

# TESIS FINAL

*por* Avila Vasquez Luis

---

**Fecha de entrega:** 23-sep-2023 09:34a.m. (UTC-0500)

**Identificador de la entrega:** 2174490911

**Nombre del archivo:** INFORME\_DE\_TESIS\_-\_ALEJANDRO\_AVILA\_VASQUEZ\_-\_CORREGIDO.docx (96.59M)

**Total de palabras:** 26071

**Total de caracteres:** 144665

**UNIVERSIDAD CATOLICA DE TRUJILLO**

**BENEDICTO XVI**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE ESTUDIOS DE DERECHO**



**TEST DE PROPORCIONALIDAD APLICADO COMO EXCEPCIÓN A LA  
REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PRIMER JUZGADO DE  
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO-2022**

**TESIS PARA OPTAR EL TITULO ACADÉMICO DE ABOGADO**

**AUTOR**

Bach. Luis Enrique Alejandro Ávila Vásquez

**ASESOR**

Mg. Richard David Carrera Salazar

<https://orcid.org/0000-0002-3084-5448>

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

Análisis de las instituciones del derecho público y privado

**TRUJILLO-PERÚ**

**2023**

## **INFORME DE ORIGINALIDAD**

**AUTORIDADES UNIVERSITARIAS**

**EXCMO. MONS. HÉCTOR MIGUEL CABREJOS VIDARTE, O.F.M.**

Arzobispo Metropolitano de Trujillo

Fundador y Gran Canciller de la

Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI

**DR. LUIS ORLANDO MIRANDA DÍAZ**

Rector de la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI

**DRA. MARIANA GERALDINE SILVA BALAREZO**

Vicerrectora Académica

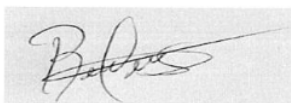
**DRA. ENA CECILIA OBANDO PERALTA**

Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

## ACTA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR

Yo, Mg. RICHARD DAVID CARRERA SALAZAR, asesor del informe de Tesis titulado **TEST DE PROPORCIONALIDAD APLICADO COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO-2022**, presentado por el tesista LUIS ENRIQUE ALEJANDRO AVILA VÁSQUEZ, para optar el título profesional de Abogado, adjunto el informe de asesoría de Tesis, la misma que cumple con las normas establecidas por el reglamento de Grados y títulos y la guía de redacción y presentación de tesis Pregrado-2023 de la Universidad Católica de Trujillo- Benedicto XVI.

En consecuencia, considero que el estado del informe de tesis está CULMINADO, en condiciones para ser debidamente revisado por la comisión evaluadora designada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de esta casa de estudios, lo que informo a usted para los fines pertinentes.



.....  
(Mg.) RICHARD DAVID CARRERA SALAZAR  
Asesor(a)

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo lo dedico:

A DIOS, por poner en mi camino las razones necesarias para avanzar

A mi abuela y madre por apoyarme siempre

A mi familia, hermanos y amigos.

## **AGRADECIMIENTO**

Doy gracias a Dios por permitirme vivir tantas experiencias que me han traído hasta aquí, por bendecirme con una gran familia y seguir en el camino para cumplir mi propósito. Agradezco a mi madre por siempre motivarme a seguir adelante y ser el ejemplo para seguir; a mi abuela por estar allí cuando la necesito y permitirme aprender de ella.

Agradezco a mi abuelo y padre por sus enseñanzas diarias y que hoy aplico en mi vida; a mis hermanos por su compañía y a mi familia por ser un soporte incondicional en todo momento.

## DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez con DNI 73712156, egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI, doy fe que he seguido de manera rigurosa todos los procedimientos académicos, administrativos y metodológicos impuestos por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas para la elaboración y sustentación del trabajo de investigación titulado: **EL TEST DE PROPORCIONALIDAD APLICADO COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO-2022**, misma que consta un total de 213 páginas, incluidas un total de 134 de páginas que corresponden a los anexos.

Dejo constancia de la originalidad y autenticidad de la mencionada investigación y declaro bajo juramento en razón a los requerimientos éticos, que el contenido de dicho documento corresponde a mi autoría respecto a redacción, organización, metodología y diagramación. Así mismo, garantizo que los fundamentos teóricos están respaldados por el referencial bibliográfico, asumiendo que los fundamentos teóricos están respaldados por el referencial bibliográfico, asumiendo los errores que pudieran reflejar como omisión involuntaria respecto al tratamiento de cita de autores, redacción u otros. Lo cual afirmamos es de nuestra entera responsabilidad.

Se declara además que el porcentaje de similitud en relación con otros trabajos de investigación es de 18%. Estando dicho porcentaje dentro de los márgenes permitidos por la Universidad Católica de Trujillo.

El autor



---

Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez

DNI: 73712156



## INDICE

INFORME DE ORIGINALIDAD .....	ii
AUTORIDADES UNIVERSITARIAS .....	iii
ACTA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR.....	iv
DEDICATORIA .....	v
AGRADECIMIENTO .....	vi
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD .....	vii
INDICE.....	viii
RESUMEN .....	ix
ABSTRACT.....	x
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. METODOLOGIA.....	38
2.1.Enfoque, tipo y diseño de investigación .....	38
2.2.Participantes de la investigación .....	38
2.3.Escenario de estudio.....	38
2.4.Técnicas e instrumentos .....	39
2.5.Procedimiento de recolección y análisis de datos .....	39
2.6.Ética investigativa y rigor científico .....	40
III. RESULTADOS .....	41
IV. DISCUSIÓN .....	64
V. CONCLUSIONES.....	69
VI. RECOMENDACIONES .....	70
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....	71
ANEXOS .....	78
Anexo 1: Instrumentos de recolección de datos.....	79
Anexo 2: Consentimiento informado .....	82
Anexo 06: Sentencias y otros .....	91

## RESUMEN

La presente investigación denominada El Test de Proporcionalidad aplicado como excepción a la regla de exclusión en el Primer Juzgado De Investigación Preparatoria de Trujillo-2022 se creó a partir del pleno jurisdiccional celebrado en 2004 en la ciudad de Trujillo y los diferentes casos de coyuntura nacional donde se han presentado distintos criterios de aceptación y valoración de prueba prohibida, desconociendo en tal sentido una directriz general a usar en casos similares o que incluyan prueba prohibida en el proceso. El objetivo de este trabajo se enfocó en determinar el grado de aceptación del test de proporcionalidad como exención a la regla de exclusión dentro del proceso penal en el primer juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo; en tal sentido se recurrió a analizar una serie de sentencias dadas a nivel nacional para establecer un marco contextual de partida y se entrevistó al juez del primer juzgado de investigación preparatoria a fin de conocer su criterio, así también se entrevistó a los otros jueces que desempeñan o desempeñaron labores dentro de los juzgados de investigación preparatoria a fin de recabar sus opiniones y concluir el grado de aceptación del test de proporcionalidad como excepción.

Siendo que este trabajo postula la existencia de un alto grado de aceptación para la aplicación del test de proporcionalidad como exención a la regla de exclusión dentro de los juzgados de investigación preparatoria de Trujillo.

**Palabras clave:** test de proporcionalidad, regla de exclusión, eficacia probatoria, prueba prohibida, excepciones a la regla.

## ABSTRACT

The present investigation called The Proportionality Test Applied As An Exception To The Exclusion Rule In The First Preparatory Investigation Court Of Trujillo-2022 was created from the jurisdictional plenary session held in 2004 in the city of Trujillo and the different cases of national conjuncture where different criteria for acceptance and evaluation of prohibited evidence have been presented, ignoring in this sense a general guideline to be used in similar cases or that include prohibited evidence in the process. The objective of this work was focused on determining the degree of acceptance of the proportionality test as an exemption to the exclusion rule within the criminal process in the first Preparatory Investigation Court of Trujillo; In this sense, we resorted to analyzing a series of sentences given at the national level to establish a starting contextual framework and the judge of the first preparatory investigation court was interviewed in order to know his criteria, as well as the other judges who perform or performed work within the preparatory investigation courts in order to gather their opinions and conclude the degree of acceptance of the proportionality test as an exception.

Being that this work postulates the existence of a high degree of acceptance for the application of the proportionality test as an exemption to the rule of exclusion within the preparatory investigation courts of Trujillo.

**Keywords:** proportionality test, exclusion rule, probative effectiveness, prohibited test, exceptions to the rule.

## I. INTRODUCCIÓN

A mediados del año 2004 mediante el D.L. Nro. 795 (promulgado en julio de 2004), se instauro un nuevo sistema procesal penal, reemplazando al anterior código de procedimientos penales, dándose al proceso penal un nuevo concepto moderno y acorde con las líneas defensoras de los derechos humanos que se gestaban alrededor del país; un nuevo concepto que se fundamenta en la aplicación de un sistema procesal acusatorio/adversarial, que traía consigo nuevas instituciones, nuevas prerrogativas y divisiones de etapas, roles y procesos especiales, entre otros.

El nuevo proceso penal, buscaría con su división de roles la eficiencia en la búsqueda de la verdad material apoyado inefablemente en medios de prueba suficientes que otorguen certeza al juez sobre la responsabilidad penal del procesado.

La prueba ha recibido un tratamiento especial en cuanto su marco legal, pues se ha dotado de principios como el de licitud, utilidad, pertinencia y conducencia; así también se han propuesto límites en la obtención de material probatorio que van desde un rango constitucional hasta uno legal; teniendo en esa línea el artículo 2, inciso 10 y 24 de la constitución política del Perú y lo señalado en el artículo VIII del título preliminar del código procesal penal, mencionando en su inciso primero que “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”, mismo que se debe interpretar conforme el artículo 155 del mismo cuerpo procesal que señala: “la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este código”; haciendo alusión a la necesidad de compatibilidad entre el tratamiento probatorio que se dé y los parámetros establecidos por instrumentos internacionales como los tratados o convenciones que expresan la necesidad del respeto a los derechos fundamentales previstos. En ese sentido el artículo 159 del código procesal penal establece que: “el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. Fuera de lo referido, no existe otra regulación en el país acerca de la prueba prohibida pues se entiende que el pragma es simple y se reduce al silogismo base; si se vulnera el contenido esencial de un

derecho fundamental, entonces se invalida la prueba obtenida; esto con fundamento en la importancia que tiene el resguardo de los derechos que se consagran en el artículo 2 de nuestra constitución peruana, manteniendo el orden social y prevaleciendo la dignidad de la persona.

A lo largo de las muchas investigaciones emergentes se obtiene material probatorio que vulnera ciertas normas constitucionales, sea por desconocimiento en su obtención o por el hecho de la búsqueda de la verdad; estas situaciones se pueden presentar en delitos simples o complejos y como más notoriamente se encuentra en delitos de corrupción de funcionarios y terrorismo. Esta situación provoca posturas contrarias en nuestras cortes de justicia, pues se han dado casos como el caso de servicios postales del Perú, el caso el Polo I, caso Petro audios, donde la prueba fue excluida tal como lo refiere el código procesal penal; en contraposición a ello se ha tenido otros como el caso Vladivideos, caso Agendas de Nadine; donde se ha admitido la prueba ilícitamente obtenida amparándose en excepciones desarrolladas por la jurisprudencia comparada; mismas excepciones que se tomaron en cuenta en la emisión del único pleno jurisdiccional penal celebrado en diciembre de 2004.

Lo señalado en líneas arriba demuestra que existe incertidumbre en cuanto a la predictibilidad de los pronunciamientos judiciales en el país, afectando también a la seguridad jurídica de la que debe gozar la ciudadanía; denotando adicionalmente una contravención manifiesta contra lo regulado en el código procesal penal respecto de la prueba.

En la jurisprudencia norteamericana se goza de amplias excepciones, entre ellas la denominada “ponderación de intereses” (institución desarrollada en doctrina alemana también), figura que trasladada a nuestro ordenamiento jurídico tiene una estructura muy similar al test de proporcionalidad, test que ha tenido todo un desarrollo referido a principios, prospectos, alcances y límites y que bien podría servir, una vez superado los filtros que este tiene, para la integración de medios probatorios prohibidos en el proceso penal.

La investigación se orientó a describir el tratamiento que se le da a la prueba prohibida dentro de las cortes de justicia nacional, detallando el grado de aceptación del test de proporcionalidad como exención a la inadmisión de prueba prohibida, pues se hace necesario

la estructuración de por lo menos una excepción a la regla de exclusión que este acorde con los parámetros establecidos por el sistema constitucional de derecho que el país posee y que pueda otorgar un grado de fiabilidad mínimo para la admisión de prueba prohibida una vez que se supere los filtros que plantea el test de proporcionalidad.

La presente investigación se justificó en el extremo de no existir actualmente una gran cantidad de trabajos de investigación acerca del tema tratado, pues los existentes se limitan a explicar la exclusión de la prueba y sus beneficios y escasamente su admisión, siendo además que en este proyecto desarrollamos un supuesto aceptado y practicado en el derecho comparado y mencionado en las cortes nacionales, como lo es la ponderación de intereses; haciendo un constructo a criterio nuestro, aceptado y factible de aplicación.

Bajo lo mencionado se planteó la siguiente pregunta orientadora:

¿Cuál es el grado de aceptación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión de prueba prohibida en el primer juzgado de investigación preparatoria de trujillo-2022?

El objetivo general fue: Determinar el grado de aceptación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión el primer juzgado de investigación preparatoria de trujillo-2022 teniendo como objetivos específicos: a) Estudiar las cuestiones dogmáticas y prácticas en torno a la prueba prohibida y el test de proporcionalidad, b) Registrar la jurisprudencia nacional en torno al tratamiento dado a la prueba prohibida y su admisión, c) Recabar la opinión de los jueces de investigación preparatoria de Trujillo en relación a la prueba prohibida y el test de proporcionalidad.

En los antecedentes internacionales, López (2018), en la tesis “*La regla de exclusión de la prueba ilícita en España*”, estudio comparado con la actualidad mexicana, realizado en la Universidad De Girona-España, para la obtención del título de doctor por la Universidad De Girona; se propuso estudiar los regímenes legales en cuanto a prueba prohibida refiere en España y México; dicho estudio estableció: La inclusión de una ineficacia probatoria derivada de una regla de exclusión en el cuerpo normativo constitucional provoca ciertas particularidades en su aplicación, pero aún con ello se ha visto la adhesión de diferentes cuestiones, teorías y otros direccionados a impedir que la regla intervenga y en consecuencia

nos encontremos ante un escenario de admisión de prueba prohibida siguiendo las exenciones de buena fe y el criterio de la conexión de la antijuricidad. No obstante, la elevación a rango constitucional reconocido de la regla de exclusión supone una mayor tutela que la que ofrece el rango legal inferior y que siempre creará una situación irreconciliable con los criterios de ponderación que servían como atajos en cuanto a analizar la protección ofrecida por la regla a nivel legal.

Rozo (2019), en el proyecto de investigación "*Test de proporcionalidad y su praxis en la ponderación del libre desarrollo de la personalidad y corrección moderada*", realizado en la Universidad Católica De Colombia como parte de un programa de investigación y contribución jurídica se propuso estudiar los alcances de la aplicación del test de proporcionalidad constitucional, en la ponderación de derechos entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores en relación con su identidad de género y le derecho de crianza, determinando: Que la corte constitucional de Colombia realiza un estudio caso por caso valorando la necesidad de la medida, el fin, la proporcionalidad en estricto sentido salvaguardando el interés del menor como garantía constitucional, en tal sentido el alcance del test de proporcionalidad se afianza en un marco constitucional y es la solución ante pugnas de derechos.

En los antecedentes nacionales, se tiene a Ariza (2017), en la tesis "*Exegesis jurídico-teórico de la prueba prohibida y su regulación en el código procesal penal*", periodo 2010-2015, realizado en la Universidad San Pedro De Huaraz, para la obtención del título profesional de abogado; se propuso explicar el tratamiento a nivel doctrinario y jurisprudencial de los medios de prueba prohibidos en el marco del código procesal penal nacional; dicho estudio estableció: Que, es considerada prueba prohibida a aquella que se obtiene violando el contenido esencial de los derechos fundamentales y a nivel jurisprudencial se ha establecido algunas excepciones basadas en el test de ponderación, sin que ello signifique admitir todo tipo de prueba recogida, pues aún se debate si debe permitirse soslayar ciertos derechos a fin de conseguir una condena.

Cortez (2018), en la tesis "*El principio de proporcionalidad y su incidencia en la sentencia de Silvana Buscaglia Zapler*", realizada en la Universidad Señor De Sipán, para la obtención del título profesional de abogado; se propuso determinar el grado de incidencia

de la proporcionalidad en la sentencia de Silvana Buscaglia Zapler por la comisión del delito de violencia a la autoridad y dicho estudio determino en relación a la proporcionalidad que: es necesario tener en cuenta el acuerdo plenario extraordinario 001-016/CJ-116 que regula la aplicación del test de proporcionalidad puesto que representa un alto grado de incidencia dentro del marco jurídico y procesal y su inobservancia como en el caso estudiado entrega sentencias desproporcionales y cuya condena no responde a las garantías procesales.

Sal y Rosas (2018) en la tesis *“Incidencia de la prueba prohibida en el delito de feminicidio del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaraz del año 2017”*, realizado en la Universidad Cesar Vallejo en el año 2018, para la obtención del título profesional de abogado, se propuso determinar la incidencia de la prueba prohibida en los delitos de feminicidio; dicho estudio concluyó: Que, la exclusión de la prueba prohibida deja sin base para la búsqueda de la verdad al persecutor del delito en los delitos de feminicidio y que en aplicación de las excepciones de la exclusión de la prueba prohibida sirve para convencer al juzgador sobre la responsabilidad penal del acusado en los delitos de feminicidio.

Villegas (2018) en la tesis *“Criterios jurídicos para valora la prueba irregular en el proceso penal peruano”*, realizado en la Universidad Nacional De Cajamarca, para la obtención del título profesional de Maestro en ciencias, se propuso determinar la incidencia las causas de admisión de prueba irregular; dicho estudio estableció: Que, es posible admitir prueba irregular bajo las reglas de admisión de la prueba ilícita, tal como lo son sus excepciones y en ocasiones bajo un test de ponderación aplicable a cada caso en concreto puede darse la admisión de la prueba a fin que despliegue sus efectos probatorios.

Gonzales (2018) en la tesis *“Estudio de la prueba prohibida y su aplicación como regla de exclusión en el nuevo código procesal penal”*, realizado en la Universidad Federico Villarreal, para la obtención del título profesional de maestro en derecho; se propuso determinar si la doctrina de la buena fe y eficacia refleja serian excepciones aplicables a la exclusión de prueba prohibida en el nuevo código procesal penal nacional; dicho estudio concluyó: Que, la prueba prohibida vulnera en efecto derechos del procesado pero que se ha valorado en diferentes casos; sin embargo, el autor en este punto refiere que según su concepción debe mantenerse firme lo prescrito por el código procesal penal en su artículo



VIII del título preliminar, posición a la que tenemos ciertos reparos en aceptar; no obstante, hace referencia a la creación de ordenamientos específicos respecto de prueba prohibida.

Villafuerte (2018) en la tesis *“Criterios jurídicos para la admisión y exclusión de la prueba material frente a la contaminación probatoria en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, Arequipa 2017”*, realizado en la Universidad Nacional De San Agustín De Arequipa, para la obtención del título profesional de maestro en derecho; se propuso encontrar los fundamentos que se aplican para la aceptación y rechazo de prueba material en los ilícitos contra la vida, el cuerpo y la salud; dicho estudio estableció: Que, los órganos jurisdiccionales aplican criterios legales y jurisprudenciales en cuanto deben dirimir sobre la admisión o exclusión de prueba prohibida, ello bajo la protección del principio de libertad de prueba.

Abril (2018) en la tesis *“Análisis descriptivo y propositivo del fundamento de la prueba prohibida en el código procesal penal del 2004”*, realizado en la Universidad Nacional De San Agustín, para la obtención del título profesional de maestro en derecho; se propuso demostrar que el fundamento de la prueba ilícita y su exclusión no es absoluto; dicho estudio concluyó: Que, la exclusión de la prueba ilícita es total de acuerdo a los parámetros legislativos actuales; sin embargo, esta no debe ser así, pues se debe custodiar los intereses colectivos y tomar en cuenta el delito investigado, pues la exclusión de prueba ilícita no es un absoluto.

Villegas (2020), en la tesis *“La fiabilidad de la prueba prohibida como fundamento para su admisión o exclusión en el proceso penal, Perú-2020”*, realizada en la Pontificia Universidad católica Del Perú, para la obtención del título de magister en derecho procesal; se propuso estudiar la legitimidad de la regla de exclusión probatoria y la admisión de prueba prohibida a partir de verificar su ir refutabilidad, ello es, que ponga en notoriedad los hechos y la responsabilidad de los investigados, dicho estudio estableció: que la regla de exclusión y doctrina del árbol envenenado no es absoluta, no pudiendo prevalecer sobre otros derechos, proponiendo un sistema de evidente realidad como excepción a las mismas.

Correa y Vela (2020) en la tesis *“Relación directa entre la prueba prohibida y su grado de valoración en el nuevo código procesal penal”*, realizada en la Universidad Privada

Antonio Guillermo Urrelo, para la obtención del título profesional de abogado; se propuso determinar la relación que existe entre la prueba prohibida y su grado de valoración en el código procesal penal, concluyendo que: existe la posibilidad que usando el test de ponderación y razonabilidad aquella prueba catalogada como prohibida pueda y deba ser admitida y valorada.

Respecto al marco teórico vinculado a las variables de estudio, se tiene que cuando se trata de fijar una definición de la prueba prohibida es casi necesario como señala Gutiérrez (2014), recurrir a una perspectiva de corte constitucional y luego ubicarse en plano legal ordinario. Siendo útil la diferencia existente entre una vulneración a **derechos fundamentales** que **da vida a la prueba** prohibida y otro tipo de infracción que se ubica en el plano de lo irregular, en ese sentido Mellado (2008) afirma que por prueba ilícita ha de entenderse la obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento o, en fin, en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva a acudir a otras categorías (pág. 23).

Entendiendo entonces la existencia de dos niveles donde podrían afectarse ciertos derechos que se diferencian en su rango, así también lo entiende San Martín (2012) al afirmar que:

La prueba prohibida es aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a encontrar durante las investigaciones de la fuente de prueba, cualquier material de carácter probatorio; y que, en ese marco de investigación se ha sometido a la fuente de prueba a mecanismos que afectan directamente un derecho fundamental (pág. 649).

Misma orientación aborda Yataco (2009) indicando que:

La prueba ilícita es aquella labor direccionada a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, cuanto a la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de

prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial (pág. 7).

En este punto la doctrina es amplia en hacer ciertas distinciones en la conceptualización y sus límites, refiriendo dos concepciones: a) **Concepción amplia**, ahora bien, para algunos la denominación de prueba prohibida no solo se centra en aspectos estrictamente constitucionales, sino como menciona Estrampes (2004) “debe ser contemplada en un nivel macro, observando las violaciones a todo el conjunto de normas jurídicas, independientemente de la categoría de estas, incluyendo en esta concepción las normas de carácter legal pero no constitucional”. Según Echandía (1970), la vulneración no solo puede afectar al derecho fundamental sino además que se incluye la moral, buenas costumbres y la dignidad humana. b) **Concepción restringida**: Esta concepción reduce el campo de acción y límites de la prueba prohibida, ya no toma en cuenta la dignidad como un pilar adicional, sino que es restrictivo y en una premisa simple establece que todo aquello que vulnere el contenido esencial de un derecho fundamental debe ser prueba prohibida.

Estrampes (2004) menciona “siempre que se verifique la violación de derechos fundamentales, se puede hablar de prueba prohibida”, en esa idea Redondo (1987) agrega el comportamiento ilícito de quien obtiene la prueba, contaminando de esta manera el material probatorio recopilado.

En la misma línea de ideas el doctor Neyra (2010), señala que “es más prudente partir de un concepto concreto, basado en un silogismo básico como es: prueba prohibida es la vulneración de un derecho que posee el carácter de fundamental” (pág. 651). Misma posición aborda Miranda (2010), cuando refiere que por prueba ilícita debe entenderse la que se obtiene con clara vulneración de derechos fundamentales.

En consecuencia, nos aproximamos a un concepto de prueba prohibida como aquel material probatorio que se ha obtenido con vulneración flagrante del contenido esencial de un derecho fundamental y en consecuencia se ordena la expulsión del proceso y la pérdida de su valor probatorio en el caso.

Con lo mencionado anteriormente, quedan un par de interrogantes como: ¿Cuándo se afecta el contenido esencial de un derecho? y ¿prueba ilícita o prohibida?; en respuesta a la primera interrogante debemos ponernos en el plano constitucional, delimitando los alcances de ese contenido esencial, en términos de Castillo Córdova, se trata de ver aquello a lo que un derecho me da derecho y a lo que me obliga.

Ahora, los primeros acercamientos conceptuales al contenido esencial de un derecho fueron presentados por la constitución alemana y española al referirse como contenido esencial a ese extracto que no puede ser afectado de un derecho pero que no supone un carácter absoluto, lo que en términos de Bastos (2012), se manifestó en la legislación española al prescribir la posibilidad de regular el ejercicio de un derecho fundamental pero solo mediante una ley que respete el contenido esencial en cualquier caso.

Con ese orden de ideas, una concepción adecuada de lo que significa el contenido esencial de un derecho fundamental lo podemos encontrar haciendo una tarea de delimitación basado en la relevancia de los elementos y características que componen un derecho, actividad de la que se ha hecho cargo en gran medida el Tribunal Constitucional al referir en múltiples ocasiones que si bien no existe definición clara contenida en la constitución, debe admitirse que el legislador se encuentra obligado de manera implícita al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales. Concluyendo que ese contenido esencial está constituido por el núcleo irreductible que un derecho tiene y que el legislador no puede manipular sin volver al derecho impracticable y dejarlo sin protección constitucional. Esto es, quitarle como menciona el profesor Castillo (2005), aquellas facultades a las que el titular tiene derecho y la exigibilidad para con la sociedad y el estado para mantener su vigencia; resaltando tres características imprescindibles de los derechos fundamentales como lo es el carácter limitado en el sentido de que todo derecho fundamental mantiene sus propios límites; el carácter ilimitable pues no se puede desconocer las fronteras internas que tiene el derecho ni la esencia del mismo y por último el carácter delimitable en el extremo que el legislador, el poder judicial y ejecutivo moldean el contenido constitucional de un derecho.

Superada la conceptualización del contenido esencial de un derecho fundamental, debemos poner en la palestra la nomenclatura que se usa de manera indistinta para referirse a la prueba prohibida, siendo frecuente como refiere Estrampes (2004), que se emplee

términos como prueba ilegal, prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba inconstitucional, prueba nula e incluso prueba clandestina (pág. 17 y 18).

En nuestra jurisprudencia lo más común es utilizar de manera indistinta dos acepciones dentro de todo el extenso campo de términos existentes, de manera que usar la designación de prueba prohibida o prueba ilícita para referirse a una misma institución procesal es válida, así se puede notar en sentencias como la emitida en el caso Lastra Quiñones (STC 2053-2003-HC/TC) donde se le llama prueba ilícita a aquella obtenida con violación a derechos fundamentales, otra sentencia como en el caso Quimper (STC 655-2010-PHC/TCC), se emplea el término prueba prohibida para describir la prueba obtenida con vulneración de derechos y añade el carácter de derecho fundamental que tiene esta institución; en esa línea se encuentra el R.N. 05-02-2008 del 04 de mayo de 2009.

En este punto es claro que, para el sistema judicial, la prueba prohibida será vista desde la perspectiva de la vulneración de derechos fundamentales, justificando así la inadmisibilidad e ineficacia de esta en el proceso penal (Castro Trigo, 2009). Y siendo para efectos procesales, doctrinarios y jurisprudenciales, la utilización de la denominación de prueba prohibida o prueba ilícita las más adecuadas en vista de la práctica cotidiana en las cortes nacionales y la aceptación doctrinaria actual.

En cuanto se habla de la naturaleza jurídica de alguna institución procesal, nos remontamos a responder una cuestión básica enfocada en determinar lo que significa para el sistema jurídico, o lo que viene siendo lo mismo, responde a la pregunta ¿Qué es para el derecho?; y es claro que una posible respuesta la podemos ubicar haciendo una revisión, aunque no extensa si relevante de algunas teorías establecidas por la doctrina y la jurisprudencia; observando el proceso de investigación y los fines que esta sigue.

Es entonces que durante el lapso de investigación se pueden dar diferentes actos tendientes a la recopilación de información, herramientas u otros relacionados con el delito (pruebas en sentido estricto); ello a fin de lograr obtener la verdad sobre el hecho y así poder sancionar a los implicados. Sin embargo, teniendo en cuenta el cambio del modelo procesal penal que ha existido en el país, pasando de un sistema inquisitivo a uno acusatorio y adversarial, pequeñas modificaciones se han realizado para el proceso de investigación,

haciendo que la búsqueda de la verdad no sea un valor absoluto, sino que se encuentra subordinado a estándares ético y jurídicos que representan a un estado de derecho (De Urbano Castrillo & Torres Morato, 1997). Dentro de ese marco temático generado alrededor del material probatorio obtenido durante la investigación, se encuentra la prohibición de ejercer actos en contra de los derechos fundamentales al momento de su obtención; de manera que la naturaleza jurídica de ese material obtenido con vulneración de derechos fundamentales varía en su fundamento, ya no teniendo que recurrir a un carácter epistemológico de la verdad para responder a la cuestión de su naturaleza si no que se puede recurrir a otras posiciones que expliquen mejor este concepto; pudiendo resumirlas en 3: a) **Como garantía objetiva inmersa en el proceso penal**, responde a la aplicación general de una macro garantía como lo es el debido proceso, misma que posee reconocimiento constitucional y que desde la perspectiva del legislador y la doctrina se extiende a todos los actos de investigación que se realicen durante el plazo legal prescrito, entendiendo así que la obtención de material probatorio prohibido vulnera la garantía del debido proceso y justifica de esa manera la exclusión del proceso penal. La lógica seguida en este punto se relaciona con la calificación de garantía general o macro garantía que tiene el debido proceso, conteniendo otras garantías como la de juez imparcial, plazo razonable y en ese catálogo se ubica una garantía probatoria enfocada en el resguardo de los medios de prueba que se admiten; basado en la premisa de que cualquier prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales debe ser nula. En ese sentido, la prueba prohibida a consideración de esta posición se coloca como una garantía objetiva contenida en la macro garantía del debido proceso. b) **Como un derecho fundamental**, pues se le reconoce de manera tacita un rango similar a cualquier derecho fundamental existente no pudiendo ser afectado de manera arbitraria y respetando su aplicación dentro del proceso penal, no admitiendo excepción alguna al no tener un fundamento legal escrito o derivado de alguna norma de igual rango. c) **Como un límite al ejercicio del derecho de prueba**, entendiendo que la constitución reconoce el derecho a la prueba como pilar de un proceso justo pues a decir de Bustamante (2001), este derecho cobra tal importancia que de ser ineficaz traería un proceso penal injusto y desprovisto de garantías.

En ese sentido el derecho a la prueba como cualquier derecho reconocido no está exento de limitaciones o prohibiciones impuestas a fin de no afectar al resto de derechos contemplados en nuestra constitución, siendo la más notoria el límite creado al momento de

obtener el medio de prueba, es decir, no se podría vulnerar de manera relevante <sup>1</sup> el contenido esencial de un derecho fundamental para obtener pruebas.

Es así como la obtención de pruebas se rige en gran medida por lo regulado en nuestra legislación y lo desarrollado por nuestra jurisprudencia, tal como se hace ver en la STC recaída en el exp. 06712-2005-PHC donde se menciona que los medios probatorios empleados deben ser lícitos no pudiendo admitir aquellos que contravengan el ordenamiento jurídico; mismo sentido que aborda la STC emitida en el expediente 02333-2004-HC donde se estableció que la prueba ofrecida se rige por principios de pertinencia, utilidad, conducencia y legalidad.

Concluyendo, para nuestra legislación nacional y jurisprudencia la naturaleza jurídica que la prueba prohibida ha adoptado es la de un derecho fundamental, tal como se aprecia en la sentencia de Alberto Quimper (STC Exp. 655-2010-PHC), cuando se expresa que si bien es cierto la naturaleza jurídica de la prueba prohibida es muy variada en nuestro entorno, para el tribunal se trata de un derecho fundamental que no se encuentra dentro del texto escrito de la constitución pero que garantiza a las personas que aquella prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales sea excluida del proceso y que cualquier prueba derivada de esta corra con la misma suerte; subordinando así que la admisión de una prueba no solo se fija en cuanto a su pertinencia, utilidad o conducencia sino también en la licitud.

<sup>1</sup> En cuanto a las consecuencias de la prueba prohibida, el efecto reflejo a la obtención de prueba prohibida surge la teoría del fruto envenenado, cuyo origen radica en los Estados Unidos de Norteamérica y es donde adquiere esa denominación; siendo el caso *Silverthorne Lumber V. United States* el que pondría las bases para el desarrollo de esta teoría y el caso *Nardone V. United States* de 1939, el que emplearía la terminología de fruto del árbol venenoso para remitirse no solo a medios de prueba obtenidos ilícitamente, sino también incluir dentro de esa categoría a otro tipo de pruebas que se descubrieron aprovechando la llamada prueba prohibida (Talavera Elguera, La prueba en el nuevo proceso penal, 2009).

La mencionada teoría se soporta en la necesidad de excluir material probatorio obtenido con vulneración indirecta de derechos fundamentales, debido a que carece de eficacia probatorio las pruebas que se obtienen ilícitamente. En esa misma línea Parra (1997),

menciona el carácter extensivo de ilicitud que tiene la prueba obtenida de manera ilegal hacia aquellas otras pruebas que en apariencia son legales, pero devienen de una prueba ilícita.

Sin embargo, para acreditar esa invalidez e ineficacia probatoria se debe poder establecer una relación entre la prueba ilícita y aquella derivada, siendo importante lograr establecer la causalidad entre aquel acto que vulnero originalmente el derecho y el acto que es la consecuencia, dejando ese lado interpretativo a los jueces y no necesariamente al legislador. De esta manera, lo que resulta ser llamada prueba derivada no es otra cosa que aquellos medios probatorios encontrados a partir de una prueba prohibida.

