos fundamentales del Estado.
- c) Se tiene que aplicar el test de proporcionalidad en cada caso.
- **Tercero:** Se explica que la “**Conexión de Antijuridicidad**” se compone de la conexión causal, pero requiere otros elementos adicionales para realizar la ponderación:
 - a) **Control Interno:** Analizar las características e intensidad de la violación del derecho fundamental.
 - b) **Control Externo:** Evaluar las necesidades generales de prevención y disuasión de la vulneración consumada en el Proceso Penal.
- **Quinto:** El Tribunal Constitucional comparte la interpretación realizada por el Tribunal Supremo respecto el Art. 11.1 de la ley Orgánica del poder Judicial. Es decir, dicha afectación solo afecta al Estado y no incluye a los agentes privados.
- **Sexto: Realiza el juicio de ponderación al caso en 4 literales:**
 - a) La vulneración de la Intimidad financiera de parte de un privado no tiene relevancia constitucional.
 - b) No existe conexión entre la afectación a la intimidad bancarias que realizó un privado con el Proceso Penal en análisis.
 - c) **Control Interno:** La información obtenida no afecta la intimidad económica del recurrente.
 - d) **Control Externo:** La resolución del caso no fomenta prácticas de afectación al derecho de intimidad financieras de parte de particulares en España.

Por otra parte, en el aspecto procesal penal, no se tiene regulado el modo de cómo accionar en contra de aquel material probatorio que vulnera Derechos Fundamentales. Por ello, se observa que, el desarrollo técnico jurídico de la Prueba lícita se genera por procesos

constitucionales como el caso de Poveda en el año 1984, “La Conexión de Antijuridicidad” en 1998 y el caso “Falciani” en el 2019. Una salida al vacío mencionado sería la aplicación supletoria del Art. 287° de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sí tiene regulado el momento y legitimación para cuestionar la ilicitud probatoria.

2.2.2 Colombia: “Regulación de las Excepciones de Vinculo atenuado, Fuente Independiente y Descubrimiento Inevitable”

2.2.2.1 Proceso Penal Colombiano:

El Proceso Penal colombiano es de carácter **Acusatorio**; es decir, diferente al **Proceso Penal Mixto (Como el caso español)**. Básicamente, la diferencia entre un sistema acusatorio y mixto se da en la diferencia de roles de cada sujeto procesal. Un fiscal que se dedica a investigar, un juez que decide la resolución del caso, y un abogado que se encarga de sostener la defensa técnica del imputado/investigado; por el contrario, en un sistema mixto toda la actividad de investigación y juzgamiento se encuentra vinculada al Juez del caso.

La actual regulación se expresa en la Ley Nro. 906 del año 2004 “**Código de Procedimiento Penal Colombiano**” y se compone 8 Libros. En general su proceso se resume en el “**Libro 2: Técnica de Indagación e Investigación de la Prueba y Sistema Probatorio**” y en el “**Libro 3: El Juicio**”.

El Segundo Libro se compone de 6 títulos, de los que debo destacar el “**Título 1: La Indagación y la Investigación**” y el “**Título 3: Formulación de la Imputación**”. Esta primera fase es controlada por el Juez de Garantías y se precisa lo siguiente:

- La Policía Judicial se encarga de realizar los actos urgentes e inaplazables que incluye entrevistas (víctima o testigos presenciales), inspecciones, recolección de objetos del delito, etc. Para finalmente dar cuenta al fiscal de turno para que asuma

la dirección de la investigación. Seguidamente el fiscal se reúne con la Policía Judicial para establecer un programa metodológico para abordar la investigación del caso.

- Algunos actos de investigación no requieren autorización judicial (Cap. 2 del título 1) como: Inspección del lugar del hecho, inspección de cadáver, inspección en lugares distinto a donde se suscitaron los hechos, aseguramiento y custodia, exhumación, registros y allanamientos. Si bien los registros y allanamiento se pueden dar en un inicio sin orden judicial, algunos objetos no son susceptibles de registros como la comunicación escrita con el abogado defensor/ testigo que, no obligados a declarar, así como toda documentación (incluso digital) que contenga información confidencial. Luego del registro y allanamiento se requiere acudir al juez para su respectivo control de legalidad.
- Los actos que sí requieren autorización judicial (Cap. 3 del Título 1): Inspección corporal, registro personal, muestras que involucren al investigado, entre otros que afecten los derechos fundamentales del investigado.
- Se faculta a la defensa del imputado o al mismo investigado a realizar sus actos de investigación como entrevistas, inspecciones e informes periciales a través de instituciones privadas con el costo a su cargo (Cap. 6 del Título 1).
- El Fiscal solicita la Audiencia de Formulación de Imputación para ponerle en conocimiento al investigado su condición frente al Juez de Garantías (Título 3). En dicha audiencia se puede solicitar una medida de aseguramiento del imputado como la Detención Preventiva, Vigilancia Electrónica, vigilancia de una institución, impedimento salida del país, prohibición de salir de su casa de 6 a.m. a 6 p.m., entre otras. El imputado puede comparecer o ser representado por su abogado. Se otorga un

plazo, luego de lo cual, el fiscal tendrá que precluir el caso o formular acusación frente al juez de conocimiento.

Se debe precisar que, en casos de **FLAGRANCIA**, se realiza en un plazo razonable y de inmediato la referida **Audiencia de Formulación de Imputación** y se discute como primer punto la legalización de la detención del investigado (**“Audiencia de Legalización de Captura por Flagrancia”**). En esta oportunidad se puede plantear si este acto ha vulnerado o no los derechos fundamentales del aprehendido.

El libro 3 “El Juicio” se compone de 6 títulos y se resalta lo siguiente:

- En el **título 1 “De la Acusación”** se explica la **“Audiencia de Formulación de Acusación”** en donde el fiscal acusa al investigado cuando exista probabilidad de verdad de la realización del hecho delictivo. La Acusación contendrá la individualización de los acusados, relación clara de los hechos de relevancia jurídica, nombre y dirección del abogado del acusado, la relación de bienes que serán confiscados y el material probatorio del caso. Se celebra ante el Juez de Juzgamiento. En la misma se discute inicialmente las oposiciones u observaciones planteadas por la defensa, así su ofrecimiento probatorio para el presente caso. Esto último se conoce como “Descubrimiento Probatorio”.
- En el **título 3 “Audiencia Preparatoria”** se regula la “Audiencia Preparatoria”, es decir, una sesión frente al juez previa al juicio con la finalidad de depurar y determinar el acervo probatorio conforme el Art. 359. Además, el Art. 360 permite la exclusión de Prueba ilegal en esta sede; es decir aquel material probatorio que no cumple reglas legales y tiene implicancia en los derechos fundamentales del acusado (investigado).

- Finalmente, en el **titulo 4** se desarrolla el “**Juicio Oral**” donde se actúa toda la prueba ofrecida lo que conllevará a la resolución del Caso.

2.2.2.2 Prueba Ilícita en el Proceso Penal Colombiano:

El Art. 29 de la Constitución Política de Colombia (1991) sanciona con nulidad toda prueba obtenida fuera del “Debido Proceso”. Sin embargo, en clara contradicción con su Carta Magna, el Nuevo Código Procesal Penal (Ley 906 del año 2004) ha regulado tres excepciones de admisión de Prueba Ilícita:

“Art. 455: 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”

El 25/10/2000 se emitió una Sentencia Casacional como consecuencia de un escándalo político. Sucede que en el mes de julio del año 1997 se hizo pública por la “Revista Semana” la conversación telefónica entre el ministro de Energía y Minas Rodrigo Villamizar y el ministro de Comunicaciones Saulo Arboleada, donde ambos se ponía de acuerdo en la licitación de 81 emisoras de frecuencia moduladas. Finalmente, se le condenó al ministro Saulo Arboleada, pero no con sustento en la comunicación ilícita, sino con otros medios de pruebas que surgieron a raíz del escándalo señalado.

Se debe precisar que la misma Sentencia Casacional precisa que dicha comunicación es ilícita y, por tanto, debe excluirse; sin embargo, la defensa de Saulo Arboleada impugnó ante la Corte Constitucional que se estaría usando prueba derivada de la referida comunicación ilícita. Finalmente, con la Sentencia SU 159/02 se señaló lo siguiente:

“La **Noticia Criminis** constituía fundamento suficiente para que la Fiscalía iniciara la investigación preliminar ... No es admisible,

entonces, afirmar que el Estado quedaba impedido para investigar sobre cualquier aspecto referente a la **Noticia Criminis** ... ya que tal tesis llevaría al absurdo de promover que los infractores de la ley optaran simplemente por divulgar en forma anónima un documento privado o comunicación íntima donde se relaten los hechos ilícitos cometidos, para así paralizar la acción de la justicia”

Asimismo, se debe precisar que en el Proceso Penal Colombiano también se habilita la figura de tutela de Derecho para poder excluir la Prueba Ilícita o ilegal en cualquier parte del Proceso. Ello se desprende de una interpretación del Art. 86 de su Constitución Política sobre la acción de tutela de Derecho y el literal J del Art. 8 del Código de Procedimientos Penales que habilita como el derecho de controvertir prueba de parte del investigado en un Proceso Penal.

Además, en el año 2005, la Corte Constitucional en su Sentencia C591 ha mencionado que, la regulación de las excepciones no representa una carta libre para infringir los derechos constitucionales, sino es un criterio de interpretación que orienta su aplicación del Juez dependiendo cada caso.

Por otra parte, las Sentencia C-591/05 y T-233/07 de la Corte Constitucional de Colombia han clasificado los vicios en la Prueba de la siguiente forma:

- 1) **Prueba Irregular** cuando se vulnera normas administrativas como la Cadena de Custodia o norma legal que no afecta derechos fundamentales. Su sanción no es su exclusión, sino se resta su valor probatorio.
- 2) **Prueba Ilegal** es cuando se viola una norma legal que alcanza un derecho fundamental.
- 3) **Prueba Ilícita** es cuando se afecta directamente un derecho fundamental.

- 4) **Prueba ilícita que afecta gravemente derechos humanos** como la desaparición forzada o tortura. En este caso se debe cambiar a los funcionarios que llevaron el caso.

Ricardo Medina Rico (2017) en su estudio sobre la Prueba Ilícita en Colombia, concluye que a partir del Nuevo Código Procesal está derogado el termino Prueba Prohibida, el cual se refiere a situaciones que, a pesar de haber respetado el debido proceso, son prohibida como prueba por el ordenamiento Jurídico. Asimismo, hace la distancia entre la Prueba Ilícita y la Prueba Ilegal, siendo la primera la que se refiere a la vulneración de los derechos fundamentales; mientras que la segunda, se refiere a las reglas procesales de la Ley Nro. 906.

2.2.3 México: “Regla de Exclusión a nivel Constitucional”

2.2.3.1 Proceso Penal Mexicano:

El Proceso Penal Mexicano se encuentra regulado en el **Código Nacional de Procedimientos Penales (2014)** y es de corte Acusatorio como el caso colombiano. Ello se desprende del Art. 20 de la Constitución Política de México, la misma que fija sus principios como: Publicidad, Contradicción, Continuidad e Inmediación.

La referida norma procesal penal se compone de 490 artículos y de dos libros: **Libro 1: Disposiciones Generales** y **Libro 2: Del Procedimiento**.

El Libro 2 describe, en general, al **Proceso Ordinario** con las siguientes fases:

- Fase de Investigación (Investigación Inicial e Investigación Complementaria),
- Fase Intermedia o de preparación de Juicio
- El Juicio.

En la primera fase, luego agotar la “**Investigación Inicial**”, el fiscal solicita al **Juez de Control de Garantías** la realización de la “**Audiencia Inicial**” con la finalidad de:

- 1) Realizar la **FORMULACION DE IMPUTACIÓN**, es decir se informa el **Hecho Criminal** y los actos de investigación realizados.
- 2) Luego, se le pregunta al investigado si desea manifestarse sobre ello o ejercer su derecho a guardar silencio.
- 3) Si el investigado guarda silencio o manifiesta ser inocente, entonces el fiscal solicita al magistrado que se pronuncie sobre **LA VINCULACIÓN A PROCESO DEL INVESTIGADO** (Presunción fuerte de vinculación al delito en investigación) previa exposición de su fundamentación conforme al Art. 313. y el respectivo traslado a la defensa del investigado (a).
- 4) En caso de resolverse la **VINCULACIÓN A PROCESO**, continua como debate el pedido de alguna medida cautelar, siendo la **PRISIÓN PREVENTIVA** la más grave y de *ultima ratio*.
- 5) Finalmente, se discute el plazo de la investigación complementaria. Se debe precisar que, en casos de **Flagrancia**, el primer punto en discusión en la **Audiencia Inicial** es el **Control de Legalidad de la Detención del investigado**. En esta oportunidad se puede cuestionar la ilicitud de su realización.

Luego sigue la segunda fase, la Etapa Intermedia que se encuentra regulada en el título 7. En esta etapa se realiza:

- 1) la Formulación de Acusación y el “Descubrimiento Probatorio” de sus actos de investigación.
- 2) Se compone de una fase escrita en que se pone de conocimiento a la defensa del investigado para que pueda plantear alguna observación a la misma.
- 3) La otra fase es oral y en ella, la defensa plantea sus observaciones y ofrece sus medios de pruebas; y, en viceversa, se corre traslado al fiscal para que formule sus observaciones.

Por último, se tiene la fase final, **El Juicio**, donde las partes plantean inicialmente sus **Alegatos de Apertura**; luego, el **Debate Probatorio**; y, finalmente, los **Alegatos de Cierre**. Finalmente, el magistrado debe

resolver el caso con su Sentencia basada en la prueba desarrollada en juicio.

2.2.3.2 Prueba Ilícita en el Proceso Penal Mexicano:

Del mismo modo que Colombia, el Art. 20° de la Constitución Mexicana a partir del 2008 sanciona con nulidad toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.

En ese mismo sentido, el Art. 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales (Año 2014) habilita para que, en cualquier momento del Proceso Penal, se pueda solicitar la nulidad exclusión de la Prueba Ilícita.

Asimismo, es necesario precisar que el Proceso Penal Mexicano es Acusatorio y se divide en tres fases: Investigación, Etapa Intermedia y Juicio Oral. La segunda etapa sirve para depurar los medios probatorios y otros aspectos de la primera etapa antes de llegar a Juicio. Por ello, se habilitado con el numeral II del Art. 346° del Código Nacional de Procedimientos la exclusión de Prueba Ilícita en la audiencia de Etapa Intermedia.

A nivel legislativo, se tiene a la “Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” que fue aprobada el 26/6/2017. En específico, el capítulo 2 regula el procedimiento de exclusión de Prueba Ilícita en el supuesto de tortura.

A nivel jurisprudencial, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación están admitiendo las excepciones de buena fe, descubrimiento inevitable y nexos causales atenuados. Dicho proceder, desconoce el fundamento constitucional de la Regla de Exclusión conforme lo sostiene Sara Chávez (2018).

Asimismo, se tiene el Amparo Directo en Revisión 3886/2013 que se suscita por un secuestro realizado en el estado de Chihuahua de una

mujer en estado de gravidez. La desaparecida fue vista por última vez con su novio, lo que motivo al Ministerio Público de la Federación a reunir elementos para formular acusación contra esta último. Dentro de los actos de investigación estuvo en la revisión de las comunicaciones de la desaparecida y su novio, e incluso el saber su ubicación por la geolocalización que le brindó la empresa telefónica; todo ello sin permiso judicial.

Finalmente, luego de ser condenado. el novio interpuso muchos recursos cuestionan varios aspectos, entre ellos, la violación de su derecho de las comunicaciones; ante ello, la Primera Sala resolvió que, si bien en el presente caso no hubo un permiso judicial, la situación sí ameritaba pues se entiende que la víctima hubiese dado su libre consentimiento para dar su ubicación y ser rescatada.

Se debe destacar que, en la actualidad existen proyectos de ley que buscan modificar el Art. 264 del Código Nacional de Procedimiento Penales con la finalidad de incluir las referidas excepciones. Una de ellas, es la senadora Yolanda de la Torre Valdez quien propuso el 8/8/2017 la referida reforma, sin embargo, fue rechazado el 30/4/2018 por la Cámara de Diputados.

El 12/12/2017 se expidió la Ley de Seguridad Interior, la cual autoriza las acciones de inteligencia sin necesidad de orden judicial previa; en específico, respecto la intervención de comunicaciones. Sin embargo, debido a las acciones constitucionales de grupos en defensa de los derechos humanos, se obtuvo su derogación el 15/11/2018.

2.3 Marco conceptual

2.3.1 Proceso Penal:

2.3.1.1 Definición y Principios:

Para entender el concepto de “Proceso Penal”, se tiene que partir de la premisa que en todos los “Ordenamientos Jurídicos” se tiene un

“Código Penal” donde se sanciona con una “Pena Privativa de Libertad” un número determinado de conductas que atentan contra la “Sociedad”. Esas conductas se conocen como “Delitos” y el mecanismo para su aplicación se conoce como “Proceso Penal”. Si se desea ser más exacto, se debería decir “Proceso Judicial Penal” y, con ello, se puede entender que se refiere al litigio entre dos partes contrarias, la supuesta víctima y el investigado, las cuales acuden al Juez para determinar cuál de ellas tiene la razón.

Según Maier (2008), el Procedimiento Penal es un método, regulado jurídicamente, para determinar la verdad de una imputación penal. Para ello, recurre a un proceso de conocimiento histórico a través del aporte de **PRUEBA** de cada una de las partes en litigio. Según el citado autor, la prueba en el Proceso Penal se compone de los siguientes principios:

1) **Investigación Oficial de la Verdad**; es decir ese objetivo no es de carácter privado de las partes como el caso de un Proceso Civil. En un Proceso Penal existe un interés público de hallar la verdad; de modo que, los órganos competentes serán los principales propulsores de la misma, con las respectivas facultades que le otorgue la normativa.

Este principio, en la actualidad sigue vigente, pero con ciertas modificaciones. Por ejemplo, la descripción original se refiere propiamente a un sistema mixto donde el Juez dirigía la investigación en contra del investigado e incluso podría disponer diligencias adicionales con la finalidad de llegar al convencimiento total. A la fecha, dicha competencia le corresponde al Ministerio Público y, si bien tiene mayores prerrogativas al momento de realizar sus actos de investigación; ello, no releva el papel de la defensa de construir su propia hipótesis con sus respectivos medios de prueba para poder confrontar en Juicio.

2) **Libertad de Prueba**; es decir las partes son libres de aportar al proceso las diligencias que den soporte a su pretensión. La ley

dispone limitaciones, pero no con la finalidad de limitar la libertad de las partes, sino evitar que se presente prueba inútiles e ineficaces al objeto de controversia en el litigio penal.

- 3) **Libre Convicción en la valoración de la Prueba;** es decir el magistrado no tiene ninguna disposición legal que le obligue a otorgar un valor probatorio a determinado acto de prueba; ello, en contraposición al sistema de Prueba legal del periodo inquisitivo. Asimismo, si bien el juez es libre de emitir su apreciación, la misma debe ser explicada en la Sentencia con la finalidad de explicar su fundamentación racional que le ha llevado a la decisión que ha resuelto el caso.
- 4) **Comunidad Procesal de Prueba;** es decir una vez presentado el material probatorio por determinada parte procesal, entonces el resultado de su actuación es libremente asumido por el magistrado, independiente del interés de la parte que lo haya propuesto. Ello se da por la finalidad de conseguir la verdad en el Proceso Penal.

2.3.1.2 Sistemas Procesales: Origen histórico y características.

- **Origen del Sistema Acusatorio Rudimentario:**

Durante la Edad Antigua, solo han existido formas rudimentarias que no se asemeja al Proceso Penal Moderno. Por ejemplo, se tiene “**la Venganza Privada**” donde las partes solucionaban sus diferencias a través de una campaña campal.

Un intento de querer regular los abusos de los ofendidos fue la “Ley de Talión” que solo permitía el castigo del culpable en proporción al daño generado. Este principio se expresó en diversas normas de la época como el Código Hammurabi (Imperio de Babilonia), la Ley Mosaica (Pueblo Judío) y la Ley de las XII Tablas (Roma Republicana Antigua). Durante la etapa republicana de la Roma Antigua (Años 509 al 27 antes de Cristo) surgió, por primera vez en la historia, un proceso penal rudimentario denominado “**Sistema Formulario**”, el cual consistía en

que las partes podían recurrir a un “Magistrado” (Juez), el cual resolvería el asunto **en función a las pruebas que se aporten al debate**; es decir, el Juez no tenía facultad de introducir pruebas al litigio (Cubas: 2009).

Posteriormente, en **la Roma Imperial**, la Justicia se monopolizó por el Estado, el cual otorga más facultad al juez para aportar pruebas que le sirvan de convicción en su Sentencia. Asimismo, se elimina la posibilidad de los ciudadanos en recurrir a la figura alterna del Árbitro para solucionar sus controversias. Estas modificaciones al sistema de Justicia Romano tomaron el nombre de “**Sistema Extraordinario**”.

- **Origen del Sistema Inquisitivo:**

La Roma Antigua en su etapa imperial oficializó la religión del cristianismo como parte de su gobierno a efectos de buscar unidad en su vasto territorio en el mundo. Ello generó un cambio en casi todas sus leyes, tanto en el Derecho Privado como el Derecho Público (Derecho Penal).

Al eliminarse el Imperio Romano en Europa, su sistema de leyes perduró en la zona durante toda la Edad Media (Siglo V al XV). En términos jurídicos, se ha denominado a este cuerpo legal como Derecho Canónico. En el ámbito penal, se instauró el “Proceso Penal Inquisitivo” caracterizado con duras condenas (Tortura, castigo, hoguera, etc.) para aquellos que blasfemaban contra Dios. Es decir, durante esta época se equiparó el concepto de **Delito** al de **Pecado**. Asimismo, se legitima la figura del Rey pues se considera el representante de Dios. Se desapareció la figura del agraviado como persona, pues el ofendido en todos los casos era Dios o la Iglesia.

El Proceso Inquisitivo surge en el siglo XIII y sus máximos exponentes fueron el Santo Oficio de la Santa Iglesia Católica Apostólica Romana y la Santa Inquisición Española. Se caracterizó por el uso de las

ordalías o juicios de Dios, así como el empleo de la tortura para saber lo realmente acontecido (Ponce: 2019).

- **Origen del Sistema Acusatorio Formal o Mixto:**

El “Proceso Penal” racional con todas las garantías que conocemos en la actualidad, se empezó a gestar a partir de la publicación del libro titulado “**Los delitos y las Penas**” del italiano **Cesar Beccaria** en el año 1764. En su prólogo crítica las leyes penales aplicadas en Europa hasta ese momento pues consideran que se encuentran a servicios del Rey en desmedro de sus súbditos. Asimismo, destaco algunas ideas que hoy son pilares del Proceso Penal Moderno:

- En las leyes deben estar fijadas de manera comprensible las normas de convivencia. Cualquier persona debe poder comprender si su conducta es un delito y qué sanción le corresponde.
- Eliminación de la tortura.
- Las penas deben ser proporcionable a la gravedad de los delitos.
- Las penas deben ser iguales para todos los ciudadanos.
- El poder legislativo y el judicial deben estar separados.

Luego, en la Edad Moderna con la Revolución de la Razón, se dejó de lado el modelo inquisitivo para retomar el Proceso Penal rudimentario que ya se practicaba en la Roma Antigua Republicana. En ese contexto, vuelve a resurgir el denominado Modelo Acusatorio de la Roma Antigua, pero esta vez, por tener rasgos escriturales, se le denomina Mixto.

El aspecto positivo de este nuevo modelo procesal es el resurgir de los derechos del ciudadano. Esta vez, el encargado de juzgar sería el Estado, pero no representado por un Rey, sino por el pueblo. Por otra parte, el lado negativo se observó en su falta de publicidad y en la falta de contacto de los magistrados con las partes (Ponce: 2019).

A nivel histórico, uno de los grandes productos del Imperio Francés de Napoleón Bonaparte (1804-1815) fue el “**Código Civil**” (Vigente hasta el día de hoy), a la par, del “**Código Penal (1810)**”. Dichas normativas contenían el denominado “**Proceso Mixto**”, es decir que se componía de una primera parte reservada y escritural, y, una segunda parte que disponía el Juicio Oral con las características del pasado Sistema Romano. Durante su imperio, Napoleón dominó gran parte de Europa y, ese modo, su sistema procesal persistió en esos lugares aún después de su derrota en el año 1815 (Rosas: 2013).

Países como España o Alemania mantiene este modelo en su sistema procesal penal.

- **Sistema Acusatorio Moderno:**

En Latinoamérica surgió un movimiento reformador de su normativa procesal penal con la finalidad de afianzar las recientes democracias de forma posterior a las dictaduras de los años 70. Por ejemplo; en Chile con Pinochet (1974-1990), en Perú con Velazco Alvarado (1968-1980), en Bolivia por Hugo Banzer (1971-1978), y en Argentina con Jorge Videla (1976-1981).

Alberto Binder (2014) explica que, en sí toda Latinoamérica, a partir de los años 70 empezó una progresiva reforma de su sistema de Justicia Penal, pues durante los años previos, la regulación penal había sido manipulado por gobiernos dictatoriales.

En ese contexto, surge los sistemas procesales de corte acusatorio; es decir, adaptando la normativa procesal estadounidense a la realidad

jurídica de cada país latino. Se caracteriza por relegar el papel del Juez a un segundo plano, un mero sentenciador. Básicamente se caracteriza por la publicidad de todo el procedimiento, la libertad del imputado hasta la condena definitiva y la igualdad de derechos entre el acusador y el acusado (Rosas: 2013).

Antes de finalizar este apartado, se debe precisar que las reformas procesales referidas no se pueden adaptar de forma plena al modelo estadounidense, pues este obedece a ordenamiento jurídico como es el **COMMON LAW**. En contraposición, los estados latinoamericanos pertenecen al ordenamiento jurídico del **CIVIL LAW** cuya fuente de derecho es la **Ley**; a diferencia del otro modelo donde la fuente de derecho es la **Jurisprudencia (Casuística Judicial)**.

- **Caso Peruano:**

En el año 1991, con el Decreto Legislativo Nro. 638 se intentó reformar el antiguo Código Procedimiento Penales de 1940, pero no se concretizó. Años posteriores, en el año 2004 se generó el cambio de un modelo mixto a un modelo acusatorio de partes con el **Decreto Legislativo Nro. 957 “Nuevo Código Procesal Penal”**.

Esta nueva normativa procesal, contiene la lógica de un sistema acusatorio. Es decir, se define el rol de cada una de las partes procesales. Fiscal investigador, Juez que decida la resolución del caso y una defensa activa para la prueba de descargo. A nivel normativo, se tiene un título preliminar con los términos “Oral”, “Público”, “Contradictorio”, “Plazo Razonable” y “Etapa Intermedia” que definen los rasgos del neonato proceso penal acusatorio aplicado en el Perú. Asimismo, se cuenta con siete libros, siendo el tercero titulado “Proceso Común” con la siguiente subdivisión:

a) La primera es titulada “La Investigación Preparatoria” y consiste en las primeras diligencias preliminares y actos de investigación que le permitan decidir al fiscal si solicita Acusación o Sobreseimiento

de una investigación penal. En esta fase, la defensa puede ofrecer actos de investigación y documentales, pero previa calificación del fiscal del caso.

- b) La segunda se titula “Etapa Intermedia”** y es en esta fase donde se realizará la Audiencia Preliminar conforme el Art. 345.3 y el Art. 351 del citado código. En esta sesión se realizará los cuestionamientos que se han explicado en el **Audiencia de Preparación a Juicio** en el caso colombiano y en la propiamente **Etapa Intermedia** del caso mexicano. Se debe precisar que en esta fase no se genera el denominado “Descubrimiento Probatorio”, ya que la fiscalía no ha mantenido en reserva sus actos de investigación; a diferencia del caso mexicano y colombiano. De modo que, si la defensa o el actor civil desea presentar un medio de prueba, el mismo ha debido ser presentado a la fiscalía en la fase anterior “Investigación Preparatoria”.
- c) Finalmente, se tiene la tercera sección titulada “Juzgamiento”**, en la que un Juez nuevo decide si condena o absuelve en base al debate probatorio que se genere en juicio.

Según Cesar San Martin (2015), el Nuevo Código Procesal Penal ha adoptado un sistema acusatorio por las siguientes razones:

- Se reconoce el señorío de la Fiscalía en la persecución del delito y la conducción de la investigación penal con el pleno concurso de la Policía.
- El imputado y su defensa, al igual que la víctima, tienen plenas facultades para conocer las actuaciones de investigación.
- Las actuaciones de investigación preparatoria no tienen carácter jurisdiccional.
- Una etapa intermedia destinada al control de las actuaciones de investigación y, en especial, del requerimiento del fiscal.

- La presencia de un juez profesional con obligación de motivar los fallos en la *questi facti* y la *questio iuris*.
- La correlación entre la Acusación y el fallo.

2.3.2 La Prueba Judicial:

- **Definición y objeto:**

El concepto de **Prueba** es más amplio que el que se le suele atribuir en el contexto judicial. Por ejemplo, en el método científico se tiene que recurrir a la Prueba para demostrar la hipótesis de una teoría. Del mismo modo, en otros campos del conocimiento, se suele referir al hecho de dar consistencia o a una afirmación de hecho o dato (Devis: 2017).

Cuando la noción de Prueba se utiliza en el proceso judicial, se le denomina "**Prueba Judicial**". A nivel doctrinal existe muchas definiciones, las que se pueden clasificar en tres grupos (Miranda Estrampes: 1997):

- a) La prueba como una actividad procesal de las partes y del juez,
- b) La finalidad que se pretende obtener,
- c) Actividad de verificación o de comprobación.