Al respecto, Castro (2009), menciona un ejemplo a fin de dejar claro el efecto reflejo producido sobre la prueba derivada; se propone un caso de interceptación telefónica ilegal que da paso a un registro domiciliario legal donde se encuentra kilos de droga; este hallazgo de estupefacientes debe ser declarado ilegal en vista que proviene de información obtenida con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En el plano doctrinario se ha gestado un debate en cuanto a las consecuencias que el uso de prueba ilícitamente obtenida provoca en el proceso penal. Por un extremo Miranda (2004), refiere que dentro del proceso penal no existe efecto negativo alguno, pues el fin del proceso es llegar a la obtención de la verdad material y para cumplir con tal finalidad, aquellas actuaciones realizadas durante las investigaciones que pudieran haber vulnerado ciertos derechos fundamentales deben ser igualmente valoradas si aportan al fin del proceso. En esa misma línea Muñoz (1997), menciona que aun cuando la justicia debe cuidar de la legitimidad y honestidad de las acciones empleadas durante la investigación, nada justifica que no se pueda hacer uso de sus resultados para llegar a la verdad. En una postura contraria, Neyra (2010), señala que la afectación de un derecho fundamental debe ocasionar la ineficacia de la prueba que se obtiene y en vista del nexo de causalidad que comparta con otras pruebas, debe hacerse extensivo ese efecto. Se suma a esta posición Sánchez (2017), cuando expresa que la vulneración de cualquier derecho fundamental tiene como efecto inmediato la ineficacia de la prueba hallada y la inutilización de toda prueba derivada. Dentro de nuestra legislación, una postura se ha situado y ha dado fruto a la llamada regla de exclusión, cuyo significado se explica brevemente como el deber de excluir del proceso penal toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Esta regla nació en



Norteamérica con base en el efecto disuasivo que tendría contra las acciones que atentan contra los derechos fundamentales, ejecutadas por parte de la entidad persecutora del delito, finalidad que la corte suprema de tal país menciona en el caso *Calandra vs U.S.* al respecto, Miranda (2010), menciona que la regla de exclusión aparece ligada a la IV y V enmienda de la constitución norteamericana, que prescriben la necesidad de motivar mínimamente cualquier intervención en la esfera jurídica de la persona y la prohibición de autoincriminación. Se agrega a esta posición lo prescrito en el caso *Janis vs US.* de fecha mil novecientos setenta y seis, colocando como propósito máximo de la regla de exclusión de pruebas ilícitas es y será evitar las conductas vulneradoras de derechos. Aunado a esta idea, se presenta el caso *Elkins vs U.S.*, que menciona que la regla de exclusión se ha creado con el fin de prevenir y no necesariamente con el de resarcir un daño, apoyando el efecto disuasorio antes planteado e intentando hacer prevalecer la vigencia de la norma constitucional Al contrario de esta posición disuasoria de la regla de exclusión, Diaz y Morales (2002), refieren que no se ha comprobado de manera practica que la regla de exclusión sea efectiva como método disuasorio, sino que fortalece la naturaleza inviolable de los derechos fundamentales. En consecuencia, la razón original de la regla de exclusión radica si seguimos la corriente norteamericana en el efecto disuasivo que posee; no obstante, existe una corriente de índole europeo-continental, que a decir de San Martin (2014), coloca como cimiento de la regla de exclusión la preservación de la supremacía de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Por último, Taruffo (2002), refiere que dentro cualquier sistema penal se han creado marcos normativos que regulan la admisión de pruebas al proceso penal, pero que son variables dependiendo del contexto donde se crean y para el caso, pueden variar de acuerdo con los derechos que intentan proteger. Dichas normas se traducen en nuestra legislación como la regla de exclusión, pues determina si en efecto una prueba debe ser o no ingresada al proceso penal; independientemente de cumplir con aspectos de conducencia, pertinencia y utilidad (Pisfil Flores, 2018). Coincide con lo expresado el profesor Ferrer (2007), señalando que la regla de exclusión tiene lugar cuando una prueba que puede resultar decisiva para la emisión de la sentencia debe ser retirada de proceso penal debido a que en su obtención se ha infringido normas y afectado algún derecho fundamental en el proceso. Esta actuación trae como consecuencia la inutilización de la prueba ilícita, desplegando estos

efectos de acuerdo con Talavera (2017), en dos momentos puntuales durante el proceso; cuando se ofrece para su admisión y a la hora de ser valorada en la etapa de juicio.

Es menester agregar que en cuanto a la consecuencia directa emanada de la prueba prohibida se puede hablar de una inutilización, es decir, prohibir la valoración pero no se puede declarar su nulidad; mismo sentido aborda Mellado (2008), cuando distingue entre la ilicitud de la prueba y la nulidad del acto procesal; no existiendo a la fecha norma procesal que establezca la nulidad en estricto sentido; pero lo que se tiene dentro de nuestra normativa procesal penal vigente, es una regla de exclusión que implica la expulsión necesaria de una prueba siempre que se verifique que afectó un derecho fundamental en su obtención.

Ahora, dentro de los límites a la prueba que ha sido obtenida de manera ilícita por regla general instituida en nuestro sistema procesal es excluida, quitándole la eficacia probatoria y sacándola de la carga que motiva la decisión final del juzgador. En tal perspectiva, la premisa sobre la que se sostiene la regla es la vulneración de un derecho fundamental; pero debemos poder comprender que no toda vulneración de un derecho que ha sido reconocido por la constitución y se le ha dado la categoría de fundamental (mismos que se encuentran numerados en el artículo 2 de la constitución y seguidos) significa la invocación de la regla de exclusión. En ese sentido, la causa que trae al escenario a la regla de exclusión no es solo la vulneración de un derecho fundamental sino, que este derecho posea una relación directa con el trajín investigativo, es decir, tal cual refiere San Martín (2005), que por sí mismos podrían ofrecer alguna significancia al plano probatorio de un proceso penal; así tenemos por ejemplo derechos como la inviolabilidad de domicilio o a la intimidad.

Frente a esto y considerando los objetivos seguidos por la regla de exclusión, dos posturas han aterrizado en el plano doctrinal y que aún no encuentran uniformidad. Por un lado se proclama la universalidad y aplicación rígida de la exclusión de la prueba prohibida del proceso penal, pues se busca proteger la dignidad de la persona y a razón de Muñoz (1997), especial énfasis se debe tener en la etapa de admisión de la prueba; pues de ser ingresada al proceso penal adoleciendo de la ilicitud o derivando de alguna fuente ilícita no podría expulsarse del proceso penal sin causar estragos, pues tal como lo indica Asencio (2008), se tiene el riesgo de distorsionar la fase inicial del proceso y provocar un cierto grado de

impunidad ocasionada incluso por los mismos imputados, además de haber posiblemente influenciado en la psique del juzgador.

Otro sector sostiene que debe analizarse el grado de vulneración al derecho fundamental, siguiendo el principio de lesividad y legalidad en un sentido restringido. Debiendo valorar si existió una afectación mínima que no perjudico en demasía el contenido esencial del derecho vulnerado y que en consecuencia no importe una expulsión del proceso penal de la prueba obtenida o derivada.

Cierto es, que la duda se mantiene respecto de que posición adoptar en cuanto se analiza la prueba prohibida dentro de un proceso penal, pues se tendrá que tener en cuenta una naturaleza dual del actual sistema procesal penal; de manera que no solo se busca la verdad como último fin buscando mantener la vigencia de la norma, sino que como menciona Lechuga (2018), se debe tener en cuenta y valorar conjuntamente la finalidad del proceso vigente, el interés social, los aspectos axiológicos innatos de la persona y lo requerido por el sistema de administración de justicia.

Ahora bien, en relación a posibles excepciones a la regla de exclusión de prueba prohibida, durante la vigencia del código procesal penal de 2004, gran parte de instituciones procesales fueron traídas de la doctrina europea y norteamericana, siendo esta ultima la que más ha desarrollado el tema de la prueba prohibida y sus alcances; adoptando una posición intermedia entre el conflicto generado por la afectación de a los derechos fundamentales y el clamor social de velar por la seguridad y defensa de los derechos de las potenciales víctimas. En consecuencia, se han desarrollado una serie de excepciones dentro de la jurisprudencia norteamericana que a continuación se trataran: a) **Fuente independiente**, en una premisa básica se puede decir que la excepción de fuente independiente tiene lugar en cuanto la prueba aparentemente ilegal se puede obtener por medio de otros elementos probatorios que no están viciados. Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, recibiendo el nombre *de independent source*, formulada en el caso *Silverthonee Lumber Co. v. US.*; donde si bien es cierto se aplicó un efecto extensivo de ilicitud de la prueba prohibida, se agregó el voto discordante de Colmes, que de acuerdo a Hairabedian (2002), se centra en explicar que la extensión ilegal de la prueba prohibida no necesariamente debe significar la inutilización de las pruebas derivadas, pues se podría

verificar que el conocimiento encontrado puede provenir de otras fuentes alternativas. En ese sentido, menciona Carrió (2002), que puede existir una vía diferente del cauce tenido por ilegítimo dentro de una investigación y que podría perfectamente llegar a la obtención de la prueba catalogada como prohibida; siendo así, se puede obtener la prueba por una fuente independiente y dar validez a la misma. El fundamento de esta excepción de acuerdo con Gascón (2005), se ubica en el caso Nix vs Williams de 1984, pues el interés público y el objetivo de disuasión de conductas policiales ilícitas se deben ponderar colocando adecuadamente a la policía, siendo que de excluir las pruebas que proviene de fuentes independientes, se estaría colocando a la policía en una posición de inferioridad y creando un desbalance en la ponderación. Sin embargo, parte de la doctrina afirma que esta excepción no debe ser considerada como tal, pues solo se trata de una limitación de la misma prueba prohibida, debido a que no está dentro del ámbito de protección de la regla de exclusión y no existe relación causal entre la vulneración del derecho y la prueba obtenida. Mismo sentido aborda Sánchez (2017), cuando menciona que la admisión de prueba obtenida de forma ilegal por la ruptura causal que se observa dentro de la fuente independiente es un producto lógico, propio de la regla de exclusión y no una excepción como tal. Al respecto apunta Gonzales (2009), que no se trata en esencia de una auténtica excepción, debido a la inexistencia de un nexo causal entre la afectación que el derecho sufre y la prueba obtenida y al no tener ese nexo, no se puede hablar de pruebas derivadas o reflejas. Ciertamente, que por lo menos en la doctrina norteamericana, así como en su jurisprudencia, se ha elevado a la fuente independiente como una excepción que es funcionalmente aplicable. Empero, parte de Latinoamérica aún tiene reservas en admitirla como excepción y prefieren dejarlo como una limitación propia de la regla de exclusión. b) **Excepción del descubrimiento inevitable**, esta excepción cuyo origen se encuentra dentro de los anales jurisprudenciales norteamericanos, siendo más exactos en el caso Nix v. Williams de mil novecientos ochenta y cuatro; caso donde como producto de un interrogatorio sin la presencia del abogado defensor, se obtuvo una confesión y ubicación del lugar donde se encontraba la víctima de asesinato, sin embargo, a la par un grupo considerable de rescatistas voluntarios estaba en la cercanías de dicha ubicación buscando el mismo cadáver; concluyendo de esta manera la corte norteamericana en la validez de los medios probatorios hallados, pues en un plano hipotético el cadáver hubiese sido encontrado sin la confesión. Esta excepción se basa en admitir medios de prueba de carácter ilícito amparados en un juicio de probabilidades e hipótesis, donde en un escenario basado en conjeturas se podría haber encontrado el medio

de prueba viciado. Así, por ejemplo, en un allanamiento sin contar con la orden judicial que corresponde y en consecuencia la incautación de elementos probatorios que deberían ser considerados ilícitos; en aplicación de esta excepción, podrían adquirir validez, siempre que existan testigos que hayan visto conductas ilegales y denunciados los mismos. Un aspecto negativo que importa el rechazo de esta excepción es la de motivar un actuar negativo del cuerpo policial, sin embargo, las cortes norteamericanas han admitido esta excepción siempre que se acredite que la policía no actuó de mala fe, buscando acelerar la investigación y que en efecto no quedaría duda que la prueba prohibida habría sido encontrada eventualmente. Sánchez (2017), refiere que la excepción de descubrimiento inevitable solo es aplicable a pruebas derivadas y no a directas, aunque la propia jurisprudencia norteamericana la ha aplicado a pruebas directas sin más que reparo que un análisis conjetural. Salas (2002), explica que esta excepción al estar basada en conjeturas ha recibido críticas y posiciones divididas en el plano judicial, pero afirma que se debe exigir al estado acredite que el descubrimiento de esa prueba se hubiera dado por medios legítimos, en cualquier caso. Es menester por otro lado diferenciar esta excepción con la de fuente independiente, pues comparten similitudes y es posible de confundirlas en su aplicación, pero debemos resaltar que mientras la fuente independiente se ampara en vías de investigación realizadas y notables dentro del proceso penal, es decir pruebas actuales. La excepción de descubrimiento inevitable se fundamenta en juicios hipotéticos, no reales y que solo existen en la lógica. Ahora, como se ha venido mencionado líneas arriba, esta excepción es posiblemente bastante flexible y de un carácter subjetivo superior a otras excepciones creadas, requiriendo de un plus en el control lógico que se realiza. Finalmente, respecto de esta excepción, en el acuerdo plenario de jueces superiores se afirma que, aunque no se admite dentro de nuestra jurisprudencia, se trata de algo familiar a la fuente independiente, pero se ampara en conceptos diferentes como lo es un juicio hipotético, mismo que tiene validez dentro de un curso normal de investigación. c) **Excepción de buena fe**, denominada *Good faith exception* en la jurisprudencia norteamericana, surge en el caso León Vs. EE. UU de 1984, en el contexto de un allanamiento fundamentado en una orden judicial que en apariencia era válido pero que más tarde sería invalidado por el Tribunal Superior; sin embargo, sería la suprema corte quien admitiría las pruebas recogidas en el allanamiento alegando que los efectivos policiales creían que actuaban bajo el imperio de la ley, es decir, se trataba de un error en la ejecución. En la consideración de los votos emitidos que dieron pie a esta admisión probatoria, destaca lo expresado por el juez White, pues en la estructura

de su pronunciamiento engloba el fin de la regla de exclusión que no es otro que la disuasión de conductas ilícitas en la investigación; hecho que no tendría lugar si los oficiales creen actuar de manera constitucional, ello es, de buena fe. Talavera (2009), menciona que la razón de ser de esta excepción radica en el sin sentido que es intentar disuadir a los efectivos que intervenían de buena fe, alegando la legitimidad de dicho acto; de manera tal, que el efecto preventivo de la regla de exclusión pierde vigencia en este escenario. En estos casos, la posición subjetiva del oficial es de tal relevancia que se erige como el pilar sobre el que se soporta la excepción, creando una problemática considerable que hace depender la validez probatoria de una creencia poco razonable y menos factible de probar. Es necesario precisar que, aunque en el sistema norteamericano la excepción de buena fe es aceptada y aplicada, en sistemas como los de tendencia euro continental (entre ellos el Perú), mantienen posiciones relativamente contrarias; pues la base sobre la que se soporta la regla de exclusión es diferente en ambos sistemas y como tal, la eficacia de las excepciones varía. En ese sentido Miranda (2004) manifiesta que desde el punto euro continental, la mencionada excepción es inadmisibles frente al ámbito de protección que tiene la regla de exclusión respecto de los derechos fundamentales. Sánchez (2017), en un mismo sentido, refiere que dentro de un proceso penal que goza de estándares de protección constitucional, las creencias no son decisivas y la apariencia de buena fe no determina la validez de una prueba, sino que deben basarse en la objetividad de los hechos que se integran durante la investigación. En el plano nacional, nos tenemos que remontar al pleno de jueces superiores de 2004, donde se acepta la excepción de buena fe, pero con algunos requerimientos adicionales, tales como el control constante por parte del ministerio público y el juez, añadiendo la necesidad de un razonamiento lógico que se levanta sobre las máximas de la experiencia y solo permitiendo su injerencia en casos de flagrancia; redefiniendo así el fundamento de la excepción y restringiéndolo solo al actuar errado del efectivo policial que cree que su comportamiento está amparado por un mandato vigente. De manera que la prueba que se obtiene no se ve viciada con la ilegalidad, pues como indica Serra (2009), no existe posición unánime respecto de si se debe o no perjudicar la validez de la prueba, más cuando por medio de esta se puede llegar a un resultado acorde al ideal de justicia. En otro extremo, aunque nuestra jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de admitir esta excepción, acompañándola con filtros de control, máximas de experiencia y restringiendo su aplicación a casos de flagrancia; parte de la doctrina se decanta por colocar a la buena fe como una excepción utilizable solo para salvar al agente policial de alguna sanción a nivel administrativo, pero

en ningún sentido puede significar la validez de una prueba prohibida. d) **Excepción del error inocuo**, esta excepción nace en el reglamento del procedimiento civil norteamericano, según Sánchez (2017), todo error que sea insignificante dentro del proceso y que no tenga injerencia directa en la decisión final, no tiene que importar la nulidad de la prueba o de todo el proceso. Pérez (2010), indica que de la revisión de la sentencia debe emanar la notoriedad de la irrelevancia de la prueba viciada y que en un juicio hipotético donde se suprima dicho elemento probatorio, la sentencia no se vea afectada de manera alguna. En un mismo sentido Fidalgo (2003), refiere que si el juez en la sentencia al valorar los medios de prueba y quitando la prueba viciada, el resultado sigue siendo el mismo; concluirá que no se justifica declarar la nulidad de la sentencia o el proceso en base a la prueba prohibida integrada. En el país, esta excepción no ha sido empleada por algún pronunciamiento judicial, empero, se ha hecho mención a la injerencia de la prueba indiciaria que ha sido obtenida con afectación de derechos, tal como se aprecia en el pronunciamiento del expediente 11-2001 emitido por la Sala de la Corte Suprema; dictamen que expresa la inutilización e irrelevancia de revisar el origen de la prueba indiciaria, toda vez que contrastando con otros medios de prueba incorporados en el proceso penal dan como resultado la sanción al procesado. En conclusión, la validez de esta excepción está dada en gran medida por el nivel o grado de relevancia que tiene la prueba afectada por la ilegalidad dentro de la sentencia emitida, de manera que, si su extirpación del proceso no produce cambios, no tendrá sentido la declaración de nulidad de la prueba y eventualmente de la sentencia.

Referido a la ponderación de interés o test de proporcionalidad direccionado a la admisión de prueba prohibida, junto a la tendencia neo constitucionalista y la relativización del falso absolutismo de un derecho fundamental, se trae a colación una excepción denominada en la doctrina norteamericana como Ponderación de intereses (test de proporcionalidad), cuyo fundamento se basa como indica Neyra (2010), en valorar si con la exclusión de la prueba se logra o no el efecto disuasorio perseguido; de manera que, si no tiene efecto alguno, no tiene sentido la exclusión.

Por otro lado, el sistema euro continental también ha recogido esta excepción, pero ha variado el fundamento empleado, siendo que para este sistema la base de la exención está en la protección y supremacía de los derechos fundamentales y para llegar a tal hecho se hace

menester la utilización de la ponderación entre los derechos que se afectan dentro del proceso.

Herrera (2015), manifiesta que la ponderación de intereses en la doctrina alemana toma en cuenta durante su aplicación la gravedad del hecho ilícito y la afectación del derecho. Concuera con esta posición Roxin, cuya ideología adopta Sánchez (2017), señalando que la aplicación de la ponderación está supeditada a la gravedad del delito investigado, siendo que, si se trata de delitos especialmente graves, valorar la admisión de la prueba prohibida es viable. Posición similar adopta Hurtado (2001), cuando concluye que la ponderación que se realiza se hará entre los derechos afectados del procesado y los intereses que el estado resguarda, configurados estos como los derechos afectados por el delito cometido (proteger a la víctima).

En nuestra doctrina, existe una oposición a la valoración de la prueba que se legitima por aplicación del test de proporcionalidad o ponderación, enfocando la crítica en la subjetividad que supone esta posible excepción, en ese sentido se tiene la postura adoptada por Talavera (2009), quien sostiene que ante una afectación a un derecho fundamental en el proceso de investigación, no cabe analizar o suponer la posibilidad de valorar forma alguna de admitir la prueba prohibida.

Desde la perspectiva de Sánchez (2017), el principio de proporcionalidad implica una serie de presupuestos que determinan el grado permitido de vulneración que un derecho reconocido por la constitución puede soportar; pero no encajaría como una excepción en estricto sentido. Mas allá de su negatividad de colocar a la proporcionalidad como una exención a la exclusión de material probatorio ilícito, el jurista reconoce que la vía idónea para afectar un derecho fundamental con pleno reconocimiento constitucional es la proporcionalidad, sin que tal acción signifique despojar la esencia del derecho.

Parte del rechazo que existe en admitir la ponderación como excepción se basa en la subjetividad que esta supone y la contradicción con la legalidad, un aspecto estrictamente formal que podría ser salvado en cuanto se coloque dentro del catálogo legal como excepción aplicable; es decir, exista una regulación que encierre una lista de excepciones que viabilicen su aplicación dentro del proceso penal.



Frente a esta oposición manifiesta a la aceptación de la ponderación como excepción se fijan posturas a favor como la desarrollada por Asencio (2008), que estudiando el caso denominado Vladivideos, pudo afirmar:

Que cualquier vulneración a los derechos fundamentales que tenga lugar durante la investigación, tendrá que ser sometida a un proceso de valoración que comprende analizar el contexto del delito, los intervinientes y alcances de los recursos estatales; ello a fin de poder establecer si la prueba obtenida ilícitamente debe o no ser admitida (págs. 24-25).

Herrera (2015), marca una posición similar a lo mencionado anteriormente, afirmando que la ponderación puede ser admitida como excepción, analizando en cada caso el derecho afectado y su intensidad, la gravedad del delito y la capacidad estatal para investigar el delito. Especial énfasis coloca en la gravedad del delito, pues para la jurista “la ponderación debe ser considerada como una excepción para admitir y valorar pruebas prohibidas en procesos donde se investiguen casos de crimen organizado y corrupción de funcionarios” (pág. 44).

En nuestra jurisprudencia, el acuerdo plenario de jueces superiores realizado en 2004, concordó por mayoría admitir la posibilidad de aplicar la ponderación de intereses como excepción en casos de especial gravedad, como son los casos de criminalidad organizada. Pues en estos casos, se puede permitir la relativización del daño ocasionado a un derecho fundamental, si se pondera contra los intereses o bienes jurídicos que el tipo penal de crimen organizado vulnera.

Finalmente es menester precisar que la ponderación de intereses dentro de nuestro ordenamiento jurídico debe ser entendido como la aplicación del test de proporcionalidad, pues la estructura aplicativa es similar, solo diferenciándose en los tópicos que deban revisarse para que se legitime su intervención; debiendo ser entendido en ese sentido a efectos de esta investigación.

En cuanto al desarrollo legal de la prueba prohibida en el país, el derecho a la prueba en la actualidad a consideración de Montero (2011), ha adquirido un desarrollo jurisprudencial más prolijo y abundante, pues la jurisprudencia es uniforme al admitir que el derecho a la

prueba posee una categoría constitucional, con un contenido procesal y con carácter instrumental dentro de los procesos penales. El mismo tribunal constitucional en reiteradas decisiones emitidas, como la recaída en el expediente 1014-2007-PHC/TC del 05 de abril de 2007, ha referido que el derecho a la prueba es un derecho fundamental con un carácter dual (objetivo y subjetivo), pero no es ilimitado en sus alcances, si no que se sujeta a restricciones, que están en relación a la naturaleza del derecho. En esa línea señala Bustamante (2001), que estamos ante un derecho complejo que como indica Pico I (2009), asiste al litigante y lo faculta a crear, ofrecer y exigir que se valoren los medios de prueba necesarios para crear convicción en el juzgador.

En cuanto a las restricciones que rodean al derecho a probar se encuentra la regla de exclusión como prohibición o restricción por excelencia, siendo esta institución tratada a lo largo de diversas fórmulas creadas que han ido actualizando nuestra carta magna. Constituciones como la de 1839 hasta la de 1867 han mantenido de manera casi inmodificable una suerte de regla de exclusión, regulando la inviolabilidad del secreto de los correos enviado, teniendo como consecuencia la ineficacia probatoria si se vulnera tal derecho.

Constituciones como la de 1920 maximizaba el alcance de esta posible regla de exclusión, protegiendo la inviolabilidad de las comunicaciones y prohibiendo la eficacia probatoria de las declaraciones obtenidas con uso de la fuerza o tortura. En esa misma línea, la constitución de 1979 ya inserta en su cuerpo normativo la regla de exclusión, agregando además una sanción penal para quien se vea involucrado en la producción de prueba ilícita y adicionalmente incorpora el artículo 233 que eleva la regla de exclusión a la categoría de garantía constitucional, extendiendo así sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

Actualmente se encuentra vigente la constitución de 1993, que recoge todos los avances en prueba prohibida anteriormente mencionados, extendiendo la aplicación a todos los derechos reconocidos en el capítulo I, del título I de la constitución; pero elimina el artículo 233 por completo; dejando de esa manera el estudio y expansión del contenido de la denominada regla de exclusión en manos de la jurisprudencia nacional.

Especial incidencia tiene este defecto en la regulación de la regla de exclusión dentro del proceso penal, pues es deber del estado garantizar la vigencia y respeto de los derechos fundamentales y mantener la seguridad del colectivo. Esta postura crea un conflicto entre la protección de los derechos y la necesidad de mantener la seguridad de la sociedad y a consideración de Asencio (2006), es en el proceso penal donde esta pugna se manifiesta en mayor intensidad.

Talavera (2017), señala que la relación e influencia de la constitución en el proceso penal y especialmente con la regulación de la prueba estriba en los objetivos que tiene el proceso penal; siendo que este se orienta a la concretización de la pretensión punitiva y para tal hecho recurre a diferentes actos de investigación que en su ejecución limitan una cierta cantidad de derechos fundamentales, debiendo el estado velar por la protección de los ciudadanos y limitar la actividad de obtención de pruebas. Es por esta razón que Schmidt (2006), señala que la ordenanza procesal penal es una ley de ejecución de la ley fundamental, pero que no debe perder de vista las garantías constitucionales establecidas; pues como menciona Goldschmidt (2003), la estructura de un proceso penal es un mecanismo de verificación de los elementos imperativos que componen la constitución (pág. 106).

En nuestro código procesal penal, el legislador se ha encargado establecer un marco regulador mínimo para la admisión de pruebas dentro del proceso penal. Sin embargo, son notorios los defectos a nivel de regulación probatoria que se tiene si nos encontramos ante un caso de prueba prohibida.

En ese contexto, el código procesal penal solo ha establecido reglas genéricas que fueron trabajadas en mayor parte por la jurisprudencia nacional y la doctrina. Entre esas bases creadas por el legislador se tiene el artículo VIII que prescribe: Artículo VIII.- legitimidad de la prueba:

1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido (...) mediante procedimiento legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas (...) con vulneración de derechos fundamentales (Codigo Procesal Penal (NCP), Decreto legislativo 957- 29 de julio de 2004).

El artículo en mención ofrece un principio rector de admisión probatoria, declarando la prohibición de incluir al proceso penal, medios de prueba que se hayan obtenido vulnerando los derechos fundamentales de manera directa o indirecta; dando como consecuencia que la prueba obtenida en esas circunstancias recaiga en un vicio insubsanable y no posea efectos en el proceso penal.

Dentro del mismo cuerpo procesal, se encuentra el artículo 159 que prescribe: Artículo 159.- Utilización de la prueba:

1. El juez no puede utilizar de manera directa o indirectamente, los medios de prueba obtenidos vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales (Codigo Procesal Penal (NCP), Decreto legislativo 957- 29 de julio de 2004).

El referido artículo reitera <sup>1</sup> la regla de exclusión y agrega la necesidad de la afectación al contenido esencial de un derecho fundamental, siendo un presupuesto necesario para concebir a una prueba como prohibida y despojarla de efectos probatorios dentro del proceso penal. Especial énfasis ha colocado el legislador en la restricción para la intervención de la regla de exclusión, dejando constancia de manera expresa que solo cuando exista afectación del núcleo duro del derecho fundamental es posible debatir si estamos ante prueba prohibida, es decir, si se ve vulnerado el constructo irreductible que hace viable de ejecución y protección a un derecho reconocido por la constitución.

Por último, los artículos mencionados son los únicos que regulan dentro de todo el código procesal penal de 2004, lo referido a la regla de exclusión. No habiendo mayor desarrollo por parte del legislador y sin rastros de una modificación a largo plazo; es la jurisprudencia quien se ha encargado de desarrollar cautelosamente algunos <sup>1</sup> de los alcances de la prueba prohibida y la regla de exclusión en el país, creando de esta manera un contexto de incertidumbre jurídica y enfrentamiento entre las cortes que han relativizado la regla de exclusión y lo establecido por el código procesal penal.

En el plano internacional la prueba prohibida ha tenido un desarrollo significativo, partiendo por Estados Unidos, cuna <sup>1</sup> de la regla de exclusión y la prueba prohibida, sin embargo, hasta 1914 no existía en los anales de la legislación y jurisprudencia norteamericana vestigio alguno de las figuras mencionadas. Sería en el ya tratado caso denominado Weeks vs Estados Unidos donde se estructura la base de la regla de exclusión y

la prueba prohibida, dejando sin efectos legales a material probatorio al ingresar a un domicilio sin autorización, basándose en la 4 y 5 enmienda. En el mismo sentido Armenta (2011), señala que las primeras bases de la prueba prohibida se encuentran en el rango constitucional, recurriendo a la cuarta y quinta enmienda y de forma extensiva a la sexta (pág. 30). La rigidez de la exclusión del material probatorio ilegal se mantuvo de manera imperante hasta el caso Calandra vs USA de 1974, donde se afirmó que la prueba prohibida solo tiene por objeto la disuasión de conductas policiales indebidas, más no se eleva a un derecho que ampare al imputado (STC Calandra Vs USA, 1974). De la misma manera dos años más tarde en el caso Jannis Vs Usa de 1976, la corte reitero el objetivo central de la prueba prohibida y la regla de exclusión, siendo este, evitar y prevenir actuaciones policiales ilícitas (STC Jannis vs USA, 1976). Los pronunciamientos mencionados junto a los ya citados como parte de esta investigación permiten concluir que la doctrina norteamericana ha desarrollado de manera extensa los presupuestos de la prueba prohibida y la regla de exclusión, creando en paralelo excepciones que sean viables de aplicación y que estén orientados al descubrimiento de la verdad dentro del proceso y no dejar impune los delitos. En ese sentido, es evidente que el sistema norteamericano ha optado por relativizar la regla de exclusión, dándole flexibilidad a la misma y regulando a nivel jurisprudencial excepciones que eviten la exclusión de prueba prohibida y en consecuencia sean valoradas en el proceso penal.

Ahora en el plano jurisprudencial y doctrinario español no se ha tenido referencias de la regla de exclusión sino como menciona Castro (2009), hasta el año de 1988 con la sentencia 114 emitida por el TC español; sentencia que declara de manera primigenia la ineficacia de una prueba que se deriva directamente o no de la afectación a un derecho, extralimitando la legalidad pues no existía regulación alguna. Miranda (2004), en referencia la sentencia señalada indica que, si bien es cierto dentro del plano legal de España, no existía regulación alguna que coloque una directriz en cuanto se esté ante un supuesto de prueba prohibida; el tribunal español estimo conveniente sobreponer la relevancia que tiene un derecho fundamental y la necesidad de protección de estos. No sería sino hasta el año 1985 que se positivizaría la regla de exclusión, mediante el artículo 11 de la ley orgánica del Poder Judicial español prescribiendo que “no posee efectos las pruebas obtenidas mediante vulneración directa o indirecta de libertades fundamentales” (Ley organica del Poder Judicial de España, 1985). Asumiendo además un fundamento diferente a los Estados Unidos, pues

para España la regla de exclusión tenía vigencia siempre que proteja derechos fundamentales y no como en el caso norteamericano que se centraba en disuadir a la policía de actos ilegales. Cabe resaltar que la legislación española durante el desarrollo de la regla de exclusión fue incorporando excepciones propias del sistema norteamericano, pero solo aplicadas a la prueba derivada; sin embargo, luego adaptaría y modificaría ciertas doctrinas, creando su propia dirección a seguir en su jurisprudencia y que haría extensivo sus alcances a prueba directa e indirecta; doctrina llamada “conexión de antijuricidad”.

Por otro lado, cuando se arriba al marco legal alemán, debemos remitirnos necesariamente a la sentencia emitida en junio de 1960, pues es uno de los principales referentes **en el estudio de la regla de exclusión y** cuya parte más relevante refiere Herrera (2015), se basa en pregonar la no existencia de un principio que permita la obtención de la verdad sobre cualquier costo. En ese sentido, el legislador alemán no solo se ha limitado a regular la regla de exclusión, sino que ha establecido una dualidad de su intervención, pues distingue entre las limitaciones al momento de obtener la prueba y la prohibición al momento de valorar la misma. En cuanto a las excepciones que Alemania ha aceptado, se tiene muy pocas dentro de su plano judicial, sin embargo si ha admitido que se desarrolle y aplique la excepción de la ponderación en ciertos casos donde los bienes jurídicos afectados por el delito son de suma relevancia e impacto; en razón de ello parte **de la estructura de la ponderación que en los tribunales alemanes se discute gira en torno a la gravedad del delito y la afectación al derecho fundamental** en proporción al interés protegido sobre la víctima.

Ahora bien, en lo concerniente al test de proporcionalidad es importante establecer el origen histórico de la denominada proporcionalidad y su implementación dentro del constructo legal nacional, en esa línea, menciona Barak (2017), que la base primordial de la proporcionalidad se desprende del derecho administrativo, concretamente el desarrollado en el campo jurídico alemán decimonónico. Indica, que el termino aparece en Alemania, a finales del siglo XVIII, discutiéndose su aplicación dentro del campo del derecho policial, aunque sería el Tribunal Supremo Administrativo, quien desarrollaría el termino y aplicaría en su rama de manera más intensificada.

Llegaría a extenderse esta institución a todo el territorio europeo, el campo norteamericano y arribaría a Perú a inicios del siglo XXI, siendo las primeras referencias

sobre la proporcionalidad y el test respectivamente, vistas en la sentencia recaída en el expediente 649-2002-AA-TC, vinculándolas directamente con la igualdad; sin embargo, afirma Rubio (2011), que el tribunal confunde la proporcionalidad con la razonabilidad, usando ambos términos para referirse a un mismo concepto.

Se hace necesario en este punto hacer referencia al desarrollo histórico que ha tenido la proporcionalidad dentro del marco legal norteamericano, siendo evidente que dentro de este territorio no se ha desarrollado la proporcionalidad como tal, sino que se ha extraído únicamente la ponderación y se ha aplicado en la resolución de los casos ventilados en la corte norteamericana. Aleinikoff (2015), refiere que, si de los orígenes se trata, encontramos las primeras referencias de la ponderación a finales de la década de 1930 e inicios de 1940 y que ha pasado de estar presente en ciertos pronunciamientos de la corte suprema a como refiere Bernal (2015), ser un criterio de necesaria intervención en cuanto se involucran las enmiendas de la constitución norteamericana. El autor expresa que existe dos formas de ponderar, una llamada definitoria, que tiene lugar cuando se crea un principio de alcance general y se aplica a otros casos similares; y por otro lado existe la ponderación ad hoc que es aquella que se usa para valorar caso por caso y no tiene efectos vinculantes para otros.

Sánchez (2003), dice que la ponderación surge como antítesis de la llamada justicia mecánica, donde no existía capacidad de interpretación y de adaptación del derecho al desarrollo social; apareciendo en consecuencia como salida y opción de viabilizar una flexibilización de la formalidad, la ponderación.

No obstante, la ponderación en el desarrollo de la jurisprudencia norteamericana ha tenido ciertas objeciones a su aplicación, dentro de estas se tiene el nivel aparentemente alto de subjetividad en el que un juez incurre al ponderar, pues no existe una estructura rígida y se supedita el resultado a consideración del jugador. En ese sentido, otra objeción es la referida a la imposibilidad de comparar o medir derechos que son entendidos como valores y, por tanto, no pueden ser tomados como elementos limitados y medibles. Una última objeción plantea Alexy y otros (2010), al mencionar que la norma hace un esfuerzo por ser exacta y gozar de certeza; no siendo compatible la ponderación con estos fines, pues no es posible predecir los resultados a los que el juez arribaría en un caso concreto al ponderar los intereses

jurídicos controvertidos; en otras palabras, la objeción se fundamenta en la irracionalidad de la naturaleza de la ponderación.

Hasta este punto se puede llegar a un concepto de ponderación desde la perspectiva norteamericana, donde se coloca como un mecanismo que confronta dos intereses jurídicos entre sí y resulta un ganador que debe primar. En un sentido similar apunta Sánchez (2021), que concibe a la ponderación como el último tramo del examen de proporcionalidad, lo que es llamado en la doctrina como proporcionalidad en sentido estricto y que funciona a consideración de Alexy (1993), aplicando una fórmula de pesos, asumiendo ciertos valores por cada interés en conflicto y realizando una operación matemática.

Pazos (2021), asume que la ponderación es el proceso mediante el cual se llega a una decisión en el plano judicial, donde han entrado en conflicto principios constitucionales. Arribar a dicha solución involucra un juicio de racionalidad y un examen valorativo o interpretativo de asignación del grado de relevancia de un principio concreto.