En términos empíricos, la **Prueba Judicial** es el sustento material de cada una de las partes en litigio judicial con la finalidad de generar convicción de su pretensión frente al Juez. En esa línea, si los hechos que plantean cada parte procesal no presentan contradicciones, entonces no tiene sentido ofrecer prueba en ese punto; la Prueba Judicial es pertinente cuando hay pretensiones diferentes, lo que conllevara a un debate frente al juez.

Por ello, en teoría general de la Prueba, se ha establecido que no corresponde probar leyes universales, máximas de la experiencia u otro conocimiento análogo respecto la litis. En el caso peruano, se tiene los

numerales 2 y 3 del Art. 155 del Nuevo Código Procesal Penal que dispone que, no son objeto de prueba: las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

- **Finalidad:**

La finalidad de la “**Prueba Judicial**” se encuentra relacionado con la finalidad jurídica del Proceso Judicial. Por ejemplo, si la finalidad del Proceso Judicial es encontrar **la verdad de los hechos**, entonces los medios probatorios/prueba se orientará a dicho fin; en contraposición, si la finalidad del Proceso Judicial es “**La resolución de Conflictos**”, entonces el material probatorio se orientará a una finalidad distinta (Taruffo: 2008)

En el presente estudio, se comparte la posición del italiano Michelle Taruffo (2008), el cual sustenta que la **Verdad Procesal** se encuentra ligada a la función de un **Estado de Derecho** que consiste en garantizar una **decisión justa** en la resolución de conflictos.

Por otra parte, Miranda Estrampes (2004) sostiene que la **Verdad Procesal** es un vestigio del derogado proceso inquisitivo de la Edad Media. En dicho sistema procesal, con la finalidad de llegar a la verdad se justificaba situaciones como la tortura o vejación como medio de obtención de prueba o castigo en la Sentencia Final. Asimismo, sostiene que en el Proceso Judicial es imposible llegar a la verdad por las limitaciones de tiempo que se limitan cada proceso judicial y que, más bien, dicha finalidad se orienta al campo filosófico y no jurídico.

Al respecto, el italiano Luigi Ferrajoli (2007) con su teoría del **GARANTISMO JURÍDICO** propone la protección de derechos fundamentales como un objetivo principal de todos los Estados Constitucionales de Derechos. El referido autor sostiene que esta finalidad tiene una justificación en la **BUSQUEDA DE JUSTICIA** de todos los modelos constitucionales contemporáneos del mundo (Aguilera y López: 2011).

En ese sentido, se puede deducir que la postura de **FERRAJOLI** se alinea con **TARUFFO** en esa relación que existe entre la **VERDAD** y la **JUSTICIA** en las modernas constituciones del mundo. Cabe resaltar que la postura de **FERRAJOLI** es duramente criticada en la doctrina, sin embargo, en el presente trabajo se considera la más acertada.

- **Su aplicación en un Sistema Acusatorio:**

La utilización de la Prueba varía según el sistema procesal adoptado. En el caso de un sistema procesal mixto, se genera desde el inicio del proceso penal en la Instrucción. El magistrado desde el inicio del **SUMARIO** o **INSTRUCCIÓN** ya toma conocimiento de las diligencias de investigación que se llevarán a cabo; para, finalmente, en juicio, solamente actuar las nuevas que proponga la fiscalía o la defensa del acusado. Pero en sí ya la prueba ya está en el expediente y, el magistrado solo le basta leer el expediente judicial, para tomar una decisión final del caso: **CONDENAR** o **ABSOLVER**.

Por el contrario, en un sistema procesal acusatorio, se tiene la figura de dos jueces; el primero que no resolverá la controversia, pues su función es garantizar el principio de legalidad en esta primera etapa; y, por último, el juez de juzgamiento que resolverá el caso en función al debate en **Juicio Oral**. Precisamente en esta última es donde recién se forma **la Prueba** que será utilizada en la Sentencia que ponga fin al caso.

- **Caso Peruano:**

El Decreto Legislativo Nro. 957 del año 2004 introdujo una nueva normativa procesal penal en el Perú. Si bien no se afirma expresamente, del Título Preliminar y de su esquema procesal, se concluye que estamos en un **SISTEMA ACUSATORIO**.

En ese contexto, el desenvolvimiento de la Prueba será de forma progresivo en sus tres etapas procesales (García Huanca: 2018) con su libro “Fases y Elementos de la Teoría del Caso en el Sistema Acusatorio”:

- **Fase de Ofrecimiento Probatorio** en la **Etapa Intermedia** como parte del Requerimiento Acusatorio.
- **Fase de Admisión Probatorio** a cargo de un Juez (Diferente al de Juez de Juzgamiento) que resolverá en base a los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.
- **Fase de Actuación Probatorio** en el **Juicio Oral**. Excepcionalmente se admite nueva prueba si es posterior a la Acusación o el reexamen de medios probatorios inadmitidos en etapa intermedia.
- **Fase de Valoración Probatorio** a cargo del Juez de Juzgamiento.

El esquema propuesto no significa que antes de la **ETAPA INTERMEDIA** no exista ninguna evidencia relevante para el procedimiento. Lo que sucede es que los primeros actos se conocen como **ACTOS DE INVESTIGACIÓN** y como se realizan sin la presencia del magistrado, todavía no tiene ese valor de **PRUEBA**; sin embargo, mucho de estas iniciales diligencias serán luego utilizadas por el fiscal en la etapa correspondiente. Debe precisarse que estos **ACTOS DE INVESTIGACIÓN**, a nivel de código procesal penal, se le denominan **ELEMENTOS DE CONVICCIÓN**.

2.3.3 La Prueba Prohibida:

2.3.3.1 Antecedente Histórico de la Prueba Prohibida:

En el año 1914, se suscitó el caso *Weeks* y se dio en la Corte Federal de Estados Unidos. El caso consistió en que el ciudadano *Freemon Weeks* transportaba billetes de lotería por correo, lo cual estaba tipificado como delito en aquellos tiempos en Estados Unidos.

En base a esa sospecha, los agentes policiales federales inician acciones de investigación en contra de *Weeks*, siendo uno de ellas, el registro domiciliario en su vivienda sin una orden judicial; lo cual estaba prohibido conforme a la Cuarta Enmienda de la Constitución Estadounidense.

Freemon Weeks cuestionó su condena ante la Corte Suprema y se resolvió el 24/2/1914. La decisión fue unánime por los jueces: *White, Mckenna, Holmes, Day, Lurton, Hughes, Van Devanter, Lamar y Pitney*. La conclusión fue que se ha violado los sus derechos constitucionales reconocido en la Cuarta Enmienda. Además, se desarrolló la doctrina de la Integridad Judicial; es decir que el Estado no puede equipararse al delincuente para hacer Justicia, sino que, debe respetar los derechos fundamentales de las personas al interior de un proceso penal.

De ese modo surgió toda una jurisprudencia a favor de la denomina **“Regla de Exclusión”**, sin embargo, hasta ese momento, dicha regla solo se aplicaba en los tribunales federales, mas no en los Estados al interior del país. Ello se conoció como **“La doctrina de la Bandeja de Plata”** y tuvo su consagración normativa en el caso **“*Wolf vs. Colorado*”**. En este caso, los jueces estatales ***Frankfurter*** y ***Black*** establecieron que, si bien la regla de exclusión tiene un efecto disuasivo frente a los policías, ello no limita a que se utilice otros mecanismos más o menos eficaces; de modo que dicha regla no es vinculante para los demás Estados (Miranda Estrampes: 2019).

Con el caso **“*Mapp vs. Ohio*”** se extendió la regla de exclusión a los Estados Federados, pues se conectó la IV Enmienda con el derecho al debido proceso reconocido con el XIV Enmienda. En concreto, en este caso, los policías del Estado de Ohio ingresaron al domicilio de *Dollree Mapp* sin orden judicial y con la supuesta finalidad de buscar a un

fugitivo de la justicia; siendo así encontraron material pornográfico lo cual estaba penado en dicha época.

Otro caso importante es “**Silverthorne Lumber Co. Vs. U.S**” en donde surge la doctrina de los “**Frutos del Árbol Envenenado**”. Es decir, la prueba derivada de una prueba prohibida tiene la misma connotación jurídica y se debe de excluir. En dicho caso, los agentes federales ingresaron a la Empresa para realizar una inspección de carácter administrativo, situación en la que se incauta documentación incriminatoria para los representantes de la Empresa. Finalmente, la Corte exige la devolución de lo incautado, pero el fiscal se queda con una copia y, posteriormente, requiere nuevamente la incautado a la Empresa con la finalidad de promover nuevamente la acción penal sin el cuestionamiento original de la obtención de la documentación incriminatoria. Por ello, la Corte definió que si la incautación documental inicial fue ilícita entonces lo derivado tiene la misma consecuencia jurídica.

Miranda Estrampes (2019) explica que la “Regla de la Exclusión” a nivel social generó una imagen de impunidad en los casos criminales que eran resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos. Ello fue el motivo para que a partir del **caso U.S. vs. Calamandra** en el año 1974 se empiece un nuevo planteamiento para corregir la expectativa de Justicia de la sociedad estadounidense. Fue en este último caso, donde se eliminó la concepción que la Regla de Exclusión como Garantía Constitucional y, por el contrario, se le definió como un mecanismo disuasorio de los abusos policiales.

2.3.3.2 Nomenclatura y Definición:

El término “**Prueba Prohibida**” surge de la conferencia del alemán Ernst von Beling en el año 1903 con el título “**Die Beweisverbote als Grenze dé Wahrheitsforschung im Strafprozess**” – traducida al español como “La prohibición de las pruebas como límite de la verdad

en la instrucción criminal”. Para luego ser utilizada en la Sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional Español por primera vez en el habla hispana y, de ahí, trasladarse a la jurisprudencia de los países latinoamericanos (Paucar y Guizado: 2022).

Sin embargo, en la doctrina se ha utilizado indistintamente el término “Prueba Prohibida” o “Prueba Ilícita”. Por ello se observa libros como **“La Prueba Prohibida y la Prueba Preconstituida en el Proceso Penal”** de José María Asencio Mellado o el libro **“El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el proceso penal”** de Manuel Miranda Estrampes. E incluso en otros textos se puede encontrar otras nomenclaturas como “Prueba Nula”, “Prueba Inconstitucional”, “Prueba ilícitamente Obtenida”, “Prueba Clandestina”, etc. (Miranda Estrampes: 2014)

Respecto su definición, se tiene una concepción amplia que abarca todo clases de infracciones en contra de toda norma rango infra legal, legal o constitucional; así como una concepción restringida que se limite a aquellas normas que infringen los derechos fundamentales regulados en la Constitución. En la actualidad, solo se utiliza la concepción restrictiva con la finalidad de no confundir este tipo de infracciones con otros remedios procesales como la subsanación procesal, la convalidación, etc. (Asencio: 2008).

2.3.3.3 Naturaleza y Fundamento Jurídico:

- **NATURALEZA JURÍDICA:**

En el caso mexicano se la define como una **GARANTÍA OBJETIVA DEL DEBIDO PROCESO PENAL**. Otros ordenamientos la catalogan como un **DERECHO FUNDAMENTAL** a que los medios probatorios prohibidos no sean admitidos, actuados, ni valorados; a la par que, como todo Derecho Fundamental admite sus limitaciones en determinados supuestos.

También se ha sostenido que es un “**LÍMITE**” al ejercicio del **DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA**. Es decir, este derecho comprende el ofrecimiento, la admisión, la conservación, la actuación y la valoración de la Prueba en juicio; y específicamente, en la fase de admisión, la prueba ofrecida se somete a filtros legales como **PERTINENCIA, UTILIDAD, CONDUCENCIA y LÍCITUD**. Precisamente, este último filtro jurídico definiría la naturaleza jurídica la **PRUEBA PROHIBIDA**.

- **FUNDAMENTO JURÍDICO:**

En la sección anterior, se ha utilizado diferentes denominaciones como “Derecho Fundamental Autónomo”, “Garantía Procesal” o como “parte de un Derecho Fundamental” para determinar la Naturaleza Jurídica de la Prueba Prohibida.

Por el contrario, el “Fundamento Jurídico” de una institución jurídica responde al sustento de su existencia en dicho ordenamiento jurídico. Es decir, responde a la pregunta ¿Por qué existe? Por el contrario, la naturaleza jurídica se refiere a su ubicación específica dentro dicho ordenamiento legal (Alvarado: 2017).

En el Derecho Comparado, se encuentra las siguientes posiciones teóricas:

- a) **PRESUNCION DE INOCENCIA** regulado en el Art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. A nivel peruano, se tiene al autor Sergio Pariona Canales (2018) que se adhiere a esta postura en un artículo académico de la página web “LP – Pasión por el Derecho”. Del mismo modo, el magistrado supremo Cesar San

Martin en su publicación del año 2012 se adhiere a esta postura conforme detalla Paucar y Guizado (2022).

- b) **TUTELA PROCESAL EFECTIVA (DEBIDO PROCESO)** o en las garantías judiciales previstas en el Art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.
- c) **DERECHO A LA VIDA PRIVADA** previsto en el Art. 11 de la Convención Americana de Derecho Humanos.
- d) **“DETERRENCE EFECT”** o **Efecto Disuasorio** de los abusos de parte del cuerpo policial. Esta tesis surgió en la jurisprudencia estadounidense. En la actualidad, este fundamento ha generado las siguientes reglas procesales en los Estados Unidos (Miranda: 2019):
 - La Regla de Exclusión solo es aplicable en casos criminales y no en otras ramas del Derecho.
 - Solo puede ser invocada por la persona afectada con la cuestionada actividad probatoria ilícita.
 - Solo abarca a la prueba ilícita obtenido por el cuerpo policial, mas no a la obtenido por terceros.

e) PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

Daniel Pisfil (2018) explica que este fundamento se utiliza en las naciones de España, Alemania e Italia. El inicio de esta doctrina se dio en la Sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional Español donde estableció que la finalidad de su ordenamiento es la posición preferente de los Derechos Fundamentales. Cabe resalta que, en dicho momento, España no tiene nada regulado expresamente en relación a la prueba ilícita, sin embargo, este pronunciamiento dio origen a todo un desarrollo doctrinal en adelante.

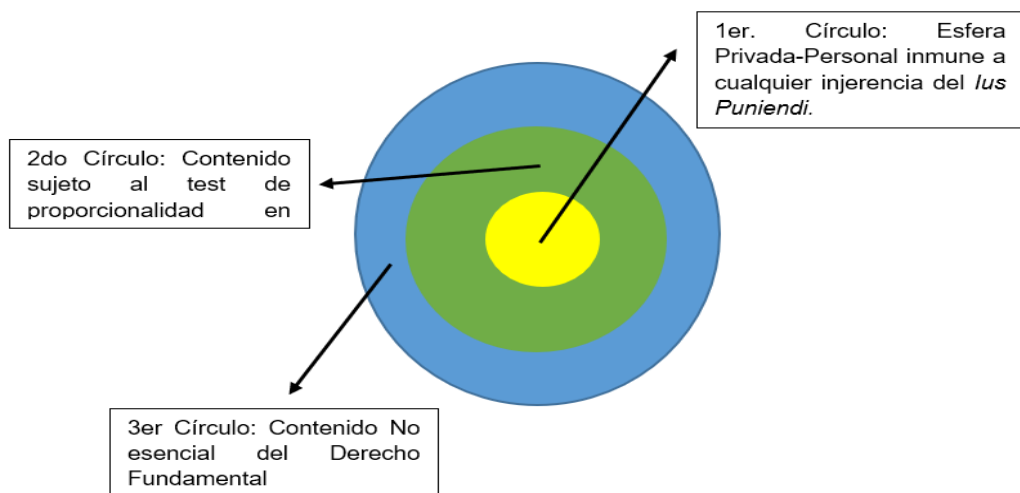
2.3.3.4 Consecuencia Jurídica Procesal: Regla de Exclusión

A nivel legislativo, se tiene los ordenamientos mexicanos, ecuatoriano y colombiano que expresamente en su “Constitución Política”

sancionan el ofrecimiento, admisión, utilización y valoración de la Prueba Prohibida. En el caso ecuatoriano se tiene el numeral 14 del Art. 24 de su Constitución Política del año 1998 que sanciona con **INVALIDEZ** el ofrecimiento, admisión, utilización y valoración de la Prueba Prohibida. En el caso mexicano se tiene “principio IX”, literal A del Art. 20 de la Constitución Política que sanciona con **NULIDAD** toda aquella prueba que haya sido obtenido con violación de Derechos Fundamentales. Y en el caso colombiano se tiene el Art. 29 de su Constitución Política que sanciona con **NULIDAD** a la Prueba Ilícita.

En el caso español no se tiene nada regulado en su Constitución Política, sin embargo, en el año 1985 se implementó en su Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo Art. 11.1 dispuso que toda aquella prueba que viole directamente o indirectamente los derechos fundamentales no tendrán efectos legales en cualquier procedimiento.

En el caso alemán, se utiliza la exclusión probatoria, pero solo en el caso de afectación del “Contenido Esencial” del Derecho Fundamental; es decir, no cualquier afectación a derecho fundamentales amerita dicha sanción procesal. Para ello, su jurisprudencia ha desarrollado la teoría de los tres círculos de afectación de los derechos fundamentales; que se entiende mejor con una gráfica:



Siendo que aquellos casos que afecte el primer círculo no corresponderán aplicar la regla de exclusión. Por el contrario, en los supuestos del segundo círculo es viable la aplicación del test de proporcionalidad a efectos de determinar si corresponde o no afectar dicho derecho fundamental. Y, finalmente, el tercer círculo que se puede afectar sin necesidad de realizar el test de proporcionalidad entre las finalidades constitucionales en controversia (Miranda Estrampes: 2010).

Por otra parte, en la legislación italiana se sanciona la prueba ilícita con la **INUTILIZACIÓN**, es decir con su no utilización en el proceso en curso. Al respecto, su doctrina y jurisprudencia han construido una diferenciación entra **INUTILIZACIÓN PATÓLOGICA** e **INUTILIZACIÓN FISIOLÓGICA**; siendo la primera en referencia al concepto de **PRUEBA PROHIBIDA**, y la segunda, en referencia aquellos actos de investigación que se obtuvieron de forma legal pero no se puede introducir al proceso por no haberse realizado con aplicación del contradictorio de todas las partes procesales (Alvarado Urizar: 2017)

2.3.3.5 Caso Peruano:

a) Nomenclatura:

En la emblemática sentencia del caso Quimper se utiliza el término “Prueba Prohibida”; y en el Acuerdo Jurisdicción realizado el 2004 en Trujillo se utiliza indistintamente “Prueba Prohibida” y/o “Prueba Ilícita”.

En la actualidad, la jurisprudencia más se alinea por el término “**Prueba Ilícita**”; sin embargo, conforme al Decreto Legislativo Nro. 957, el nombre que se debe utilizar es el “**Prueba Ilegítima**”; ello conforme al encabezado del Art. VIII del Título Preliminar.

Por su parte, la norma Suprema del Perú, la Constitución Política no utiliza ninguno de los términos mencionados. Por el contrario, se refiere a supuestos específicos como la tortura, interceptación de comunicaciones y allanamiento de domicilio, pero no utiliza una denominación en común.

b) Definición:

En las primeras sentencias que han tratado el tema en estudio, se ha utilizado de forma indistinta, una concepción amplia, así como una concepción restrictiva. Por ejemplo:

- Expediente 2053-2003-HC/TC “Caso Edmi Lastra Quiñones”: material probatorio que se obtiene y actúa con lesión de derechos fundamentales o la legalidad procesal.
- Expediente 2333-2004-HC/TC-Callao “Natalia Foronda Crespo y otras”. Se utiliza concepción restrictiva.
- Expediente 1915-2005-PHC/TC. Caso “Edgardo José Antonio Castro Baca”. Se utiliza concepción restrictiva.
- Expediente 655-2010-PHC/TC. Caso “Quimper Herrera”. Se utiliza concepción restrictiva y se hace referencia al efecto reflejo de la Prueba Prohibida.
- Casación 591-2015 Huánuco. Se utiliza concepción restrictiva.

En la actualidad ya la jurisprudencia es uniforme en utilizar una concepción restrictiva con la finalidad de intentar regular el tema.

c) Naturaleza Jurídica:

En el Perú, en los expedientes 10-2002-AI/TC-Lima “Marcelo Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos”, 2333-2004-HC/TC-Callao “Natalia Foronda Crespo y otras” y 6712-2005-PHC/TC – Caso Magaly Medina se ha adherido a la posición de que forma parte del **Derecho a la Prueba (Límite de Licitud)**.

El caso “Quimper” recaído en el Expediente 655-2010-PHC/TC y el caso “Giuseppe Balleta” en el Expediente 1601-2013-PHC/TC categorizan la regla de exclusión como un auténtico **Derecho fundamental**.

En el ámbito de la Doctrina Peruana, Daniel Pisfil Flores (2018) la define como una **GARANTÍA PROCESAL** del **DEBIDO PROCESO**, pues considera que es lo más coherente conforme al Estado Constitucional de Derecho que se adscribe la carta magna peruana de 1993.

d) Fundamento Jurídico:

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema no existe pronunciamiento expreso respecto al fundamento de la aplicación de la Prueba Prohibida. Sin embargo, por estar dentro de la familia jurídica del *Civil Law*, el parámetro de interpretación debe partir del sistema jerárquico de la pirámide de Kelsen:

1° Constitución Política.

2° Leyes

3° Jurisprudencia

4° Norma infra legal

En ese contexto, de los artículos 1°, 2°, 3°, capítulos 2 y 3 del Título 1° “De la persona y la Sociedad” de la Carta Magna, se desprende que el objetivo principal es la **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**. Por el contrario, en ninguna parte se hace mención al efecto disuasorio del cuerpo policial.

Se debe tener presente que, el **Efecto Disuasorio** se gestó jurisprudencialmente en un país donde **los jueces crean Derecho** (*Common Law*). Por ello, bajo ningún supuesto un magistrado peruano puede desarrollar esta tesis en sus decisiones judiciales.

e) Consecuencia Jurídica:

La Constitución Política del Perú no regula nada respecto la Prueba Prohibida, ni mucho menos de su consecuencia procesal. Respecto la legislación procesal, se sanciona con **NULIDAD ABSOLUTA** cuando se inobserven el contenido esencial de los derechos fundamentales en las actuaciones procesales conforme al literal “d” del Art. 150. Esta última disposición legal se correlaciona con la “**Concepción Restrictiva**” de la **Prueba Prohibida**; de modo que, el sistema jurídico sanciona con **NULIDAD** a la **PRUEBA PROHIBIDA** como el caso colombiano, mexicano y ecuatoriano.

Asimismo, se tiene el Art. VIII del Título Preliminar, artículos 155° y 159° del Código Procesal Penal, de inspiración alemana e italiana que concluye las siguientes reglas:

- a) Se excluye solo si se ha lesionado el “**Contenido Esencial**” del derecho fundamental. Razonamiento en contrario, si se afecta un contenido no esencial, entonces no corresponde la exclusión del material probatorio.
- b) El Juez debe excluir de oficio la **Prueba Prohibida**, pues no puede utilizarla directa ni indirectamente en la Sentencia.

Autores como Cesar San Martín (2015), sostiene que la consecuencia procesal es la **INUTILIZACIÓN**, ya sea en la fase de admisión en Etapa Intermedia o en la fase de valoración en Juicio Oral. Ello si bien podría ser la posición teoría de un jurista como muchos otros, sin embargo, San Martín es juez supremo y dispone los lineamientos interpretativos por intermedio de sus sentencias como en la Casación 319-2019-Apurimac.

f) Oportunidad Procesal:

- **Investigación Preparatoria:**

La regla de exclusión se puede solicitar vía tutela antes de la conclusión de la Investigación Preparatoria conforme lo ha dispuesto el Acuerdo

Plenario 4-2010/CJ-116 en su punto Nro. 17. Al respecto, el magistrado Neyra Flores en el Auto del **Exp. 4-2018-32 “Guido Cesar Aguilar Grados”** ha dispuesto que solo podrá excluir el material ilícito que está vinculado a violación de los derechos fundamentales regulados en el Art. 71 del Nuevo Código Procesal Penal.

- **Etapas Intermedias:**

En Etapas Intermedias, no opera la exclusión, sino la regla de inadmisión en respectivo debate probatorio regulado en el Art. 351° numeral 3 del Decreto Legislativo Nro. 957.

- **Juicio Oral:**

En juicio oral se puede solicitar su **INUTILIZACIÓN** vía reexamen o en los alegatos finales conforme al Art. 159° del citado cuerpo legal adjetivo. En conclusión, la finalidad es la misma, pero, de acuerdo a la etapa procesal, corresponde un término jurídico y procesal distinto.

- **Fase de Impugnación:**

Luego de la Sentencia de Primera Instancia, si el magistrado ha valorado la Prueba Ilícita en su motivación, entonces corresponde recurrir **vía apelación** con el petitorio de **NULIDAD**.

Luego de la Sentencia de Segunda Instancia, si el magistrado ha valorado la Prueba Ilícita en su motivación, entonces corresponde recurrir **vía Casación** por la causal regulada en el numeral 1 del Art. 429 del Nuevo Código Procesal Penal:

“1. Si la sentencia o auto han sido expedidos **con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material**, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías”

- **Habeas Corpus:**

La jurisprudencia es clara al mencionar que no se encuentra en legitimidad de excluir prueba prohibida pues ello corresponde a la jurisdicción ordinaria (655-2010-PHC/TC, Caso Quimper); sin embargo, si puede declarar la nulidad de aquellas resoluciones que afecten la libertad con sustento en Prueba Inconstitucional como los autos de Prisión Preventiva (Expediente 2054-2017-PHC/TC ICA).

2.3.4 Excepciones a la Prueba Prohibida:

2.3.4.1 Concepto y tipos:

La génesis de las excepciones a la regla de exclusión de la prohibida ha surgido desde el momento en se desconoció su protección constitucional en el sistema jurídico estadounidense; por el contrario, solo se le reconoció un efecto disuasorio para que las fuerzas policiales no vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos (Hernández: 2005).

Un grupo de autores como GUASP, MUÑOZ SABATE, ORTEGA PINTO, entre otros, sostienen su admisión en juicio con el fundamento de la consecución de la verdad material en el Proceso Judicial (Miranda: 2004). Otro sector de la doctrina, sustenta su admisión en la Autonomía del Derecho Procesal, pues si a nivel legal, no existe una prohibición, entonces corresponde su eficacia probatoria (Zapata: 2009).

Las Excepciones a la Regla de Exclusión han surgido en la jurisprudencia norteamericana y son las siguientes (Pisfil: 2018):

- a) **Fuente independiente:** El acto ilegal o sus consecuencias se pueden llegar por medios probatorios legales. Es decir, si se suprime el acto viciado, del mismo modo, se puede llegar a sus consecuencias por vías legales.

- b) **Descubrimiento inevitable:** No cabe la exclusión si la misma hubiera sido descubierto inevitablemente por los investigadores oficiales e independientemente de la lesión inicial.
- c) **Nexo causal atenuado:** A pesar de la existencia de violaciones constitucionales, la propagación del vicio se ha atenuado o eliminado por la falta de intermediación entre los últimos actos y el primer acto ilícito.
- d) **Examen de Ponderación:** exige valorar en cada caso en concreto si con ello se contribuirá positivamente a la consecución de prevenir las actuaciones ilícitas de la Policía, además de considerar la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión, la conciencia de la violación y el daño que la exclusión podría ocasionar.
- e) **Error inocuo:** Es aplicable a errores o defectos sin relevancia procesal, puesto que no influye en el fallo final.
- f) **Buena fe:** Si la prueba ilícita fue obtenida sin conocimiento de su ilicitud ya sea por ignorancia o por error.
- g) **Función Protectora de la Norma:** La función de la norma transgredida por el Poder Público debe de entrar en consideración en el juicio de consideración en el juicio de ponderación que haga el Tribunal.

2.3.4.2 Caso Peruano:

- **Regulación:**

A nivel nacional, el ordenamiento jurídico peruano no ha sido ajeno a dicho desarrollo jurisprudencial, pues en la fecha de 11/12/2004, se desarrolló un acuerdo plenario con el siguiente tema “**La Prueba Ilícita y la Prueba Prohibida**” donde se acordó admitir las excepciones a la prueba prohibida con las siguientes disposiciones:

- Se admite la excepción de **Buena Fe** en caso de flagrancia y bajo control del fiscal y el juez.
- En caso resulten **beneficiosa para el imputado.**

- En caso la vulneración de derecho fundamental sea de **un tercero diferente al imputado**.
- Excepción de **Ponderación de Intereses**, sobre todo en casos de Criminen Organizado.
- Con la finalidad de **destruir la mentira del imputado**.
- La excepción de **Teoría del Riesgo**, sobre en todo en el caso de que una de las personas participantes haga pública la comunicación privada.

2.3.5 Jurisprudencia Nacional

<p>PRIMER CASO</p> <p>Casación 10 2007 Trujillo – Sala Penal Permanente</p> <p>Delito: Robo Agravado.</p> <p>Sentenciado: Víctor Urquiza Cotrina.</p> <p>Agraviado: Persona natural.</p> <p>Ponente: Urbina Gambini.</p>
--

- El fiscal ofreció como documental en su Acusación: “el acta de declaración de testigo”. Dicho documental solo contaba con la participación del fiscal, por lo que fue negado conforme al Art. 383 numeral 1 literal d.
- En juicio oral se ofreció nuevamente como prueba nueva, la declaración testimonial, lo cual fue aceptado sin oposición del abogado del acusado.
- Finalmente, se condenó al imputado en primera y segunda instancia.

- Se interpuso recurso de casación y se concluyó que:
 - a) si bien no se cumple ninguno de los dos supuestos del Art. 173°, se debe tomar en cuenta que su finalidad es la EXCEPCIONALIDAD, y, por tanto, la testimonial sí encaja con dicha finalidad.
 - b) La finalidad del proceso es buscar la verdad y, por tanto, no se debe ser demasiado formalista.
 - c) No se afectado al derecho de la otra parte, pues se le permitió contradecir y sobre todo no planteo oposición a la admisión de la testimonial en su oportunidad.