Sobre la ponderación desarrollada en la jurisprudencia norteamericana se concluye que se aplica para resolver un supuesto donde existe una confrontación directa entre principios, valores o llámese derechos fundamentales, que poseen el mismo grado de protección. Debiendo entender a esta ponderación diferente al test de proporcionalidad, pues como se ha mencionado líneas arriba, solo se enfoca en un extremo del test y ello no garantiza la protección de los derechos, pues se recurre irremediamente a la discreción del juzgador. Bernal (2015) , puntualiza que el ordenamiento estadounidense necesita aplicar la proporcionalidad y no solo quedarse con la ponderación, pues de esa manera se dota al juez de la capacidad de realizar un control de constitucionalidad de las medidas, siendo más sistemático y protector de los derechos en conflicto.

Dejando claro que la ponderación norteamericana no es lo mismo que el test de proporcionalidad que se aplica en el Perú, aunque el termino sea usado indiferentemente en ocasiones. En ese sentido es propicio establecer un marco conceptual ideal alrededor de la proporcionalidad a fin de que sean notorias las diferencias entre la ponderación y el test de proporcionalidad.



En cuanto nos referimos al test de proporcionalidad, debemos remitirnos necesariamente al principio de proporcionalidad que era en sus inicios confundido con el principio de razonabilidad; frente a esto Marcial Rubio menciona que, si hablamos de una aceptación social de legitimidad, de adecuación de la respuesta ante una situación, de revisar argumentos basados en valores aceptados; nos referimos al principio de razonabilidad y no en estricto a la proporcionalidad.

Habiendo colocado ciertas bases para desarrollar los conceptos de la proporcionalidad, tanto del principio como del test, en consecuencia es útil acudir a Bernal (2015), que hace mención a la ponderación y la coloca como un elemento del principio de proporcionalidad, concibiendo a este último como criterio idóneo para determinar el contenido de un derecho fundamental que es vinculante para los poderes estatales y que se debe tener en cuenta al momento de cualquier intervención legislativa o judicial. En esa misma línea apunta Aleinikoff (2015), cuando refiere el principio de proporcionalidad se refiere a un aspecto general y la ponderación a un particular; y que su aplicación está en relación con el requerimiento necesario de analizar de forma amplia el contenido de un derecho categorizado como fundamental.

En este punto, es evidente que los autores refieren pasar primero por la proporcionalidad como principio, explicando la relación con la razonabilidad; para luego hacerse cargo de conceptualizar el test de proporcionalidad, que en un sentido práctico se configura como el mecanismo jurídico que permite efectivizar el principio de proporcionalidad, es decir, aplicar la proporcionalidad en un caso concreto.

El test de proporcionalidad viene entonces a constituirse en un procedimiento metodológico aplicable en determinados casos, que resulta útil como guía en cuanto se tienen derechos fundamentales de igual magnitud enfrentados dentro de un proceso penal. Alinikoff (2015), manifiesta que el test de proporcionalidad se compone de subprincipios que son invocados en forma secuenciada y que, solo verificando su cumplimiento, se puede dar por legítima alguna intervención en los derechos fundamentales. Siendo el primer subprincipio, la verificación por parte del tribunal de la existencia de un fin legítimo perseguido por el acto de investigación desplegado; otro subprincipio tiene lugar al momento de elegir la

medida más benigna frente al derecho lesionado y, por último, se pondera y pesan los beneficios que se obtienen con el sacrificio de las prerrogativas del derecho afectado.

Estos subprincipios, vistos como fases para algunos autores, como Barak (2017), cuya percepción del test de proporcionalidad parte de una concepción jurídica, que se conforma por cuatro factores; un fin adecuado, una relación racional, uso de medios necesarios y un equilibrio adecuado entre el beneficio y la vulneración. Misma posición asume Pietro (2002), cuando concibe a la ponderación (haciendo referencia al test de proporcionalidad), como una metodología compuesta de cuatro fases, poniendo especial énfasis en verificar la existencia de un fin legítimo, pues solo si se justifica constitucionalmente la intervención y afectación en el derecho fundamental, se podrá proseguir con el análisis de las otras fases de la ponderación.

En nuestro país, el test de proporcionalidad se ha constituido como un mecanismo de aplicación del principio de proporcionalidad, que otorga legitimidad a la intervención de un derecho fundamental y que, como metodología, está compuesto de tres subprincipios como lo son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; subprincipios que será desarrollados más adelante.

Dentro del marco procesal penal, se han regulado diferentes actos de investigación destinado a la búsqueda de pruebas, actos como el levantamiento de las comunicaciones, allanamientos, incautación, entre otros. Todos estos regulados desde el artículo 202 del código procesal penal han establecido presupuestos de intervención generales y específicos; supeditados en todos los casos a las garantías macro procesales como el debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa eficaz y presunción de inocencia.

Lo que entendemos entonces, es la existencia de mecanismos que afectan derechos fundamentales pero que son amparados por la legislación y la constitución, dotando de legitimidad y eficacia a las pruebas que se obtengan con merito a esas acciones de investigación; siempre que medie el cumplimiento estricto de los presupuestos que el código procesal penal prescribe. En consecuencia, la constitución legitima la intervención en la esfera de un derecho fundamental en aras de la investigación, si y solo si, se cumple previamente con la formalidad establecida.

Así, se puede advertir que, dentro de los presupuestos generales establecidos para incoar medidas limitativas de derechos, actos de investigación y cualquiera que sea la herramienta usada para la obtención de pruebas útiles dentro del proceso penal; establece la necesidad de la existencia de la proporcionalidad en la medida a adoptar o autorizar.

En ese sentido, la proporcionalidad se ha vuelto un presupuesto necesario en toda intervención a los derechos fundamentales que exista, aplicando la proporcionalidad como el camino más apropiado para determinar la viabilidad de alguna restricción de derechos; alcanzando de esta manera un grado de exigencia positiva en cualquier operador jurídico al momento de requerir la medida o concederla.

No cabe duda actualmente que la proporcionalidad aplicada dentro del proceso penal permite establecer un mínimo de argumentación y control sobre todos aquellos requerimientos e intervenciones de los ejecutores del ius puniendi estatal. Sin embargo, aunque la exigencia de analizar el test de proporcionalidad está presente y se repite en jurisprudencias y análisis doctrinarios; los operadores jurídicos se han limitado a referir de manera superficial la presencia de la proporcionalidad en sus decisiones, creando la ilusión que la sola mención es suficiente y no resulta necesario realizar un análisis real y prolijo de cada subprincipio que engloba el test de proporcionalidad.

En cuanto al test de proporcionalidad dentro de una percepción constitucional, debemos remitirnos a la doctrina formulada por el supremo interprete de la constitución, a fin de tener un panorama conceptual aceptable y que muestre el rol de la proporcionalidad y su test, dentro de la constitución.

En el país, referidos a la proporcionalidad como principio se ha colocado como un dispositivo útil para mantener la vigencia de los derechos fundamentales, tal como se desprende del artículo 200 de la constitución política. Mismo sentido adopta el TC en la sentencia emitida en enero de 2003, al mencionar que se ha positivizado la proporcionalidad, en consecuencia, su aplicación ha de ser analizada en cualquier rama del derecho y que al tener la condición de principio se extiende a cualquier acto que restrinja de alguna manera un atributo de la persona (STC Nro. 010-2003-AI/TC).

Dentro de este desarrollo jurisprudencial, la proporcionalidad se ha configurado como un principio muy cercano a la razonabilidad, casi como una dualidad inseparable. El mismo tribunal ha establecido en la sentencia que la razonabilidad implica una adecuación lógica y axiológica entre los medios empleados y las circunstancias. Interpretación que denota una diferencia considerable frente a la proporcionalidad, pues como se ha explicado en líneas anteriores, la proporcionalidad está ligada a la ponderación entre los beneficios obtenidos y el grado de vulneración de derechos.

Complementariamente, el marco constitucional ha encontrado en el principio de proporcionalidad una herramienta útil para proteger la vigencia de cualquier derecho fundamental; otorgando a la proporcionalidad un carácter instrumental casi necesario para determinar el actuar de los poderes del estado, pues solo si se verifica que la injerencia en la esfera jurídica de un derecho no es intensa en demasía, se podrá permitir.

Ahora, de acuerdo a la construcción del test de proporcionalidad, existen 3 fases que deben superarse de manera consecutiva a fin de poder dirimir entre conflictos creados que involucran derechos fundamentales. Uno de estos primeros filtros o fases creados, es el denominado filtro de idoneidad que involucra la valoración de la correspondencia y utilidad de los medios empleados. Pulido (2015), indica que el primer nivel del test de proporcionalidad, esta referido a determinar si la intervención que se ha realizado sobre un derecho fundamental es adecuada de acuerdo a los fines que se persigue; estableciendo de esa manera un doble factor a cumplir dentro de la idoneidad; en el primer factor se debe satisfacer la exigencia de la legitimidad constitucional que esta direccionada a la verificación que aquel derecho que se busca proteger sea un derecho fundamental. El segundo factor es la conexión fáctica con el fin; ello es que los medios empleados deban servir para cumplir con el objetivo propuesto y que, a su vez, el objetivo seguido este dentro de los alcances conceptuales de un bien jurídico relevante. No obstante, la estructura del test de proporcionalidad compuesta por tres subprincipios, teniendo a la idoneidad como primer filtro es observado por Barak (2017), que indica que como primera fase del test se ubica al fin adecuado y segundo a la conexión racional; luego de superado estos filtros, se puede pasar al subprincipio de necesidad y finalmente a la ponderación como tal.

La posición asumida por Barak denota que la restricción a un derecho no solo requiere de una autorización legal, pues no necesariamente ello implica que exista legitimidad para la intervención en el derecho fundamental. Y que para cumplir con el componente de la legitimidad se debe recurrir irremediabilmente al fin adecuado y la conexión con los medios empleados, de manera que el derecho fundamental sea restringido de manera adecuada. En ese sentido, para el autor el fin adecuado es la alineación correcta del objeto que persigue la investigación con las bases axiológicas en las que se soporta el estado. Respecto al segundo examen que propone, la conexión racional exige el análisis de los medios empleados a fin de validar que la restricción realizada este estrechamente conectada o vinculada con el fin perseguido; o lo que es lo mismo, sea útil en la realización del fin buscado por la medida.

Concluyendo lo referente al subprincipio de idoneidad se afirma que existen posiciones que difieren en su composición, sin embargo, no son contradictorias, sino que permiten un estudio más extenso y especializado del tema. En nuestro país, la jurisprudencia ha sido uniforme en la estructura de análisis que la idoneidad, pues el marco conceptual aplicado se refiere a valorar la pertinencia y utilidad del uso de un determinado mecanismo para obtener pruebas dentro de un proceso penal, teniendo en cuenta los fines de la investigación y el grado de afectación del derecho fundamental; de manera que de dicha valoración resulte que se justifica la restricción del derecho por convenir a la protección de valores, principios o derechos de igual o mayor grado o jerarquía.

Respecto al subprincipio de necesidad, Bernal (2015), menciona que, ante toda intrusión en la esfera jurídica de un derecho, se debe siempre recurrir a la medida más amigable o benigna con el derecho que se afecta. De manera que el examen realizado se basa sobre la determinación de la idoneidad del medio alternativo frente al elegido y el grado en el que el derecho se ve afectado.

Este proceso que se realiza dentro del criterio de necesidad implica un juicio de valor de los medios menos restrictivos con los que se cuenta en un proceso penal, escogiendo dentro de todas las vías disponibles, aquella que asegure llegar al objetivo y que restrinja menos el derecho en cuestión. García (2021), menciona que la legitimidad constitucional de una medida limitadora de un derecho se basa en la imposibilidad de elegir otro mecanismo; pues de existir una medida alternativa que dañe menos el derecho o principio y que signifique un

beneficio mayor o similar al derecho que se busca proteger, la medida impuesta originalmente será ilegítima.

No obstante, se puede afirmar que la labor de cotejar todos los mecanismos o vías alternativas posibles devenga un ímproba; pues no hay manera lógica de suponer todas las direcciones posibles en las que se pueden obtener pruebas útiles para el proceso penal. Para salvar esta imposibilidad teórica y dar por válido el control de necesidad, bastaría con remitirse a las reguladas por el legislador para casos similares o implementadas como mecanismos restrictivos destinados a la obtención de pruebas dentro del proceso penal; basados en la legislación vigente y criterios jurisprudenciales.

En resumida cuenta, el criterio de necesidad como segundo factor en el test de proporcionalidad, implica que el juez deba elegir entre los diversos mecanismos de obtención de pruebas que existen en el plano procesal, a la más benigna. Quiere decir que no solo debe ser adecuada para la consecución del fin perseguido; sino que además no debe existir otro mecanismo alternativo que permita llegar al mismo objetivo con menor grado de afectación en el derecho restringido. En ese sentido, el también llamado test de necesidad se erige como segundo filtro que responde principalmente a la no existencia de mecanismos alternativos igualmente eficientes.

El último factor analizable dentro del test de proporcionalidad se centra en la ponderación en sentido estricto, ello significa enfrentar los beneficios obtenidos frente al grado de vulneración del derecho intervenido; razonamiento que condensa la esencia y fines del test.

Pietro (2002), indica que la ponderación esta referida a la valoración de las razones que se contraponen en la cuestión y aquellas que ponen el equilibrio entre las cosas en conflicto. En ese sentido, la ponderación dentro del test de proporcionalidad se coloca como el instrumento orientado a determinar la mejor solución en un conflicto de intereses aparentemente igualados.

Dentro de un esquema seguido por Robert Alexy, un derecho fundamental puede sufrir una afectación positiva o negativa; misma que se sujeta a grados o intensidades diversas, pudiendo ser leves o graves. En ese punto, la restricción de un derecho no debe importar una afectación mayor a los beneficios que se obtengan, lo que significa que la intensidad del

daño debe reducirse a un rango de leve o medio frente al alto grado de beneficios; siendo la herramienta más útil para determinar dichos parámetros en el caso concreto, la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Sin embargo, el ponderar implica un juicio valorativo que como se ha referido anteriormente recibe amplias críticas por el nivel de subjetividad que puede implicar. Dicho problema es abordado por Portacarrero (2016) que citando a Habernas indica que, los derechos fundamentales son en esencia principios o valores y que la determinación de que un principio tenga prioridad sobre otro se ampara en un proceso subjetivo e irracional. Bernhard citado por Portocarrero (2011), expone el peligro de usar la ponderación y la ubica como un recurso innecesario, pues permite aplicar un grado significativo de subjetividad por parte del juez, debido a que podría incluir en sus decisiones, prejuicios personales, intereses indebidos u otros elementos no objetivos.

En este punto, la denominada proporcionalidad en sentido estricto o lo que es lo mismo a nivel estructural, la ponderación; encuentra su principal crítica en la subjetividad que carga y que ocasiona un panorama de aparente inseguridad. Sin embargo, García (2018), indica que cualquier principio por relevante que sea dentro del sistema legal y que incluso dentro del sistema concebido por Robert Alexy, no es más que un principio como cualquiera y, por tanto, es vencible. Así mismo, no solo se trata de ponderar sino también se agregan los filtros anteriores como el de idoneidad y necesidad que determinan la superposición de un derecho sobre otro.

En consecuencia, la ponderación como tercer supuesto del test de proporcionalidad, tiene como finalidad arribar al principio o derecho que se sobreponga sobre los otros en conflicto mediante un ejercicio valorativo de elementos que combinan aspectos objetivos y subjetivos. Ofrece en ese sentido, la herramienta ideal para determinar el grado de los beneficios que se obtienen con la intervención y restricción de un derecho fundamental y que pueden superar o no el nivel de afectación; aceptando de ser positivo el resultado, la restricción y los resultados que se obtengan.

Concluyendo, la ponderación no implica necesariamente la admisión de prueba prohibida o la aceptación de cualquier restricción a un derecho fundamental; pues se somete a un juicio

de valoración de aspectos materiales, legales y jurisprudenciales que se complementa con la interpretación del juez; sin que esto último suponga la inexistencia de un procedimiento racional o la dependencia del criterio del juzgador. Esto significa, que cuando se pondera se sigue una estructura formal racional, que asigna pesos o coteja grados de intensidad de derechos, donde los límites a ponderar se establecen en relación con 2ª norma (límite formal) y los criterios epistémicos de carácter empírico.



## II. METODOLOGIA

### 2.1. Enfoque, tipo y diseño de investigación

Se configura como una investigación de tipo cualitativo, corte inductivo y básica teórica por cuanto se limita al estudio de un fenómeno existente en el intento de generar nuevos conocimientos.

#### - **Métodos**

- Doctrinario: orientada al estudio de la doctrina y material documental existente, a partir del cual nos permite estudiar a fondo las instituciones y complementar dicha información.
- Exegético: método utilizado para el parafraseo de las ideas que cada autor empleado en esta investigación tiene, de manera que enriquezcamos los aportes de esta.
- Interpretativo: usado para entender la información obtenida y direccionarla a la respuesta deseada en pro de nuestros objetivos de investigación.

#### - **Diseño de investigación**

El diseño es descriptivo simple, no experimental.

O —————> M

M: muestra

O: observación

### 2.2. Participantes de la investigación

Para efectos de esta investigación se ha contado con 06 jueces correspondientes a 6 de los 8 juzgados de investigación preparatoria de Trujillo y a 03 jueces superiores que han operado en los juzgados de investigación preparatoria.

### 2.3. Escenario de estudio

El presente estudio se realizará teniendo como limite la jurisdicción de Trujillo, sobre los juzgados de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

## **2.4. Técnicas e instrumentos**

### **2.4.1.1. Técnicas**

- Observación: de los casos comunes y los casos emblemáticos llevados a cabo con exclusión de material probatoria, así como la valoración de esta.
- Análisis documental: de fichas, libros, informes, así como el análisis de los criterios jurisprudenciales de la corte suprema y el TC.
- Entrevista: para la fijación de datos de manera verídica, se recurrirá a entrevistar a los intervinientes en el proceso penal; jueces y fiscales.

### **2.4.1.2. Instrumentos**

- Ficha de registro de datos: preparado previamente por el investigador para la anotación y reserva de los datos obtenidos durante la observación y que a su vez la complementan.
- Guía de entrevista: que se aplicó a los sujetos de estudio, en relación con el grado de aceptación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión en los juzgados de investigación preparatoria de Trujillo-2022.

### **2.4.1.3. Validez**

Los instrumentos usados son creación original del autor de la presente investigación y se constituyeron a partir de los conceptos vertidos en el marco teórico teniendo como punto de partida a las variables planteadas, siguiendo un rigor es una estructuración; mismas que fueron puestas a decisión de expertos para su calificación.

## **2.5. Procedimiento de recolección y análisis de datos**

Los datos se han obtenido usando un cuestionario de 09 preguntas aplicadas a la muestra materia de esta investigación, así como de diversas fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y científicas. Siendo que para ello se procedió a la depuración de los datos obtenidos, la categorización y su tabulación.

Respecto de su análisis se siguió un esquema básico que se detalla:

- Recolección de datos: se tomará información de libros, trabajos de investigación y sentencias nacionales.

- Creación de la guía de entrevista: considerando que se entrevistará a un total de 06 jueces de investigación preparatoria y 03 jueces superiores que han laborado en dichos juzgados de manera previa, por ello se generará un cuestionario de 09 preguntas que le serán aplicados.
- Cuadro de cotejo: se creará un cuadro de comparación y exposición de los fundamentos esgrimidos por las cortes nacionales en torno a la admisión de prueba prohibida.
- Tabulación y segmentación de datos: organizando la información, dejando los aspectos esenciales e interpretándolos a fin de emitir conclusiones apegadas a una realidad objetiva.

## **2.6. Ética investigativa y rigor científico**

El investigador durante el proceso de investigación desarrollado debe tener presente valores de observación necesaria, siendo el más importante axioma, el respeto por la persona al momento de ser incorporada como participante a la investigación, solicitando su permiso para realizar cualquier actividad propia de esta investigación a fin de no perturbar su esfera de derechos. Así mismo, el investigador debe tener en cuenta la honestidad y transparencia al momento de catalogar y organizar los datos, así como al construir los resultados.

En cuanto al rigor seguido, esta investigación se basa en dos aspectos, por un lado, se hace un análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional (Corte Suprema y Tribunal Constitucional); por el otro extremo se hace una recopilación de datos otorgados por los operadores jurisdiccionales que están inmersos dentro el proceso penal. Asumiendo el investigador el rol de entender e interpretar los datos que se están obteniendo, reflejando la realidad en los resultados de manera clara; llegando así a obtener la validez necesaria para la acreditar la investigación.

En ese mismo sentido, se dotará a la investigación de credibilidad, que se lograra con la recolección sin modificaciones o manipulaciones de los datos obtenidos por los participantes de la investigación, así como de los elementos doctrinarios y jurisprudenciales, materia de estudio y que han sido dados por veraces por parte de los involucrados; manteniendo para ello un control sobre todo el procesamiento de los datos, resguardando la información, evitando todo tipo de manipulación.

### III. RESULTADOS

#### 3.1. Respeto del objetivo 01: Estudiar las cuestiones dogmáticas y prácticas en torno a la prueba prohibida y el test de proporcionalidad:

De la búsqueda y redacción de todo material doctrinario útil relacionado al objeto de la investigación se ha podido advertir que existen múltiples desarrollos dogmáticos en torno a las posibles excepciones que giran alrededor de la prueba prohibida y su regla de exclusión, concluyendo en su gran mayoría que la regla de exclusión no puede ser absoluta y que la institución de la prueba prohibida posee excepciones en su país de origen, mismas que no han sido trasladadas a nuestra legislación dejando solo un absolutismo de ineficacia probatoria. Sin embargo, últimamente han tomado mayor fuerza y la posibilidad de excepciones a la regla de exclusión se ha materializado a partir del pleno jurisdiccional celebrado en La Libertad en el año 2004, en tal sentido la regla de exclusión si bien es cierto aún no se ha relativizado procesalmente, se tiene en consideración ciertas excepciones para admitir prueba prohibida dentro del proceso.

Aunado a lo referido y en el sentido del uso practico del test de proporcionalidad, se ha logrado hallar todo tipo de análisis dogmático que ha concluido con determinar que el test de proporcionalidad goza de las garantías procesales y constitucionales requeridas, a lo largo de esta investigación se ha consignado trabajos de investigación y aportes doctrinarios que apuntan a la fuerza útil que representa la aplicación del test en torno a dirimir contiendas donde se confronten derechos fundamentales.

#### 3.2. Respeto del objetivo 02: Registrar la jurisprudencia nacional en torno al tratamiento dado a la prueba prohibida y su admisión

Pleno Jurisdiccional Penal		
Causa	Fundamento	Aporte extraído
<b>Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal-2004-Trujillo</b>	<b>Octavo:</b> la doctrina de la ponderación de intereses indica que la exclusión de la prueba prohibida está supeditada al	El pleno celebrado en 2004 estableció una serie de excepciones que se podrían introducir dentro del

vínculo entre la gravedad de vulneración del derecho y las consecuencias negativas que genera la exclusión de pruebas, pues el balance de intereses significa hacer valer una prueba basado en aspectos de proporcionalidad.

**Décimo tercero:** El artículo VIII del T.P. establece reglas que resultan un imperativo en la obtención y valoración de prueba, señalando que solo será objeto de valoración la prueba que ingresa al proceso penal mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo.

**Primer acuerdo:** las exenciones a la regla de exclusión deben ser estudiadas y ampliadas por la jurisprudencia y no por el legislador.

proceso penal, tales como la teoría del riesgo, la buena fe, fuente independiente y el test de ponderación (test de proporcionalidad).

Así mismo, refiere que dentro de nuestro marco legal no existe regulación alguna que acepte excepciones y que dicha labor no debe ser tomado por el legislador, pues el desarrollo jurisprudencial invoca el respeto de diversas garantías del proceso penal.

Además, establece diferencias entre prueba irregular y prueba ilícita, resultando la primera en la vulneración de preceptos normativos de carácter procesal que indican el mecanismo idóneo de introducción de pruebas al proceso penal.

<b>Causa</b>	<b>Fundamento</b>	<b>Decisión</b>
<p><b>STC Exp. Nro. 2053-2003-HC/TC</b></p>	<p><b>Tercero:</b> la prueba ilícita es aquella obtenida con vulneración de derechos fundamentales, razón por la que deviene su ineficacia. Para el caso, ha quedado desvirtuado que los juzgadores hayan hecho uso de las entrevistas ilegales, acreditando la responsabilidad del recurrente por otros medios de prueba.</p>	<p><b>CONFIRMA</b>, la sentencia recurrida que revocando la apelada, declara <b>INFUNDADA</b> la acción de hábeas corpus.</p>
<p><b>STC Exp. Nro. 1058-2004-AA/TC</b></p>	<p><b>Décimo octavo:</b> La norma fundamental en su artículo 2, establece el derecho que toda persona tiene a que sus comunicaciones sean privadas, siendo extensiva esta protección a los dispositivos que las contengan. Aunque, el soporte fuera propiedad de alguna empresa a la que un trabajador presta servicios; esto no faculta a la entidad el arrogarse de manera exclusiva la titularidad de dichas comunicaciones pues con ello se distorsiona la protección del derecho.</p>	<p><b>FUNDADA</b> la acción de amparo, ordenando reponer a Rafael García Mendoza a su puesto de trabajo donde se venía desempeñando.</p>

STC Exp. 655-  
2010-PHC/TC

**Séptimo:** (...) para el tribunal, la prueba prohibida es un derecho no prescrito de manera expresa y que se constituye como garantía de un ciudadano, que ante la vulneración de sus derechos en la obtención de material probatorio; este sea excluido sin demora del proceso penal y no sea utilizada o valorada para acreditar la responsabilidad penal o situación jurídica de una persona.

**Decimo:** se considera que la base de la inadmisión y exclusión de la prueba prohibida que ha de decidir sobre la situación jurídica de un procesado se halla en el derecho a la tutela procesal efectiva y en las garantías previstas en el artículo 8 de la convención americana sobre Derechos Humanos.

**Décimo quinto:** En nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando medie durante su obtención una vulneración directa o no, de algún derecho fundamental.

Declarar

**IMPROCEDENTE** la demanda que solicitaba se declare nulo el auto de apertura de instrucción.

<b>Sentencias de la Corte Suprema</b>		
<b>Causa</b>	<b>Fundamento</b>	<b>Aporte extraído</b>
<b>R.N. Nro. 4826-2005/LIMA</b>	<p><b>Decimo:</b> (...) que, asumiendo la teoría de la ponderación, ante un incumplimiento del procedimiento regular para la obtención de un elemento probatorio; no debe importar por necesidad una prohibición de valoración. Pues se deberá tener en cuenta el peso de la infracción al procedimiento en el que se incurre; para el caso, la inviolabilidad de domicilio y por otro lado los intereses de una efectiva persecución penal; lo que significa tener a consideración las consecuencias negativas en la sociedad. Pudiendo reconocer legitimidad a la prueba obtenida en el contexto descrito, si previo análisis se percate la existencia de una afectación de menor intensidad frente a la gravedad del delito investigado.</p>	<p>La sala penal permanente arribo a un cambio del paradigma seguido en las resoluciones previas; asumiendo una postura flexible a la regla de exclusión por cuanto estableció que el derecho a la inviolabilidad de domicilio no es absoluto y por ende en situaciones excepcionales puede afectarse y todo el material probatorio hallado podría ser valorado en aplicación de la ponderación de intereses, pues habría una justificación para su intervención, atenuando en ese sentido la regla de exclusión. Debiendo existir indicios mínimos para la intervención sin previa autorización.</p>
<b>R.N. Nro. 1205-2005/LIMA</b>	<p><b>Cuarto:</b> (...) se alega que estamos ante una prueba prohibida por la manera lesiva de su obtención, pues vulneró el</p>	<p>En el caso concreto, la corte valora el argumento de la existencia de una aparente prueba prohibida</p>



	<p>derecho a la inviolabilidad de domicilio y el derecho a la intimidad personal y en consecuencia estas pruebas carecen de valor. (...) este colegiado asume la posición que fue expresada por el Tribunal constitucional en la sentencia 979, al referir que el valor probatorio de un elemento de prueba sea cual fuera su naturaleza; dependerá del juez. Sin embargo, tal posición no implica la no observación del origen o procedencia, si se afectaron derechos fundamentales en su obtención, el contexto de las conversaciones y en especial, la necesidad de una posterior comprobación probatoria de las conductas descritas, mismas que se hará con intervención de las partes, al momento que ofrezcan prueba adicional o acreditación complementaria, haciendo uso de material probatorio idóneo; siendo adicional la actuación de pruebas de oficio en el proceso, por lo que la tacha presentada debe desestimarse.</p>	<p>por haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales como el de inviolabilidad de domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones, pues el contexto en el que se dieron las grabaciones que fueron presentadas como pruebas, obligaba presuntamente a la aplicación de la regla de exclusión. Empero, se adopta la posición de flexibilizar dicha regla en aras de la defensa de los intereses sociales involucrados, la gravedad del delito y preferentemente las circunstancias en el que fueron obtenidas las pruebas, esbozando una aplicación de la teoría del riesgo y adicionando establece la necesidad de corroboración posterior, de manera que aunque la prueba que en apariencia es prohibida tenga un impacto probatorio alto, la sala agrega un plus probatorio, requiriendo que exista un</p>
--	--	---

		<p>procedimiento probatorio de las conductas imputadas, ello es, pruebas que acrediten la responsabilidad penal además de la prueba que se alega es prohibida.</p>
<p><b>R.N. Nro. 817-2016/ LIMA</b></p>	<p><b>Undécimo:</b> la correcta valoración de las pruebas incorporadas al proceso penal, que gozan de características como utilidad, conducencia, pertinencia y legalidad, excluyen en consecuencia el material probatorio ilícito si existiera, de manera que se respeta la garantía de defensa procesal. En ese sentido, se requiere de un análisis individual y luego conjunto de las pruebas admitidas; pues la valoración solo en particular de la prueba o su apreciación conjunta únicamente no permite un juicio de calidad frente a los medios de prueba. Así también, se tiene una explicación detallada y coherente, donde se relacionan los hallazgos, explicándose unos a los otros y permiten concluir que el proceso de selección no podría detenerse y</p>	<p>La sala aplica en su fallo la regla de exclusión de manera estricta, siendo formalista en su observación y no dejando flancos que permitan atenuarla. En consecuencia, reafirma lo regulado por nuestra legislación procesal apoya la premisa imperante de que siempre que exista en proceso de fabricación de una prueba, vulneración de derechos fundamentales, se está en obligación de excluir y quitar eficacia probatoria a dicha prueba obtenida.</p>

	<p>declararse desierto, por el contrario, debía darse la buena pro.</p>	
<p><b>R.N. Nro. 1589-2013/LIMA</b></p>	<p><b>Decimo:</b> en circunstancias donde se tiene probada la ilegitimidad del ingreso y registro del domicilio del procesado, da en consecuencia irremediable que todo el material probatorio incautado, sea prueba directa o derivada no puedan ser utilizadas dentro del proceso penal. Aunado a ello, ha concurrido presuntamente un acto de indefensión material por la ausencia de un intérprete al momento de levantarse el acta policial; no obstante, es preciso afirmar que no es necesaria la firma del intervenido para dotar de eficacia procesal al acta, pues lo relevante de observación obligatoria es el cumplimiento del procedimiento establecido para la diligencia destinada a la obtención de elementos de prueba; mismo procedimiento que ha sido inobservado en este caso. En razón de ello, se estima conveniente declarar fundado el recurso de la defensa, aplicando el artículo</p>	<p><sup>1</sup> La sala en el presente caso declaro haber nulidad en la sentencia que condenaba a los imputados a 15 años de pena privativa de libertad por el delito de tráfico de drogas, toda vez que estimo <sup>1</sup> que el material probatorio obtenido durante los actos de investigación vulneró derechos fundamentales, pues no respetaron el proceso prescrito por la legislación. Esta exclusión de pruebas, lógicamente afecto la decisión judicial ya tomada por la instancia inferior y la reformo en contrario, absolviendo a los procesados. Esta postura no hace sino reafirmar la regla de exclusión y el carácter casi absolutista que tiene dentro del plano jurisprudencial actual, pues no hay una postura de flexibilidad incluso cuando el material probatorio es de vital relevancia y aporta en demasía a la acreditación</p>

	301 del código de procedimientos penales.	de la responsabilidad penal del imputado.
<b>Casación Nro. 591-2015/HUANUCO</b>	<p><b>Vigésimo tercero:</b> de la revisión de la resolución Nro. 07 se puede verificar el incumplimiento de la regla prescrita en el artículo 210 del código procesal penal (...) advirtiendo así que durante la recopilación del acta de registro personal no se ha cumplido con los presupuestos establecidos para tal fin; dicha acta fue realizada en la oficina de OFINTE-PNP-HCO, el día 30 de diciembre de 2013. No obstante, el acta no refleja que se haya exigido a los intervenidos exhibir el arma de fuego o todo elemento que tengan en su posesión, tampoco se les informó que tenían el derecho a ser asistido por una persona de confianza y aunado a ello, no expresan las razones por las cuales, el intervenido se negó a firmar el acta. Estas razones hacen concluir que se han omitido ciertas garantías que se reconocen al investigado y en ese sentido, esos excesos no pueden ser amparados por esta judicatura, pues las pruebas</p>	<p>La sala en esta casación establece como doctrina jurisprudencial el fundamento décimo sexto al vigésimo segundo; manifestando a lo largo de esos párrafos la existencia de una diferencia sustancial entre la denominada prueba prohibida y la prueba irregular; pues si bien es cierto en ambas existe una vulneración a derechos, no siempre dicha afectación importa entrar en el campo de protección constitucional, sino que podría tratarse solo de una vulneración en el campo procesal. En ese sentido, la sala al hacer hincapié en las diferencias entre estas categorías probatorias que son reguladas parecer ser bajo la misma regla de exclusión; adopta una postura de flexibilización e interpretación progresiva, pero solo al tratarse de pruebas irregulares y no de pruebas prohibidas; pues</p>

	<p>que se han obtenido surgen de un procedimiento de investigación ilegítimo.</p> <p><b>Vigésimo sexto:</b> en el presente caso no es adecuado medir el grado de afectación de algún derecho fundamental lesionado, pues la resolución Nro. 07 no ha especificado el derecho que se ha vulnerado durante el proceso penal, punto que ha referido la defensa también; y si bien cualquier derecho fundamental tiene estrecha relación con los mandatos procesales penales; ello no significa que la omisión en la observancia de ciertas normas procesales signifique por necesidad una alteración grave al derecho fundamental.</p>	<p>entiende que la afectación al derecho no es igual en intensidad en ambas figuras y que en ocasiones la lesión ocasionada no pasa de ser una inobservancia de carácter procesal.</p>
--	---	--

**3.3. Respecto del objetivo 03: Recabar la opinión de los jueces de investigación preparatoria de Trujillo en relación con la prueba prohibida y el test de proporcionalidad.**

Escala de aceptación de: <sup>1</sup> TEST DE PROPORCIONALIDAD APLICADO COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO-2022.

**I. Rango: La prueba prohibida y sus generalidades**

1. ¿Qué es la prueba prohibida?			
Nº	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	Aquella obtenida con vulneración de los derechos fundamentales
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	Es la prueba que se produce vulnerando derechos fundamentales.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	Prueba recogida con afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales.
04	Juan Martin Ramirez Saenz	Juez JIP	Es aquella que se genera cuando existe violación de los derechos fundamentales.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	Tiene lugar cuando se ha cometido una afectación a los derechos que se contemplan en la constitución.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	Resulta de vulnerar derechos fundamentales.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Aquella no tiene eficacia pues ha vulnerado derechos en su obtención.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	Prueba obtenida quebrantando algún derecho de orden constitucional.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	Es la que se obtiene cuando se quiebra un derecho fundamental.

### Interpretación:

Respecto a la pregunta uno que indica: **¿Qué es la prueba prohibida?**, se tiene que todos los entrevistados han referido que la conceptualizan como aquella obtenida con una grave vulneración de los derechos fundamentales, siendo claro que comprenden el aspecto teórico primario de la prueba prohibida y no existe mayor discusión al respecto.