SEGUNDO CASO

Nulidad 2076-2014 Lima Norte – Sala Penal Transitoria:

Delito: Tráfico de Influencias

Sentenciado: Danny Atencio Gonzales

Agraviado: El Estado.

Ponente: San Martín Castro.

- Con fecha 7/4/2009, se reunieron en un cafetín los representantes de una Cooperativa, Fernando Vílchez Vilcapoma, Nicanor Carrasco Rupay y Yolanda Cotos se reunieron con los abogados Doig Sánchez y Atencio Gonzales. En dicha reunión, Atencio Gonzales ofreció hablar un vocal de la Sala Civil (Corte Superior de Lima Norte) para que resuelva la Sentencia de Vista en favor de ellos.

- La fecha de 27/4/2009 hubo una comunicación telefónica entre Doig Sánchez y Vílchez Vilcatoma donde se informa que hay un pedido de dos mil quinientos dólares a favor del vocal y que sería entregado por intermedio de Atencio Gonzales.
- La fecha de 29/4/2009, los representantes de la Cooperativa denunciaron el hecho ante la OCMA. Razón por la que se armó todo un operativa para capturar en flagrancia al abogado Doig Gonzales.
- Se precisa que antes de la intervención, el equipo policial obligó a que Vílchez Vilcapoma llamara a Atencio Gonzales a efectos de confirmar la denuncia en giro. Sin embargo, este audio, no se aceptó como medio probatorio pues se realizó sin autorización judicial y, por tanto, se absolvió a Atencio Gonzales.

El fiscal promueve recurso de nulidad de la Absolución y la Corte Suprema resuelva a su favor, pues el audio en cuestión fue grabado con autorización del denunciante, por lo que sí reviste de legalidad y no es prueba ilícita. Asimismo, la sindicación a Atencio Gonzales ha quedado corroborado con las declaraciones testimoniales y de los otros sentenciados.

TERCER CASO

Casación 591-2015 Huánuco – Sala Penal Permanente:

Delito: Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligroso

Sentenciado: José López Urbano y Víctor Aguirre Solorzano.

Agraviado: El Estado.

Ponente: Figueroa Navarro.

- En etapa intermedia, no se admitió como medios probatorios las actas de registros personas de los acusados, así como la declaración testimonial de los policías Luis Rodríguez Alvarado y Leoncio Santos Ramírez.
- En juicio se actuaron otras testimoniales, informes periciales y documentales que determinaron una condena en primera y segunda instancia.
- La parte condenada interpuso recurso de casación sustentándose en que le han condenado en base a prueba derivada de prueba ilícita. Finalmente, se declaró infundado su recurso por las siguientes razones:
 - a) El objetivo del proceso es la búsqueda de la verdad, pero siempre que se respete el contenido esencial de los derechos fundamentales.
 - b) No existe consenso respecto la naturaleza jurídica de la Prueba Prohibida; pero, se la puede definir como aquella que vulnera derecho fundamentales o procesales.
 - c) Existen supuestos de prohibición absoluta de valoración como la interceptación de comunicaciones y la tortura regulados en la Constitución.
 - d) Es prueba irregular aquella que infringe una norma legal ordinaria. Además, dicha prueba forma parte de la categoría de prueba ilícita.
 - e) No toda prueba irregular amerita su exclusión del proceso. Solo se excluye la prueba irregular cuando se haya demostrado la violación del CONTENIDO ESENCIAL de un derecho fundamental.
 - f) La exclusión probatoria en etapa intermedia se basó en incumplimiento procesales establecidos en el Art. 210, no detallando en ningún momento la violación a algún derecho fundamental. A criterio de la Corte Suprema, no se debió excluir

dicho material probatorio, pues no ha afectado ningún derecho fundamental.

CUARTO CASO

Nulidad 2900-2016 Lima- 2da. Sala Penal Transitoria:

Delito: Tráfico Ilícito de Drogas.

Sentenciado: Yeirzon Alminco Ramírez.

Agraviado: El Estado.

Ponente: Cevallos Vegas.

- En este caso, se allanó un domicilio sin autorización judicial ni en estado de flagrancia, resultado del cual, se encontró 3 bolsas plásticas de 1.977 kilogramos de Pasta Básica de Cocaína. Durante el plenario se evidencio que la dueña del predio fue intimidada y atemorizada a efectos de permitir el ingreso rápido del personal policial.

Al respecto, los magistrados supremos en su mayoría opinaron que el caso expuesto se había vulnerado el derecho fundamental

a la propiedad y, por lo tanto, decidieron absolver al acusado Yeirson Alminco Ramírez por las siguientes razones:

- a) Se debe resaltar que, en **el Fundamento Jurídico 10º, los magistrados citan sentencias del Tribunal Constitucional Peruano** como 10-2002-AI/TC Lima y 1126-2004-HC/TC Lima que concluyen que la validez de una fuente prueba depende del respeto irrestricto de los derechos fundamentales. Finalmente, cita al **Tribunal Constitucional alemán**: “La averiguación de la verdad no puede lograrse a cualquier precio”.
- b) Por otra parte, el único voto en contrario fue el de SEQUEIRO VARGAS quien, **con sustento en la jurisprudencia comparada (Puntos 7 al 12), menciono que el presente caso no había infringido el contenido fundamente del derecho a la inviolabilidad de domicilio, más aún cuando el escuadro policial ha actuado de buena fe y con la finalidad de combatir el tráfico de drogas en el Callao (literales K y L del punto 13).**

QUINTO CASO

Casación 553-2018-Lambayeque: Sala Penal Permanente

Delito: Tráfico Ilícito de Drogas.

Sentenciado: Marco Olano Polo.

Agraviado: El Estado.

Ponente: San Martín Castro

- Sucede que, el 22/4/2016 a horas 19:40 p.m. debido a “**Notas de Inteligencia**” e “**Información confidencial**”, la Policía circula por el Pueblo Joven Elías Aguirre – Chiclayo, logrando observar a **Marco Olano Polo** en su vivienda y vendiendo

“**Pasta Básica de Cocaína**” a otro sujeto. Marco Olano Polo y su comprador al notar presencia policial, emprendieron su huida. Los Policías al ingresar al inmueble encontraron: 2 hojas de papel periódico con 147 gramos (Droga), 3 bolsas de 250 gramos (Droga), Kete de 53 gramos (Droga), Balanza y táper con dinero.

- Cerca de dos meses después, el 19/6/2017, Marco Olano Polo es capturado y puesto a disposición judicial.
- Uno de los argumentos del recurso de Casación fue que el allanamiento del inmueble es Prueba Ilícita; y, por tanto, los objetos hallados son ilícitos por ser prueba derivada.

Finalmente, los magistrados supremos declararon **FUNDADO** el recurso de casación conforme la siguiente motivación:

- a) **Fundamento 6°:** Cita el ordinal 9 del Art. 2 de la Constitución. Se cita diversos Artículos del Código Procesal Penal. Se define el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad de domicilio con sustento en la Sentencia 22/1984 del Tribunal Constitucional Español. Finalmente se cita la Sentencia 22/2003 del Tribunal Constitucional Español.
- b) **Fundamento 7°:** **Conforme a la Sentencia 472/1997 del Tribunal Supremo Español se define los aspectos sustantivos y adjetivos de la flagrancia:**
 - Inmediatez Temporal.
 - Inmediatez Corporal.
 - Percepción directa del efectivo policial.
 - Necesidad urgente de la intervención policial.
- c) **Fundamento 8°:** En el caso sí se ha dado la flagrancia, por lo tanto, debe desestimar el pedido casacional.

SEXTO CASO

**Casación 319-2019-Apurimac- Sala Penal
Permanente**

Delito: Colusión.

Sentenciado: Milton Valencia Maquera.

Agraviado: El Estado.

Ponente: San Martín Castro

- La presente Casación es Excepcional pues invoca con la causal de desarrollo del Derecho Nacional, a pesar de no cumplir con los requisitos legales de la norma procesal
- El recurrente cuestiona la originalidad de un informe especial del Sistema Nacional de Control, pues lo considera prueba ilícita y, por lo tanto, debe aplicarse la Regla de Exclusión.

El magistrado Cesar San Martín deniega la admisión del recurso de Casación, pues no considera que el tema planteado sea relevante para el Derecho Nacional; sin embargo, excepcionalmente, se pronuncia sobre el fondo:

- a) **fundamento jurídico 5°**: “La ilicitud de la prueba genera la **inutilización probatoria o fisiológica o relativa o impropia** y se puede plantear vía tutela de derechos.”
- b) Define prueba ilícita como la que se obtiene, actúa o ejecuta: Con inobservancia (directa o indirecta) de los derechos fundamentales; Infracción de otros preceptos constitucionales; y, Vulneración grave de preceptos ordinarios de garantía sobre la prueba, se afecten las garantías del debido proceso, y la igualdad de armas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

SEPTIMO CASO

Nulidad 656-2019-Lima Norte-Sala Penal Permanente

Delito: Tráfico Ilícito de Drogas

Sentenciado: Elbia Reyez Alcarraz y otros (4).

Agraviado: El Estado.

Ponente: Sequeiros Vargas

- La fecha de 13/3/2018, el personal policial (DEPINCRI El Agustino), por “Información confidencial” tomaron conocimiento de la existencia de la banda “Los Traqueteros de Comas” y de su almacén de drogas y armas de fuego en el Jr. Talara Nro. 420, Carmen Alto, Comas (Lima).

- El cuerpo policial al llegar encuentra a dos personas afuera del inmueble y al observarlos en “Actitud Sospechosa” proceden a intervenirlos; ambos huyen al interior de la casa, pero solo se logra intervenir a uno: Jeison Álvarez Reyes. Al intervenido se le encontró con Clorhidrato de Cocaína. Seguidamente se interviene al que huyo, resultando ser Estuar Olivares Reyes quien también se encontró en posesión de Clorhidrato de Cocaína.
- La policía refiere que Estuar Olivares Reyes dio autorización para revisar el inmueble. Siendo así se encontró a Elvia Reyes Alcarraz, Doris Reyes Alcarraz, las mismas que estaban en posesión de Clorhidrato de Cocaína; por su parte, Alcides Alvarez Quiroz intentó huir, pero se le logró encontrar cerca de la vivienda con una bolsa de Clorhidrato de Cocaína a un metro de distancia del intervenido.

Los magistrados supremos declararon la NULIDAD de la sentencia en cuestionamiento por los siguientes motivos:

- a) Los magistrados en el punto 4.4 evidencia que no se trata de una **Diligencia de Verificación de Información** como refieren los policías, sino de una **INTERVENCIÓN POLICIAL**, pues han acudido 10 policías vestidos de civil y en tres vehículos. Los magistrados precisan que para verificar informaciones delictivas solo bastan dos policías.
- b) En los puntos 4.5, 4.6 y 4.7, los magistrados refieren que si se trataba de una banda peligrosa dedica a diversos delitos como el sicariato, tráfico de drogas, armas, entonces se debió recurrir a la comunicación directa del fiscal para garantizar la legalidad de la intervención.
- c) En el punto 4.8 respecto al estado de **FLAGRANCIA** que se encontró a los intervenidos por su **ACTITUD SOSPECHOSA**, los magistrados sostienen que esta afirmación es débil, pues no explica las circunstancias exactas del motivo de flagrancia, lo cual es un requisito básico bajo un estándar de respeto a los derechos humanos. Se

precisa debe precisar que los policías estaban vestidos de civil, lo cual refuerzan la obligación de detallar más las circunstancias de flagrancia.

- d) La versión de los policial se contradice con la de los intervenidos; lo que conlleva a corroborar cuál de las dos versiones tiene mayor verosimilitud. Por ello, se debe recurrir a la versión de la vecina del lugar, además de las fotos del predio intervenido, las cuales otorgan mayor soporte a la versión de los investigados que sostienen que los policías ingresaron de forma violenta a su predio sin haber pedido un permiso previo para su ingreso.
- e) Los magistrados concluyen que los policías han intervenido el predio de forma irregular e inconstitucional, por lo que corresponde no otorgar efectos legales a intervención policial.

OCTAVO CASO

Nulidad 2236-2019 Lima Sur – Sala Penal Permanente

Delito: Tráfico Ilícito de Drogas

Sentenciado: Antonio Meléndez Merlo y otros (2).

Agraviado: El Estado.

Ponente: Sequeiros Vargas

- o La fecha del 17/3/2016, por llamada al 105 se le informó a la Comisaría de Chorrillos que, un grupo de personas estarían realizando disparos en un inmueble (2do piso) ubicado en el pasaje Rosario 161, Chorrillos. Siendo así, el personal policial acude a dicho lugar y con la autorización

de la propietaria (Marcelina Paulina Rivera) ingresaron al segundo piso del referido inmueble.

- En el segundo piso, el señor Torres Benavides abrió la puerta a los efectivos policiales, los cuales procedieron a realizar el registro e intervención del lugar:
 - Meléndez Merlo con 680 envoltorios tipo kete.
 - En el 2do piso, encima de una mesa, unos 940 envoltorios tipo kete.
 - En el 3er piso, una bolsa con 32 bolistas conteniendo *Cannabis Sativa* al parecer.
 - En el 3er piso, una bolsa amarilla con una pistola y dos cacerinas.
 - En otros objetos.

Los magistrados supremos desestimaron el recurso por las siguientes razones:

- a) En el punto 4.1 se precisa que, si la intervención policial es urgente y en flagrancia, entonces no es obligatoria la presencia del fiscal.
- b) En el punto 4.6 concluyen que la intervención policial es legal pues se debe a una acción urgente en merito a los disparos mencionado por un vecino de la zona (Testigo) y confirmado por la declaración de los mismos sentenciados.
- c) Los recurrentes alegan que no se tomó en cuenta que en el tercer piso viven otras personas; sin embargo, ello no desvirtúa que en el segundo piso se halló ketes de drogas confirmados según evaluaciones periciales.
- d) En el punto 4.16 se toma en cuenta que los sentenciados Torres Benavides y Meléndez Merlo presenta anteriores denuncias por otros delitos graves, lo que hace inferir su proclividad a la infracción de normas sociales.

NOVENO CASO

Expediente 2333-2004-HC/TC Callao.

Recurrente/Favorecido: Natalia Foronda Crespo y otras (2)

Habeas Corpus Correctivo

Resumen: Se declara fundado el Habeas Corpus pues el Juez de Primera Instancia no realizó una adecuada constatación de los hechos denunciados, sino solo se limitó a realizar un interrogatorio.

Hechos:

- La fecha de 16/2/2004, Natalia Foronda Crespo, Mónica Pérez Pérez y Verónica Bols interponen recurso de Habeas Corpus en contra del Ministerio de Justicia, el Presidente del Consejo Nacional Penitenciario del INPE (Instituto Nacional Penitenciario), la directora y las Alcaldes del Establecimiento Penitenciario para Mujeres de Régimen Cerrado Ordinario de Chorrillos-Santa Mónica, entre otros que resulten responsables por el motivo de incumplimiento de sus garantías constitucionales, entre ellas, el **Derecho a no ser violentadas en sus diligencias de declaración.**

El juez de primera instancia deniega el pedido, lo cual es confirmado por la segunda instancia. Seguidamente los magistrados del Tribunal Constitucional declaran fundado el presente recurso y ordenan a que el juez de primera instancia realice nuevamente la inspección en el centro penitenciario por las siguientes razones:

- Las recurrentes han afirmado maltratos a su integridad física, psicológica e incluso a su derecho a presentar reclamos, lo cual no se puede constatar con un simple interrogatorio.
- El juez de Primera Instancia ha debido realizar su constatación con especialistas y profesionales a efectos de evaluar si las afirmaciones de los recurrentes son verdades o falsas.
- El derecho a la integridad física se encuentra vinculado al derecho a no recibir tratos crueles; de modo que, si se genere prueba en ese contexto, la misma es ilícita.

CASO DIEZ

Expediente 04085-2008-PHC/TC Cañete

Recurrente: Oscar Jesus Bazán Chauca

Favorecido: Marco Mendieta Chauca.

Habeas Corpus Innovativo.

Delito: Micro comercialización de Drogas.

Resumen: Infundado por el consentimiento del afectado a que se ingrese al dormitorio.

Hechos:

- El fiscal de Mala tenía autorización de allanamiento de domicilio y descerraje en varios domicilios con la finalidad de ubicar y capturar a **Marco Mendieta Chauca** por el supuesto delito de micro comercialización de drogas.
- La fecha de 9/5/2008, el fiscal no logró encontrar al investigado en ninguno de los sitios en los que tenía autorización judicial. Sin embargo, al tener conocimiento que, el investigado se encontraba en casa de su familiar Oscar Bazán Chauca, decide ir a dicho lugar con todo el equipo policial. En estas circunstancias, la Policía y la fiscalía ingresan a dicho lugar con amenazas y de forma violenta, lo que ameritó que el dueño de casa abriera la puerta y señalará el cuarto del investigado. Finalmente, nuevamente con amenazas y violencia, lo policía logra ingresar y capturar a **Marco Mendieta Chauca en su dormitorio.**
- El recurrente sabe que a la fecha el acto ya se ha consumado, por lo que solicita sanción administrativa al fiscal y policía que realizaron el allanamiento de forma ilegal.

Los magistrados Landa Arroyo, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda desestimaron el recurso por las siguientes razones:

- **Fundamento Nro. 3:** Se cita al argentino German Bidart Campos que sostiene que, el domicilio no se debe entender en términos civiles, sino como el ambiente destinado al desenvolvimiento de la vida privada. Ejemplo: La habitación de un hotel.
- **Fundamento Nro. 5:** se regulan los supuestos de entrada legal a un domicilio privado:
 - Consentimiento del titular del derecho.

- Autorización Judicial.
 - Delito flagrante.
 - Peligro inminente de la perpetración de un delito.
 - Las razones de sanidad o grave riesgo.
- **Fundamento Nro. 10:** Se ha demostrado que hubo consentimiento del afecto al ingreso al dormitorio.

CASO ONCE

Expediente 655-2010-PHC/TC-Lima

Recurrente: Carmen Castro Barreda de Quimper

Favorecido: Alberto Quimper Herrera

Habeas Corpus.

Delito: Tráfico de influencias y otros.

Resumen: Improcedente porque el proceso judicial ordinario es la vía idónea para pronunciarse sobre la exclusión o no de la Prueba Prohibida.

Hechos:

- La fecha de 5/10/2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” difunde conversaciones telefónicas interceptadas. Del mismo modo, el diario “La República” difunde otras comunicaciones adicionales. Con ese material probatorio se apertura instrucción penal en contra de Alberto Quimper Herrera y otros.
- Por ella, la recurrente en favor de su esposo interpone el Habeas Corpus para que se declara No ha lugar el Auto de apertura de instrucción.

Los magistrados del Tribunal declaran **IMPROCEDENTE** la solicitud por los siguientes motivos:

- **Fundamento Nro. 7:** Asume la postura que la naturaleza jurídica de la Prueba Prohibida en el Perú es de ser auténtico Derecho Fundamental. Precisa que el mismo no se encuentra regulado expresamente en la Constitución Política.
- **Fundamentos 8 al 12:** se menciona los diversos fundamentos jurídicos detrás de la Prueba Prohibida en el Derecho Comparado. Por ejemplo, la Presunción de Inocencia, Debido Proceso, la Vida Privada y la posición preferente de los Derecho Fundamentales (Tribunal Español). Finalmente, no asume ninguna postura.
- **Fundamento Nro. 20:** El simple hecho que se haya divulgado la comunicación telefónica sin la autorización de las partes, hace dicho material probatorio en ilícito. Asimismo, puntualiza que es un momento prematuro para cuestionar su ilicitud y que, por el contrario, determinar la exclusión o no corresponde a la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial.

CASO DOCE

Expediente 2054-2017-PHC/TC ICA

Recurrente/Favorecido: Carlos Matta Quispe

Habeas Corpus.

Delito: Tenencia Ilegal de Armas.

Resumen: El Tribunal Constitucional se declara competente pues se está cuestionando una auto judicial que limita la libertad y se sustenta en Prueba ilícita. Declara fundado el recurso y declara la nulidad de la resolución judicial de la Sala de Apelaciones.

Hechos:

- Se alega la afectación el derecho a la debida motivación en **el Auto de Prisión Preventiva** pues se ha sustentado en **un acta de registro personal que se realizó sin las formalidades del Art. 210 del Código Procesal Penal** (Acto de investigación ilícito):
 - 1) No se indicó el motivo de la intervención policial.
 - 2) No se indicó el derecho que se tiene a exhibir el maletín.
 - 3) Derecho que se tiene a llamar a persona de su confianza.
- Por Resolución Nro. 6 de fecha 10/2/2017 se declaró infundado su petitorio de Habeas Corpus por los siguientes motivos:
 - 1) La Resolución de la Sala Penal de Ica ha desarrollado todos los presupuestos de la Prisión Preventiva. Y, en el caso del recurrente se ha concluido que no tiene ningún tipo de arraigo.

- 2) Para el cuestionamiento de la Prueba Prohibida tiene como vía igualmente satisfactoria a la tutela de Derecho regulada en el Art. 71 del Nuevo Código Procesal Penal.
- Se apeló y la Sala Penal de Apelación y Flagrancia de Ica se pronunció en el mismo sentido, pero agregando que a un Juez Constitucional no le corresponde pronunciarse sobre Prueba Prohibida toda vez que existe la vía de la tutela de Derechos.

El Tribunal Constitucional le otorga la razón al recurrente, declara fundado el HABEAS CORPUS y explica su razonamiento en 79 puntos; de los cuales se resaltarán los que se vincula al tema de estudio:

- **Punto 5, 6 y 7:** La existencia del Proceso Judicial no elimina la posibilidad de interponer una demanda de Habeas Corpus; mas aún cuando el Resolución de la Sala Penal de Apelación que se está cuestionando, no puede ser revisada vía tutela de derechos.
- **Punto 8:** No se tiene cláusula de Exclusión, pero si se tiene regulación específica para el caso del derecho a la integridad personal.
- **Punto 11:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado que solo involucra la declaración del investigado con coacción, sino también abarca a los medios probatorios que se hayan obtenido con la misma modalidad.
- **Punto 12:** Derecho al secreto de las comunicaciones.
- **Punto 14:** La jurisprudencia ha incluido los supuestos de inviolabilidad de domicilio y de violación de intimidad.
- **Puntos 19 y 20:** se aclara que se está cuestionando la resolución judicial que se sustenta en prueba ilícita, mas no, el medio probatorio en sí. La exclusión de Prueba Ilícita es competencia de la Justicia Ordinaria.

- **Los puntos 68 al 74:** el tribunal concluye que, si bien luego de la reducción al individuo se obtuvo el arma de fuego, ello no implica que su inmovilización y registro personal se haya dado sin el cumplimiento del Art. 210 del Código Procesal Penal.

CASO TRECE

Expediente: 445-2018-PHC/TC-Arequipa

Recurrente: Jesús Urday Urday.

Favorecido: Jesús Urday Lozano.

Habeas Corpus.

Delito: Pornografía infantil

Resumen: Infundado debido a que los policías han actuado al encontrar evidencia delictiva en flagrancia.

Hechos:

- Sucede que, Jesús Urday Lozano es acusado de hacer propuestas sexuales al hijo de la denunciante. Por dicho motivo, Jesús Urday autoriza el ingreso a su laptop para la revisión de su Facebook, así como a su equipo celular.
- En esta diligencia, el equipo policial encuentra pornografía infantil, por lo que proceden a intervenir en flagrancia por dicho delito.
- En la investigación por el delito de Pornografía infantil, se hace efectiva la solicitud de prisión preventiva, la misma que es confirmada en segunda instancia.

- En ese contexto, se interpone el Habeas Corpus, el cual es declarado fundado en primera instancia, pero revocado en segunda instancia.

Los magistrados declaran infundado el habeas por corpus por las siguientes razones:

- **Fundamento 33:** En el presente caso se analizará si se ha violado o no el derecho al secreto de los documentos privados.
- **Fundamento 34:** Los magistrados aplican de forma análoga en el caso de interceptación de comunicaciones si uno de los interlocutores autoriza la difusión de la misma, entonces es legal; del mismo modo, en el caso de documento privados si el titular autoriza su exhibición.
- **Fundamento 35:** Si el señor Jesus Urday Lozano autoriza que se revise sus equipos tecnológicos personales, entonces también dio consentimiento para la revisión de sus documentos personales.
- **Fundamento 38:** En el marco de búsqueda de evidencias de parte del equipo policial, si estos encuentran otra evidencia delictiva, entonces tienen el deber de proceder conforme a ley por configurarse el estado de flagrancia.
- **Fundamento 41:** El hecho que Jesús Urday Lozano haya estado con su abogado genera que su autorización sea válida y conforme a derecho.

2.4 Formulación de la hipótesis:

2.4.1 Hipótesis general:

El tratamiento de la Prueba Prohibida incide significativamente en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.

2.4.2 Hipótesis específicas:

- a) El tratamiento legal comparado de la Prueba Prohibida incide significativamente en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.
- b) El tratamiento jurisprudencial de la Prueba Prohibida incide significativamente en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.
- c) El tratamiento doctrinario de la Prueba Prohibida produce efectos significativos en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico

3.1.1 Tipo de investigación

Tipo de Investigación es aplicada, toda vez que propone entregar soluciones a hechos que impactan a la sociedad, debiéndose tener en cuenta que el estudio de la Prueba Prohibida en nuestro País requiere atención, pues aún no se soluciona la falta de

predictibilidad en la decisión de los magistrados supremos o del tribunal constitucional.

El enfoque de la investigación es cualitativo, pues no se utilizará números o datos exactos, sino información contenida en documentos jurídicos (Constitución, ley y jurisprudencia). Esta información indicará el tratamiento de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano.

Hernández (2014) explica que un enfoque cualitativo consiste en la recolección de datos no estandarizados ni predeterminados; sino en perspectivas y punto de vista de los participantes (sus emociones, experiencias y otros aspectos subjetivos). Bajo esta premisa, se advierte que el principal documento de análisis es la sentencia o jurisprudencia, pues en ella se refleja el criterio personal de un magistrado en relación al tema en estudio.

3.1.2 Nivel de investigación:

En el diseño de la investigación se utilizará la técnica de compilación de datos, es decir se trabajará con documentos preestablecidos en un determinado ordenamiento jurídico: Constitución, la ley y la jurisprudencia.

A dichos documentos se le aplicará la técnica de Hermenéutica Jurídica, es decir se analizará su significado desde el plano gramatical, teleológico (finalidad), histórico y sistemático, conforme explica el autor metodológico Villabella (2012: Pág. 85).

Asimismo, se utilizará la técnica del Derecho Comparado, es decir se analizará la regulación jurídica de otros ordenamientos como España, México y Colombia a efectos de realizar comparaciones con la regulación legal peruana.

Al respecto, Villabella (2012: Pág. 81) explica que, el método de Derecho Comparado es una metodología reconocida por la mayoría de autores, pues permite conocer las implicaciones de la aplicación de una norma o institución jurídica en otros ordenamientos jurídicos. Se precisa que la comparación es utilizada en las ciencias sociales lo que acreditaría su eficiencia de su aplicación en el Derecho.

3.2 Población y muestra

La población viene a ser el compuesto total de todos los sucesos que coincidan con determinaciones ubicadas al contenido de tiempo y lugar (Hernández, 2014).

Se compone de la Sentencia emitidas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional Peruano en relación al tema en estudio. Del mismo modo se recurrirá a algunas sentencias significativas y regulación legislativa en ordenamiento jurídicos de otros países; sin embargo, ello será de forma referencial, pues el foco del trabajo es el sistema jurídico peruano.

Se precisa que los participantes de este estudio han sido la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en la medida que son los órganos que definen los criterios de interpretación respecto al tema de Estudio en el Ordenamiento Jurídico Peruano.

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.3.1 Técnicas

Como se ha mencionado, se utilizará la técnica de Recopilación de Datos en documentos como la Constitución, la ley y la Jurisprudencia de los ordenamientos jurídicos de Perú, México, España y Colombia.

Asimismo, se aplicará la Hermenéutica Jurídica, es decir se analizar la norma jurídica (Jurisprudencia y ley) en relación al tema en estudio (La Prueba Prohibida o ilícita). Y,

sucesivamente, se realizará la comparación con el desarrollo legislativo y jurisprudencial de otros sistemas jurídicos como el español, colombiano y mexicano.

3.3.2 Instrumentos

Se recurrirá a las Constituciones, leyes, jurisprudencia y estudios doctrinales de diversos juristas a efectos de poder analizar mejor el tema en investigación.

3.4 Técnicas para el procesamiento de la información.

Primero se identifica la regulación actual del tema en estudio. Luego se analiza la casuística por los máximos entes de Justicia en el Perú a efectos de analizar su tratamiento. Finalmente, se revisa la regulación legal y jurisprudencias de España, Colombia y México a efectos de comparar y emitir las conclusiones que se llegue en el presente estudio.

3.5 Aspectos éticos

Por el presente “declaro mi expreso compromiso de respetar los derechos de autor de los textos, artículos y tesis, que sean consultados como parte del trabajo de revisión bibliográfica, para la elaboración de mi trabajo de Investigación”.

En ese contexto, la presente investigación se avoca al estudio de las normas jurídicas en relación a la Prueba Prohibida, no se ha empleado seres humanos o seres vivos en su elaboración académica.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1 Resultados¹

Conforme los casos analizados tanto de la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional en la sección 2.3.3.4, se mostrará si se ha determinado que los objetivos descritos en la sección 1.2.2:

Objetivo A	Derecho Comparado	inciden o no en el tratamiento de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano.
Objetivo B	Jurisprudencia	
Objetivo C	Doctrina	

Casos de la Corte Suprema	Normas Jurídicas	Objetivos	
Casación 10 2007 Trujillo	No se cita doctrina nacional, ni jurisprudencia, ni Derecho Comparado. El magistrado aplica el Art. 373.2 con la finalidad del esclarecimiento de los hechos, a pesar de que no corresponda (Fundamento 6).	A	
		B	
		C	

¹ Los cuadros han sido elaborados por el tesista.