**2. Respecto a la regla de exclusión prescrita en el artículo 159 del código procesal penal, que indica que toda prueba obtenida con vulneración de derechos debe ser excluida del proceso penal, sin la posibilidad de aplicar excepciones; ¿qué cree usted?**

N°	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	Existen excepciones acogidas por la jurisprudencia ordinaria y constitucional.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	La corte suprema de EE.UU desarrolla excepciones recogidas por la legislación nacional y eso debe ser analizado en cada caso.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	De acuerdo, los derechos deben ser protegidos.
04	Juan Martín Ramírez Saenz	Juez JIP	Dentro de nuestro sistema penal y jurisprudencial, existe cierta tendencia a la admisión de prueba con uso de ciertas excepciones.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	Ya existen excepciones en la doctrina que han sido desarrolladas, sería adecuado intentar acoplarlas al proceso penal legalmente.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	La regla es correcta, aunque está más cerca de ser una regla de ineficacia probatoria y no tanto una de exclusión.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Ya a nivel jurisprudencial ha habido pronunciamientos acerca de exceptuar la exclusión de prueba prohibida, sería

			correcto analizar cada caso y ver la posibilidad de su aplicación.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	La regla allí prescrita es adecuada en pro de resguardar los derechos de los investigados ante posibles arbitrariedades dentro del proceso penal.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	Es correcta, la defensa de los derechos debe primar por encima de cualquier prueba que es obtenida de manera ilícita.

### Interpretación:

Respecto a la pregunta dos que indica: **Respecto a la regla de exclusión prescrita en el artículo 159 del código procesal penal, que indica que toda prueba obtenida con vulneración de derechos debe ser excluida del proceso penal, sin la posibilidad de aplicar excepciones ; ¿qué cree usted?**, la opinión es dividida entre los entrevistados, pues parte de estos indican que la proscripción de usar prueba prohibida en el proceso penal es correcta, mientras otro sector refiere que es necesaria la valoración en cada caso para determinar su aplicación y la no generación de impunidad. Desde una perspectiva analítica teniendo en cuenta lo referido por cada entrevistado y haciendo una valoración de la misma, se puede concluir que impera la aplicación de la regla de exclusión de prueba prohibida sobre cualquier tipo de valoración de una posible inclusión, pues lo que se quiere es la protección de los derechos fundamentales (esta posición en mayoría asumida por los jueces); no obstante un pequeño sector no cierra la posibilidad de analizar el caso en concreto y el contexto en el que se desarrolla a fin de valorar todas las variantes de manera adecuada.

**3. Conociendo algunas de las excepciones contempladas dentro de la jurisprudencia nacional, ¿considera que el test de proporcionalidad sería viable como excepción para valorar la inclusión o exclusión de la prueba prohibida?**



N°	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	Esta validado por la constitución política del estado.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	No, la excepción solo procede para la prueba irregular que es ontológicamente diferente a la prueba prohibida.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	En desacuerdo, pues los derechos fundamentales son valores que no pueden reducirse o ceder ante otros.
04	Juan Martin Ramirez Saenz	Juez JIP	Si, en vista que se ampara en parámetros constitucionales.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	En desacuerdo, no se puede violentar derechos por causas procesales o de justicia mediática.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	Tengo entendido que el test de proporcionalidad es una herramienta útil para determinar la preponderancia de un derecho sobre otro, pero no estoy seguro que deba ser aplicado para admitir prueba prohibida.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Conforme, inclusive existe una excepción similar en la legislación norteamericana.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	Estoy de acuerdo con su aplicación.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	Si es considerada como excepción por el legislador, estoy de acuerdo.

### Interpretación:

Respecto a la pregunta tres que indica: **Conociendo algunas de las excepciones contempladas dentro de la jurisprudencia nacional, ¿considera que el test de proporcionalidad sería viable como excepción para valorar la inclusión o exclusión de la prueba prohibida?**, se advierte que la aplicación del test de proporcionalidad sería viable como excepción a la regla de exclusión prescrita en el código procesal penal, sin embargo existe cierta renuencia por parte del ente decisor en su aplicación, pues se estima que la protección de los derechos fundamentales es prioritario frente a cualquier flexibilización de la regla por más que resulte útil y pertinente para el caso analizado. Por otro lado, se aprecia que el fundamento empleado por parte del segmento que apoya la aplicación del test de proporcionalidad está enfocado en la existencia de las garantías suficientes para satisfacer la protección de los derechos fundamentales y una adecuada valoración de la prueba ofrecida. En síntesis, nos encontramos ante una nueva dualidad en cuanto a la posible aplicación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión, sobre todo por parte de algunos jueces, empero, no se descarta su aplicación de forma unánime, pues se deja la posibilidad de ser aplicada al observar el respeto de las garantías de protección requeridas para los derechos fundamentales.

<b>II. Rango: En torno a las excepciones</b>			
<b>4. ¿Usted ha usado el test de proporcionalidad para admitir prueba prohibida dentro del proceso penal?</b>			
Nº	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	No, existen casos en que no es necesario.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	No, por lo señalado en la respuesta anterior.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	No.

04	Juan Martin Ramirez Saenz	Juez JIP	No.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	No.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	No.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	No.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	No.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	No.

**Interpretación:**

Respecto a la pregunta cuatro que indica: **¿Usted ha usado el test de proporcionalidad para admitir prueba prohibida dentro del proceso penal?**, se concluye que casi unánimemente ninguno de los entrevistados, salvo uno, ha usado el test de proporcionalidad para la admisión o rechazo de prueba prohibida, ello es concordante con la ausencia de regulación vigente dentro del proceso penal, dejando en muchas ocasiones como se ha evidenciado, el pronunciamiento a la corte suprema o tribunal constitucional.

<b>5. Teniendo en cuenta la presencia de jurisprudencia sobre excepciones a la regla de exclusión, ¿considera que deben ser aplicadas en la legislación nacional?</b>			
N°	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	Las excepciones no son numerus clausus, han aparecido a partir de la casuística y eso es lo que manda.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	Solo cuando se trate de prueba irregular

03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	Se hace necesario de insertar en la normativa peruana.
04	Juan Martin Ramirez Saenz	Juez JIP	Insertar excepciones a la referida regla de exclusión podría ser muy útil en la valoración de prueba.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	No, no estoy del todo de acuerdo.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	Si, creo que podrían ser aplicadas.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Habría que ver el caso que se analiza y la posibilidad de integrar excepciones.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	En vista de ciertos casos que van apareciendo y los contextos variantes, se hace menester su aplicación.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	Si ya han sido valoradas y se ha determinado su utilidad, siempre que sean válidamente anexadas al proceso penal, estaría de acuerdo.

**Interpretación:**

Respecto a la pregunta cinco que indica: **Teniendo en cuenta la presencia de jurisprudencia sobre excepciones a la regla de exclusión, ¿considera que deben ser aplicadas en la legislación nacional?**, se concluyó que la tendencia a seguir está orientada a insertar excepciones a la regla de exclusión, entre ellas, el test de proporcionalidad, sin embargo, no se plantea una aplicación arbitraria y desmedida, pues se debe analizar su pertinencia en cada caso atendiendo a los requerimientos propios del proceso seguido, analizando su utilidad, en tal sentido, se advierte que insertar en la legislación nacional excepciones debe conllevar seguidamente de un marco regulatorio extenso y hasta privativo en ciertas ocasiones para no sobre flexibilizar la norma.

**6. Considerando la existencia de la regla de exclusión y las decisiones sobre casos mediáticos como los llamados Vladivideos, Petro audios, Agendas de Nadine, Caso Serpost y otros, donde se ha decantado por aplicar la regla y otros donde se han aplicado alguna excepción, ¿qué opina usted?**

N°	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	La corrupción (cohecho, colusión, etc) y los delitos contra la administración pública (institución positiva) son criterios del test de proporcionalidad.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	No se ha aplicado el test de proporcionalidad en esos casos, sino más bien el TC ha resuelto que es prueba admisible por cuanto uno de los intervenidos se grabó en circunstancias delictivas.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	Las excepciones deben estar presentes sin observar el caso tocado.
04	Juan Martin Ramirez Saenz	Juez JIP	La aplicación de excepciones en esos casos fue en mérito de la relevancia del caso, sin embargo, considero que el alcance del delito sea relevante para optar por alguna excepción.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	Independientemente del caso, no se puede avalar aplicar excepciones que vulneren la integridad de un derecho fundamental.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	En teoría, la coyuntura política de esos casos fue un motivo para aplicar alguna excepción, pero es necesario establecer

			un marco aplicativo sin necesidad de tomar en cuenta el caso.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Debería el caso ser analizado, revisar sus alcances y de acuerdo con eso, debe valorarse la opción de aplicar alguna excepción.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	Si en caso deba ser aplicada alguna excepción, hay que tener en cuenta que se traten de delito de especial relevancia y de gran afectación al orden jurídico.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	La existencia de alguna excepción no debe estar supeditada al caso, sino se convertiría en algo arbitrario.

**Interpretación:**

Respecto a la pregunta seis que indica: **Considerando la existencia de la regla de exclusión y las decisiones sobre casos mediáticos como los llamados Vladivideos, Petro audios, Agendas de Nadine, Caso Serpost y otros, donde se ha decantado por aplicar la regla y otros donde se han aplicado alguna excepción, ¿qué opina usted?**, se puede concluir que aunque la opinión es diferida entre los entrevistados, la opción de emplear alguna excepción dentro del proceso penal para evitar la exclusión de prueba prohibida no debe estar necesariamente supeditada al tipo de caso que se investiga. En consecuencia, resulta indiferente desde cierto enfoque que se trate de un caso por corrupción de funcionarios o de un caso por robo; pues en caso contrario se abre la puerta a una indiscriminación no razonada, amparada únicamente en la trascendencia del caso. Por otro lado es preciso mencionar, que si bien es cierto los antecedentes del test de proporcionalidad (balance de intereses), si trae entre sus fundamentos el análisis de las consecuencias sociales a partir de las decisiones adoptadas a nivel judicial; este análisis versa respecto de la impunidad eventual en la que se puede recaer y la reacción de los ciudadanos; no hace ninguna referencia a la superposición de casos fundamentado en la magnitud del bien jurídico que protejan o la calidad del sujeto pasivo del delito.

**7. ¿Considera que las excepciones a la regla de exclusión deben ser reguladas por el legislador?**

N°	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	No, significaría limitarlas a parámetros y dejarían de ser excepciones para convertirse en reglas.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	Aclaradas por el legislador, pero no reguladas.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	Correcto, el legislador debe regularlas.
04	Juan Martin Ramirez Saenz	Juez JIP	Es mejor dejar el desarrollo a los jueces, pues de esa manera podemos crear un parámetro ideal.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	Si, es el único legitimado para integrar alguna prorroga a la regla de exclusión.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	Creo que sería mejor un trabajo conjunto, donde el legislador indique cuales son aceptadas y en base a ello trabajar.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Correcto, el legislador debe regular su inclusión.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	Tener un desarrollo doctrinario y jurisprudencial seria idóneo en pro de la interpretación de las excepciones y entender sus alcances.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	Es mejor dejar al legislador su regulación y a los jueces la interpretación.

### Interpretación:

Respecto a la pregunta siete que indica: **¿Considera que las excepciones a la regla de exclusión deben ser reguladas por el legislador?**, se pudo concluir que la opinión mayoritaria se inclina por encargar al legislador el trabajo de regulación de alguna excepción dentro del proceso penal, sin embargo frente a esta posición se encuentra la posibilidad de dejar a la jurisprudencia encargarse del labor de la regulación y que los jueces desarrollen en cada caso diferentes alcances que en suma permitan un mejor entendimiento de las excepciones. Empero, es evidente que, aunque dicha postura resulta con mayores beneficios, aún es remota su aplicación; pues el interés mayoritario se centra en que el legislador es el único con las facultades suficientes, necesarias y legítimas para en un primer extremo aclarar las excepciones aplicables (dentro de ellas se encuentra el test de proporcionalidad), para posteriormente empezar la labor de su regulación y prescribir eventualmente una relación *numerus clausus* de ellas.

### 8. ¿Cree que la aplicación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión sería positiva para el proceso penal?

Nº	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	Siempre y cuando se aplique de manera razonable la fórmula del peso.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	No, en cuanto la regulación actual y los criterios de interpretación del TC es suficiente.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	Claro, representaría un aporte en el trabajo de valoración probatoria.
04	Juan Martín Ramírez Saenz	Juez JIP	Sería un buen aporte.
05	Vía Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	No estoy de acuerdo en integrar arbitrariamente excepciones.



06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	Para el proceso admisorio de prueba, es de gran ayuda.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Estoy de acuerdo con su incorporación.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	Considero que mientras no este legislado, representa un relajo grave de las garantías procesales.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	Creo que si ayudara al proceso penal en cuanto a la prueba y los casos investigados.

### Interpretación:

Respecto a la pregunta ocho que indica: **¿Cree que la aplicación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión sería positiva para el proceso penal?**, se puede afirmar que la aceptación e inclusión del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión representa un aporte significativo para el proceso penal en pro de la valoración probatoria y el ejercicio del derecho a la prueba, ello siempre que se aplique de manera razonable la formula del peso y se tome en cuenta el contexto donde el hecho que se imputa se ha desarrollado; de esa manera no se estaría flexibilizando erróneamente el proceso.

9. ¿Usted aplicaría el test de proporcionalidad como mecanismo para admitir una prueba prohibida dentro del proceso?			
Nº	Nombre de entrevistado	Cargo	Respuesta
01	Julio Neyra Barrantes	Juez	Depende del caso.
02	Manuel Rodolfo Sosaya López	Juez	No, por los antes expresado.
03	Jorge Humberto Colmenares Cavero	Juez	Si, su aplicación es correcta,

04	Juan Martin Ramírez Saenz	Juez JIP	Analizando previamente el caso, sí.
05	Via Castillo Rosendo Pompeyo	Juez JIP	No.
06	Eduardo Carlos Medina Carrasco	Juez JIP	Claro que sí.
07	Irene Milagritos Cruzado Zapata	Juez JIP	Si, aplicaría la excepción en caso de estar permitido.
08	Maria Elizabeth Zulueta Cabrera	Juez JIP	En el contexto legal actual, no.
09	Vasquez Martinez Jenner Moises	Juez JIP	Dependerá de la legalidad de su aplicación y la legitimidad de su intervención, en tal caso, sí.

**Interpretación:**

Respecto a la pregunta nueve que indica: **¿Usted aplicaría el test de proporcionalidad como mecanismo para admitir una prueba prohibida dentro del proceso?**, se logra concluir que aun prevista una ligera disparidad de criterios, se opta por la aplicación del test de proporcionalidad como excepción en la valoración de admisión de prueba prohibida dentro del proceso penal, es así que siempre que exista una ligera regulación o aceptación genérica de las excepciones plasmadas en alguna sentencia o acuerdo plenario, se aplicaría el test de proporcionalidad para la admisión de prueba prohibida sin quebrantar las garantías procesales y constitucionales

#### IV. DISCUSIÓN

Partiendo del objetivo general planteado que consistió en determinar el grado de aceptación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión en los juzgados de investigación preparatoria-2022, mismo que guio esta investigación, se puede afirmar que existe un alto grado de aceptación de emplear el test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión de prueba prohibida, este extremo se encuentra respaldado por la amplia gama de doctrina y trabajos de investigación que se han elaborado en torno al tema, los criterios jurisprudenciales emitidos por la corte suprema y constitucional, así como la opinión de los jueces que se encuentran en la posición de decisor de la admisión o no de prueba. Todos estos puntos han sido desarrollados en conjunto con los objetivos específicos, cuyos resultados serán puestos en manifiesto y que en suma permiten aseverar el grado de aceptación del test de proporcionalidad como excepción.

Respecto del primer objetivo específico referido estudiar las cuestiones dogmáticas y prácticas en torno a la prueba prohibida y el test de proporcionalidad, se observó que existe un desarrollo en torno a los aspectos teóricos de la prueba prohibida y su tratamiento dentro del proceso penal, así como la determinación de su eficacia valorativa, así por ejemplo López (2018) refiere en sus conclusiones que la inclusión de una ineficacia probatoria derivada de una regla de exclusión en el cuerpo normativo constitucional provoca ciertas particularidades en su aplicación pero aun así podemos estar en un escenario de admisión de prueba prohibida siguiendo las exenciones de buena fe y el criterio de la conexión de la antijuricidad. Mismo planteamiento en torno a la eficacia jurídica de prueba prohibida en el proceso penal pero visto desde una perspectiva social en torno a las consecuencias de la regla de exclusión aborda Sal y Rosas (2018), indicando que la exclusión de la prueba prohibida deja sin base para la búsqueda de la verdad al persecutor del delito, en otros términos en el marco actual vigente sobre la regulación de la prueba prohibida es claro que lo que se dictamina es la exclusión de la misma negándole eficacia probatorio a fin de salvaguardar los derechos y garantías procesales y constitucionales; sin embargo, también es notorio que dicha exclusión probatoria de elementos de suma importancia para el caso investigado representaría perder un punto de apoyo donde se soporte la imputación. Con esto no se quiere indicar que deban justificarse agresiones a algún derecho con protección constitucional pues como refiere Miranda (2010), nos encontramos de todas maneras ante una prueba con una clara vulneración a derechos fundamentales. Es pues crítica la situación en cuanto a la regulación

de la prueba prohibida, por un lado se tiene a una regla de exclusión aparentemente absoluta que si afianza cierta seguridad de derechos pero en ese esfuerzo de protección pone en riesgo la legitimidad de una imputación o la existencia de la misma, es compartida esta visión de la relativización de la regla de exclusión por Correa y vela (2020), cuando concluyen que existe la posibilidad que usando el test de ponderación y razonabilidad, aquella prueba catalogada como prohibida pueda y deba ser admitida y valorada.

Respecto al segundo objetivo específico referido a registrar la jurisprudencia nacional en torno al tratamiento dado a la prueba prohibida y su admisión, se ha advertido que, a nivel jurisprudencial, el tratamiento de la prueba prohibida ha sido muy ambivalente, sin un punto de criterio único o punto de partida en cuanto a la admisión o rechazo de prueba ilícitamente obtenida, supeditado parece ser a la subjetividad del juez o al alcance mediático del caso tratado. De la revisión de la jurisprudencia presentada, se advierte que existe una posición centrada en la flexibilización de la regla de exclusión contemplada en el código procesal penal nacional, posición que es concordante con el pleno jurisdiccional superior penal nacional de 2004 celebrado en Trujillo, que hace hincapié en tener en cuenta ciertas excepciones contempladas en el marco legal americano que bien podrían insertarse en nuestro sistema procesal penal.

Nuestro criterio se orienta a seguir la línea marcada por el pleno jurisdiccional de 2004 celebrado en La Libertad, pues establece la necesidad de contemplar la inclusión de prueba prohibida mediante excepciones desarrolladas por los jueces, de esa manera servir a los objetivos del proceso y satisfacer los requerimientos de proporcionalidad y garantismo procesal. Mismo sentido abordó la corte suprema en el R.N. N° 4826-2005 cuando se inclinó por adoptar una postura de flexibilización de la regla de exclusión manifestando que hay ciertos derechos fundamentales como la inviolabilidad de domicilio que no son absolutos. Abordando dicha posibilidad desde la perspectiva de la política criminal y la salvaguarda de los intereses sociales, tal como se indica en el R.N. N° 1205-2005-Lima, refiriendo que ante la existencia de prueba prohibida se debe valorar los intereses sociales, gravedad del delito y las circunstancias donde fue obtenida la prueba prohibida. Es pues evidente que la corte para llegar a la determinación de la flexibilización de la regla ha tenido que valorar la relevancia del derecho vulnerado y los posibles beneficios para el proceso penal de la admisión de la prueba (entre ellos la defensa del derecho vulnerado), remitiéndose necesariamente al test de proporcionalidad como salida para dicha valoración pues solo así

se justifica legítimamente la adopción de alguna medida que limite un derecho fundamental. No obstante, no todo pronunciamiento de la corte suprema está en esa misma línea doctrinaria pues impera en ocasiones la vigencia de la regla de exclusión tal como se hace notar en el R.N. N°817-2016-Lima, teniendo el mismo criterio el pronunciamiento recaído en el R.N. N° 1589-2013-Lima, prescribiendo en ambos casos que toda prueba debe ser excluida del proceso siempre que se verifique que fue obtenida bajo vulneración de derechos fundamentales.

Respecto al tercer objetivo centrado en analizar la percepción de los jueces que dirimen respecto de la admisión de prueba en consecuencia se presentó cierto número de preguntas que iban desde el mínimo conocimiento de prueba prohibida hasta la posibilidad de su aplicación, preguntas aplicadas a 9 jueces, entre ellos fueron 6 de los 8 jueces de investigación preparatoria que laboran en la corte superior de Justicia de La Libertad-Trujillo, ello fue así en vista de que el nuevo sistema procesal penal ha segmentado la fase de postulación y admisión de prueba a la etapa intermedia y aquellos jueces que dirigen dicha etapa son los jueces de investigación preparatoria salvo la excepción de prueba nueva. Entendiendo ello, de los jueces a quienes se le tomo su opinión se ha determinado que la prueba prohibida es un tópico conocido a nivel teórico sin embargo su aplicación resulta problemática en ocasiones. En relación a la aplicación del test como excepción a la prueba prohibida se ha encontrado que gran por parte de los jueces, coinciden que mediante el test de proporcionalidad se conservan las garantías constitucionales del proceso penal, consecuentemente, se legitima la flexibilización de la regla de exclusión, pero que están limitados por la norma vigente en cuanto a su aplicación, concluyendo que el trabajo de regulación y fijación de excepciones debe ser dejado en manos de los legisladores, reduciendo así su intervención a un labor meramente interpretativo. Se ha concluido que de los jueces que dirimen sobre la admisión o no de prueba durante el proceso penal, gran parte de ellos aceptan la aplicación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión y que dicho empleo resultaría de gran ayuda al proceso penal, pero ante la falta de regulación expresa que los faculte, su labor en torno a la admisión o no de prueba prohibida se queda en mera doctrina.

#### **4.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL**

## FORMULA LEGAL

### LEY N° 31750

**LA PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**

**POR CUANTO:**

**EL CONGRESO DE LA REPUBLICA**

Ha dado la ley siguiente

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL-DECRETO  
LEGISLATIVO 957 A FIN DE ESTABLECER UN NUEVO CRITERIO PARA LA  
ADMISION DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

**Artículo 1°.** – Modificación del artículo VIII del título preliminar del código procesal penal, decreto legislativo 957, en los siguientes términos:

**Redacción anterior del artículo VIII del título preliminar** - Legitimidad de la prueba. –

- 1.- Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
- 2.- Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
- 3.- La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

**Modifíquese el artículo VIII del título preliminar quedando la nueva redacción de la siguiente manera:**

VII.- Legitimidad de la prueba. -

- 1.- Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
- 2.- Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
- 3.- La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.
- 4.- En relación con el numeral 1 y 2 del presente artículo serán de aplicación salvo que habiéndose aplicado el test de proporcionalidad se ha determinado que el derecho protegido por el tipo penal afectado supera al derecho vulnerado en la obtención del material probatorio.

**Artículo 2°.** -Modificación del artículo 159 del código procesal penal, decreto legislativo 957, en los siguientes términos:

**Redacción anterior del artículo 159°** - Utilización de la prueba. - 1.- El juez no podrá utilizar directa o indirectamente las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

**Modifíquese el artículo 159° quedando la nueva redacción de la siguiente manera:**

**1.-** El juez podrá utilizar de manera directa o indirecta toda aquella fuente o medios de prueba que han sido obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales siempre que luego de haberse aplicado y superado el test de proporcionalidad se ha determinado que el bien jurídico protegido por el tipo penal cometido es superior al bien jurídico del derecho fundamental afectado.

COMUNIQUESE a la señora presidenta de la república para su promulgación.

En lima, a los dieciocho días del mes de julio de dos mil veintitrés.

JOSE DANIEL WILLIAMS ZAPATA

Presidente del congreso de la republica

MARTHA LUPE MOYANO DELGADO

Primera vicepresidenta del congreso de la Republica

A LA SEÑORA PRESIDENTA DE LA REPUBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima a los veinticuatro días del mes de julio del año dos mil veintitrés.

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA

Presidenta de la Republica

LUIS ALBERTO OTAROLA PEÑARANDA

Presidente del consejo de ministros

## V. CONCLUSIONES

1. La prueba prohibida es concebida como aquel material probatorio que, en el curso de su obtención, ha vulnerado de manera directa y grave el contenido esencial de un derecho fundamental, entendiendo este contenido como el elemento que constituye el derecho, que lo hace ser, normalmente formado por el bien jurídico que protege y sus alcances. Esta denominada prueba prohibida dentro de nuestro sistema procesal penal carece de eficacia probatoria por regla general, no obstante, no se debe confundir con la llamada prueba irregular, pues esta vulnera únicamente reglas procesales y en tal sentido es objeto de ser subsanable a diferencia de la prueba prohibida.
2. Nuestro proceso penal contempla la regla de exclusión como regla de general, que implica la expulsión de toda prueba obtenida directa o indirectamente con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales, tal regulación es de aplicación general no contemplándose excepción alguna. No obstante, a nivel jurisprudencial se han dado ciertos pronunciamientos en casos mediáticos que contemplan la aplicación de excepciones a la regla de exclusión; dejando en evidencia que el contexto coyuntural y el alcance político social del hecho investigado es un elemento tomado en cuenta por ciertas cortes de justicia; por otro lado, la existencia de un pleno jurisdiccional celebrado en Trujillo; es un indicativo que existe la tendencia de incorporar dentro del proceso penal, excepciones a la regla de exclusión a fin de coadyuvar a la correcta valoración probatoria y el esclarecimiento de los hechos que se investiguen, colocando dentro de estas excepciones a la ponderación de intereses.
3. De las entrevistas actuadas durante la investigación se ha logrado concluir que existe un alto grado de aceptación por parte del juez del primer juzgado de investigación preparatoria de aplicar el test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión de prueba prohibida, mismo que es concordante con las 5 opiniones emitidas por jueces de los otros juzgados de investigación preparatoria, aunque existen posiciones renuentes por algunos jueces de dicho juzgados, en la valoración general se ha detectado el alto grado de aceptación del test de proporcionalidad, a esto se suman las posiciones a favor de jueces que desempeñan labores en salas superiores pero que también fungieron como jueces de investigación, llegando a la conclusión que ahora se describe.



## VI. RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que deben admitir ciertas excepciones a la regla de exclusión de prueba prohibida bajo un sistema normado por el legislador a fin de dotar de seguridad jurídica las decisiones adoptadas por los jueces donde empleen alguna excepción; no obstante, la creación de una ley que modifique el código procesal penal motivando la inserción de excepciones, debe permitir el desarrollo por parte de la jurisprudencia y doctrina a fin de mantener la vigencia de las garantías procesales y establecer los alcances de las mismas.
2. Se recomienda que, dentro del distrito judicial de La Libertad, se planifique e instaure un acuerdo de magistrados a fin de que el test de proporcionalidad sea usado como posible excepción a la regla de exclusión, estableciendo el proceso de valoración y parámetros para una correcta ponderación de los derechos vulnerados y los que se pretende proteger, posibilitando el empleo de prueba prohibida.
3. Contemplar la modificación del artículo VII y 159 del código procesal penal insertando al test de proporcionalidad como excepción a la exclusión de material probatorio obtenido de manera ilícita, manteniendo un control sobre los medios probatorios que se obtengan durante las investigaciones y de esa manera no incurrir en la arbitrariedad y el sacrificio de derechos y garantías no necesarios en la obtención de la verdad dentro del proceso penal.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Abrill Aranibar, G. A. (2018). *Análisis descriptivo y propositivo del fundamento de la prueba prohibida en el código procesal penal del 2004*. Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/7357>
- Aleinikoff, A. (2015). *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R., Bernal Pulido, C., Moreso Mateos, J. J., Pietro Sanchiz, L., Clerigo, L., Lopera Mesa, G. P., & Grández Castro, P. (2010). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.
- Ariza Hidalgo, S. Y. (2017). *Análisis jurídico dogmático de la prueba prohibida y su tratamiento en el nuevo código procesal penal, periodo 2010-2015- Huaraz*. Universidad de San Pedro- Huaraz. <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/handle/USANPEDRO/10270>
- Armenta Deu, T. (2011). *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons.
- Asencio Mellado, J. M. (2006). El proceso penal con todas las garantías. *Ius et Veritas*(33), 235-247. <https://doi.org/https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12354>
- Asencio Mellado, J. M. (2008). *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima: Inpeccp.
- Asencio Mellado, J. M., & Ugaz Sanchez Moreno, J. C. (2008). *Prueba ilícita y lucha Anticorrupción (el caso del allanamiento y secuestro de los "vladivideos")*. Lima: Grijley.
- Atienza, M., & García Amado, J. A. (2018). *Un debate sobre la ponderación*. Sucre: Tribunal constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad; derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores.
- Bastos Pinto, M. (2012). *Diccionario de derecho constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Bernal Pulido, C. (2015). *Estudios preliminares en A. Aleinikoff T., El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra Editores.
- Bustamante Alarcon, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara Editores.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones juridicas Europa-America.
- Carrara, F. (2000). *Programa de derecho criminal*. Bogota: Editorial Juridica Continental.
- Carrió, A. (2002). *Garantias constitucionales en el proceso penal*. Bueno Aires: Hammurabi.
- Castillo Cordova, L. (2005). *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Juridica.
- Castillo Gutierrez, L. (2014). *La Prueba Prohibida, su tratamiento en el nuevo código procesal penal y en la jurisprudencia*. Lima: Editorial El Buho E.I.R.L.
- Castro Trigos, H. (2009). *La prueba ilicita en el proceso penal peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Codigo Procesal Penal (NCP)*. (Decreto legislativo 957- 29 de julio de 2004). Perú.
- CORREA, C. C. (2020). *RELACION DIRECTA ENTRE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU GRADO DE VALORACION EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL*. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel.
- David Villafuerte, M. d. (2018). *Criterios juridicos para la admisión y exclusión de la prueba material frente a la contaminación probatoria en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/9446>
- De Urbano Castrillo, E., & Torres Morato, M. A. (1997). *La prueba ilicita penal, estudio jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi.
- Devis Echandia, H. (1970). *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Editorial Zavalia.
- Diaz Cabiale, J. A., & Martinez Morales, R. (2002). La teoria de la conexión de anti-juricidad. *Jueces para la democracia*(43), 39-49. <https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/232235.pdf>
- Ferrer Beltran, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.

- Fidalgo Gallardo, C. (2003). *Las pruebas ilegales de la Exclusionare rule estadounidense*. Madrid: Centro de Estudios Políticos u Constitucionales.
- Flores León, V. F. (2016). *Excepciones a la prueba prohibida para garantizar el derecho al debido proceso penal, en la corte superior de justicia del distrito judicial de Huánuco, 2014-2015- Huánuco (Tesis de doctorado- Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huanuco)*. Repositorio Penal. <http://repositorio.unheval.edu.pe/handle/UNHEVAL/1898>
- García Amado, J. A. (2021). *El test de proporcionalidad en la suprema corte*. Centro de estudios constitucionales SCJN.
- Gascón Abellán, M. (2005). ¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria. *Jueces para la democracia*(52), 74-86. <https://doi.org/http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2005/03/revista-52-marzo-2005.pdf>
- Goldschmidt, J. (2003). *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Vol. I). México: Jurídica Universitaria.
- Gonzales Cussac, J. L. (2009). *La conexión de antijuricidad en la prueba prohibida*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gonzales Lara, L. A. (2018). *Estudio de la prueba prohibida y la prueba ilícita como regla de exclusión en el código procesal penal de 2004*. Universidad Nacional Federico Villarreal. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/3324>
- Guariglia, F. (2006). *Concepto fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Hairabedian, M. (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Herrera Guerrero, M. (2015). Prueba prohibida y ponderación de intereses. *Actualidad Penal*(18), 30-49. <https://doi.org/https://actualidadpenal.pe/revista/edicion/actualidad-penal-18/dc988864-53ab-48ad-a789-d80275dabff6>
- Hurtado Pozo, J. (2001). Vladivideos e ilegalidad. *Revista del instituto de defensa legal*, 74-75. <https://doi.org/www.idl.org.pe/idlrev/revistas/140/pag74.htm>
- Jefatura de Estado. (1985). *Ley organica del Poder Judicial de España*. BOE. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>
- Lechuga Pino, E. (2018). *La prueba inconstitucional*. Lima: A&C Ediciones.

- Lopez Cabello, F. A. (2018). *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparatado con la actualidad mexicana*. Universidad de Girona. <http://hdl.handle.net/10803/659086>
- López Cabello, F. A. (2018). *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparatado con la actualidad mexicana-Girona (Tesis de doctorado-Universidad de Girona)*. Repositorio institucional. <http://hdl.handle.net/10803/659086>
- Lorena, R. J. (2019). *TEST DE PROPORCIONALIDAD Y SU PRAXIS EN LA PONDERACIÓN DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y CORRECCION MODERADA*. Universidad Católica de Colombia.
- MARCELINO TINEO SILVA , 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de 01 de 2003).
- Marcial Correa, M. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Miranda Estrampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (segunda ed.). Barcelona: Bosch Editor.
- Miranda Estrampes, M. (2010). La prueba prohibida: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Publica* , 21. <https://doi.org/https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389/0>
- Miranda Estrampes, M. (23 de 01 de 2022). *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista catalana de SEguretat Publica: <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389/0>
- Montero Aroca, J. (2011). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas.
- Monton Redondo, A. (1987). *Iniciacion al estudio del derecho procesal*. Madrid, España: Editorial- Universidad de Salamanca.
- Muñoz Sabate, L. (1997). *Tecnica probatoria: Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Praxis S.A.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del proceso penal y litigacion oral*. Lima: Idemsa.
- ODAR CORTEZ, G. (2018). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA SENTENCIA DE SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER*. Universidad Señor de Sipan.
- Parra Quijano, J. (1997). *Pruebas ilícitas*. Lima: Ius et veritas.

- Pazos, M. I. (2021). *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*. Mexico: Centro de estudios constitucionales SCNJ.
- Perez Arroyo, M. (2010). *Derecho penal y derecho procesal penal, Cuestiones fundamentales*. Lima: INPECCP.
- Pico I Junoy, J. (2009). El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras. *Revista de derecho procesal*(1-2), 99-156. <https://doi.org/https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5133274>
- Pietro Sánchis, L. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Pisfil Flores, D. A. (2018). *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal: Fundamento constitucional, doctrina, jurisprudencia y posibles excepciones*. Lima: Editores del centro E.I.R.L.
- Portocarrero Quispe, J. A. (2011). *Peligros y límites de la ponderación- (Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos)*. Repositorio institucional. [https://doi.org/http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1605/Portocarrero\\_qj.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://doi.org/http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1605/Portocarrero_qj.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Portocarrero Quispe, J. A. (2011). *Peligros y límites de la ponderación- (Tesis para obtener el grado de abogado)*. Repositorio institucional.
- Portocarrero Quispe, J. A. (2016). ¿Peligros de la ponderación?, la racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales. *VOX IURIS*(32), 81-97. <https://doi.org/file:///C:/Users/Server/Downloads/Dialnet-PeligrosDeLaPonderacionLaRacionalidadDeLaPonderaci-5595585.pdf>
- Rosas Yataco, J. (2009). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Sal y Rosas Montes, R. E. (2018). *Incidencia de la prueba prohibida en el delito de feminicidio del juzgado- Huaraz (Tesis de licenciatura- Univesidad Cesar Vallejo)*. Universidad Cesar Vallejo. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/27798>
- Salas Calero, L. (2002). Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el derecho procesal de los estados unidos. *Revista del poder Judicial*(66), 367-401.
- San Martín Castro, C. (2005). *Busqueda de pruebas y restricción de derechos. Registros e intervenciones corporales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.

- San Martín Castro, C. (2014). *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley.
- Sánchez Córdova, J. (2017). *La prueba prohibida y nulidad de actuados en el proceso penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sánchez Cordova, J. H. (2017). *La prueba prohibida y nulidad de actuados en el proceso penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sánchez Gil, R. (2021). "Proporcionalidad y juicio de constitucionalidad en México", en *el Test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*. México: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sánchez Gonzales, S. (2003). De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, UNED(12), 351-382. <https://doi.org/revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6631/6329>
- Schmidt, E. (2006). *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner.
- Serra Dominguez, M. (2009). *Estudios de derecho probatorio*. Lima: Communitas.
- STC, 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 05 de 07 de 2004).
- STC Calandra Vs USA, 72-734 (Corte Suprema de EE.UU. 11 de 10 de 1974).
- STC Jannis vs USA, 428 U.S. 433 (Tribunal Supremo de los Estados Unidos 06 de 07 de 1976).
- Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura-GTZ.
- Talavera Elguera, P. (2017). *La prueba penal*. Breña: Instituto Pacífico S.A.C.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Tomasto Medrano, T. J. (2017). *La prueba prohibida para garantizar los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal, en la corte superior de justicia de Ucayali 2015-2016- Huánuco (Tesis de doctorado- Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco)*. Repositorio Institucional. [https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNHE\\_98445ef76afc8e6c48e3bb657820d9df#details](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNHE_98445ef76afc8e6c48e3bb657820d9df#details)
- VILLEGAS MÁLAGA, J. (2020). *LA FIABILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA COMO FUNDAMENTO PARA SU ADMISION O EXCLUSION EN EL PROCESO PENAL, PERU 2020*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU.

Villegas Salazar, S. A. (2018). *Criterios juridicos para valorar a la prueba irregular en el proceso penal peruano*. Universidad Nacional de Cajamarca.  
<http://repositorio.unc.edu.pe/handle/UNC/2478>



# **ANEXOS**

## Anexo 1: Instrumentos de recolección de datos

### ENTREVISTA

Es grato dirigirnos a usted, extendiendo un cordial saludo y al mismo tiempo pidiéndole la absolución de las preguntas que a continuación se plantean, pues los resultados son útiles para la investigación que se realiza.

#### Instrucciones generales

Escala de aceptación de: <sup>1</sup> TEST DE PROPORCIONALIDAD APLICADO COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO-2022

Marque y coloque sus datos:

Nombre y apellidos: \_\_\_\_\_

Cargo: \_\_\_\_\_

Se agradece responder las preguntas planteadas y explicar las razones de la decisión.

#### I. Rango: La prueba prohibida y sus generalidades

1. ¿Qué es la prueba prohibida?

-----  
-----  
-----

2. <sup>1</sup> Respecto a la regla de exclusión prescrita en el artículo 159 del código procesal penal, que indica que toda prueba obtenida con vulneración de derechos debe ser excluida del proceso penal, sin la posibilidad de aplicar excepciones ; ¿qué cree usted?

-----  
-----  
-----

3. Conociendo algunas de las excepciones contempladas dentro de la jurisprudencia nacional, ¿considera que el test de proporcionalidad sería viable como excepción para valorar la inclusión o exclusión de la prueba prohibida?

-----  
-----  
-----

**II. Rango: En torno a las excepciones**

4. ¿Usted ha usado el test de proporcionalidad para admitir prueba prohibida dentro del proceso penal?

-----  
-----  
-----

5. Teniendo en cuenta la presencia de jurisprudencia sobre excepciones a la regla de exclusión, ¿considera que deben ser aplicadas en la legislación nacional?

-----  
-----  
-----

6. Considerando la existencia de la regla de exclusión y las decisiones sobre casos mediáticos como los llamados Vladivideos, Petro audios, Agendas de Nadine, Caso Serpost y otros, donde se ha decantado por aplicar la regla y otros donde se han aplicado alguna excepción, ¿qué opina usted?

-----  
-----  
-----

7. ¿Considera que las excepciones a la regla de exclusión deben ser reguladas por el legislador?

-----  
-----  
-----

8. ¿Cree que la aplicación del test de proporcionalidad como excepción a la regla de exclusión sería positiva para el proceso penal?

-----  
-----  
-----

9. ¿Usted aplicaría el test de proporcionalidad como mecanismo para admitir una prueba prohibida dentro del proceso?

-----  
-----  
-----

## Anexo 2: Consentimiento informado

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO “BENEDICTO XVI”

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida. A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratara con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo Maria Elizabeth Zulueta Cabrera, con ocupación Juez de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.



FIRMA

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO "BENEDICTO XVI"

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida. A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratara con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo Irene Milagritos Cruzado Zapata, con ocupación Juez de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.

  
\_\_\_\_\_  
FIRMA

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO “BENEDICTO XVI”

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida. A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratara con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo Via Castillo Rosendo Pompeyo, con ocupación Juez de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.



FIRMA

ANEXO 2

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO "BENEDICTO XVI"**

**Escuela de Derecho y ciencias políticas**

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):


Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida. A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratara con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo Juan Martin Ramirez Saenz, con ocupación Juez de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.



FIRMA



ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO "BENEDICTO XVI"

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida. A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratara con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo Vasquez Martinez Jenner Moises, con ocupación Juez de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.



FIRMA

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO "BENEDICTO XVI"

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Avila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida. A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratará con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo Eduardo Carlos Medina Carrasco, con ocupación Juez de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.

  
\_\_\_\_\_  
FIRMA

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO "BENEDICTO XVI"

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Ávila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida.

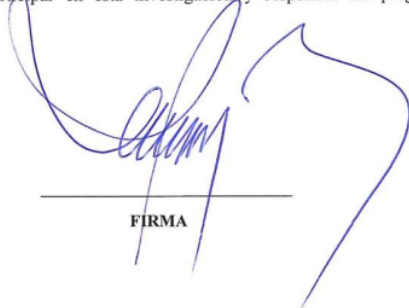
A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratará con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo, Manuel Rodolfo Sosa Lopez  
con ocupación maestro superior, número de registro CALL 2702,  
he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.



\_\_\_\_\_  
FIRMA

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO "BENEDICTO XVI"

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Ávila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida.


A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.

Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratará con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo, Julio Noya Barzola.....  
con ocupación Abogado....., número de registro CALL 4873.....  
he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.

  
FIRMA

ANEXO 2

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO "BENEDICTO XVI"

Escuela de Derecho y ciencias políticas

Consentimiento informado

Estimado doctor(a):

Por medio de la presente me dirijo a usted solicitando su colaboración en la investigación llevada a cabo por el bachiller Luis Enrique Alejandro Ávila Vásquez, en la escuela de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo, cuyo fin es determinar si el test de proporcionalidad es una excepción aplicable a la regla de exclusión de prueba prohibida.

A continuación, se le pone en conocimiento una relación de preguntas cuya finalidad es obtener información de gran relevancia acerca de la problemática que surge en torno a la prueba prohibida y la posibilidad de su admisión aplicando el test de proporcionalidad. Estos datos proporcionados por usted servirán para el desarrollo de la investigación que aborda la mencionada problemática.


Su participación es voluntaria y la información que proporcione se tratará con estricta confidencialidad y enfocada a la investigación realizada.

Si surgiera alguna duda referente a las preguntas, puede comunicarse directamente con el encargado de la investigación, así como también puede solicitar mayor información de la que se ha proporcionado; dejando constancia que puede retirarse del proceso en el momento que crea conveniente.

Si está conforme con la información proporcionada y está de acuerdo en participar, indique su nombre, cargo, número de registro y firma en el apartado siguiente.

Yo, COLEMANES CAVERO JORGE HUMBERTO  
con ocupación: JOEF SORCEVA, número de registro CALL.C.A.L. 14582

he leído la información proporcionada y en ese sentido, consiento y expreso mi voluntad de participar en esta investigación y responder las preguntas que se planteen.

  
\_\_\_\_\_  
FIRMA

## Anexo 06: Sentencias y otros



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

### DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Sumilla: La prueba irregular se produce por la inobservancia de una norma procesal para la obtención o actuación de un elemento de prueba, lo que puede sustentar su exclusión probatoria, no obstante, la exclusión de los elementos de prueba derivados de una prueba irregular se sustenta, tal como lo establece el artículo ciento cincuenta y nueve del Código Procesal Penal, en la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. Por tanto, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular.

### SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.-

**Vistos:** en audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por la defensa legal de los encausados José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano contra la sentencia de vista, del veintinueve de julio de dos mil quince, de fojas trescientos sesenta y siete, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, del trece de abril del dos mil quince, de fojas doscientos noventa, que los condenó como autores del delito Contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior. Intervino como ponente el Señor Juez Supremo Aldo Figueroa Navarro.

### ANTECEDENTES

#### PRIMERO. ÍTINERARIO DEL PROCESO EN LA ETAPA INTERMEDIA

1.1. La representante de la Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, mediante requerimiento acusatorio, a fojas ochenta y seis, del cuaderno de formalización de investigación, formuló acusación contra José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano como autores del delito



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior, solicitando que se les imponga siete y ocho años de pena privativa de libertad, respectivamente, y dos mil soles por concepto de reparación civil a cada uno de los imputados.

1.2. Durante la realización de la audiencia de control de acusación, a fojas ciento cincuenta y seis, del cuaderno de formalización de investigación, se emitió la resolución N.º 07, del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, en la que se resolvió no admitir los medios de prueba consistentes en las actas de registro personal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano, así como las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Luis Rodríguez Alvarado y Leoncio Santos Ramírez; esta resolución no fue impugnada por la defensa legal de los procesados y la representante del Ministerio Público se reservó el derecho de cuestionarla ulteriormente.

1.3. Posteriormente, mediante resolución N.º 09, del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, se dictó auto de enjuiciamiento contra José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano por el delito y agravado en mención.

#### SEGUNDO. ITINERARIO DEL JUICIO EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. Mediante auto de citación a juicio oral, contenido en la resolución N.º 10, del treinta de setiembre de dos mil catorce, se citó a los procesados a la audiencia de juicio oral a realizarse el cuatro de noviembre de dos mil catorce. El juicio oral se realizó con normalidad, realizándose la audiencia de lectura de sentencia el trece de abril de dos mil quince, conforme consta en el acta a fojas doscientos ochenta y siete del cuaderno de debate.

2.2. En la sentencia de primera instancia, del trece de abril de dos mil quince, a fojas doscientos noventa, del cuaderno de debate, se condenó a José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano como autores del delito contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior y como tal se les impuso siete y ocho años de pena privativa de libertad, respectivamente. La defensa legal de José Luis



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano interpuso recurso de apelación, a fojas trescientos trece, del cuaderno de debate, contra esta sentencia condenatoria.

#### TERCERO. ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. El Superior Tribunal, culminó la fase de traslado de la impugnación, conforme el decreto del quince de junio de dos mil quince, de fojas trescientos cuarenta y siete del cuaderno de debate, procediendo a realizar la audiencia de apelación, conforme el acta de audiencia de apelación del nueve de julio de dos mil quince, a fojas trescientos sesenta,

3.2. Finalmente, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, el veintiuno de julio de dos mil quince, conforme consta en el acta a fojas trescientos sesenta y cuatro, del cuaderno de debate, mediante la cual se resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa legal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano y confirmaron la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.

3.3. Notificada la resolución emitida por el Superior Tribunal, la defensa legal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano interpuso recurso de casación –fojas trescientos ochenta y seis del cuaderno de debate–, el cual fue concedido mediante auto del doce de agosto de dos mil quince.

#### CUARTO. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Elevado el expediente a esta Suprema Sala, habiéndose corrido traslado a las partes, conforme consta en las cédulas de notificación de fojas veintiocho a treinta del cuadernillo formado en esta Suprema instancia, y habiéndose señalado fecha para calificación del recurso de casación, mediante auto de calificación, del trece de enero de dos mil dieciséis, a fojas treinta y ocho, del cuadernillo formado en esta Suprema instancia se declaró bien concedido el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial.

4.2. Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación –conforme cédulas de notificación de fojas cuarenta y tres a cuarenta y seis, del cuadernillo formado en esta Suprema instancia–, mediante decreto del cuatro de abril de dos mil diecisiete, se señaló la fecha para la





CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

audiencia de casación para el día veintiséis de abril de dos mil diecisiete. Instalada la audiencia de casación con la presencia de la representante del Ministerio Público y la defensa legal de los recurrentes, culminada la misma, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es la de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con el artículo cuatrocientos treinta y uno, inciso cuatro, del Código Procesal Penal, se estableció para el diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

#### QUINTO. AGRAVIOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

La defensa de los encausados José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano fundamentaron su recurso de casación, a fojas trescientos ochenta y seis del cuaderno de debate, alegando lo siguiente: i) La sentencia impugnada amerita el desarrollo de la doctrina jurisprudencial conforme a lo previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuatro, del Código Procesal Penal, si resulta procedente la condena por tenencia ilegal de armas, pese a que el acta de registro personal e incautación de arma fueron declaradas inconstitucionales en mérito de una acción de tutela de derechos; en consecuencia, el caudal probatorio para condenar a sus patrocinados sería insuficiente, pues sobre la base de testimoniales no puede acreditarse la posesión del arma; y, ii) Se vulneró la garantía constitucional del derecho a la prueba, en su vertiente de prohibición de valoración de prueba directa o indirectamente fueron obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, dado que fueron declaradas pruebas ilícitas en la audiencia de control de acusación; no obstante, el *a quo* y el *ad quem* señalan que los acusados tuvieron en su poder las armas de fuego con las cuales habrían realizado disparos a los efectivos policiales que realizaron la intervención, valorando indebidamente los documentos periciales de absorción atómica, actuados como consecuencia del acta de intervención e incautación, prueba ilícitas en su modo indirecto.

#### SEXTO. MOTIVO CASACIONAL

Conforme ha sido establecido en la parte final del fundamento jurídico cuarto, del auto de calificación del recurso de casación –fojas treinta y



PODER JUDICIAL

ocho del cuadernillo formado ante esta Suprema Instancia– el motivo de casación, admitido para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de los que como resultado del análisis del presente caso se diluciden, es analizar, con el consecuente desarrollo de doctrina jurisprudencial, si los medios de prueba realizados como consecuencia del levantamiento del acta de incautación y comiso de arma de fuego le alcanzan los límites de la prohibición de la actuación de la prueba prohibida, o si estos medios probatorios son excluyentes e independientes de la referida acta, en consecuencia, si estos resultan dentro del marco de lo constitucionalmente protegido.

#### SÉTIMO. DELIMITACIÓN DEL OBJETO FÁCTICO

En el requerimiento acusatorio, a fojas ochenta y seis, del cuaderno de formalización de investigación, se atribuye a José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano lo siguiente:

##### 7.1. Hechos precedentes

El treinta de diciembre del dos mil trece, aproximadamente a las cinco de la tarde, efectivos policiales de la oficina de inteligencia OFI-INTERPOL de la Policía Nacional del Perú, tomaron conocimiento de que habían personas que estaban en posesión de armas de guerra en el lugar denominado Loma Blanca, comprensión del Asentamiento Humano Aparicio Pomares de la ciudad de Huánuco.

##### 7.2. Hechos concomitantes

Al llegar al lugar, encontraron a personas en actitud sospechosa, haciendo el alto respectivo, circunstancias en las que José Luis López Urbano saca un arma de su cintura y empieza a realizar disparos en contra de los efectivos policiales Paulo Ayala Ferrer, Robert David Tolentino Gonzales Edwin Leoncio Santos Ramírez y Marco Antonio Días Correa, frente a este hecho los efectivos policiales antes citados respondieron también con disparos

Cuando el acusado José Luis López Urbano se daba a la fuga, resultó herido en la pierna izquierda por el impacto de un proyectil, es así que cuando se realizó el registro personal se le encontró en la mano derecha un arma de fuero, PIETROBERETA N ° DE SERIE FO3371Z, calibre 9 milímetros con una cacerina abastecida con 2 municiones.



En tanto que al acusado Víctor Aguirre Solorzano fue intervenido cuando intentaba darse a la fuga por un barranco, de tres metros de profundidad, aproximadamente, momento en el que cae, ocasionándose lesiones. Cuando se le realizó el registro personal se le encontró en posesión de un arma de fuego, marca TANFOGLIO, serie AB35333CAT13981, color negro, calibre treinta y ocho, corto, con una cacerina abastecida con siete municiones de la marca RP-380 auto.

### 7.3. Hechos posteriores

Ambas personas no portaban en ese momento licencia de posesión de uso de arma de fuego, razón por lo que los efectivos policiales procedieron a incautarlas, posterior a ello trasladaron al hospital al herido y al otro intervenido a la oficina de la PNP Huánuco, determinándose posteriormente que ninguna de estas dos personas tienen licencia para posesión y uso de arma de fuego.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A. DE LA PRUEBA ILÍCITA

**Octavo.** Una de las funciones esenciales del proceso penal, en un estado constitucional y de derecho, es la búsqueda de la verdad material – o, mejor dicho, de la verdad judicial –: acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, de ser el caso, castigar al autor o partícipe de su comisión<sup>1</sup>. Empero, el sistema penal, en la búsqueda de ese propósito, es fundamentalmente invasivo de las libertades y derechos de los ciudadanos.

**Noveno.** En ese contexto, ha de asumirse que toda búsqueda de la verdad, implica que la obtención de fuentes de prueba, se realice con una mayor o menor restricción de derechos fundamentales. Pero la limitación que se impone a esta actividad es que las fuentes de prueba se obtengan de manera legítima<sup>2</sup>. Esta legitimidad implica que la búsqueda de la verdad no sea absoluta, sino que, dicha actividad se vea limitado por el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. La

<sup>1</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal Lecciones*, INPECCP, Lima, 2015, p. 14.

<sup>2</sup> TARUFFO, Michele, *Teoría de la prueba*, ARA, Lima, 2015, p. 19.



PODER JUDICIAL

inobservancia de esta premisa es lo que da origen a la denominada prueba ilícita o prueba prohibida.

**Décimo.**- Tal como afirma el Tribunal Constitucional, en la dogmática y en la jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida<sup>3</sup>. La misma situación se expresa en la terminología utilizada para su denominación<sup>4</sup>. No obstante, a efectos del presente análisis, se puede precisar que la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable<sup>5</sup>.

**Décimo Primero.** En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos supuestos específicos en los cuales se alude esta forma de actividad probatoria no permitida. Así, en la Constitución Política se establece en el artículo 2, numeral 10, que:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal."

Asimismo, en el literal h, del inciso 24, del mismo artículo, se establece lo siguiente:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera

<sup>3</sup> STC Exp. 00655-2010-PHC/TC. Fundamento jurídico tercero.

<sup>4</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, 2012, pp. 65-66.

<sup>5</sup> STC Exp. 2053-2003-HC/TC. Fundamento jurídico tercero.



PODER JUDICIAL

puede pedir de inmediato el examen médico de la persona  
agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la  
autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la  
violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

**Décimo Segundo.** Ahora bien, en el Código Procesal Penal se establecen  
criterios generales por los cuales un medio de prueba resulta ilícito. Por  
ejemplo, el artículo VIII, del Título Preliminar, se señala lo siguiente:

"1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e  
incorporado al proceso por un proceso constitucionalmente legítimo.  
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o  
indirectamente, con violación del contenido esencial de los  
derechos fundamentales de la persona. (...)"

Posteriormente, en el artículo 159 se dispone lo siguiente:

"1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o  
medos de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial  
de los derechos fundamentales de la persona"

Finalmente, en el artículo 393, inciso 1, se establece que:

"1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas  
diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio."

#### B. DISTINCIÓN ENTRE PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA IRREGULAR

**Décimo Tercero.** Como se aprecia de lo precisado en el fundamento  
jurídico décimo primero, existen en la Constitución Política supuestos  
definidos en los cuales se han preestablecido prohibiciones absolutas de  
valoración probatoria; empero, conforme lo precisado en el fundamento  
jurídico décimo segundo, ello no restringe el ámbito de aplicación  
únicamente a dichos supuestos.

**Décimo Cuarto.** Si bien en el Código Procesal Penal, conforme el  
contenido del inciso dos, del artículo VII, del título preliminar y el artículo  
ciento cincuenta y nueve, parece asumirse un concepto estricto<sup>6</sup>, lo cierto  
es que en el inciso uno, del artículo VII, del título preliminar también se

<sup>6</sup> TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, AMAG, Lima, 2009, p. 150.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

estipula que todo medio de prueba debe ser obtenido e introducido mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo, lo que implica incluir dentro de esta institución no solo la lesión de derechos fundamentales sustanciales, sino también, lo referido a los derechos fundamentales de carácter procesal<sup>7</sup>.

**Décimo Quinto.** En ese sentido, se debe precisar la distinción de la prueba cuya ilicitud se origina en la infracción de una norma legal procesal ordinaria o infraconstitucional<sup>8</sup> –la cual a su vez pueden formar parte, como una expresión específica, del conjunto de garantías derivadas de otro derecho fundamental– sea para su obtención o práctica, esto es aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley. En este supuesto nos referimos a una prueba irregular, la cual no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última<sup>9</sup>.

#### C. EFECTOS JURÍDICOS DE LA PRUEBA IRREGULAR

**Décimo Sexto.** Existen supuestos específicos en los que el legislador ha predeterminado, mediante una norma de carácter procesal, un supuesto de obtención probatoria no permitido y su consecuencia. Así se aprecia, por ejemplo, en el inciso tres, del artículo ciento sesenta y tres, inciso dos, del artículo ciento sesenta y dos, inciso tres, del artículo ciento ochenta y cuatro, del Código Procesal Penal–. Ello no significa que se cierre la posibilidad de limitar la valoración probatoria de otros supuestos no regulados específicamente.

**Décimo Séptimo.** En general, las leyes procesales tienen en común que no admiten las pruebas irregulares; pero se distingue por la mayor o menor amplitud con que prevén excepciones a esta regla general<sup>10</sup>. En el caso de las pruebas irregulares, en nuestro sistema jurídico, el artículo VII, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, establece, de modo genérico,

<sup>7</sup> SÁNCHEZ CORDOVA, Juan, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 59.

<sup>8</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal Lecciones*, INPECCP, Lima, 2015, p. 621.

<sup>9</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2da edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, p. 49.

<sup>10</sup> HURTADO POZO, José, *Vladivideos e ilegalidad de la prueba*, en: IDEELE-Revista del Instituto de Defensa Legal N.° 140, setiembre del 2001, p. 73.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

una prohibición de valoración para las pruebas no obtenidas mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo –entre las cuales hemos ubicado a la prueba irregular, conforme el fundamento jurídico décimo quinto–.

**Décimo Octavo.** Si bien tanto en el mismo cuerpo normativo precitado, como en la jurisprudencia y en la doctrina, se utiliza una terminología variada para denominar el efecto de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales, en puridad el efecto derivado es el de ineficacia del acto<sup>11</sup>, lo que se traduce en una exclusión probatoria, sin distinción de si procesalmente esta se efectúa al momento de la admisión o de la valoración de la fuente de prueba.

**Décimo Noveno.** Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental.

**Vigésimo.** De manera que, si bien las normas procesales pueden establecer una protección de un ámbito específico, como manifestación específica derivada de un derecho fundamental, no puede excluirse la posibilidad que se presente un supuesto de prueba irregular no regulado específicamente. Ahora bien, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular.

**Vigésimo Primero.** De ser este el caso, es pertinente analizar la entidad de la infracción de la norma concernida<sup>12</sup>, en consecuencia, se deberá tener en consideración el ámbito específico de regulación de la norma procesal,

<sup>11</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 2002, p. 34.

<sup>12</sup> SAN MARTÍN CASTRO, Cesar E., *Delito & Proceso Penal nuevas perspectivas a cinco instituciones penales*, Jurista, Lima, 2017, p. 49.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

el contexto en que se suscitó su inobservancia, la persistencia en la inobservancia de la norma procesal y la intensidad de afectación del derecho fundamental, a efectos de constatar si concurre una mera inobservancia de una norma procesal o una afectación al contenido esencial de un derecho fundamental.

#### ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

**Vigésimo Segundo.** En el presente caso, conforme se detalló en el fundamento jurídico primero de la presente Ejecutoria Suprema, durante la etapa intermedia se expidió La resolución N.º 07, del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, donde se resolvió no admitir los medios de prueba consistentes en las actas de registro personal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano. La defensa legal de los procesados aduce que los demás medios de prueba admitidos y actuados durante el proceso; a saber:

- declaración testimonial del Suboficial de segunda PNP Pablo Ayala Ferrer, declaración testimonial de Marco Antonio Díaz Correa, declaración testimonial del PNP Robert David Tolentino Gonzales, declaración testimonial del PNP Edwin Leoncio Santos Ramírez, declaración pericial SOP Olenka Vanesa Torres Aranda que suscribió dictamen pericial de balística forense, declaración pericial SOF2 Nelida Granados Caso que suscribió dictamen pericial de ingeniería forense, el acta de intervención policial de fecha 30 de diciembre del 2013, el oficio de SUCAMEC donde se informa que la pistola marca "BERETTA" se encuentra registrada a nombre de Miguel Oqusuku Oshiro y la pistola marca "TANFOGLIO" se encuentra registrado a nombre del PNP Walter Alfredo Araujo Valencia, oficio donde se informa que el acusado Víctor Aguirre Solorzano si registra antecedentes penales, a efectos de realizar la determinación de la pena, oficio SUCAMEC donde se informa que los imputados no registran licencia de posesión y uso de arma de fuego y los dictámenes periciales de balística forense N.º 042-052, de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil trece, e ingeniería forense N.º RD451-452/14, del diecisiete de marzo de dos mil catorce-





REPUBLICA DEL PERU  
PODER JUDICIAL  
CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPUBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

son derivados de las actas de intervención que fueron declaradas pruebas ilícitas, por lo que deben ser excluidos.

**Vigésimo Tercero.** De una lectura de la resolución N.º 07, en el fundamento jurídico cuarto, se especificó que las actas de intervención fueron excluidas por no cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo doscientos diez, del Código Procesal Penal. En este sentido, se señala:

"(...) se puede advertir que no cumple con tales presupuestos a fin de garantizar la formalidad he dicho medio probatorio obtenido por los efectivos policiales, toda vez que de la revisión de los medios probatorios se advierte que dicha acta de registro personal habría sido realizada en las instalaciones de las oficinas de la OFINTE-PNP-HCO, conforme se expresa del documento del Acta de Registro Personal, esto con fecha treinta de diciembre del dos mil trece, pero en dicha acta, no se precisa que los efectivos policiales habrían solicitado a dichos investigados que exhiban el arma de fuego o los bienes que tendrían en su poder, además de ello, no se advierte que los efectivos policiales hayan precisado a los investigados, a fin de que estos puedan ser asistidos en ese acto por una persona de su confianza; además en el acta de registro personal realizada a la persona de José Luis López Urbano, se verifica que el intervenido se negó a firmar, pero no se expone las razones por la cual dicho investigado se negó a firmar dicha acta de registro personal en consecuencia se puede concluir entonces que dichas actas de registro personal, se han dado inobservando las reglas de las garantías constitucionales, establecidas a favor del procesado, por lo cual esta Judicatura como juez de garantía, no puede amparar tales excesos realizados en las diligencias preliminares, por parte de los efectivos policiales, toda vez que dicho medio probatorio, han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento inconstitucionalmente ilegítimo (sic.) (...)"

Del razonamiento del juez de investigación preparatoria se puede concluir, primero, que no vincula la alegada inobservancia de garantías constitucionales a ningún derecho fundamental en específico y, segundo,



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

las causas que motivaron su decisión se sustentaron en la inobservancia de aspectos formales derivados de una norma procesal.

**Vigésimo Cuarto.** Respecto de la norma procesal invocada como inobservada; el artículo doscientos diez del Código Procesal Penal, regula la pesquisa, en lo relativo al registro de personas, que se constituye en un acto de investigación común<sup>13</sup>, no limitativo de derechos, en el cual no existe afectación al derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre las partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad<sup>14</sup>, no obstante, esta circunstancia no concurrió en el presente caso.

**Vigésimo Quinto.** Ahora bien, analizado el contexto en que se produjo la inobservancia de la norma procesal, tampoco se puede concluir que se produjo la vulneración de un derecho fundamental a la libertad personal o a la inviolabilidad del domicilio, pues conforme los hechos considerados probados –de acuerdo a la valoración probatoria realizada por el juzgador de primera instancia, conforme se aprecia del fundamento jurídico tercero de la sentencia de primera instancia, ratificado por la Sala Superior conforme se traduce del fundamento jurídico cuarto, de la sentencia de vista–, los efectivos policiales se identificaron y requirieron, a los ahora encausados, la realización de la pesquisa, para la que estaban autorizados, conforme el inciso uno, del artículo doscientos diez del Código Procesal Penal; diligencia que por lo demás se llevó a cabo en la vía pública.

**Vigésimo Sexto.** Así mismo, en el presente caso no es viable analizar la intensidad de la afectación de otros derechos fundamentales, pues tanto en la resolución N.º 07, materia de análisis, como lo argumentado por la defensa legal, durante todo el transcurso del proceso no se ha precisado el derecho fundamental específico que se habría visto afectado y si bien los derechos fundamentales tienen una naturaleza compatible con mandatos de optimización, ello no implica que cualquier inobservancia de una

<sup>13</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal Lecciones, INPECCP, Lima, 2015, p. 330.

<sup>14</sup> NEYRA FLORES, José Antonio, Manual del Nuevo Procesal Penal & Litigación Oral, IDEMSA, Lima, 2010, p. 628.



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N° 591 - 2015  
HUÁNUCO

norma procesal implique una intensa afectación de un derecho fundamental.

**Vigésimo Sétimo.** Por ello, las deficiencias anotadas en la resolución N.º 07 son pertinentes para cuestionar la capacidad acreditativa del elemento de prueba y en virtud de la inobservancia de la norma procesal sustentar su exclusión, constituyendo por tanto prueba irregular. Sin embargo, esta circunstancia no lleva automáticamente a que se asuma que haya existido una afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales de los encausados. Del análisis del caso concreto tampoco se aprecia vulneración al contenido esencial de algún otro derecho fundamental, por lo que, no existe sustento para excluir los demás elementos de prueba derivados de ella.

#### DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

- I. **INFUNDADO** el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa legal de los encausados José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano contra la sentencia de vista, del veintuno de julio de dos mil quince, de fojas trescientos sesenta y siete, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, del trece de abril del dos mil quince, de fojas doscientos noventa, que los condenó como autores del delito contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior, por tal razón, impusieron a José Luis López Urbano siete años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva e impusieron a Víctor Aguirre Solórzano ocho años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva y el pago de dos mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberán abonar cada uno de los condenados favor de la parte agraviada.
- II. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos décimo sexto al vigésimo segundo de la presente Sentencia Casatoria.



REPUBLICA DEL PERU  
**CORTE SUPREMA  
 DE JUSTICIA  
 DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE  
 CASACIÓN N° 591 - 2015  
 HUÁNUCO**

PODER JUDICIAL

III. **DISPUSIERON** que se dé lectura de la presente sentencia de casación en audiencia pública, se notifique a todas las partes procesales, incluso a las no recurrentes, y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en los incisos uno y tres, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal.

IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación. Hágase saber. Intervino la Señora Jueza Suprema Chávez Mella por período vacacional del Señor Juez Supremo Calderón Castillo.-

S. S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS YARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHÁVEZ MELLA

AFN/agan

SE PUBLICO CONFORME A LEY

*[Signature]*  
 Dra. PILAR SALAS CAMPOS  
 Secretaria de la Sala Penal Permanente  
 CORTE SUPREMA

13 ABR 2018

**ACTA DE LA SESIÓN DEL PLENO JURISDICCIONAL SUPERIOR NACIONAL PENAL  
"PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL, PROCESAL Y  
PENITENCIARIA".**

En la ciudad de Trujillo el día 11 de diciembre del año 2004 los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República convocados al efecto por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial cuya relación se detalla en el Anexo N° 1 (Lista de Asistentes), se reunieron en Sesión de Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal con el objeto de debatir los Temas que forman parte del Anexo N° 2 (Temas de trabajo), los cuales fueron examinados por los vocales que figuran en los grupos del Anexo N° 3 (Grupos de Trabajo), quienes fundamentaron las propuestas del Anexo N° 4 (Dictámenes). La sesión se lleva adelante en el Auditorio del *Gran Hotel El Golf Trujillo* de esta ciudad, bajo la presidencia de la Vocal Superior Elvia Barrios Alvarado, Presidenta de la Comisión de Magistrados encargada de los Trabajos Preparatorios.

La Sra. Presidenta después de constatar la asistencia de la totalidad de los Magistrados Convocados al Pleno Jurisdiccional, declaró instalada la Sesión de Sala Plena Jurisdiccional Penal Nacional. A continuación dio la bienvenida a los concurrentes y propuso a la Asamblea de Magistrados lo siguiente: 1) Someter a discusión los temas escogidos empezando por el primero hasta terminar con la votación correspondiente, para luego proseguir con el segundo y así sucesivamente, de acuerdo a lo programado. 2) Encargar la redacción del Acta de la Sesión al Director del Centro de Investigaciones Judiciales 3) Encomendar a los magistrados miembros de la Comisión que hizo los Trabajos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional, la aprobación y suscripción del Acta. Las propuestas indicadas fueron aprobadas por unanimidad.

Continuando con la sesión, la Sra. Presidenta abrió el debate en el orden indicado. El debate de los temas se desarrolló tras breve exposición a cargo de los relatores de los Grupos de Trabajo a quienes se encomendó su examen, seguido de la lectura de los textos del Anexo N° 5 (Aportes y Objeciones).

En las discusiones hicieron uso de la palabra los magistrados que figuran en la relación adjunta en el Anexo N° 6 (Oradores), cuyo detalle de sus intervenciones se puede apreciar en el Anexo N° 7 (Material audiovisual - 6 CD)

Luego de los debates realizados en la forma indicada, se llegaron a los siguientes:

**ACUERDOS PLENARIOS**

**TEMA 1: PLAZO RAZONABLE DE DETENCIÓN PREVENTIVA**

**ASUNTO:**

Se somete a consideración del Pleno, algunos problemas jurisprudenciales derivados de la aplicación del artículo 137° del C.P.P. y generados también por las modificaciones introducidas a

*[Handwritten signatures and stamps on the left margin]*



este dispositivo legal así como por las diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

**CONSIDERACIONES:**

I. El plazo razonable de juzgamiento constituye derecho fundamental de toda persona, conforme lo exigen los artículos 18º y 24º de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo antecedente lo encontramos en el Tratado de Roma de 1950. En tal mérito, el sistema de justicia del Estado de Derecho debe concluir con el procesamiento penal de una persona (premunida aún de la presunción de inocencia) en un término prudencial y aceptable a fin de evitar la incertidumbre no sólo del individuo sometido a juzgamiento, sino también de aquel que se considera víctima y tiene una expectativa de resarcimiento por el evento causado.

II. Dentro de este contexto, la medida cautelar de detención preventiva (que por su naturaleza debe ser adoptada sólo cuando es estrictamente necesaria y esencialmente en función del peligro procesal), viene originando uno de los mayores debates, en nuestro sistema judicial penal, en la pretensión de querer establecer un plazo razonable de detención preventiva.

III. Las diversas interpretaciones de los operadores judiciales respecto a lo que constituye "plazo razonable" de juzgamiento genera desconfianza respecto de la eficacia del sistema judicial, y desconcierto en los destinatarios del servicio, así como podrían afectar los esfuerzos por lograr la seguridad ciudadana, resultando indispensable establecer lo que constituye "plazo razonable".

IV. Resulta evidente que por la trascendencia, el problema se circunscribe a establecer el término máximo de prisión preventiva que un individuo debe padecer, en tanto, como medida cautelar se afecta el derecho a la libertad.

**SE ACUERDA:**

**Primero.-** Por unanimidad: La interpretación del art. 137º del C.P.P. debe ser restrictiva en cuanto a los plazos máximos de detención preventiva; y tratándose de derechos fundamentales, la interpretación debe ser extensiva, favorable a los imputados.