Nulidad 2076-2014 Lima Norte	No se cita doctrina nacional, ni jurisprudencia. Solo Derecho Comparado (Tribunal Constitucional Español)	A	x
		B	
		C	
Casación 591-2015 Huánuco	Se cita doctrina nacional (San Martín, Hurtado del Pozo y Talavera), jurisprudencia y Derecho Comparado (Taruffo). Se asume la "Concepción Amplia". Se utiliza el término "Prueba Ilícita". Se refiere al efecto procesal como "Exclusión".	A	X
		B	X
		C	X
Nulidad 2900-2016 Lima	No se recurre a Doctrina nacional, sí a jurisprudencia y a Derecho Comparado (Roxin y Gálvez Muñoz). El voto discordante utiliza el término "Prueba Prohibida / ilícita", no cita jurisprudencia, sino Derecho Comparado (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) para finalmente utilizar una ponderación a favor de la admisión de la prueba ilícita.	A	x
		B	x
		C	
Casación 553-2018-Lambayeque	No se utiliza doctrina, ni jurisprudencia nacional, sino Derecho Comparado (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional de España).	A	X
		B	
		C	
Casos de la Corte Suprema	Normas Jurídicas	Objetivos	
Casación 319-2019-Apurimac	No se utiliza doctrina, ni jurisprudencia nacional, sino Derecho Comparado (Italia).	A	X
		B	
		C	
Nulidad 656-2019-Lima Norte	No se cita doctrina, ni jurisprudencia, ni Derecho Comparado; sin embargo, se aprecia coherencia en la motivación.	A	
		B	
		C	
Nulidad 2236-2019 Lima Sur	No se cita doctrina, ni jurisprudencia, ni Derecho Comparado; sin embargo, se aprecia coherencia en la motivación.	A	
		B	
		C	

Casos del Tribunal Constitucional	Normas Jurídicas	Objetivos	
Expediente 2333-2004-HC/TC Callao	No se cita doctrina nacional, sí jurisprudencia (nacional y convencional) y Derecho Comparado (Jurisprudencia y Doctrina)	A	X
		B	X
		C	
Expediente 4085-2008-PHC/TC Cañete	Se recurre al Derecho Comparado (Bidart Campos) para definir el concepto de Domicilio y las excepciones a la inviolabilidad de domicilio.	A	X
		B	
		C	
Expediente 655-2010-PHC/TC-Lima	Se recurre a jurisprudencia (Nacional y Convencional) y al Derecho Comparado (México, España y Estados Unidos). Se utiliza el término "Prueba Prohibida" y se define su naturaleza jurídica como un Derecho Fundamental.	A	X
		B	X
		C	
		A	X

Expediente 2054-2017- PHC/TC ICA	Se recurre a la jurisprudencia (Nacional y Convencional) y al Derecho Comparado (Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Se utiliza el término "Prueba Ilícita".	B	X
		C	
Expediente 445-2018- PHC/TC- Arequipa	No se citó doctrina nacional, solo se cita jurisprudencia (Nacional, Convencional).	A	
		B	X
		C	

Asimismo, se ha comparado la regulación de la Prueba Ilícita del Perú con Colombia, España y México) con el siguiente resultado:

País	1° Constitución	2° Código Procesal Penal	3° Jurisprudencia
P E R U	No tiene regulación expresa. Pero, sí reconoce que carece de valor las declaraciones obtenidas con tortura o violencia moral, reconoce el derecho a inviolabilidad de domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones.	Art. VIII del Título Preliminar. Art. 159° Utilización Probatoria. Artículos 228° y 231.3° sobre la solicitud Reexamen de incautación postal o interceptación de comunicaciones.	Acuerdo Plenario 4-2010/cj-116: Regla de exclusión en Tutela de derechos. Pleno Jurisdiccional Superior Nacional (Trujillo-2004)

C O L.	<p>el Art. 29: de sanciona con nulidad la prueba obtenida sin el debido proceso.</p> <p>Art. 86: Acción de tutela que se debe aplicar de forma sumaria en cualquier etapa del Procedimiento.</p>	<p>Art. 23° Cláusula de Exclusión de Prueba Ilícita.</p> <p>Art. 360° Exclusión de Prueba ilegal.</p> <p>Art. 455° se regulan tres excepciones a la Regla de Exclusión.</p>	<p>Las Sentencia C-591/05 y T-233/07 de la Corte Constitucional de Colombia que clasifica los vicios en la Prueba: Prueba irregular, ilegal, ilícita y lesiva de Derechos Humanos.</p>
M E X I C O	<p>Numeral IX del Art. 20 sanciona con nulidad la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.</p>	<p>Art. 264 Exclusión de Prueba ilícita en cualquier momento del Proceso Penal.</p> <p>Art. 346: Regla de Exclusión por medio probatorio que afecta derechos fundamentales.</p>	<p>Amparo Directo 3886-2013: Se permite la Geolocalización sin permiso judicial en casos de Secuestro.</p>
E S P A Ñ A	<p>No tiene regulación expresa. Pero tiene referencia a supuesto específico como la proscripción de la Tortura, la Inviolabilidad de Domicilio y el secreto de las Comunicaciones.</p>	<p>Cap. 4 al 9 del título 8: Normas relacionada a prueba electrónica en afectación de derechos del investigado.</p> <p>Art. 11, Ley Orgánica Poder Judicial.</p>	<p>Sentencia 81/1998: "Conexión de Antijuridicidad".</p> <p>Sentencia 97/2019 "Caso Falciani".</p>

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Discusión

Conforme los resultados hallados, se ha podido comprobar que el tratamiento jurídico de la **Prueba Prohibida (o Prueba Ilícita)** en las dimensiones de **Derecho Comparado** (Doctrina, jurisprudencia y legislación), **jurisprudencia** (nacional y Convencional) y **Doctrina** incide significativamente en el **Proceso Penal** Peruano desde el 2005 hasta el 2020.

Similar hipótesis ha utilizado la tesista Fanny Araujo (2015) pero con un enfoque diferente. En su tesis se analiza cómo la doctrina, jurisprudencia y legislación, en el ámbito nacional y de Derecho Comparado, influyen en la admisión de la Prueba Prohibida/ilícita en la judicatura peruana.

En esa misma línea, las otras ocho tesis nacionales han manejado hipótesis diferentes respecto a la Prueba Prohibida/Prueba ilícita en el Perú; sin embargo, todos coincidimos en recurrir a la normativa Nacional/Internacional, autores nacionales/internacionales y casuística judicial. En ese contexto, todas las tesis parten de un problema en común: no existe una teoría jurídica unificada de la Prueba Prohibida en la actualidad. Y, si bien todas representan un aporte jurídico al Derecho, aún no se corrige el problema madre.

En el presente estudio a efectos de comprobación de las tres hipótesis específicas, se ha recurrido a 13 casos de la jurisprudencia peruana (8 de la Corte Suprema y 5 del Tribunal Constitucional):

Respecto la Primera Hipótesis Específica, es decir sobre la incidencia del Derecho Comparado (Doctrina, jurisprudencia y legislación de otros ordenamientos jurídicos) sobre Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano, se ha observado que 9 de las 13 sentencias han recurrido al Derecho Comparado para sustentar sus fallos.

Respecto la Segunda Hipótesis Específica, es decir sobre la incidencia de la Jurisprudencia (Nacional y Convencional) sobre la Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano, se ha observado que 6 de las 13 sentencias han recurrido a la Jurisprudencia para sustentar sus fallos.

Respecto la Tercera Hipótesis Específica, es decir sobre la incidencia de la Doctrina Nacional sobre la Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano, se ha observado que 1 de las 13 sentencias han recurrido a la doctrina nacional para sustentar sus fallos.

En ese sentido, se puede observar que la incidencia de las tres dimensiones (Derecho Comparado, Jurisprudencia y Doctrina) son relevantes en la decisión de los magistrados peruanos. Sin embargo, se debe precisar que el

Derecho Comparado (9/13) tiene un mayor nivel de importancia, en comparación con la **Jurisprudencia (6/13)** y la **Doctrina Nacional (1/13)**.

Por otra parte, respecto la técnica de Derecho Comparado, la misma que consistió en analizar las diferencias y semejanzas de la regulación nacional con los ordenamientos de España, México y Colombia se ha comprobado que, si bien cada ordenamiento jurídico posee disposiciones legales diferentes, todas coinciden en habilitar la discusión de la Prueba Prohibida (Así como sus excepciones de aplicación) en cualquier etapa procesal de un Proceso Judicial.

En ese sentido, por lo explicado en el párrafo *ut supra*, la metodología utilizada se ha validado a nivel interno, pues se ha podido contar con información relevante respecto al tema en estudio: Normas legales, Jurisprudencia, Artículos Académicos de autores nacionales y extranjeros. Asimismo, los hallazgos obtenidos, se pueden aplicar a otros ordenamientos jurídicos que formen parte de la cultura jurídica del *Civil Law*, es decir se encuentra validada a nivel externo.

Finalmente, el presente trabajo puede ser profundizado con el estudio de otros ordenamientos jurídicos como el italiano, el inglés o el alemán, los cuales tienen avances teóricos sobre la Prueba Prohibida, pero por la barrera idiomática no es tratado en el Derecho Procesal Peruano.

5.2 Conclusiones

El Derecho Comparado, la jurisprudencia y la doctrina nacional inciden significativamente en la resolución de casos en la jurisprudencia nacional (Corte Suprema y Tribunal Constitucional). Se debe precisar que:

- El Derecho Comparado tiene mayor incidencia en relación a la jurisprudencia y la Doctrina Nacional.

- La pirámide de Kelsen otorga mayor peso normativo a la legislación y jurisprudencia nacional; sin embargo, los magistrados peruanos no aplican dicha regla de jerarquía de normas.
- Los autores nacionales de nuestra Doctrina son citados para conceptos generales como La Prueba, mas no por sus opiniones respecto la Prueba Prohibida.

Del análisis de la regulación nacional, se tiene las siguientes afirmaciones respecto al tema en estudio:

- Se utiliza indistintamente la nomenclatura Prueba Prohibida o Prueba ilícita. Pero, la norma procesal la denomina “**Prueba ilegítima**”.
- La jurisprudencia se inclina por otorgarle categoría de Derecho Fundamental, mientras que la Doctrina Nacional la califica de Garantía Procesal.
- No hay definición del **Fundamento Jurídico** de la Regla de Exclusión en la jurisprudencia, pero de la Constitución Política se desprende que se debe al **principio de Protección de los Derecho Fundamentales**.
- La jurisprudencia concluye que la consecuencia procesal en la **INUTILIZACIÓN**, sin embargo, la norma procesal le atribuye la consecuencia de **NULIDAD ABSOLUTA**.
- La oportunidad Procesal para promover la regla de exclusión es en la **Audiencia de Tutela de Derechos**; lo que no limita a que se pueda discutir en otra etapa procesal.

El Perú como España cuentan con regulación Constitucional específica de supuestos de Prueba Prohibida: Prohibición de la Tortura, Inviolabilidad de domicilio y la interceptación de Comunicaciones. Sin embargo, sus respectivas Cartas Magnas no cuenta con una regla general como el caso colombiano, mexicano y ecuatoriano.

En los ordenamientos jurídicos de Colombia y México se tiene las siguientes conclusiones:

- Se tiene definido la nomenclatura de “Prueba Ilícita”; a diferencia de Perú que indistintamente utiliza la denominación: “Prueba Ilícita” o “Prueba Prohibida”.
- **La jurisprudencia** diferencia entre **Prueba Ilícita, Prueba Ilegal y Prueba Irregular**; así como también ya no se utiliza el término “Prueba Prohibida”. Por el contrario, la jurisprudencia peruana **no ha desarrollado el concepto de “Prueba Ilegal”**.
- **En el Proceso Penal** se discute la aplicación o no de la Regla de Exclusión en su fase intermedia previa al Juicio, pues **se encuentra regulado de forma expresa. Situación que no sucede en el Proceso Penal Peruano**.
- Luego de una detención en flagrancia, **su normativa procesal obliga a que el fiscal convoque al Juez de Garantías a efectos que otorgue legalidad a dicha detención (Se discute si hubo o no violación a Derechos Humanos)**. Esta medida garantista no se encuentra regulado en el Proceso Penal Peruano.

Finalmente, de modo general, se puede precisar que el Proceso Penal Peruano es de corte Acusatorio, sin embargo, todavía nos falta desarrollar más su institucionalidad como el caso colombiano y mexicano. No necesariamente la su regulación normativa (Colombia y México) se debe aplicar de forma directa al caso peruano, pero sí debe servir de guía en la modernización del Proceso Penal Nacional.

La Prueba Prohibida es el tema más complejo de todo ordenamiento procesal; de modo que, la modernización del Proceso Judicial (peruano) determinará el tratamiento jurídico que se le dé al tópico central del presente trabajo.

5.3 Recomendaciones:

Si bien existen un fundamento constitucional para “**La Regla de Exclusión**”, también existe un fundamento constitucional para “**Las Excepciones a la Regla de Exclusión**”. En un proceso Penal, no solo el **investigado/imputado/acusado** tiene derechos fundamentales, sino también el **AGRAVIADO** y toda la **SOCIEDAD** en su conjunto. Precisamente la parte afectada tiene derecho a la **JUSTICIA**, la cual se concretiza en el **Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva**. Por ello, la Prueba Prohibida es un tema difícil que no se puede resolver con un silogismo simple; por el contrario, su discusión judicial requiere de la aplicación de técnicas de argumentación jurídica.

Como toda ciencia, el Derecho Procesal necesita un replanteamiento del “**Principio de Licitud de la Prueba**” acorde con la coyuntura actual donde el sistema judicial requiere de mecanismos para combatir la Criminalidad Organizada, Atentados Terroristas y casos de corrupción en el Gobierno Central.

En ese contexto, a efectos de poder plasmar las ideas que han generado el presente estudio, se hace las siguientes recomendaciones de reforma legislativa:

PRIMERO: Lo ideal sería tener una Cláusula General en la nuestra norma máxima “Constitución Política del Perú” como el caso colombiano, ecuatoriano o mexicano, ello no impide que la jurisprudencia o el legislador ordinario puedan completar ese vacío legal.

SEGUNDO: En el “Nuevo” Código Procesal Penal (18 años de vigencia), se puede generar las siguientes **reformas legales por adición** a efectos de propiciar la discusión de la Prueba Prohibida en cada fase procesal:

Si bien se cuenta con el recurso de tutela de Derechos para excluir Prueba Prohibida conforme al Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, es mejor que se encuentre regulado

expresamente en el Art. 71° del Nuevo Código Procesal Penal. Para ello se propone la adición del literal “G” en el numeral 2 del precitado artículo, en los términos siguientes:

“G) Solicitar la exclusión de elementos de convicción incorporados con violación del contenido esencial de sus garantías constitucionales.”