**Segundo.-** Por mayoría: Los jueces deben fijar discrecionalmente los plazos de detención preventiva, teniendo en cuenta los límites que establece la ley, por lo que pueden ser menores a los dieciocho y treinta y seis meses.

**Tercero.-** Por mayoría: Los supuestos de duplicación y prolongación de los plazos de detención preventiva no son complementarios sino excluyentes.



**Cuarto.-** Por mayoría: El plazo máximo de la detención preventiva en los procesos sumarios es dieciocho meses, duplicados o prolongados, más aún si las penas pueden ser menores a tres años.

**Quinto.-** Por mayoría: El plazo máximo de la detención preventiva en los procesos ordinarios es de 36 meses, y excepcionalmente puede ser mayor si se dan maniobras dilatorias, por parte del imputado o su abogado defensor.

**Sexto.-** Por mayoría: No cabe incrementar el plazo de detención preventiva excepcionalmente cuando existe riesgo procesal que hace peligrar la continuación del proceso.

**Séptimo.-** Por unanimidad: En tanto el juez tenga en cuenta los presupuestos materiales para decretar la prisión preventiva, no habría contradicción entre los plazos máximos que establece nuestro sistema procesal y los principios de presunción de inocencia y plazo razonable de juzgamiento derivados del derecho a la dignidad de la persona.

**Octavo.-** Por mayoría: El plazo máximo de detención preventiva de 18 ó 36 meses, resulta razonable en tanto se consoliden con la actividad probatoria los supuestos que sustentan el mandato de detención, caso contrario el juez, de oficio debe variar dicha medida por ser favorable al imputado.

**Noveno.-** Por unanimidad: No se justifica un prolongado tiempo de detención preventiva bajo el argumento de la tranquilidad o el interés social, por tratarse de argumentos abiertos e indeterminados que podrían generar excesos por parte del juzgador, estableciendo criterios subjetivos.

**Décimo.-** Por mayoría: Se puede hacer uso de mecanismos alternativos para asegurar la presencia del procesado, sin acudir a un plazo excesivo de detención preventiva, como los de: fijar su permanencia en el lugar de residencia, impedimento de salida del país; y tratándose de imputados solventes debe fijarse una caución.

**Décimo primero.-** Por mayoría: Las resoluciones del Tribunal Constitucional son vinculantes si efectúan una interpretación del artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, de conformidad con el derecho a la libertad individual; y si se trata de fallos reiterados y uniformes, debe tenerse en consideración lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; además que los intérpretes finales de los derechos son los organismos supranacionales.

#### TEMA 1.1 EL ARRESTO DOMICILIARIO Y SU FUTURO

##### **ASUNTO:**

Se somete a consideración del Pleno los problemas derivados de la aplicación del artículo 143º primer párrafo e inciso 1, del Código Procesal Penal, relativo al arresto domiciliario, a través de la interpretación de la justicia ordinaria, como constitucional.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno tiene en cuenta las siguientes

**CONSIDERACIONES:**

I. El arresto domiciliario se viene imponiendo: 1) como restricción al mandato de comparecencia y, 2) al decretarse libertad por exceso de detención; supuestos en donde se establece un plazo de duración que excede en la práctica el fijado por el artículo ciento treintisiete del Código Procesal Penal, modificado por la Ley 28105.

II. El arresto domiciliario exige un inmueble donde se cumpla, siendo el problema que éste reúna las seguridades del caso para que no afecte la vida e integridad física del imputado, ni el arraigo de éste con el proceso, debiendo evaluarse si todos los domicilios que indiquen los encausados están aptos para tales finalidades y si el Juez está vinculado a señalar como domicilio para cumplir el arresto domiciliario el que indique el imputado, tanto cuando se trate de nacionales o de extranjeros.

Por otro lado, se ha sentado precedente que la custodia de la Policía Nacional al procesado con arresto domiciliario debe estar sujeta al control judicial o fiscal a fin de garantizar la sujeción del imputado al proceso, debiendo emitirse partes sobre la regularidad de tal medida.

III. Frente al hecho que no exista plazo razonable de arresto domiciliario se suma si el tiempo sufrido debe o no deducirse de la libertad por exceso de detención sin sentencia, o sea, si vencidos los plazos previstos en el artículo 137° del Código Procesal Penal, al cumplir tal medida, surte el mismo efecto que esta última y por lo tanto debe cesar. Mayormente la jurisprudencia nacional a negado tal posibilidad a pesar de que también es significativa la afectación a la libertad personal, aunque se cambie el ambiente penitenciario por el domiciliario.

Debe tenerse en cuenta para resolver esto, que ambas son medidas de coerción personal que existen por fines procesales y que el Estado está en la obligación de juzgar y sentenciar a los imputados sin dilaciones indebidas, a fin de establecer su responsabilidad o inocencia o en caso contrario por la provisionalidad de la medida debe decaer y convertirse en una más favorable o desaparecer.

IV. Otra interrogante surge de si el arresto domiciliario sufrido se deduce del cómputo de la pena privativa de la libertad; considerando un sector que su naturaleza es de aseguramiento al proceso y no de pena, por lo tanto es independiente a la ejecución de la sanción, pues no se aplica como una pena anticipada sino por la intensidad del peligro procesal que existe, a fin de poder concluir con el proceso, pues en el caso que se sustrajese no se podría expedir sentencia condenatoria en ausencia o contumacia.

V. Resulta importante establecer si el arresto domiciliario dictado luego de haber existido el vencimiento del plazo de prisión preventiva tiene la misma naturaleza que una medida de comparecencia con restricciones emitida al inicio del proceso. Así, se considera que mientras la comparecencia con restricciones se dicta cuando no se dan los requisitos del artículo 135° del Código Procesal Penal, porque falta 1 ó más requisitos y se utiliza la comparecencia con la medida más extrema (arresto domiciliario) por la máxima intensidad del peligro procesal,





conforme al primer párrafo e inciso 1 del artículo 143º del mismo texto procesal; el criterio para dejar libertad por exceso de detención y posterior arresto domiciliario es por el alto riesgo de sustracción al proceso del imputado al producirse su excarcelación optándose por disponerse en continuar restringida su libertad personal en un inmueble seguro y así pueda dictarse la sentencia que corresponda.

VI. Importante es definir los criterios para dictar la comparecencia con arresto domiciliario. Unos jueces consideran que en todos los casos donde no se dicte detención, pero existe el mayor riesgo de fuga, se debe dictar la medida. Otros sólo cuando se de el supuesto del primer párrafo del artículo 143º del Código Procesal Penal, o sea para imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente .

La segunda posición es la que un sector considera razonable, pues se argumenta que la interpretación de las normas que afectan la libertad personal debe ser restrictiva y las que la favorecen amplias; limitando la disposición citada a determinados presupuestos, pues se vulnera el principio de legalidad procesal, cuando se amplía fuera de esos casos ya que no es una interpretación literal, sistemática, ni teleológica, sino arbitraria, al extender a cualquier caso una medida tan grave como la expuesta a pesar de existir otras restricciones que pueden garantizar la concurrencia del imputado al proceso.

VII. Es así que el arresto domiciliario se extiende ahora a encausados que han obtenido libertad por exceso de detención, adoptándose esta medida en delitos donde se advierte grave riesgo procesal.

**SE ACUERDA:**

**Primero.-** Por mayoría: El arresto domiciliario es sólo una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva.

**Segundo.-** Por mayoría: El arresto domiciliario debe tener un plazo porque limita la libertad del procesado y restringe sus derechos.

**Tercero.-** Por mayoría: El arresto domiciliario se puede cumplir en el lugar que propone el procesado o aquel que designe el Juez; igual regla se aplica para el caso de los extranjeros sin domicilio en el país.

**Cuarto.-** Por unanimidad: En caso de arresto domiciliario no es necesario que el resguardo policial sea permanente. La policía puede utilizar otros mecanismos de control como las visitas domiciliarias.

**Quinto.-** Por unanimidad: El juez debe disponer que la policía verifique el cumplimiento de dicha medida coercitiva siendo su obligación controlarla, pudiendo inspeccionar el inmueble donde se va a ejecutar.

**Sexto.-** Por mayoría: El tiempo del arresto domiciliario es computable como parte del plazo de 18 meses establecido en el nuevo Código Procesal Penal, para conceder la libertad por exceso de detención sin sentencia.

**Séptimo.-** Por mayoría: El tiempo del arresto domiciliario no se deberá computar para deducirla de la pena privativa de la libertad impuesta.

**Octavo.-** Por unanimidad: El mandato de comparecencia con restricciones no tiene la misma naturaleza que la libertad por exceso de detención, porque la comparecencia se dicta cuando no corresponda un mandato de detención, es decir, no se dan los presupuestos del artículo 135 del C.P.P.; en cambio la libertad por exceso de detención es por vencimiento del plazo.

**Noveno.-** Por unanimidad: Los criterios para determinar arresto domiciliario están establecidos en la ley: ser mayor de 65 años, adolecer de enfermedad grave o incapacidad física y cuando el peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse.

**Décimo.-** Por mayoría: No es constitucional que resuelta la libertad por exceso de detención se establezca arresto domiciliario, pues se estaría imponiendo dos medidas cautelares sucesivas que afectan el mismo derecho fundamental; la libertad ambulatoria. Se pueden imponer otras medidas como reglas de conducta conforme lo ha hecho la Corte Suprema en el caso Lizier.

**TEMA 2: DESVINCULACION DE LA ACUSACION FISCAL Y EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**ASUNTO:**

Se somete a consideración del Pleno, de un lado, los problemas derivados de la aplicación del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, relativos a la desvinculación de la acusación fiscal y el planteamiento de la tesis, y de otro lado, la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

**CONSIDERACIONES:**

I. La llamada desvinculación de la acusación Fiscal, conocida anteriormente como determinación alternativa, tiene que ver con el principio de la congruencia penal o correlación entre la acusación y sentencia, por lo que en propiedad se le debe denominar modificación de la calificación jurídica.

Si bien el principio acusatorio se asienta en la inmodificabilidad de la pretensión penal, esto es, de los hechos esenciales del escrito de acusación o en su caso de la ampliación de la misma (art. 263° del C. de P.P.), la doctrina mayoritaria ha sostenido que en materia de la calificación jurídica la vinculación es relativa para el órgano jurisdiccional.



En ese sentido el inciso 1 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, establece que la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283° del citado código.

También recoge el criterio de la desvinculación relativa en cuanto a la calificación jurídica del escrito de acusación, cuando el inciso 2 autoriza a modificar tal calificación siempre que previamente la Sala haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad de defenderse, y en la medida que no exceda su propia competencia. Esta norma no hace sino preservar el contradictorio como componente esencial del derecho de defensa y evitar las modificaciones de la calificación jurídica sorpresivas que en varias sentencias del Tribunal Constitucional han sido consideradas violatorias del derecho de defensa que reconoce el artículo 139°.14 de la Constitución [Casos: Rutaldo Alejo Saavedra, STC 18.01.01 Exp. N° 1029-2000-HC/TC, Humberto Tineo Cabrera, STC 20.06.02, Exp. N° 1230-2002-HC/TC y Martha Guerra Carrasco, STC 20.09.02, Exp. N° 2082-202-HC/TC].

Pero a diferencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004 (en vacatio legis), el artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales no estipula la oportunidad en que el tribunal debe plantear la posibilidad de modificar la calificación jurídica conocida también como planteamiento de la tesis. El que la norma en cuestión no señala desde cuándo ni hasta cuándo se puede plantear la desvinculación, no puede ser óbice para que la jurisprudencia en función de la necesidad de evitar espacios de impunidad y preservando el principio de contradicción, pueda construir criterios para su aplicación.

Por lo general, el planteamiento de la tesis será formulado por el tribunal a la vista de los actos de prueba que permitan advertir una incorrecta calificación. Sin embargo, siempre es posible que por diversos motivos se advierta la necesidad de plantear la modificación de la calificación jurídica durante o luego de los alegatos finales de las partes, para lo cual el tribunal necesariamente, en observancia del contradictorio, deberá dar oportunidad al acusado de que se defienda e incluso pueda ofrecer nuevos medios de prueba o llegar a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar adecuadamente su defensa. La preclusión no es un principio que deba prevalecer sobre los intereses de la justicia en evitar la impunidad o un fallo injusto, siempre que se procure el respeto al contradictorio.

Es por ello, que luego del debate en el Pleno, se ha estimado que la Sala puede plantear la tesis incluso hasta antes de la sentencia dando preceptivo lugar a la contradicción.

El planteamiento de la tesis que establece el inciso 2 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, como planteamiento de la modificación de la calificación jurídica del escrito de acusación, no es facultad exclusiva del Tribunal, puede ser planteada perfectamente por cualquiera de las partes de acuerdo a sus intereses y estrategias.

De lo que se trata es de preservar el contradictorio. En ese sentido, si una de las partes plantea una modificación de la calificación jurídica, ésta debe ponerse expresamente en conocimiento de todas las partes para que formulen sus estrategias de defensa, que incluyen obviamente la eventual aportación de nuevos medios de prueba, de la misma forma que si la hubiera planteado el mismo tribunal. Ello no significa que resida en las partes la potestad de determinar la



aplicación de la ley penal o que el planteamiento de las mismas vincule al tribunal, sino de preservar en la medida de lo posible, el contradictorio.

Ciertamente, la norma en cuestión estatuye una cláusula de seguridad para el acusado, que no pueda ser condenado con una modificación de la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación si no se le ha concedido la oportunidad de defenderse, y le impone la obligación al tribunal de conferirle tal oportunidad haciéndole conocer la posibilidad de modificación, de solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso ofrecer nuevos medios de prueba.

III. Conforme al inciso 1 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N° 959, la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación. Esta regla general, por cierto, está referida tanto al hecho principal como a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

El inciso 3 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales autoriza al tribunal a proceder a dar conocimiento de la posibilidad de modificar la calificación jurídica, si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad. Es de destacarse que la referida disposición legal tiene como fuentes al artículo 341° del Código Procesal Penal de Chile y el inciso 2 del artículo 265° de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

Acorde con la opinión de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que aumentan la punibilidad, no son hechos accidentales que se puedan introducir sin afectar el principio acusatorio, el inciso 1 del artículo 285° A prohíbe que la sentencia condenatoria sobrepase las circunstancias fijadas en la acusación, dentro de las cuales están aquellas que pueden incrementar la punibilidad.

En tal sentido, el Tribunal no puede introducir hechos que constituyan circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal que incrementan la punibilidad, pues está vinculado a las circunstancias del escrito de acusación, y si éstas no han sido consideradas en el relato fáctico no podrán ser objeto de una modificación de la calificación jurídica que empeore la situación jurídica del acusado, en cuyo caso, al Fiscal le corresponderá, si lo tiene a bien, proceder conforme a lo dispuesto por el artículo 263° del Código de Procedimientos Penales.

Efectuando una interpretación estricta del inciso 3 del artículo 285° A, el tribunal sólo podrá modificar la calificación jurídica propuesta en el escrito de acusación para estimar una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que aumenta la punibilidad, cuando tal circunstancia se desprenda del relato o descripción fáctica de la acusación y no haya sido considerada su calificación por el Fiscal.

La modificación de la calificación jurídica para estimar una circunstancia agravante no colisiona con ningún derecho fundamental, en la medida que la norma propicia el respeto al contradictorio, otorgando amplia posibilidad al acusado de defenderse y ofrecer nuevos medios de prueba. Por cierto, en la legislación comparada es admitida expresamente por el artículo 265° de la Ordenanza Procesal Penal alemana StPO, el artículo 341° del Código Procesal Penal de Chile, el artículo 364° del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela y el artículo 365° del Código Procesal Penal de Costa Rica, entre otros.



IV. Según el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional son vinculantes para los jueces las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.

Ciertamente no es toda la sentencia del Tribunal Constitucional la que vincula a los jueces, sino su *ratio decidendi*, y cuando así lo acuerde expresamente dicho tribunal. De modo tal que no es posible que los jueces se desvinculen apelando a lo prescrito en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Al emitir sus fallos el Tribunal Constitucional no sólo interpreta la Constitución para aplicarla al caso concreto, sino que también realiza interpretaciones de la Constitución desde una ley, así como sobre la base de leyes de desarrollo constitucional, en la medida que el contenido esencial de los derechos fundamentales no aparece claramente definido en las normas constitucionales, sino que son desarrollados y delimitados por la ley, o sus excepciones y las garantías para restringirlos se establecen también por una ley. En ese sentido, también serán vinculantes las sentencias del Tribunal Constitucional que contengan dichas interpretaciones.

V. En la doctrina se han desarrollado algunas técnicas para desvincularse del precedente, siendo la más empleada la técnica del *distinguishing*, que a decir de Robert Alexy sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso a decidir, de manera que no sea aplicable al caso. Con esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. Por el contrario, la técnica del *overruling* consiste en el rechazo del precedente.

Otros han sostenido que no son vinculantes las sentencias de los Tribunales Constitucionales que sean arbitrarias, que sean impicantes o que contengan únicamente una interpretación de la ley ordinaria.

Los jueces del Poder Judicial son los llamados a realizar la interpretación de la ley, de modo tal que no serán vinculantes las sentencias del Tribunal Constitucional respecto de la interpretación de una norma legal que no constituya una interpretación desde o conforme a la Constitución.

**SE ACUERDA:**

**Primero.-** Por mayoría: La desvinculación de la correlación entre acusación y sentencia constituye una modificación de la calificación jurídico penal. La posibilidad que tiene la Sala para plantear la modificación de la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación es hasta antes de la sentencia, debiendo observarse plenamente la contradicción.

**Segundo.-** Por unanimidad: En principio corresponde a las partes la introducción o planteamiento de las "tesis" para la modificación de la calificación jurídico penal y en defecto de las mismas lo debe hacer el Tribunal si estima que del debate aparece que los hechos objeto de la acusación han sido incorrectamente tipificados por el Fiscal. Ello no significa que resida en las partes la potestad de determinar la aplicación de la ley penal o que el planteamiento de las mismas vincule al Tribunal, sino de preservar en la medida de lo posible el contradictorio.



The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to be 'R. J. S.', written over a circular official stamp. The stamp contains the text 'CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL' around the perimeter and 'Cuarto de Investigación' in the center. Below the stamp, there is another handwritten signature that looks like 'R. J. S.'.

**Tercero.-** Por mayoría: Conforme al inciso 1 del artículo 285° A del Código de Procedimientos Penales la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación, de modo tal que el inciso 3 de la misma norma debe ceñirse a dicho postulado, en el sentido que el Tribunal no puede introducir hechos que constituyan circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que incrementen la punibilidad y no hubieran sido objeto del escrito de acusación. Sólo será posible que la Sala sobre la base de las circunstancias fácticas fijadas en el escrito de acusación pueda calificar jurídicamente las agravantes. En caso contrario, corresponderá al Fiscal, si lo tiene a bien, proceder conforme a lo dispuesto por el artículo 263° del Código de Procedimientos Penales, esto es, efectuar una nueva acusación.

**Cuarto.-** Por unanimidad: Son vinculantes para los jueces las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, tal como lo prescribe el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Lo serán también las sentencias del Tribunal Constitucional cuya *ratio decidendi* se funda en una ley de desarrollo constitucional del contenido esencial de un derecho fundamental y las que contengan interpretaciones conforme a lo establecido en los artículos V y VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

**Quinto.-** Por unanimidad: El Juez sólo puede desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional cuando los hechos del caso que tiene que decidir contenga un elemento distinto a los hechos objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional. También es posible la desvinculación cuando el Tribunal Constitucional ha expedido sentencias en las que se resuelva el caso interpretando únicamente una norma legal o cuando se trate de dos sentencias implicantes que contengan interpretaciones de normas constitucionales que colisionan o entran en conflicto entre sí, pudiendo en tal supuesto escoger la que más se ajuste al caso concreto o compatibilizando o armonizando los derechos constitucionales en conflicto para su aplicación al caso concreto.

### TEMA 3: LA PRUEBA ILICITA Y LA PRUEBA PROHIBIDA

#### ASUNTO:

Se somete a consideración del Pleno, los problemas derivados de la obtención de la prueba ilícita y la prueba prohibida, así como sus efectos jurídicos sobre la valoración de la prueba, sus reglas y excepciones, tema que ha concitado el interés nacional en los procesos seguidos a acusados por terrorismo y corrupción, siendo necesario que este Pleno establezca las pautas a seguir.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

#### CONSIDERACIONES:

I. Históricamente, la actuación probatoria en el proceso penal ha estado vinculada a la afectación de derechos fundamentales, de ahí que, las doctrinas sobre la prueba ilícita o prueba prohibida,



constituyan sin lugar a dudas, verdaderos límites de la actuación probatoria oficial (sistemas mixto inquisitivos) o de las partes (sistemas adversariales). Son reglas que limitan el poder arbitrario de probar y garantizan los derechos fundamentales. Recordemos que, la búsqueda de la verdad y la investigación oficial han condicionado fuertemente la obtención de la prueba, introduciendo a través de los sistemas inquisitivos, la práctica institucionalizada del uso de la violencia –física o psicológica- contra la persona humana para obtener la prueba. Incluso, el hecho histórico de conferir a los jueces la función exclusiva de la prueba, creó un proceso penal que no ha respetado la idea básica de un proceso *justo e imparcial*.

Por ello, la sociedad peruana y el poder político exige a los jueces que cumplan su "deber" de demostrar el delito y la responsabilidad penal, es decir, que los jueces se sumen a la misión de la Policía y del Ministerio Público de probar el delito y la responsabilidad penal. Sin duda que esta distorsión no ha sido generada únicamente por la incoherente legislación procesal, sino básicamente por una vieja y persistente cultura inquisidora, que pretende ver al Poder Judicial y sus jueces, como el brazo castigador del Estado –al mismo estilo del viejo Estado Medieval-, lo que resulta incompatible con la función del Poder Judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la principal fortaleza institucional de la administración de justicia está en su imparcialidad.

II. Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En el primer caso opera la "regla de exclusión" y en el segundo caso, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En ambos casos, el mensaje central era que la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales carecían de valor probatorio, por lo que se prohibía su valoración. No era admisible pretender aplicar la Ley penal, a través de la violación de normas Constitucionales. Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente. En otras palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace PASTOR BORGONÓN, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace CARNELUTTI<sup>1</sup>. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal).

<sup>1</sup> El profesor CAFFERATA NORES también distingue entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación irregular al proceso (ver La prueba en el proceso penal, Bs As 1986). En el mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES (En "El concepto de la prueba ilícita ...", Barcelona, 1999).

Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz.

Generalmente, los derechos constitucionales que se suelen afectar en la obtención de fuentes de prueba son: el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho de intimidad, a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales.

DIAZ CABIALE<sup>2</sup> afirma que también se pueden afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y encontramos en el supuesto de prueba ilegítimamente obtenida, cuando: se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación<sup>3</sup>, a la defensa del Abogado Defensor, al derecho a no declararse culpable, a no declararse por razones de parentesco o secreto profesional.

Igualmente se reconoce que los demás derechos vinculados al debido proceso y que se dan dentro del proceso, tienen más bien una connotación de prueba irregular, pues se trata de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes de prueba, y no de su obtención.

III. La regla general en materia de prueba ilícita o prohibida sigue siendo la exclusión de la prueba directa o derivada, a través de la regla de exclusión y de los frutos del árbol envenenado.

Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juzg. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlas del proceso y su valoración. Sin embargo, esta regla absoluta al inicio, generó fuertes cuestionamientos, destacándose como "...el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido el delito...". Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia.<sup>4</sup> Y, si bien estas reglas en su momento fueron absolutas, actualmente se reconocen una serie de excepciones, las mismas que se han venido incorporando a través de la jurisprudencia americana y europea, como lo son, para el caso de la prueba originariamente obtenida con violación constitucional: la obtención de buena fe y el efecto de la prueba ilícita para terceros, entre otras doctrinas. Y para el caso de la prueba derivada se reconocen como excepciones: la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexa causal atenuado. Pero la gran parte de estas excepciones y otras que seguramente se desarrollarán en el futuro, deben ser consideradas como verdaderas excepciones, que estas excepciones no se generalicen, sino que con ellas se fortalezca la vigencia de la prohibición de valorar la prueba obtenida con violación a la Constitución.

<sup>2</sup> Citado por MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, "Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal", Valencia, 2003. Pág. 42.

<sup>3</sup> Grave problema que enfrenta entonces la Sentencia del TC sobre la legislación antiterrorista de enero del 2003, donde afirma que es "válido que el procesado no se entere de que se le acusa antes de su declaración instructiva".

<sup>4</sup> MAXIMILIANO HAIRABEDIAN, "Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal". Buenos Aires, 2002. p. 57.





IV. La violación constitucional por lo general se produce durante la fase de investigación del delito o búsqueda de las fuentes de prueba (fase policial), sin embargo, también se puede presentar durante el proceso, cuando se le interroga por ejemplo al acusado, sin que previamente se le haya comunicado por qué se le acusa, o cuando se le toma la declaración a un testigo sin poner en su conocimiento que por su grado de parentesco no se encontraba obligado a declarar. Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba.

V. La Doctrina de la buena fe, admite la posibilidad de valorar la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia.

Esta excepción por lo general es aplicable en allanamientos y requisas, cuando por ejemplo la Policía escucha gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra a varios sujetos consumiendo droga con menores de edad.

Al respecto se afirma "...si la prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida cuando los policías que la colectaron erróneamente creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales, es quizás la cuestión más controvertida de la existencia de los requerimientos de exclusión".

VI. La Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, admite que la prueba ilegal puede ser utilizada a favor del imputado, por que si "...bien es razonable absolver a quien tiene la conciencia de ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ilegítimamente ...repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento".<sup>5</sup> Por ejemplo, el caso de la absolución apoyada en la confesión bajo tormento o narcoanálisis, beneficiosa al acusado, en base al argumento de que "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador".

VII. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros, reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena.

En tal sentido, la STC 238/99 del 20 de diciembre ha sido enfática al sostener que "la prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamento la condena del tercero y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo".

VIII. Doctrina de la Ponderación de intereses: Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El balancing test es la adaptación estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho

<sup>5</sup> RUIZ VADILLO, citado por Martí Sánchez en la "Llamada prueba ilícita..." p. 153



objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen.

Esta doctrina tiene gran importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares, como sería el caso que cita ROXIN "cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba".<sup>6</sup>

IX. La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, fue introducida por la jurisprudencia americana, a partir de los casos Walder v. US (1954) y Harris, y consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente. Queda claro que esta doctrina admite la validez de la prueba ilícita sólo para descalificar la veracidad de la declaración del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad.<sup>7</sup>

X. La teoría del riesgo, es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada.

Igualmente se admitió en el famoso caso "Gallo", la validez de una confesión hecha sobre un crimen cometido, y que había sido grabado por periodistas. Aquí se aplica esta teoría, pues "el riesgo de ser oído o de la delación por parte del interlocutor al que Gallo confió información, era una posibilidad que asumió, sin que exista simulación o calidad ficticia...máxime cuando se habla en un lugar público...".

En los casos Hoffa v. US y Lewis v. US, la jurisprudencia americana ha introducido esta doctrina del riesgo, estableciendo la distinción "...entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito.

XI. Como es conocido, la regla general indica que toda prueba que ha sido obtenida con violación de derechos constitucionales es inválida, *así como toda fuente que se origine en ella, en razón que dicha ilicitud se extiende a toda prueba derivada.* Si la raíz del árbol está

<sup>6</sup> Citado por MAXIMILIANO HAIRABEDIAN en "Eficacia de la prueba ilícita y ..." p. 92.

<sup>7</sup> Es importante destacar, que esta excepción no es aceptada plenamente, como se desprende de las citas que hace STRONG respecto de la Corte de Oregon y Massachussets, quienes no la admiten ni para condenar ni desvirtuar declaraciones del imputado, citado por HAIRABEDIAN p. 102.

Handwritten signature and stamp of the Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Cámara de Investigaciones.

envenenada, los frutos que produce también. La justificación de la invalidez de la prueba derivada se encuentra en el nexo causal entre la prueba directa y la derivada, y ahí también radica, la fuente de sus excepciones. En la jurisprudencia se han introducido respecto de esta regla las siguientes excepciones: a) La Teoría de la fuente independiente, que sostiene que se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente. Esta doctrina está muy extendida; b) Teoría del hallazgo inevitable, se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso (flagrancia) y, siempre que la Policía haya actuado de buena fe. El caso Nix v. Williams (1984) estableció el criterio que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas por que podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad; c) Teoría del nexo causal atenuado, regula un supuesto intermedio entre la prueba ilícitamente obtenida y la teoría de la fuente independiente.

Para dar valor probatorio se requiere que la prueba incriminatoria nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen (violación constitucional) y la prueba derivada, a través de la intervención de un tercero o mediante la confesión espontánea. Es el caso donde "...la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una intervención telefónica practicada a través de una orden judicial reputada inconstitucional (intervención que permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga), dado que se tenía información antelada que era habitual en la comercialización de drogas, seguimiento que habría conducido inevitablemente a descubrir la reunión celebrada en una cafetería de la localidad. En este caso la jurisprudencia española estableció que "...inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo de droga..."

**XII.** En el caso de la prueba irregular o defectuosa, estamos ante supuestos de fuente de prueba obtenidos legítimamente, pero que por defecto del medio de prueba, es decir de la observancia de formalidades en su incorporación, adolecen de ineficacia. Sin embargo, estas violaciones a normas procesales, pueden ser subsanadas y corregidas, pero dentro del plazo legal. Caso contrario, ya no podrán ser enmendadas y valoradas. Son el caso frecuente de la prueba pericial no ratificada, por ejemplo.

Aquí no existe efecto indirecto de la ilegalidad de la prueba. Si la prueba se incorporó ilegalmente, tal ilegalidad no alcanza a la que se pueda derivar de ella, siempre que dichas pruebas derivadas se incorporen lícitamente.

**XIII.**Cuál es la mejor técnica para regular la prueba prohibida: sistema reglado o jurisprudencial. El nuevo Código Procesal Penal en su artículo VIII del T.P. establece las dos reglas vinculadas a la obtención y a la incorporación de la prueba señalando que sólo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenido e incorporado al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Además sostiene que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de la persona.

A parecer esta redacción nos induciría a afirmar una recepción absoluta de las reglas de exclusión y del fruto del árbol envenenado, lo cual no es compatible con los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales contemporáneos. Así parece desprenderse por el hecho de no haberse admitido alguna excepción a estas reglas.



**SE ACUERDA:**

**Primero.-** Por mayoría: Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución –sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso.

**Segundo.-** Por mayoría: Admitir la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe.

**Tercero.-** Por unanimidad: Admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado, pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra.

**Cuarto.-** Por mayoría: Admitir la valoración de la prueba ilícita para terceros, bajo argumento que no existe identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero).

**Quinto.-** Por mayoría: Admitir la doctrina de la Ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por sí ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja.

**Sexto.-** Por mayoría: Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado.

**Séptimo.-** Por mayoría: Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas.

Se reconoce que en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio del la prueba obtenida a través del engaño al inculpaado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a



pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas.

**Octavo.**- Por unanimidad: Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales; la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada.

**Noveno.**- Por unanimidad: No cabe valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la Prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a la reglas de anulabilidad. Si el defecto no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración.

#### TEMA 4: DETERMINACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE PENA. LEY 28002. TID.

##### **ASUNTO:**

Se somete a consideración del Pleno, los problemas jurisprudenciales derivados de la supresión normativa del artículo 29 del Código Penal; así como de la aplicación de la sustitución de la pena impuesta por la más favorable, como consecuencia de las reformas punitivas introducidas por la ley 28002, en los delitos de tráfico ilícito de drogas. También lo son, los criterios e indicadores que deben servir para la concreción del principio de proporcionalidad en aquellos delitos afectados por decisiones de sobrecriminalización que han incrementado considerablemente las penas conminadas como el delito de robo con agravantes, secuestro o violación de menores.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

##### **CONSIDERACIONES:**

I. El Pleno Jurisdiccional realizado en la ciudad de Iquitos en 1998, desarrolló indicadores adecuados para el control y homogeneidad en el uso jurisdiccional del principio de proporcionalidad, a fin de poder alcanzar en el caso concreto una pena justa, sobretudo en la sanción de aquellos delitos afectados por decisiones de sobrecriminalización. Que tales criterios



no han perdido vigencia por su razonabilidad y coherencia, por lo que es de ratificar y complementar su contenido y alcances.

II. Los principios de legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas demandan que la conminación y concreción de las sanciones penales cumplan con exigencias mínimas de certeza y razonabilidad que aseguren una penalidad justa y equilibrada para cada tipo de delito. En ese contexto, la ausencia de límites legales genéricos para las penas privativas de libertad temporales, como la supresión del artículo 29° del Código Penal, crea un espacio de arbitrariedad que debe ser superado con la definición de criterios jurisdiccionales que precisen el límite máximo de la duración de dicha clase de penas, recurriendo, para ello, a una interpretación sistemática que involucre al Código Penal y a las Leyes Penales especiales y complementarias.

III. Que los efectos de la ley penal más favorable sobre sentencias condenatorias en ejecución, a los que alude el párrafo in fine del artículo 6° del Código Penal, deben evaluarse y definirse en cada caso concreto con arreglo a las exigencias del principio de legalidad y proporcionalidad. En el caso específico de los artículos 296°, 297° y 298° del Código Sustantivo, la sustitución de las penas impuestas antes de la vigencia de la ley 28002 debe aplicarse en base a criterios comunes que no afectan las diligencias entre tipos básicos, tipos agravados y tipos atenuados.

**SE ACUERDA:**

**Primero.-** Por mayoría: los criterios e indicadores que permiten utilizar razonablemente el principio de proporcionalidad de las penas para reducir los excesos de las penas conminadas para delitos como el robo agravado, la violación de menores y el secuestro, y corregir jurisdiccionalmente los excesos, están señalados en el empleo de criterios relacionados al bien jurídico, la jerarquía de los tipos penales al grado de culpabilidad de los agentes. En ese sentido el Juez, aplicando estos criterios puede rebajar la pena por debajo del mínimo conminado, con la debida motivación.

**Segundo.-** Por mayoría: Para decidir la pena aplicable en delitos que establecen el máximo legal conminando de pena privativa de libertad, como en el caso de asesinato, debe el Parlamento Nacional expedir la ley que restablezca el artículo 29 del C. P.; transitoriamente se asume que se puede integrar el extremo máximo a través de una interpretación sistemática, que se tome en cuenta el límite máximo de pena privativa de libertad temporal existente dentro del sistema (35 años) o se adopte como límite máximo el del tipo básico de homicidio simple (20 años), teniendo en cuenta la gravedad particular del caso (pluralidad de víctimas, concurso real de delitos)

**Tercero.-** Por mayoría: Para una sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de las penas conminadas en los artículos 296° y 297° del Código Penal antes de la Ley 28002 y para evitar una valoración que lleve a una nueva pena concreta, se aseguran los siguientes criterios de sustitución:

- 1.- Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal.
- 2.- Si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal.
- 3.- Si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal.



4.- Si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo 296°), no se podrá reducir la pena.

**Cuarto.-** Por mayoría: La Sala Penal puede sustituir el tipo y la pena de los sentenciados por tráfico ilícito de drogas a quienes se aplicó únicamente el artículo 297° del Código Penal, pese a que fueron condenados por la posesión de una escasa cantidad de droga, pero concurriendo también circunstancias agravantes por cuanto el nuevo texto del artículo 298° párrafo final lo autoriza y materializaría en efecto favorable de retroactividad.

#### TEMA 5: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS ESPECIALES

##### **ASUNTO:**

Se somete a consideración del Pleno, los problemas que se generan con relación a la punibilidad de los particulares (extraneus) que interviene en la comisión de delitos especiales, siendo necesario establecer los ámbitos de imputación que les corresponda como autores y/o partícipes.

Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

##### **CONSIDERACIONES:**

I. En el ámbito de la criminalidad existen delitos cuya comisión se realiza por sujetos calificados o especiales, pero que cuentan con el concurso de terceros particulares o que no ostentan la calidad del sujeto calificado por el tipo penal.

II. Frente a estas situaciones fácticas, las respuestas penales deben ser eficaces, a fin de evitar la impunidad, pero igualmente respetuosas de los principios que guían la política criminal de un Estado Democrático y de Derecho; debiendo para ello contar los operadores jurídicos con criterios que permitan delimitar el ámbito de imputación de los autores o partícipes en los delitos especiales propios e impropios.

III. Al respecto debe tenerse en cuenta, entre otros, el sistema diferenciado de autoría y participación; la accesoriadad limitada de ésta con relación a aquélla; la observancia estricta de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

##### **SE ACUERDA:**

**Primero.-** Por unanimidad: Los criterios mínimos que debe considerar el juzgador para delimitar los ámbitos de imputación de autores y partícipes, en los delitos especiales propios e impropios, son los siguientes:

Handwritten signatures and stamps on the left margin. At the top is a signature. Below it is a circular stamp of the Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, with the text 'Consejo Ejecutivo del Poder Judicial' and 'Comisión de Asesoría y Seguimiento'. Below the stamp is another signature.

- a) Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de éstos en la realización del delito especial de que se trate.
- b) Considerar que siempre la participación, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), es siempre accesoria de la autoría.
- c) Tener en cuenta, sin embargo, que dicha accesoriadad, no es rígida o ilimitada, sino que está circunscrita al ámbito de la descripción típica del delito especial.
- d) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado, sin que ello signifique que los aportes a la realización de la conducta delictiva de los extranei, no sean desvalorados a efectos punitivos, en la medida que coadyuvaron a la lesión del bien jurídico protegido, por parte del sujeto cualificado.

**Segundo.-** Por unanimidad: En los delitos especiales propios e impropios, sólo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido. En consecuencia, no es admisible la coautoría entre un intraneus y un extraneus dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde.

**Tercero.-** Por unanimidad: Es admisible que el sujeto cualificado (intraneus) pueda ser considerado autor mediato de un delito especial, en el que se utilice como intermediario a un particular, en la medida que el intraneus o sujeto calificado, tiene el dominio social respecto de la disponibilidad del bien jurídico tutelado.

#### TEMA 6: BENEFICIOS PENITENCIARIOS Y CÓMPUTO DE PENAS

##### **ASUNTO:**

Se somete a consideración del Pleno, los problemas derivados de la interpretación de las normas relativas a la concesión de beneficios penitenciarios de los condenados. Luego de escuchar la ponencia del Grupo de Trabajo el tema fue sometido a debate en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista. Agotado el mismo, el Pleno, tiene en cuenta las siguientes

##### **CONSIDERACIONES:**

I. En un Estado democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual constituye uno de los principios del régimen penitenciario reconocido por el inciso 22) del Art. 139º de la Constitución Política del Estado, norma constitucional que concuerda con lo dispuesto en el Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que textualmente señala: "El



régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados\*.

II. Este principio está dirigido a todos los Poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o al momento de establecer el quantum de ellas. Entre esas condiciones de ejecución, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado.

III. Estos principios presuponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. En tal sentido, dichos beneficios procederán si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

IV. El otorgamiento de los beneficios penitenciarios como la semilibertad y la liberación condicional, está condicionado a que los fines de la pena se hayan cumplido y tienen su razón de ser en los principios constitucionales de los fines de la pena, es decir, la reeducación y inserción social: prevención especial y tratamiento penitenciario; así como en los factores positivos, en la evolución de la personalidad del recluso para individualizar la condena impuesta ofreciendo al penado estímulos gratificantes.

V. En consecuencia, la concesión de beneficios penitenciarios está condicionada a una evaluación judicial previa, consistente en analizar que el tratamiento penal brindado al condenado durante la ejecución de la pena, permita prever que éste está apto para ser reincorporado a la Sociedad, precisamente por haber dado muestras evidentes y razonables de haberse reeducado y rehabilitado. Esta evaluación judicial, como facultad del Juez, está implícita en los artículos 50º y 55º del Código de Ejecución Penal, modificados por la Ley N° 27835 de 22/09/2002, cuando en la parte in fine se señala textualmente: El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito.

VI. La evaluación judicial previa a la concesión de algún beneficio penitenciario reconocida por las normas legales antes acotadas, ha sido considerada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en el EXP. N° 1607-2003-HC-TC (Proceso constitucional de Hábeas Corpus), cuando señala en la parte considerativa: "...su concesión deberá requerir de parte del Juzgador, además de los requisitos formales, de una actividad valorativa que determine si el tratamiento penitenciario ha logrado su cometido".

VII. Expuestas las razones para llevar al Pleno Jurisdiccional el tema de los beneficios penitenciarios, surge una primera interrogante respecto al uso del arbitrio judicial en la aplicación de los Arts. 50º y 55º del Código de Ejecución Penal ya anotados, ya que dichas normas confieren al Juez una facultad subjetiva cuando señala: "...permitan suponer, que no cometerá nuevo delito". Sobre este aspecto, el Pleno Jurisdiccional debatió dos proposiciones: a) La que plantea que el Juez sólo debe evaluar la personalidad del condenado y su conducta observada en el interior del establecimiento penal, dejándose de lado la naturaleza del delito cometido por el condenado por cuanto este elemento ya fue evaluado al momento de pronunciar Sentencia; y b)

*[Handwritten signatures and a circular stamp of the Consejo Ejecutivo del Poder Judicial]*

La que plantea que el Juez debe evaluar los tres elementos que contemplan los Arts. 50º y 55º del C.E.P., es decir, la naturaleza del delito cometido por el condenado que comprende la gravedad del mismo, la afectación de bienes jurídicos relevantes como la vida y la libertad individual, la magnitud del evento y el grado de nocividad social del hecho punible; además de la personalidad del condenado y su conducta observada en el interior del establecimiento penal.

En ambas propuestas se incluyó la posibilidad de que el Juez deba realizar una apreciación crítica de los informes psicológicos y sociales expedidos por los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario, los mismos que deben ser minuciosos y de ser el caso podrían concurrir a la audiencia pública correspondiente para que ilustren al Juez sobre dichos informes, lo que permitirá al magistrado, bajo el principio de inmediación, tener un concepto más amplio de la personalidad del condenado que solicita un beneficio penitenciario.

VIII. De otro lado, se presentaban problemas con la interpretación del Art. 40º de la Ley N° 26320, respecto a los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de tráfico ilícito de drogas previsto y penado en el Art. 296º del C.P., en tanto el antecedente de una condena anterior por cualquier tipo de delito era causal para denegar dichos beneficios concurriendo otro criterio de que la condena anterior verse sobre el mismo tipo de delito, en base a una interpretación teleológica de la norma.

IX. Asimismo, otro problema latente que ocurre en el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales respecto a los beneficios penitenciarios, es el caso de refundición de condenas por concurso real retrospectivo toda vez que algunos operadores conceptúan que al existir dos condenas independientes, al refundirse ambas existiría una sola condena, por lo tanto procedería el otorgamiento del beneficio; sin embargo, algunos otros abordan el tema desde la perspectiva de que hay dos condenas y por tanto no conceden dichos beneficios.

X. En cuanto al grado de readaptación del interno, algunos órganos jurisdiccionales, incluso representantes del Ministerio Público, consideran que los beneficios penitenciarios sólo deben concederse cuando ha formalizado el tratamiento penitenciario en el interior del establecimiento penal, lo que planteándose como criterio opuesto, dichos beneficios deben concederse de acuerdo al grado de evolución del proceso de readaptación o resocialización del interno y la fase terminal de dicho tratamiento se hará en el medio libre, teniendo participación la sociedad, las instituciones y otras personas conforme lo señala el artículo Sexto del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

XI. Respecto a los sentenciados que vienen gozando de algún beneficio penitenciario, el Pleno debatió el caso en que éstos vuelvan a incurrir en nuevo delito doloso o incumplan con reglas de conducta. Advirtiendo del desarrollo jurisprudencial que en tales supuestos se les revoca dicho beneficio disponiéndose se cumpla el resto de la pena conforme al artículo 193º del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

**SE ACUERDA:**

**Primero.**- Por mayoría: Los criterios que debe considerar el juez para suponer que el sentenciado no cometerá nuevo delito doloso son los dos elementos que señalan las normas de ejecución penal (artículo 50º y 55º C.E.P.), como son: la personalidad del condenado y su conducta observada en el interior del establecimiento penal, dejándose de lado el tercer



elemento consistente en la naturaleza del delito cometido ya que este concepto fue analizado y evaluado por el órgano jurisdiccional que impuso la condena.

Igualmente, para la concesión de tales beneficios el juez debe realizar una apreciación crítica de los informes psicológicos y sociales de los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario, los mismos que deben ser exhaustivos y minuciosos y de ser el caso, podrían concurrir a la Audiencia Pública para que ilustren al Juez sobre sus informes correspondientes, lo que permitirá al magistrado, bajo el principio de Inmediación, tener un concepto más amplio de la personalidad del condenado que solicita el beneficio penitenciario.

**Segundo.**- Por unanimidad: El Juez debe denegar los beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional a los sentenciados por delito de Tráfico Ilícito de Drogas, tipo base, cuando han sido condenados anteriormente por el mismo delito de TID y no cuando la anterior condena ha sido aplicada por la comisión de otra clase de delitos. La ley 26320, artículo 4º, es una ley especial que regula el tráfico ilícito de drogas. En tal sentido, existiendo una norma especializada en la materia para este tipo delictuoso, la negación del beneficio penitenciario cabe sólo si la primera condena es de tráfico ilícito de drogas en atención al fin y la razón de la norma.

**Tercero.**- Por mayoría: El Juez no debe denegar los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional tratándose del delito TID, tipo base, cuando el peticionario tuvo dos o más condenas anteriores que se refundieron en una sola porque al producirse la refundición de condenas, se convierte en una sola pena y nada impide que este condenado pueda acogerse a los beneficios penitenciarios por la sencilla razón de que si oportunamente se hubieran acumulado los procesos penales correspondientes, se habría producido un solo juzgamiento y por consiguiente hubiera merecido una sola pena, no siendo causa imputable al reo que dichos procesos no se hayan acumulado máxime si la acumulación puede funcionar de oficio.

**Cuarto.**- Por unanimidad: Para conceder los beneficios penitenciarios no es necesario que el condenado esté completamente reeducado y rehabilitado en el interior del establecimiento penal, debiendo otorgarse el beneficio teniendo en cuenta el grado de evolución progresiva de su tratamiento penitenciario. Esa es la razón por la cual inicialmente se ha previsto la concesión de semilibertad y en la fase más avanzada, la liberación condicional. Una vez otorgado estos beneficios, la reeducación y la rehabilitación debe continuar en el medio libre con la asistencia de otros entes previstos en el artículo 6º del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

**Quinto.**- Por unanimidad: En el caso de revocatoria de algún beneficio penitenciario, ya sea semilibertad o liberación condicional por la comisión de un nuevo delito doloso, el condenado debe cumplir la pena que estuviere pendiente y sucesivamente la nueva pena por el último delito, de acuerdo a lo previsto en el artículo 193º del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

**Sexto.**- Por unanimidad: En el mismo caso del acuerdo anterior, al no haberse revocado el beneficio penitenciario mediante resolución expresa, no cabe aducir la revocatoria automática para los efectos del pronunciamiento de un nuevo pedido de beneficio, sino necesariamente, debe ser expresa porque se afecta un derecho fundamental como es la libertad y además se debe considerar que por la condena que se le revocó ya no procede beneficio penitenciario.

Siendo las seis de la tarde del día once de diciembre de dos mil cuatro, se concluyó la Sesión del Pleno Jurisdiccional Penal Superior Nacional "**Problemática en la Aplicación de la Norma**



**Penal, Procesal y Penitenciaria**", en fe de lo cual suscriben el presente Acta los miembros de la Comisión encargada de los trabajos preparatorios del Pleno.

El evento fue clausurado por el Presidente del Poder Judicial, Doctor Hugo Sivina Hurtado.



*Elvia Barrios Alvarado*  
ELVIA BARRIOS ALVARADO  
Presidenta

*Pedro Pablo Talavera Elguera*  
PEDRO PABLO TALAVERA ELGUERA  
Miembro

*Yrma Flor Estrella Cama*  
YRMA FLOR ESTRELLA CAMA  
Miembro

*Jose Antonio Neyra Flores*  
JOSE ANTONIO NEYRA FLORES  
Miembro

*Victor Burgos Marinos*  
VICTOR BURGOS MARINOS  
Miembro

*Victor Prado Saldarriaga*  
VICTOR PRADO SALDARRIAGA  
Miembro

*Alejandro Reynoso Eden*  
ALEJANDRO REYNOSO EDEN  
Miembro



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**

RECURSO NULIDAD N.º 817-2016/LIMA  
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

**Prueba lícita y correcta valoración de la prueba**

**Sumilla. 1.** No es posible calificar de excesivo o desproporcionado el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos archivados, de suerte que impida su utilización en este proceso penal. La medida efectuada por la empresa supera satisfactoriamente los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es de acotar que lo realizado por la empresa era la vía para examinar íntegramente los procedimientos utilizados por la empresa y conocer lo ocurrido, sin esa información y examen no se podía conseguir el propósito buscado –no había otra medida menos moderada para hacerlo: los email era una comunicación necesaria para garantizar una eficaz gestión e información–, y la actividad de fiscalización ejecutada fue ponderada porque se derivó más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. En consecuencia, no fue correcto inutilizar o excluir de la apreciación de la prueba actuada el Informe “Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima”. **2.** La correcta valoración de la prueba –de todo el material probatorio pertinente, conducente y útil, excluido lo ilícito, si lo hubiere, en tanto forma parte de la garantía de defensa procesal en orden al derecho a la valoración de la prueba pertinente– requiere el examen individual de los medios de prueba y, luego, su análisis conjunto.

Lima, veinte de noviembre de dos mil diecisiete.

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR ESPECIALIZADA EN DELITO DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE LIMA y por el PROCURADOR PÚBLICO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS contra la sentencia de fojas veintiún mil novecientos treinta y cinco, de veintinueve de enero de dos mil dieciséis, que absolvió a Edwin Antonio Leiva Herrada y Zoila Milagros Campos Loo (autores), y a José Domingo



Cariola Santa María, Jaime Raúl Yzaguirre Seminario, Esly Arturo Salinas Chávez, Jaime Orlando Cutimanco Panduro, Carlos César Munares Tapia y Jorge Luis Maldonado Taipe (cómplices primarios) de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de colusión en agravio del Estado.

**OÍDO** el informe oral.

Intervino como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

#### FUNDAMENTOS

##### § 1. De la pretensión impugnativa de las partes acusadoras

**PRIMERO.** Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso formalizado de fojas veintidós mil trece, de doce de febrero de dos mil dieciseis, requirió la anulación de la absolución por una deficiente valoración de la prueba, referida a los encausados Leiva Herrada, Cariola Santa María, Izaguirre Seminario, Salinas Chávez y Munares Tapia –cinco de ocho absueltos–. Argumentó que no se tomó en cuenta la testifical del Jefe de Ventas de Automotores Gildemeister Sociedad Anónima, quien involucró en los contactos previos a los acusados, así como la del imputado Munares Tapia el mismo que confirmó esas reuniones en la firma Anjo Tech; que tampoco valoró como correspondía los procedimientos realizados por la empresa auditora Ernst & Young Asesores en la elaboración del Informe de Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Sociedad Anónima, y los correos electrónicos revisados no constituyen prueba ilícita; que tampoco se advirtió las irregularidades en la firma del contrato respectivo y los defectos del contrato consorcial con vulneración de la Ley General de Contrataciones del Estado; que, igualmente, no se tuvo presente las visitas registradas por el imputado Munares Tapia a la aludida empresa Automotores Gildemeister Sociedad Anónima; que el perjuicio ocasionado al Estado asciende a novecientos treinta y dos mil seiscientos noventa y nueve punto setenta soles por los gastos sufridos al realizar otras licitaciones por los vehículos en cuestión, tanto más si la adquisición final representó diez mil novecientos ochenta dólares americanos menos por camioneta adquirida.

**SEGUNDO.** Que el señor Procurador Público del Estado en su recurso formalizado de fojas veintiún mil novecientos noventa y siete, de doce de febrero de dos mil dieciseis, instó la anulación de la absolución de todos los imputados. Alegó que la exclusión por prueba ilícita no es de aplicación al sub-lite; que la jurisprudencia se decantó por el carácter relativo de la prueba ilícita y reconoció excepciones; que no se valoró la declaración del testigo Rafael Huamán Cornelio, representante de Ernst & Young,



coordinador general del Informe "Revisión de Operaciones y Control Interno de Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima"; que la prueba de cargo acreditó la intervención delictiva de todos los imputados absueltos; que la reparación civil debe ser de un millón de soles.

**§ 3. De los cargos objeto de acusación fiscal (escrita y oral)**

**TERCERO.** Que, según la acusación fiscal escrita de fojas dieciocho mil seiscientos veinte, de veintiocho de diciembre de dos mil doce, y la acusación oral de fojas veintiún mil seiscientos catorce vuelta, de diez de agosto de dos mil quince, los hechos penalmente relevantes son los siguientes:

- A.** La conducta delictiva se constituyó alrededor de la Licitación Pública – Proceso de Selección Abreviado PAS número 002-2006-IN-OGA, que se inició el doce de diciembre de dos mil seis, referida a la adquisición de cuatrocientos sesenta y nueve vehículos patrulleros para la Policía Nacional del Perú.
- B.** Genéricamente, se atribuye a los encausados Leyva Herrera –Coronel PNP de Servicios y Jefe de la Unidad de Investigación y Desarrollo de la Dirección de Logística de la PNP– y Campos Loo –funcionaria de la Oficina de Abastecimientos y Servicios Generales del Ministerio del Interior–, ambos integrantes del Comité Especial a cargo de la aludida Licitación, haberse coludido con los representantes de la empresa consorciada Automotores Gildemeister Sociedad Anónima – Maquinaria Nacional Sociedad Anónima para que obtenga ilícitamente la buena pro, a cuyo efecto concertaron especificaciones técnicas de los vehículos para favorecerlos, así como direccionar el valor referencial de los mismos y sobrevalorarlos en desmedro de los intereses del Estado.

Los *extraneus* involucrados son: 1) Munares Tapia, Asesor Externo del Ministerio del Interior; 2) Cariola Santa María, Gerente General de Automotores Gildemeister; 3) Izaguirre Seminario, Gerente de Administración y Finanzas de Automotores Gildemeister; 4) Salinas Chávez, encargado de la parte comercial de la empresa Anjo Tech; 5) Cutimanco Panduro, Gerente General de Anjo Tech; y, 6) Maldonado Taipe, titular de Mass Automotriz.

- C.** El Comité Especial estaba integrado por Luis Daniel Avalos Linares, Oscar Padilla Guerra (reemplazó a Jorge Ávila Tovar por Resolución Directoral número número seiscientos setenta y ocho guion dos mil seis guion IN oblicua cero cinco cero seis, de doce de diciembre de dos mil seis), Edwin Antonio Leiva Herrada, Zoila Milagros Campos Loo y Mario Machado Canevaro [Resolución Directoral número



seiscientos catorce guion dos mil seis guion IN oblicua cero cinco cero cinco, de veintiocho de noviembre de dos mil seis]. Mediante Resolución Directoral número seiscientos setenta y nueve guion dos mil seis guion IN oblicua CE, de doce de diciembre de dos mil seis, de fojas mil seiscientos diez, se aprobó las bases de la licitación pública por proceso de selección abreviado número cero cero dos guion dos mil cinco guion IN guion OGA, referente a la adquisición por reposición de cuatrocientos sesenta y nueve vehículos categoría M1 con carrocería SUV para uso de patrulleros de la Dirección de Logística de la PNP. Compraron las bases de la Licitación un total de doce empresas –incluso Anjo Tech– [fojas mil novecientos cuarenta y dos].

Según el acta de evaluación y calificación de las propuestas técnicas de la mencionada licitación, de fecha veintidós de diciembre de dos mil seis, de fojas tres mil doscientos veintiuno, se descalificó al postor Mass Automotriz Sociedad Anónima por no cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en las bases [éstas corren a fojas mil ochocientos veinticuatro], y se aprobó con cien puntos la propuesta técnica del consorcio Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima – Empresa Maquinaria Nacional Sociedad Anónima –la primera empresa, Mass Automotriz Sociedad Anónima, no recurrió esta exclusión–. La Buena Pro al aludido consorcio, evaluada positivamente la propuesta económica que presentó, se otorgó con fecha veintidós de diciembre de dos mil seis por un monto de cuarenta y cuatro millones quinientos cincuenta mil trescientos diez con cero cero soles [fojas tres mil doscientos veintiocho]. El contrato respectivo se firmó el veintiocho de diciembre de dos mil seis [fojas tres mil doscientos cuarenta y cuatro].

El citado contrato, sin embargo, se anuló mediante la Resolución Ministerial número cero dos cuarenta y cuatro guion dos mil siete guion IN oblicua cero uno cero uno, de treinta de marzo de dos mil siete, por la existencia, conforme a los Informes número cero cero tres guion dos mil siete guion IN guion cero seis cero uno, de veintiuno de febrero de dos mil siete (fojas tres mil novecientos sesenta y ocho), número setecientos seis guion dos mil siete guion IN guion cero dos cero uno, de veintidós de marzo de dos mil siete (fojas tres mil novecientos ochenta y dos), y número setecientos veintitrés guion dos mil siete oblicua IN guion cero dos cero uno, de veintitrés de marzo de dos mil siete (fojas tres mil novecientos ochenta y ocho), de vicios a lo largo del proceso, referidos entre otros a: los actos preparatorios, la pro forma del contrato, la promesa formal de consorcio, el testimonio de contrato de consorcio y las garantías acaecidas todas





seiscientos catorce guion dos mil seis guion IN oblicua cero cinco cero cinco, de veintiocho de noviembre de dos mil seis]. Mediante Resolución Directoral número seiscientos setenta y nueve guion dos mil seis guion IN oblicua CE, de doce de diciembre de dos mil seis, de fojas mil seiscientos diez, se aprobó las bases de la licitación pública por proceso de selección abreviado número cero cero dos guion dos mil cinco guion IN guion OGA, referente a la adquisición por reposición de cuatrocientos sesenta y nueve vehículos categoría M1 con carrocería SUV para uso de patrulleros de la Dirección de Logística de la PNP. Compraron las bases de la Licitación un total de doce empresas –incluso Anjo Tech– [fojas mil novecientos cuarenta y dos].

Según el acta de evaluación y calificación de las propuestas técnicas de la mencionada licitación, de fecha veintidós de diciembre de dos mil seis, de fojas tres mil doscientos veintiuno, se descalificó al postor Mass Automotriz Sociedad Anónima por no cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en las bases [éstas corren a fojas mil ochocientos veinticuatro], y se aprobó con cien puntos la propuesta técnica del consorcio Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima – Empresa Maquinaria Nacional Sociedad Anónima –la primera empresa, Mass Automotriz Sociedad Anónima, no recurrió esta exclusión–. La Buena Pro al aludido consorcio, evaluada positivamente la propuesta económica que presentó, se otorgó con fecha veintidós de diciembre de dos mil seis por un monto de cuarenta y cuatro millones quinientos cincuenta mil trescientos diez con cero cero soles [fojas tres mil doscientos veintiocho]. El contrato respectivo se firmó el veintiocho de diciembre de dos mil seis [fojas tres mil doscientos cuarenta y cuatro].

El citado contrato, sin embargo, se anuló mediante la Resolución Ministerial número cero dos cuarenta y cuatro guion dos mil siete guion IN oblicua cero uno cero uno, de treinta de marzo de dos mil siete, por la existencia, conforme a los Informes número cero cero tres guion dos mil siete guion IN guion cero seis cero uno, de veintiuno de febrero de dos mil siete (fojas tres mil novecientos sesenta y ocho), número setecientos seis guion dos mil siete guion IN guion cero dos cero uno, de veintidós de marzo de dos mil siete (fojas tres mil novecientos ochenta y dos), y número setecientos veintitrés guion dos mil siete oblicua IN guion cero dos cero uno, de veintitrés de marzo de dos mil siete (fojas tres mil novecientos ochenta y ocho), de vicios a lo largo del proceso, referidos entre otros a: los actos preparatorios, la pro forma del contrato, la promesa formal de consorcio, el testimonio de contrato de consorcio y las garantías acaecidas todas



estudio de mercado, el valor referencial se determinó sobre la base de cotizaciones por unidades vehiculares en lugar de cotizar por una flota de quinientos vehículos, y el valor referencial del patrullero no se determinó sobre la base de una estructura de costos. 3. Las especificaciones técnicas y criterios de evaluación fueron defectuosos, lo que hubiera conllevado finalmente a la adquisición de patrulleros que no cuenten con las garantías para el desarrollo de sus actividades. 4. El contrato cuestionado se verificó sin acreditar la formalización de consorcio conforme exige la ley.

El Informe Final de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República de veintisiete de marzo de dos mil siete, de fojas tres mil novecientos noventa, concluyó por (i) la existencia de indicios de sobrevaloración en la aludida licitación –se destacó que, como consecuencia de las denuncias periodísticas, se formó en la Presidencia del Consejo de Ministros una Comisión de Renegociación con el Consorcio en cuestión que acordó una disminución en el precio de los vehículos patrulleros y en su equipamiento, de veintidós mil ochocientos a diecinueve mil ochocientos ochenta y tres con cincuenta y cinco dólares, y de siete mil setecientos setenta a dos mil seiscientos dieciséis dólares–; (ii) la presencia de indicios de concertación ilegal entre los funcionarios del Ministerio del Interior, que participaron en diferentes etapas de la licitación, con los representantes del consorcio ganador de la buena pro; y, (iii) que Cariola Santa María, por Gildemeister, e Izaguirre Seminario, por Maquinaria Nacional, suscribieron con Cutimanco Panduro y Salinas Chávez, por Anjo Tech, un acuerdo privado concertando precios para que la propuesta económica presentada por el Consorcio tenga precios mayores al promedio del mercado.

- E. Específicamente, se atribuye al encausado Leyva Herrada haberse concertado con los gerentes de Gildemeister Sociedad Anónima y Anjo Tech Sociedad Anónima Cerrada para establecer las especificaciones técnicas de los patrulleros para que el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional obtenga ventajas y de ese modo obtenga la buena pro. Además, por ser autor del Informe número setecientos treinta guion dos mil seis guion DIRLOG guion PNP oblicua UID que definió la adquisición por el Estado de camionetas SUV 4x2; y, proporcionar a los gerentes de esas empresas información privilegiada, incluso cuando era miembro de Comité Especial.
- F. Se imputa a Campos Loo haberse concertado con el consorcio Gildemeister –Maquinaria Nacional y proporcionado información privilegiada utilizando su correo electrónico para que tenga ventajas y



fije precios superiores en los vehículos ofrecidos. Ella intervino en la determinación del valor referencial de los vehículos policiales.

- G. Se acusa a Munares Tapia haber orientado el contenido de sus informes para que las especificaciones técnicas de los patrulleros estén acordes a los intereses del consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional y obtenga la buena pro, para lo cual se sobrevaloró el precio de esas unidades vehiculares.
- H. Se inculpa a Cariola Santa María haberse concertado con Leiva Herrada y Campos Loo para definir las características técnicas de los patrulleros que debía ofertar Gildemeister, así como haber sobrevalorado el precio de cada vehículo, además de haber tenido contactos personales y electrónicos con Leiva Herrada y Munares Tapia.
- I. Se incrimina a Yzaguirre Seminario haberse concertado con Leiva Herrada y Campos Loo para definir las características técnicas de los patrulleros ofertados al Estado, así como incrementar el precio de los referidos vehículos, con quienes tuvo contacto personal e informático, de la misma manera que con Munares Tapia.
- J. Se reprocha a Salinas Chávez y Cutimanco Panduro, de la empresa Anjo Tech, haberse concertado con sus coimputados Leiva Herrada y Campos Loo para definir las características técnicas de los patrulleros, además de incrementar el precio de los vehículos, con quienes tuvieron contacto personal e informático. La empresa Anjo Tech, al margen del consorcio y a espaldas del Ministerio del Interior, celebró un acuerdo con el consorcio, con anterioridad al otorgamiento de la buena pro, para encargarse de una tarea precisa, lo que determinó incluso un aumento del precio por unidad vehicular.
- K. Finalmente, se atribuye a Maldonado Taipe, de la empresa Mass Automotriz, haberse concertado con los gerentes del consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional para que éste obtenga la buena pro, en cuya virtud simuló la participación de la indicada empresa, como concesionaria de Derco Perú o SUAPSA, y ofertó la camioneta Suzuki Grand Nomade sin cumplir con los requisitos técnicos, para coadyuvar a que la licitación continúe y no se declare desierta.

**§ 4. De la sentencia recurrida y del dictamen del señor Fiscal Supremo**

**CUARTO.** Que la sentencia de instancia estimó lo siguiente:

- A. La tacha presentada por el imputado Cariola Santa María contra el Informe “Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima” se sustentó en que se vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones. Este informe, insiste, fue



direccionado por la firma Gildemeister Sociedad Anónima para exonerarse de su condición de tercero civil. Además, esta última corporación contrató a una empresa sin dirección en Perú, que desveló presuntamente los discos duros de la computadora que usada. Dicha compañía, además, se llevó los discos duros a Santiago de Chile, donde se manipuló su contenido.

- B.** Si bien ese informe no es falso en cuanto a su contenido, lo que se cuestiona en esencia es su ilicitud. El correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea de varios de los gerentes de Automotores Gildemeister Sociedad Anónima están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Su intervención solo puede hacerse mediante resolución judicial motivada o a autorización del empleado, tanto más si existe de por medio una expectativa de confidencialidad. La propia empresa tenía como regla no abrir los correos electrónicos enviados o recibidos por sus empleados, por lo que al hacerlo vulneró ese derecho fundamental y, por ende, las fuentes de prueba obtenidas no tienen efecto legal alguno. Además, no está comprobada su autenticidad.
- C.** A partir de esta exclusión probatoria y al análisis de las demás pruebas de cargo, al considerarlas insuficientes o no relevantes para afirmar un juicio de culpabilidad, absolvió de los cargos a los ocho acusados.

**QUINTO.** Que el señor Fiscal Supremo en lo Penal en su dictamen de fojas ciento veintiuno del cuaderno de nulidad instó la nulidad de la absolución considerando que la inutilización de los correos electrónicos por vulneración del derecho fundamental al secreto a las comunicaciones es indebida porque se está ante la excepción denominada “descubrimiento inevitable”. Por tanto, la información que contiene el Informe “Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima” da cuenta del concierto de los *intraneus* con los *extraneus* para obtener la buena pro, coordinando anticipadamente las acciones que debían seguir. Únicamente es de excluir de los cargos al Gerente General de Anjo Tech, Cutimanco Panduro, porque el acuerdo que firmó con el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional es lícito y no revela concierto para perjudicar al Estado en la licitación cuestionada.

**§ 5. Del examen de las pretensiones impugnativas**

**SEXTO.** Que, ahora bien, con motivo de las denuncias periodísticas no solo se iniciaron investigaciones por la Contraloría General de la República y el Congreso, la propia empresa Automotores Gildemeister Sociedad Anónima



adelantó una auditoría para determinar lo ocurrido. Es así que contrató los servicios de la empresa Ernst & Young Asesores Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada a fin de acceder a la información –física y electrónica– disponible en Automotores Gildemeister Sociedad Anónima entre enero de dos mil cinco y febrero de dos mil siete, recolectar la información electrónica de los involucrados en la referida licitación, examinar los procesos internos llevados a cabo, y entrevistar a los empleados de la compañía que participaron en la licitación cuestionada.

El Informe “Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima”, de fojas diecinueve mil quinientos noventa y siete a veintiún mil sesenta y cinco, da cuenta de comunicaciones previas y coordinaciones concomitantes y posteriores, por correo electrónico, entre Cariola Santa María, Izaguirre Seminario, Salinas Chávez, Munares Tapia, Maldonado Taipe, Leiva Herrada y Campos Loo; es decir, entre funcionarios del Ministerio del Interior, vinculados a la Licitación PSA número cero cero dos guion dos mil seis guion In guion OGA, y directivos de Gildemeister, Anjo Tech y Maquinaria Nacional. Esa información permitió establecer la existencia de una concertación indebida para que el aludido consorcio ganara la licitación, como en efecto lo hizo, al proporcionársele información sobre la misma y elaborarse las bases técnicas para que se acomoden a las posibilidades del consorcio, incluso con precios sobrevaluados, en perjuicio del Estado.

A los efectos de la obtención de la información electrónica disponible, se contó con dos expertos informáticos de Ernst & Young y la presencia de la Notaria Pública, doctora Ana María Vidal Hermoza, quien certificó el proceso de copiado de las computadoras utilizadas por los gerentes y servidores de Automotores Gildemeister [acta de entrega de discos duros originales, copias fedateados y dos juegos de reproducción de copias fedateadas de fojas diecinueve mil setecientos cuarenta y dos; acta de devolución de discos duros originales de fojas diecinueve mil setecientos cuarenta y cinco; acta de entrega de discos duros de fojas diecinueve mil setecientos cincuenta y cuatro, todas ellas notariales]. El procedimiento y la imposibilidad de una manipulación o contaminación de la información obtenida se acredita no solo con las actas levantadas por la aludida Notaria, sino también con el mérito de las declaraciones plenariales de los dos técnicos informáticos de fojas veintiún mil doscientos ochenta y uno –se utilizaron herramientas forenses para el copiado respectivo–, de la Notaria Vidal Hermoza de fojas veintiún mil trescientos diecisiete y del funcionario de Ernst & Young de fojas veintiún mil trescientos treinta y tres vuelta. Completa esa información la testifical plenarial de Huamán Cornelio, coordinador general del indicado Informe, que da cuenta de las seguridades



adoptadas para recabar y asegurar la información electrónica, así como del trabajo analítico realizado [fojas veintiún mil trescientos cincuenta y dos].

**SÉPTIMO.** Que corresponde establecer si la inutilización probatoria dispuesta por el Tribunal Superior como consecuencia de haberse considerado inconstitucional, por vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 2 numeral 10 de la Constitución), es decir, la información obtenida de los correos electrónicos archivados en las computadoras del personal de Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima, es jurídicamente correcta.

No está en discusión, desde luego, que la obtención de fuentes de prueba vulnerando un concreto derecho fundamental material –su contenido esencial o constitucionalmente garantizado– obliga al órgano jurisdiccional a la declaración de inutilización de la prueba correspondiente. La inutilización por prueba ilícita, por lo demás, no solo se limita a la vulneración de un derecho fundamental o de un precepto constitucional, también se aplica a la infracción grave de preceptos ordinarios que definen la esencia de la corrección legal autoritativa cuando se trata (i) de la obtención de una fuente de prueba o (ii) de la actuación de un medio de prueba –así se tiene, por ejemplo, que el Código Procesal Penal de dos mil cuatro consagra numerosos preceptos en esta línea (véase artículos 163 numeral 3, 166 numeral 2, y 184 numeral 3, entre otros)–. Es claro que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada tanto por la Constitución y los Tratados aprobados y ratificados por el Perú –en sus aspectos esenciales o determinantes (derechos de las personas y potestades del poder público)– cuanto por la ley –en sus aspectos específicos y de desarrollo de una concreta institución probatoria, de seguridad, eficacia y fiabilidad del elemento de prueba, y de garantía para los afectados en el ámbito de sus derechos–.