Asimismo, en Etapa Intermedia, se debe permitirse al Juez de Investigación Preparatoria discutir la aplicación o no de la Regla de Exclusión; para tal efecto, se debe adicionar el literal “i” al numeral 1 del Art. 350° del Nuevo Código Procesal Penal, en los términos siguientes:

“i) Solicitar la exclusión de Prueba Ilícita conforme al numeral 2 del Artículo VIII del Título Preliminar.”

Por otra parte, en el campo jurisprudencial, se recomienda a los magistrados del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema a llenar los vacíos teóricos en relación a la Prueba Prohibida. Ello contribuirá en gran medida a resolver las discusiones jurídicas al interior de un litigio judicial y servirá de criterio orientador a los operadores del derecho. Se debe tomar en cuenta que el Perú es un ordenamiento jurídico del *Common Law*, por lo que la Constitución y la legislación procesal tienen prioridad respecto los estudios del Derecho Comparado.

Finalmente, considero que, si bien lo ideal sería tener una audiencia de control de legalidad de las detenciones en flagrancia, ello sería insostenible con la carga procesal con la que ya cuenta los Jueces de Investigación Preparatoria. Por ello, se sugiere que los magistrados que evidencien la incorporación de

Prueba Ilícita en un litigio judicial, deben notificar su Sentencia al ente disciplinaria del funcionario responsable (Ministerio Público o Policía Nacional del Perú) para que se proceda conforme sus atribuciones.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- **Referencias Bibliográficas:**

Alvarado, Agustina (2017). "Teoría Jurídica de la Regla de Exclusión de Prueba Ilícita. Inutilizabilidad e Ineficacia de la Prueba: dialogo italo-

español”. Tesis para obtener el grado de Doctor en la *Università Degli Studi Di Milano*.

Aguilera, Rafael y Rogelio Lopez (2011). “Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli”. En: *Nuevas Perspectivas y Desafíos en la Protección de los Derechos Humanos*. Pp. 49-82. Ciudad de México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.

Araujo, Fanny (2015). “Pruebas Ilícitas afectan los Derechos Fundamentales en el Nuevo Proceso Penal del Distrito Judicial de Huancavelica”. Tesis para optar el título de abogado por la Universidad Nacional de Huancavelica.

Armenta, Teresa (2011). *La Prueba Ilícita (Un estudio Comparado)*. Madrid: Marcial Pons.

Asencio, José (2008). *La Prueba Prohibida y la Prueba Preconstituida en el Proceso Penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Alcaide, José (2012). *La Exclusionary Rule de EE. UU. y la Prueba Ilícita Penal de España*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universitat Autònoma de Barcelona.

Bernal, César (2010). *Metodología de la Investigación*. Administración, Economía, Humanidades y Ciencias Sociales. 3ra. Edición. Colombia: Pearson Educación.

Campaner, Jaime (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid.

Castillo, Luciano (2014). *La Prueba Prohibida. Su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Castro, Hamilton (2008). *Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana*. Tesis para optar el grado de Magíster en

Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Castro, Hamilton (2009). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano*. Lima: Jurista Editores.

Cayambe, Roberto (2017). *La Exclusión de Medios de Prueba en Audiencia de Evaluación y Preparación de Juicio. Estudio de Casos de la Unidad Judicial Multicompetente de los Cantones Cumanda y Pallatanga, provincia de Chimborazo*. Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Internacional SEK (Quito, Ecuador).

Condori, Efraín y Lupo Zapana (2018). *Inclusión de las Reglas de Exclusión de la Prueba Ilícita y las Excepciones a la Regla en el Proceso Penal Peruano para una eficacia Probatoria en Tiempos de Criminalidad Organizada y Corrupción*. Tesis conjunta para obtener el título de abogado por la Universidad Nacional del Altiplano.

Chávez, Sara (2018). “Estudio Monográfico de la Prueba, la Prueba Ilícita, su regla de Exclusión y las Excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba en el Proceso Penal Mexicano”. Tesis para optar el grado de Maestra en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

Cubas, Víctor (2009). “El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y Práctica de su implementación”. Lima: Palestra Editores.

Del Castillo, Alberto (2019). “La Inobservancia de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita en el Sistema Penal Acusatorio”. Tesis para obtener la licenciatura en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

De Jesus, Abrahán (2015). “La Prueba Ilícita en la Era Digital. Enfoque Histórico del Sistema Procesal Penal Dominicano”. Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Santo Domingo.

Devis, Hernando (2017). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Sexta Edición. UBIJUS: Ciudad de México.

Duran, Pablo (2016). *El Concepto de Pertinencia en el Derecho Probatorio En Chile*. Trabajo para obtener el grado de magister en la Universidad Austral de Chile (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).

Ferrajoli, Luigi (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Laterza: Bari-Roma. 3 vols. (Vol. I: 1.021 pp.; vol. II: 713 pp.; vol. III: 1.002 pp).

Fonseca, Roberto (2016). “Prueba Ilícita: Regla de Exclusión y Casos de Admisibilidad”. En la *Revista Mexicana de Justicia – Reforma Judicial*. Números 25-26.

Franco, Elizabeth (2017). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Acusatorio*. Tesis para optar el grado de Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma de México.

García, Luis (2018). *Fases y Elementos de la Teoría del Caso en el Sistema Acusatorio*. IDEMSA: Lima.

Gómez, Juan (2008). “Prueba Prohibida e Interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Españoles”. En: *Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.

Gonzales, César (2018). “Estudio de la Prueba Prohibida y su aplicación como Regla de Exclusión en el Nuevo Código Procesal Penal”. Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villareal.

Hernández, Héctor (2005). *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*. Santiago de Chile: Colección de Investigaciones Jurídicas.

Hernández, Freddy (2019). "Prueba prohibida o Prueba irregular. Un análisis a propósito del levantamiento del secreto de las comunicaciones en el caso Cuellos Blancos". Tesis para obtener el título de abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Hernández, Roberto (2014). Metodología de la Investigación. Interamericana Editores.

Julita, Blanka (2018). "Pruebas ilícitas en el proceso penal polaco". Artículo de la revista "Revista Penal", Edición Nro. 41. Pp. 214-225.

Miranda, Manuel (1997). La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

López, Fernando (2018). La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana. Tesis para optar el grado de doctor en Derecho por la *Universitat de Girona*.

Maier, Julio (2008). Antología. El Proceso Penal Contemporáneo. Palestra: Lima.

Medina, Ricardo (2017). Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en materia Penal. Análisis Teórico-Práctico en Derecho Comparado. Bogotá: Editorial de Universidad del Rosario.

Miranda, Manuel (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal. Barcelona: J. M. BOSCH EDITOR.

Miranda, Manuel (2019). Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense – Crónica de una muerte anunciada. Madrid: Marcial Pons.

Miranda, Manuel (2010). "La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones" en "Revista Catalana de Seguretat Pública". Pp. 131-151. Edición mayo 2010.

Orrillo, Juana (2009). ALGUNOS APUNTES SOBRE PRUEBA ILÍCITA Y SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA ¿Debe conseguirse la verdad a cualquier precio? Volumen 3 de la *Revista do Mestrado em Direito de Universidade católica de Brasília*.

Paucar, Eudosio y Edgar Guizado (2022). La Prueba Prohibida y sus parámetros en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Gamarra Editores.

Peña Cabrera, Alonso (2018). Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima: Tribuna Jurídica.

Pisfil, Armando (2018). La Prueba Ilícitamente Obtenida en el Proceso Penal. Lima: Editores del Centro.

Ruiz, Henry (2018). El Test De Ponderación como única excepción a la Regla de Exclusión de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal Peruano. Tesis para optar el título de abogado en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

San Martin, Cesar (2015). Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.

Suarez, Yenny (2012). “La Prueba violatoria del Debido Proceso en Colombia”. En la Revista “Principia Iuris”, Edición Nro. 18 (2012-II). Pp. 313-330.

Paredes, Brenda (2017). Modelo de Control Constitucional para la Admisión de la Prueba de cargo con violación a Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico Peruano. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ponce, Mariela (2019). La Epistemología del Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Simarro, Margarita (2019). Prueba prohibida: Un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de León.

Taruffo, Michelle (2008). La Prueba. Madrid, Editorial Marcial Pons.

Taruffo, Michelle (2009). Consideraciones sobre la prueba judicial. Editorial: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Valdiviezo y Apolinario, Lidiana (2018). "Excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita en Delitos cometidos por funcionarios Públicos, en el Proceso Penal Peruano". Tesis para optar los títulos de abogadas por la Universidad Cesar Vallejo.

Villabella, Carlos (2012). Investigación y Comunicación Científica en la Ciencia Jurídica. La Habana: Ediciones Universidad de Camagüey.

Villegas, Javier (2020). La Fiabilidad de la Prueba Prohibida como Fundamento para su Admisión o Exclusión en el Proceso Penal, Perú – 2020. Tesis para obtener el grado de magister en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Yupanqui, Cinthia (2019). La prueba ilícita en el proceso penal: ¿Su exclusión a través de la tutela de derecho o rechazo en su admisión en la etapa intermedia? Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Procesal Penal por la Universidad Continental.

Zapata, María (2009). La Prueba Ilícita Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

- **Referencias Electrónicas:**

Binder, Alberto (2014). Elogio de la Audiencia Oral y otros Ensayos. Nuevo León (México): Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4714/6.pdf>

Montes de Oca, Alipio (2013). Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. En la Revista de la faculta de Derecho (UNIFE) "LUMEN", edición Nro. 9. Editorial: Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/issue/view/55>

Pariona, Sergio (2018). La Prueba Ilícita conforme al Nuevo Proceso Penal Peruano. LP Pasión por el Derecho.

<https://lpderecho.pe/prueba-ilicita-conforme-nuevo-proceso-penal-peruano/>

Taruffo, Michelle (2013). Verdad, Prueba y Motivación en la decisión sobre los Hechos. En la revista electrónica Nro. 20 "Cuadernos de la Divulgación de la Justicia Electoral". Editorial: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México).

<http://dspace.utalca.cl/bitstream/1950/9675/1/procesal%2C%20taruffo%2C%20prueba%20y%20motivaci%C3%B3n%20en%20la%20decisi%C3%B3n%20sobre%20los%20hechos.pdf>

Zevallos, Yul (2017). Prueba prohibida: la discutida exclusión de los petroaudios. Repositorio Académico de la Universidad San Martín de Porras. Vinculo web: <https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/2700>

- **Norma Nacional:**

Constitución Política del Perú (1993). Diario Oficial El Peruano.

Decreto Legislativo Nro. 957 (2004). "Nuevo Código Procesal Penal".

Acuerdo Plenario 4-2010/cj-116 de la Corte Suprema del Perú

Pleno Jurisdiccional Superior Nacional del año 2004 y realizado en Trujillo (Perú).

- **Jurisprudencia:**

Auto de Apelación 4-2018-32 –Guido Cesar Águila Grados. Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú.

Casación 10 2007 Trujillo – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú.

Casación 591-2015 Huánuco – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú.

Casación 553-2018-Lambayeque: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú.

Casación 319-2019-Apurimac- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú.

Nulidad 4826-2005-Lima – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú.

Nulidad 2076-2014 Lima Norte – Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú.

Nulidad 677-2016 Lima – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú.

Nulidad 2900-2016 Lima- 2da. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú.

Nulidad 656-2019-Lima Norte – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú

Nulidad 2236-2019 Lima Sur – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú.

Expediente 10-2002-AI/TC-Lima “Marcelo Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos” del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 445-2018-PHC/TC-Arequipa del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 655-2010-PHC/TC-Lima del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 1601-2013-PHC/TC- “Giuseppe Balleta” del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 1915-2005-PHC/TC “Edgardo José Antonio Castro Baca” del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 2053-2003-HC/TC-Lima “Edmi Lastra Quiñones” del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 2054-2017-PHC/TC ICA-Pleno del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 2333-2004-HC/TC-Callao “Natalia Foronda Crespo y otras” del Tribunal Constitucional del Perú,

Expediente 4085-2008-PHC/TC Cañete del Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 6712-2005-PHC/TC “Magaly Medina” del Tribunal Constitucional del Perú.

- **Derecho Comparado:**

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, Número 311.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, 17 de septiembre de 1882, Número 260.

Ley Orgánica 6/1985. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, Número 157.

Sentencia 167/1984 del Tribunal Constitucional de España. Recurso de Amparo.

Sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional de España. Recurso de Amparo.

Sentencia 97/2019 del Tribunal Constitucional de España. Recurso de Amparo.

Constitución Política de Colombia (1991). Gaceta Constitucional, 4 de julio de 1991, Número 114.

Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Sentencia Unificada 159 del año 2002. Corte Constitucional de Colombia. Acción de Tutela.

Sentencia C-591/05 de la Corte Constitucional de Colombia. Acción Pública de Inconstitucionalidad.

Sentencia T-233/07 de la Corte Constitucional de Colombia. Acción de Tutela.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917.

Código Nacional de Procedimientos Penales. Diario Oficial de la Federación, 5 de marzo de 2014 (México).

Amparo Directo 3886-2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación (México).

Calandra v. United States (1974). Corte Suprema de los Estados Unidos.

Mapp v. Ohio (1961). Corte Suprema de los Estados Unidos.

Silverthorne Lumber CO., INC. v. United States (1920). Corte Suprema de los Estados Unidos.

Weeks v. United States (1914). Corte Suprema de los Estados Unidos.

Wolf v. Colorado (1949). Corte Suprema de los Estados Unidos.

ANEXOS

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	
Problema General: De qué manera se realiza el tratamiento de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	Objetivo General: Analizar de qué manera se realiza el tratamiento de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	El tratamiento de la Prueba Prohibida incide significativamente en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	Variable Independiente: Proceso Penal	
			Dimensiones	Indicadores
			Sistema Acusatorio	Disposición Apertura de Investigación
Problema Especifico:	Objetivo Especifico	Hipótesis Especificas	Sistema Inquisitivo	Medidas Coercitivas
			Variable Dependiente: Prueba Prohibida	
			Dimensiones	Indicadores
De que forma el <i>tratamiento legal comparado de la Prueba Prohibida</i> incide en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	Determinar de qué forma el tratamiento legal comparado de la Prueba Prohibida incide en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	El tratamiento legal comparado de la Prueba Prohibida incide significativamente en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	Regla de Exclusión	Derecho Fundamentales
Como incide el <i>tratamiento jurisprudencia l</i> de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	Analizar como incide el <i>tratamiento jurisprudencial</i> de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	<i>El tratamiento jurisprudencial</i> de la Prueba Prohibida incide significativamente en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	Excepciones a la Regla de Exclusión	Pleno Jurisdiccional (2004)
Que efectos produce el <i>tratamiento doctrinal</i> de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	Analizar qué efectos produce el <i>tratamiento doctrinario</i> de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.	El tratamiento doctrinario de la Prueba Prohibida produce efectos significativos en el Proceso Penal desde el 2005 al 2020.		