La ilicitud constitucional de una actividad de búsqueda de pruebas –lo más importante, que no la única, en orden al régimen jurídico de la prueba ilícita–, por infringir las reglas de protección dispensadas por la Ley Fundamental y, concurrentemente, la garantía del debido proceso, determina la inutilización de las mismas, es decir, su ineficacia jurídica o exclusión como prueba para sustentar una sentencia y, ante, cualquier otra decisión jurisdiccional. La inutilización, asimismo, no solo se concreta en la prueba originaria sino también se extiende a las pruebas derivadas. Esta es la regla general y básica del derecho probatorio penal en un Estado Constitucional.

Corresponde, por consiguiente, determinar si la obtención de los correos electrónicos archivados en las computadoras revisadas por la empresa



Automotores Gildemeister, a través de la empresa Ernst & Young, vulneró el contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental.

**OCTAVO.** Que la Sala Superior estimó que el derecho fundamental vulnerado es el derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido por el artículo 2 numeral 10 de la Constitución. Este precepto constitucional, si bien consagra el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados de toda persona, establece específicamente que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley<sup>1</sup>.

Es evidente que el contenido de correos electrónicos que remita o reciba un sospechoso puede suministrar una información de mucho valor para la investigación y el proceso; y, además, constituye propiamente una comunicación. Empero, la protección al derecho de las comunicaciones solo alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos (Sentencia del Tribunal Constitucional Español –en adelante, STCE– 70/2002, de 3 de abril). No es, pues, el derecho al secreto de las comunicaciones el concernido en el *sub-lite*, sino el de la intimidad, tutelado por el artículo 2 numeral 7 de la Constitución.<sup>2</sup> El primero –se circunscribe a la comunicación indirecta que ha de valerse de algún medio técnico (postal, telegráfico, telefónico, informático, etcétera)– es un concepto puramente formal –se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (STCE 114/1984, de 29 de noviembre), de suerte que su ámbito de protección o contenido es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, pero únicamente de aquellas comunicaciones que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados, no abiertos (STCE 241/2012, de 17 de diciembre), y solo puede ser dispensado por uno de los comunicantes o por resolución judicial [DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2013, pp. 306/307]–, mientras que el segundo es un concepto de carácter objetivo o material –se otorga

<sup>1</sup> Artículo 2. "Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

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

Los Libros...".

<sup>2</sup> Artículo 2. "Toda persona tiene derecho:

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas...".



protección al ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros en contra de su voluntad (STCE 10/2002, de 17 de enero), por lo que hace referencia a la obligación, por parte de los poderes públicos y de la sociedad, de respetar un ámbito de privacidad en la persona [BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, Editorial Tecnos, Novena Edición Actualizada, Madrid, 2014, p.135]–. El derecho a la intimidad, como tal, es aplicable en el ámbito de las relaciones laborales o profesionales, pues allí se pueden generar relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STCE 186/2000, de 10 de julio).

Se trató, en el presente caso, de correos electrónicos –y de la dirección electrónica facilitada por la entidad empresarial al servidor–, que la compañía Automotores Gildemeister, producida la alarma social como consecuencia de la investigación periodística y la consiguiente intervención de diversas autoridades públicas, al margen de la autorización de los sospechosos, obtuvo, abrió, examinó y aportó al proceso. Es un caso, por consiguiente, que exige la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: el derecho a la intimidad del trabajador y el poder de dirección del empresario.

**NOVENO.** Que la actuación fiscalizadora de la empresa Automotores Gildemeister, es de insistir, se produjo luego de que los hechos fueron de conocimiento público, originó una gran alarma social y las autoridades ya estaban interviniendo. Se trata de unos hechos graves con un fuerte interés público por tratarse de la adquisición de una flota de patrulleros –de relevante importancia para la seguridad ciudadana–, mediante una licitación presuntamente delictiva, en los que podría estar involucrada, de una u otra forma, la plana gerencial de Automotores Gildemeister y diversos cargos del Ministerio del Interior.

Es de reconocer (i) que el cúmulo de información que se almacena por su titular en una computadora forma parte de su vida privada y profesional (STCE 173/2011, de 7 de noviembre). (ii) Que los correos que envía y recibe el trabajador quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. (iii) Que éstos pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante, STEDH– Copland de 3 de abril de 2007).

Empero, el ámbito de cobertura del derecho fundamental a la intimidad, en tanto no es un derecho absoluto, está determinado por la existencia de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad, esto es, de que una persona razonablemente entienda que se encuentra al margen de la





observación o del escrutinio ajeno. Por el contrario, no puede abrigarse tales expectativas quien conscientemente participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (STEDH Peck de 28 de enero de 2003).

**DÉCIMO.** Que, en el presente caso –a diferencia de otros casos en los que la empresa arbitrariamente, sin fundamento razonable y fuera de los marcos de su poder de fiscalización, que en este ámbito se ha de ejercer limitadamente–, es de tener en cuenta dos circunstancias relevantes: 1. Que la empresa habilitó la aludida herramienta informática para el adecuado cumplimiento de la prestación laboral –no, obviamente, para actividades ilegales o delictivas–. 2. Que el hecho de que muy probablemente, entre otros mecanismos, el correo electrónico se utilizó para las comunicaciones respectivas de carácter delictivo, pues según indicaban las denuncias periodísticas y en el marco de una fuerte alarma social producida alrededor de la empresa, gerentes de la misma, con la finalidad de obtener la buena pro en la Licitación PSA cero cero dos guion dos mil seis guion IN guion OGA, se concertaron o coludieron con funcionarios del Ministerio del Interior –el delito de colusión está sancionado con una pena grave y genera, por su propia naturaleza, una grave afectación al bien jurídico–. Esto último es lo especialmente significativo en este caso, pues no se está solo ante incumplimientos laborales de los afectados y la exclusiva aplicación de medidas disciplinarias o de un despido, sino ante la comisión de delitos graves en una adquisición de vehículos que concitó gran atención ciudadana por los problemas de orden público que el país afrontaba –en la línea sistemática de la doctrina jurisprudencial inaugurada por la STCE 170/2013, de 7 de octubre–.

Tal circunstancia, entonces, hacía factible y previsible la posibilidad de que las máximas autoridades de la empresa ejercieran su facultad de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, tanto a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral, como a fin de constatar que la utilización del correo electrónico se cifa a fines respetuosos del ordenamiento jurídico y a sus propias directivas internas de buen funcionamiento y licitud. Siendo así, no es posible reconocer que los afectados abrigaban una expectativa razonable de privacidad que determinara la entrada en la esfera de protección del derecho a la intimidad, según ya se ha indicado, asumiendo la doctrina de la STCE 12/2012.

Igualmente, no es posible calificar de excesivo o desproporcionado el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos archivados, de suerte que impida su utilización en este proceso penal. La medida efectuada por la empresa supera satisfactoriamente los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Teniendo como



lineamientos metodológicos lo expuesto en la aludida STCE 170/2013, FJ 5 C, es de acotar que lo realizado por la empresa era la vía para examinar íntegramente los procedimientos utilizados por la empresa y conocer lo ocurrido, sin esa información y examen no se podía conseguir el propósito buscado –no había otra medida menos moderada para hacerlo: los email eran una comunicación necesaria para garantizar una eficaz gestión e información–, y la actividad de fiscalización ejecutada fue ponderada porque se derivó más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Además, la medida era justificada por las sospechas de actuación incorrecta –probablemente delictiva–, al margen de la legalidad, de los trabajadores afectados; asimismo, era idónea para verificar si el trabajador cometió la ilicitud sospechada y de ese modo esclarecer algún tipo de responsabilidad de la empresa como tal y el rol de los servidores en los hechos; además, la medida era necesaria porque el contenido de los correos electrónicos serviría de prueba para afirmar o negar alguna ilicitud –tanto en sede laboral como, probablemente, penal–; y, finalmente, al margen de las garantías con que se ejecutó (intervención de peritos informáticos y de una notaría), ha de partirse del hecho de que se trata de correos electrónicos que tienen entidad (pertinencia y utilidad) para servir de prueba en este proceso penal pues permiten inferir la probable comisión de un delito. No consta del Informe cuestionado que se incluyó correos que reflejen aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial respecto de la nombrada licitación.

En consecuencia, no fue correcto inutilizar o excluir de la apreciación de la prueba actuada el Informe “Revisión de Operaciones y Control Interno en Automotores Gildemeister Perú Sociedad Anónima”. Este pudo y debió ser examinado, al igual que el conjunto de correos electrónicos obtenidos, como fuente de prueba lícita y plenamente utilizable. No hacerlo así hizo perder rigor y solidez a la absolución.

**UNDÉCIMO.** Que, de otro lado, la correcta valoración de la prueba –de todo el material probatorio pertinente, conducente y útil, excluido lo ilícito, si lo hubiere, en tanto forma parte de la garantía de defensa procesal en orden al derecho a la valoración de la prueba pertinente– requiere el examen individual de los medios de prueba y, luego, su análisis conjunto. La apreciación aislada de cada medio de prueba o la sola valoración conjunta de los mismos, no permite, de un lado, un correcto juicio de fiabilidad de los medios de prueba y, de otro, un entendimiento coherente e interrelacionado de los hallazgos probatorios –los unos no se explican sin los otros–.



Por consiguiente, no solo corresponde valorar (i) la información relevante contenida en el nombrado Informe –lo que por el error jurídico ya resaltado no se efectuó–, sino también (ii) la pericia institucional emanada de la Contraloría General de la República, (iii) las actuaciones parlamentarias –en lo que legalmente puede constituir prueba, en especial la documental–, (iv) las sucesivas decisiones del Sector Interior con motivo de los hallazgos técnicos de la Contraloría y del Congreso, (v) las resoluciones del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y (vi) el conjunto de pruebas –personal, pericial y documental– actuadas en esta causa.

Está claro, a partir de las actuaciones indicadas –más allá del Informe empresarial en cuestión–, la serie de irregularidades ocurridas en la Licitación cuestionada –antes, en el mismo momento y con posterioridad a ella–. Éstas pueden catalogarse como indicios de la probable comisión del delito de colusión. Los indicios relacionan a los encausados vinculados al Ministerio del Interior y al consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional. El Tribunal Superior, por consiguiente, deberá evaluar, con apoyo a toda la prueba actuada, su nivel de intervención y, antes, si los indicios son suficientes –plurales, graves concordantes, convergentes o interrelacionados– y si no existe prueba de lo contrario (contraindicios, entre otros).

**DUODÉCIMO.** Que en la Licitación PSA cero cero dos guion dos mil seis guion IN guion OGA no solo intervino el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional, también lo hizo la empresa Mass Automotriz. Esta empresa fue descalificada al desestimarse su propuesta técnica, y no recurrió esa exclusión.

Se afirma, desde la acusación escrita, que en concierto con el consorcio Gildemeister – Maquinaria Nacional y los funcionarios del Ministerio del Interior los titulares de la empresa Mass Automotriz participaron en la licitación para evitar que la declaren desierta (acusación escrita de fojas dieciocho mil seiscientos veinte).

Es verdad que la Opinión número cero cuarenta y nueve guion dos mil trece oblicua DTN de fojas diecinueve mil quinientos tres –leída en el acto oral en la cincuenta y siete sesión de veinticuatro de abril de dos mil quince de fojas veintinueve mil cuatrocientos ochenta y cinco–, emitida por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), a propósito de la legislación vigente cuando los hechos, puntualizó que en esa licitación era de aplicación no solo el Decreto de Urgencia número cero veinticuatro guion dos mil seis, sino también el artículo 32 de la Ley de Contrataciones del Estado, de modo que cuando una licitación pública realizada a través de un proceso de selección abreviado contaba al menos con una oferta válida,



dicho proceso no podía ser declarado desierto, sino que correspondía otorgar la buena pro al postor que presentó la oferta válida.

Legalmente, entonces, no era necesaria la intervención de Mass Automotriz para la continuación de la licitación; no habría necesidad alguna para coordinar con el consorcio e intervenir en la misma. No obstante, su intervención sí podía calificarse de necesaria para dar una apariencia de pluralidad de participantes en una licitación que concitó gran interés público. Mass Automotriz no recurrió de la exclusión materia del acta de fojas tres mil doscientos veintiuno (acusación oral de fojas veintiún mil seiscientos treinta y cinco vuelta), lo que podría importar un indicio demostrativo de su probable intervención delictiva.

Cabe sostener que Fernando Carlos Del Carpio Ureña en sus declaraciones de fojas mil setenta y siete y diecisiete mil ciento sesenta y cuatro, representante autorizado de Susuki y Chevrolet, por la firma Sociedad Unificada Automotriz del Perú Sociedad Anónima, declaró que no intervinieron porque no contaban con suficientes camionetas Gran Nómade 4x2 marca Susuki ya que en ese año recién se estaba empezando a comercializar dicho modelo. Luego, no tenía sentido que Mass Automotriz ingrese a esa Licitación con dicha camioneta, de imposible venta. Además, Salinas Chávez, vinculado a Mass Automotriz, recibió comunicaciones de funcionarios de Gildemeister, respecto a los cuales se ha limitado a negar su recepción [fojas mil noventa y nueve, dieciséis mil cuatrocientos noventa y uno y diecinueve mil trescientos sesenta y ocho]. Existe, por lo demás, otro correo, probablemente comprometedor, atribuido al encausado Maldonado Taipe [fojas nueve mil ochocientos siete], negado por éste, lo que, en todo caso, debe esclarecerse en un nuevo juicio oral.

**DECIMOTERCERO.** Que, en esta misma perspectiva, la situación jurídica de los demás imputados, quienes niegan concertación delictiva alguna, debe examinarse a la luz del conjunto de la actividad probatoria, en especial de los correos y de los datos en orden al valor de las camionetas que obtuvieron la buena pro.

Sostuvo, por ejemplo, el encausado Leyva Herrada, como dato singular, que coordinó con los postores por orden superior, y admitió que concurrió a las oficinas del consorcio ganador de la buena pro, antes y después de la licitación, pero para tratar temas relacionados a aspectos técnicos y del equipamiento de los vehículos policiales [fojas setecientos veinticinco, diecisiete mil cuatrocientos cuarenta y cinco y diecinueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve vuelta]. Es verdad que con fecha veintidós y veinticuatro de agosto de dos mil seis se indicó a las empresas que compraron las bases que podían coordinar con él [fojas tres mil cuatrocientos y tres mil cuatrocientos diez a tres mil cuatrocientos dieciséis]; empero, ese solo dato



no significa que el resultado de la licitación, y la forma y circunstancias en que se desarrolló, no fuesen el producto de una lógica delictiva de concertación en perjuicio del Ministerio del Interior –existen, incluso, correos enviados por su hermano Teodosio Wilfredo Leiva Herrada, que en todo momento ayudó a su hermano en esa licitación e incluso fue a las oficinas de las empresas comprometidas en el fraude al Estado [declaraciones de fojas seiscientos uno y dieciséis mil cuatrocientos sesenta y cuatro]–. Es de rigor, analizar el conjunto de lo sucedido y con una actividad probatoria integral y completa decidir lo que en derecho corresponda.

Respecto a los encausados Salinas Chávez y Cutimanco Panduro, vinculados a la empresa Anjo Tech, consta que de consuno intervinieron en varias facetas del procedimiento licitatorio unidos al consorcio Automotores Gildemeister – Maquinaria Nacional. Existen reuniones de coordinación, visitas a las instalaciones de Automotores Gildemeister, reuniones con Leiva Herrada (con prueba personal y documental), y haber suscrito un convenio con el consorcio, al margen de las reglas de la Licitación. Todo ello, de ser así, revelaría una lógica común de ser parte de la licitación y de los mecanismos de concertación en perjuicio del Estado.

Es de aplicación la concordancia de los artículos 299 y 301 *in fine* del Código de Procedimientos Penales.

#### DECISIÓN

Por estos motivos, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I. Declararon NULA** la sentencia de fojas veintiún mil novecientos treinta y cinco, de veintinueve de enero de dos mil dieciséis, que absolvió a Edwin Antonio Leiva Herrada y Zoila Milagros Campos Loo (autores), y a José Domingo Cariola Santa María, Jaime Raúl Yzaguirre Seminario, Esly Arturo Salinas Chávez, Jaime Orlando Cutimanco Panduro, Carlos César Munares Tapia y Jorge Luis Maldonado Taipe (cómplices primarios) de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de colusión en agravio del Estado. **II. ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, a la que deberá solicitar el laudo firme vinculado a la nulidad de la licitación cuestionada, la concurrencia de Teodosio Wilfredo Leiva Herrada, las declaraciones y prueba documental materia del Informe del Congreso de la República, así como dar lectura y debatir los correos electrónicos encontrados en la firma Automotores Gildemeister. **III. PREVINIERON** para el nuevo juicio oral tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 298, último párrafo, del Código de Procedimientos Penales. **IV. DISPUSIERON** se remita la causa al



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE  
R. N. N.º 817-2016  
LIMA

**LA SECRETARIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA EL FUNDAMENTO PARTICULAR ADICIONAL DEL SEÑOR SALAS ARENAS, SIGUIENTE:**

Lima, veinte de noviembre de dos mil diecisiete

1. El proceder de los encausados, entonces trabajadores de la empresa Gildemeister, parece desligado de la citada persona jurídica, en tanto, los actos de esta así lo indican.

2. Es pertinente determinar con claridad para quien –de ser el caso– se habrían concertado y si emplearon o no deslealmente el aparato empresarial para fines ilícitos propios.

S.

SALAS ARENAS



RECURSO NULIDAD N.º 817-2016/LIMA

Tribunal Superior para los fines de ley. HÁGASE saber a las partes personadas en esta sede suprema.

S. s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SILDARRIAGA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS  
CSM/amon

Lima, veintidós de julio del dos mil cinco

**AUTOS Y VISTOS;** dado cuenta con el escrito presentado por la Procuraduría Pública Ad hoc del Estado, solicitando la nulidad de la resolución de excarcelación de Alex y Moisés Wolfenson Woloch por exceso de carcelería, y teniendo a la vista la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha veintiuno de julio del dos mil cinco, publicada en el diario oficial «El Peruano» de fecha veintidós del mismo mes y año, mediante la cual se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ley número veintiocho mil quinientos sesentiocho; **y CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, mediante resolución de fecha siete de julio del dos mil cinco se declaró procedente la excarcelación por exceso del plazo de detención, de los sentenciados en primera instancia Moisés y Alex Wolfenson Woloch al haberse promulgado la Ley número veintiocho mil quinientos sesentiocho, modificatoria del artículo cuarentisiete del Código Penal, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día tres del citado mes y año. Que, tal pronunciamiento tuvo como sustento lo previsto en el artículo ciento treintisiete del Código de Procedimientos Penales y la Ley número veintiocho mil quinientos sesentiocho antes citada, la misma que reconocía la paridad entre el arresto domiciliario, la detención preventiva y la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención domiciliaria. **SEGUNDO.-** Que la Procuraduría



PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
RN 1205 – 05  
LIMA

sustenta la nulidad bajo los criterios siguientes: a) que se debía aplicar el control difuso puesto que existía jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señalaba que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón del distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo, b) por haberse desconocido el Tratado Interamericano contra la corrupción del cual el Perú es signatario y, c) por violación de los principios de igualdad, racionalidad, proporcionalidad, debido proceso y tutela efectiva. **TERCERO.-** Que, con fecha veintiuno de julio del dos mil cinco, el Tribunal Constitucional ha dictado la sentencia recaída en el expediente número cero cero diecinueve – dos mil cinco –PI/TC, donde resuelve, entre otros, *«inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el computo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto»*. **CUARTO.-** Que, además, la sentencia antes aludida resuelve *“...del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de las resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional”*. Que, dicha jurisprudencia constitucional (*...los jueces deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales...*), obliga, por su

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
RN 1205 - 05  
LIMA

consecuencia *vinculante*, a este Supremo Tribunal declarar la nulidad de dicha resolución materia de impugnación. Por tales consideraciones y de conformidad con lo dispuesto por el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimiento Penales: Por Mayoría Declararon **NULA** la resolución de fecha siete de julio de dos mil cinco, que declara **PROCEDENTE** las solicitudes de excarcelación por exceso del plazo de detención formuladas por los sentenciados **MOISÉS WOLFENSON WOLOCH y ALEX WOLFENSON WOLOCH**, en la causa seguida contra ellos y otros, por el delito contra la administración pública – peculado – en agravio del Estado; en consecuencia, **ORDENARON** la ubicación y captura de **MOISÉS WOLFENSON WOLOCH y ALEX WOLFENSON WOLOCH** y su reingreso al establecimiento penitenciario correspondiente; oficiándose a la Policía Nacional del Perú para sus efectos.-

SS.

**BALCAZAR ZELADA**

**BARRIENTOS PEÑA**

**VEGA VEGA**

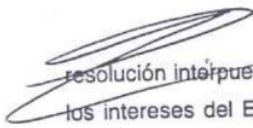
**PRÍNCIPE TRUJILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
EXP. N° 1205-2005.  
LIMA  
PECULADO

-1-

LA SECRETARIA DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA CERTIFICA QUE EL  
VOTO DEL SEÑOR VOCAL ROBINSON OCTAVIO GONZALES CAMPOS,  
ES COMO SIGUE:

Lima, veintidós de Julio  
del año dos mil cinco.-

 **VISTOS;** la solicitud de nulidad de resolución interpuesta por los Procuradores Ad-hoc a cargo de la defensa de los intereses del Estado, contra la resolución de fecha siete de julio de los corrientes, que declara procedente la solicitud de excarcelación por exceso del plazo de detención formulada por los sentenciados Moisés Wolfenson Woloch y Alex Wolfenson Woloch; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, la Procuraduría Ad-hoc recurrente sustenta la nulidad deducida precisando que: a) al emitirse la resolución cuestionada, no se ha aplicado el "control difuso" no obstante que el Tribunal Constitucional ha emitido diversos fallos entre ellos, el recaído en el expediente número cero setentitrés uno – dos mil cuatro – HC –TC- Lima de fecha dieciséis de abril del dos mil cuatro y en el expediente quince sesenta y cinco – dos mil dos - HC /TC; en las que se había establecido la diferencia entre la detención domiciliaria y la detención efectiva, contraviniéndose lo señalado en los artículos ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado; b) que no se debió equiparar una norma penal material a una norma penal procesal, dado que existe una diferencia de naturaleza jurídica, puesto que la norma sustantiva delimita la pena y debe ser aplicada en el momento de imponerse la sanción, mientras que la norma procesal de arresto domiciliario es una de aseguramiento procesal personal, tal como lo ha determinado el Tribunal Constitucional en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
EXP. N° 1205-2005.  
LIMA  
PECULADO

-2-

~~los considerandos del expediente número mil trescientos – dos mil dos – HC/TC;~~ c) que, el sustento de la resolución materia de nulidad, al ampararse en el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, no ha tenido en cuenta que dicho apartado está referido a la detención preventiva como medio de coerción personal y no al arresto domiciliario, que es una forma de comparecencia, por lo que no puede ser equiparable ni subsumidos el uno al otro, ya que se afentaría contra la sistematización normativa; d) que no se puede confundir el artículo cuarenta y siete del Código Penal con el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal pues ambos tienen distinto campo de aplicación y fundirlos o tratarlos de aplicar conjuntamente, traería como consecuencia una confusión entre la pena impuesta y la medida de coerción, que son instituciones diferentes, la una cuando existe una sentencia regulada por el derecho penal, y la otra para asegurar la comparecencia durante el desarrollo del proceso penal. **SEGUNDO:** Que, nuestro ordenamiento legal contempla el instituto procesal de la nulidad, constituyendo esta una sanción que la ley impone a los actos procesales que se realizan sin las formalidades exigidas por ley, o ante la existencia de graves irregularidades u omisiones de trámites y garantías establecidas, que se presentan en la sustanciación del proceso. **TERCERO:** Que, respecto a los argumentos relacionados a la nulidad deducida debe precisarse: a) que, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, el supuesto de aplicación del «control difuso» supone la existencia de una «incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal»; supuesto que no se ha verificado al emitirse la resolución materia de nulidad y menos el Tribunal Constitucional había, en ningún momento declarado que esa equiparación fuese inconstitucional; b) que, en cuanto a la indebida paridad establecida entre el arresto domiciliario, la detención preventiva y la pena privativa de libertad, dado que poseerían diversa naturaleza jurídica, es de precisar que el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
EXP. N° 1205-2005.  
LIMA  
PECULADO

-3-

~~pretendido conflicto~~ para la legislación comparada ha sido resuelta como es de apreciarse del vigente Código Procesal Penal de Costa Rica, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional Español número tres mil novecientos noventinueve / mil novecientos noventa y siete, que precisa "la privación atenuada (arresto domiciliario) también constituye una privación de la libertad por tanto corresponde a una detención preventiva"; c) y d) que el recurrente no ha tenido en cuenta que la resolución materia de nulidad incide respecto al pedido de excarcelación por cumplimiento de la mitad de la pena, con arreglo a lo previsto por el quinto párrafo del artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, cuyo texto normativo tiene correlación con la modificación prevista por el artículo cuarenta y siete del Código Penal y su modificación prevista por la Ley veintiocho mil quinientos sesentiocho, dado que prevé mecanismos legales para efectuar el cómputo de la detención sufrida por los recurrentes; **CUARTO:** Que, no obstante lo expuesto es preciso señalar que el artículo ochenta y tres del Código Procesal Constitucional (Ley veintiocho mil doscientos treintisiete) establece: *"que las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos, en los que se hayan aplicados las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo ciento tres y último párrafo del artículo setenticuatro de la Constitución. Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobra vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado"*; que a efectos de aplicar dicha norma se debe realizar una interpretación sistemática con el artículo doscientos cuatro de la Carta Magna que a la letra dice: *"la sentencia del tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la Publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional,*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
EXP. N° 1205-2005.  
LIMA  
PECULADO

-4-

~~en todo o en parte, una norma legal~~”, como se advierte de este texto, la sentencia del Tribunal Constitucional publicado en la fecha respecto a la causa signada con el número cero cero diecinueve – dos mil cinco-PI/TC, no es aplicable al presente caso habida cuenta que se estaría atentando contra los principios de retroactividad benigna de la ley penal y el de legalidad, afectándose sobre todo de esa manera el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal; máxime si el presente voto y el auto por mayoría se emiten cuando aún no surte efecto legal la referida sentencia conforme el marco legal antes aludido, ya que todavía no estamos siquiera al día siguiente de su publicación; en cuyo caso también el Juez es el garante de la correcta aplicación de la Constitución, así lo ha expresado esta misma institución de control en el Expediente mil setenta y seis – dos mil tres-HC-TC del nueve de junio del dos mil tres (Caso Luis Bedoya de Vivanco), cuando textualmente indica que: **“Este Tribunal ha de señalar que cuando una norma con fuerza de la ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el Juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos éste tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación significaría que el derecho pierda su esencia”**, para lo cual, es menester considerar toda la normatividad constitucional e interpretarla de acuerdo con el principio de unidad y sistematicidad de la Constitución, esta labor de concreción deberá favorecer la vigencia de los derechos fundamentales y, con ello, de la Constitución misma; ya que la seguridad jurídica como principio básico de todo el ordenamiento legal que se precia de sólido y respetable, consiste en la certeza y confianza que tienen los ciudadanos en que las reglas de juego

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
EXP. N° 1205-2005.

LIMA  
PECULADO

-5-

que establecen las normas jurídicas de un Estado, se mantienen, respetan y se cumplen, y por cierto no están sujetas a cambios coyunturales, pues de lo contrario no se lograría la seguridad jurídica; **QUINTO:** Que, en ese sentido si bien es cierto, la instauración de un sistema judicial eficaz constituye un interés actual de nuestra sociedad, también es que ello no puede justificar el quebrantamiento del contenido esencial del derecho a la libertad de la persona humana, aún cuando existen justificadas razones para acatar la disposición limitadora, como en el caso de los condenados, quienes incluso ejercen el derecho fundamental a la libertad, cuando se cumplen las condiciones necesarias para obtenerla, toda vez que prevalece no sólo el respeto a la dignidad de la persona humana, sino el principio de justicia. **SEXTO:** Que en ese contexto si bien, el artículo sexto del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, impone a los jueces una sujeción obligatoria e inexcusable en virtud de la cual no pueden apartarse de la interpretación de una norma o principio constitucional, sobre el cual el Tribunal Constitucional ya le hubiere encontrado, desentrañado o asignado un mensaje normativo, considero que no obstante ello, los magistrados quedamos eximidos de esta vinculación de orden legal, pues es nuestra obligación el respeto a la supremacía de la Constitución y la autonomía del Poder Judicial e independencia de sus órganos resultando vinculantes los artículos ciento tres, ciento treinta y ocho segundo párrafo, ciento treintinueve inciso segundo, ciento cuarenta y seis y doscientos cuatro de la Constitución Política. **SÉTIMO:** Que por tanto, los argumentos aludidos por los recurrentes, carecen de sustento jurídico, no habiéndose manifestado causal de nulidad alguna; **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADA** la solicitud de nulidad de resolución interpuesta por el Procurador Ad-hoc y el Procurador Ad-hoc adjunto contra la resolución de fecha siete de julio de los corrientes, que **declara procedente** la solicitud de excarcelación por exceso del plazo de

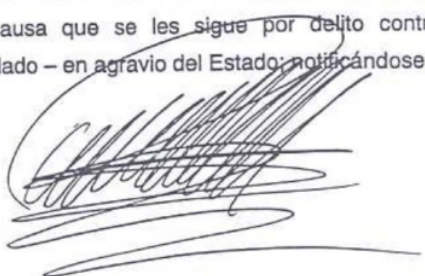
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA  
EXP. N° 1205-2005.  
LIMA  
PECULADO

-6-

detención formulada por los sentenciados Moisés Wolfenson Woloch y Alex Wolfenson Woloch; en la causa que se les sigue por delito contra la administración pública – peculado – en agravio del Estado; notificándose.-

S.S.

GONZALES CAMPOS. R.O.



SE PUBLICÓ CONFORME A LEY

  
ROSA HERMINIA CALDERÓN RODRIGUEZ  
SECRETARIA (a)  
1ra. Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA





CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA  
R. N. N° 1589 - 2013  
LIMA

34

*[Handwritten mark]*

Lima, seis de agosto de dos mil trece.--

**VISTOS:** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados AURIMAS BRASAS O TOMAS BUTKUS Y MARTINAS BAMBALAS O DARIUS KRUDAUSKAS contra la sentencia de fojas novecientos treinta y cuatro, del treinta de enero de dos mil trece, en cuanto los condenó como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, trescientos días multa y expulsión del país, así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

**FUNDAMENTOS**

*[Handwritten mark]*

**PRIMERO.** Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del Fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Pilco Pilco; que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención; que como se trata de prueba ilícitamente obtenida no produce ningún efecto en el proceso.

**SEGUNDO.** Que la defensa del encausado Martynas Bambalas en su recurso formalizado de fojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su coimputado Aurimas Brasas. Insiste en que no habla castellano, que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darius Kudraskas.

*[Handwritten mark]*

**TERCERO.** Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar una organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel. De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la DEPANDRO Ventanilla - Callao [Nota de Agente de fojas ciento veintiuno], por lo que -sin comunicar a la Fiscalía- el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambalas.

*[Handwritten signature]*



35

de nacionalidad Lituana, por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides – Urbanización Pando. Al efectuarles el registro personal sólo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de fojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación, sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble, ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización –alquilado por Martynas Bambalas [contrato de fojas ciento veintidós]–. Según el acta respectiva de fojas treinta y siete –que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos– se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros, trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados y con adherencias de clorhidrato de cocaína [pericia de fojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de fojas quinientos setenta y dos], así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico, entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial –nueve días después– se realizó el acta de inspección técnica policial, con presencia del Fiscal, que no aportó dato significativo alguno [acta de fojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de Interpol, no registran antecedentes por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de personas [carta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo, resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

**CUARTO.** Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente, el Acta de registro personal e incautación, el acta de registro domiciliario, comiso e incautación, las dos actas de laurado de especies, los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis –cuaderno de tacha–; es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo, es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo, contra los peritos y testigos (artículos 156, 165° y 262° del Código de Procedimientos Penales). Por remisión a los artículos 242° y 243° del Código Procesal Civil, la tacha a los documentos sólo cabe por falsedad o por nulidad.



36

2. Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos– de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad, contradicción, inmediación, irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos, condiciones y requisitos– como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada–.
3. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del Atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida, si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba –la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional–. El cuestionamiento al Atestado siempre es de mérito y la vía procesal, desde luego, no es la tacha.
4. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial, sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye, en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.
5. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte, muy provisionalmente, las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.
6. Las actas de registro, incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, el argumento es de fondo –es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia– y, de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad; será una prueba de valoración prohibida.

**QUINTO.** Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que ésta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención –fuente de prueba– o en su actuación –medio de prueba– no vulnere el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, el incumplimiento de



33

alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que si no existe prueba bastante o suficiente, no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o, en su caso, como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

**SSEXTO.** Que, en el presente caso, es de destacar dos oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano; y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2°, inciso 9 de la Constitución.

**SSEXPTIMO.** Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva Farfán es significativa al respecto [fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así, no es posible aceptar como válida, en señal de conformidad, la firma de los imputados, en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

**SSEXTAVO.** Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas, la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad –que es anterior y prerrequisito de la fiabilidad probatoria–.

En efecto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios efectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

**SSEXVENO.** Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran, por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una



3b

inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de la flagrancia: inmediatez temporal e inmediatez personal, se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y efectiva –nunca meramente presuntiva o indiciaria– de las dos notas anteriores, y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lite* estas notas no se presentaban, por ende, se requirió orden judicial –inexistente– o autorización del titular del derecho de exclusión –no acreditada, en tanto el comportamiento de los interesados, que no sabían el idioma, no permite concluir que medió aquiescencia libre y voluntaria–.

**DÉCIMO.** Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado –prueba originaria– y las pericias realizadas sobre el particular –prueba derivada– no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete, aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal, pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba –requisito incumplido en esta causa–.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el artículo 301º, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

#### DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas novecientos treinta y cuatro del treinta de enero de dos mil trece, en cuanto condenó a AURIMAS BRASAS O TOMAS BUTKUS Y MARTINAS BAMBALAS O DARIUS KRUDAUSKAS como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, trescientos días multa y expulsión del país, así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. Reformándola: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos por el referido delito en agravio del Estado. **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en este extremo y



CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA  
R. N. N° 1589 - 2013 /LIMA

se **ANULEN** sus antecedentes policiales y judiciales como consecuencia del presente proceso. **DISPUSIERON** la inmediata libertad que se ejecutará siempre y cuando no exista contra ellos mandato de detención emanada de autoridad competente, cursándose las comunicaciones correspondientes. **MANDARON** se remitan los autos al Tribunal Superior para los fines legales correspondientes. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO

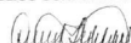
PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

CSM/ast

SE PUBLICO CONFORME A LEY

  
Diny Yuriana Chávez Verjendi  
Secretaria (e)  
Sala Penal Transitoria  
CORTE SUPREMA

- 6 -

23 AGO. 2013

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC  
LIMA  
ALBERTO QUIMPER  
HERRERA

#### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Luisa Castro Barrera de Quimper contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 730, su fecha 12 de enero de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 25 de junio de 2009 doña Carmen Luisa Castro Barrera de Quimper interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alberto Quimper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, a cargo del Juez Jorge Octavio Barreto Herrera, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, emitido en el Exp. N.º 107-2008, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. Alega que el auto de apertura cuestionado viola el derecho al debido proceso del beneficiario, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que con fecha 5 de octubre de 2008, el programa televisivo "Cuarto Poder" difundió cuatro audios ex-profesamente editados y que días después el diario "La República" también presentó nueve audios ex-profesamente editados y obtenidos con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son conversaciones interceptadas del favorecido que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la cual no pueden servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado.

Por último refiere que en el proceso penal que se le sigue a don Elías Manuel Ponce Feijoo y otros, el beneficiario ha sido admitido como parte civil, por cuanto había sido objeto de interceptaciones telefónicas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda expresando que el auto de apertura cuestionado ha sido emitido sin contravención de algún derecho constitucional del beneficiario, por cuanto el juez emplazado ha valorado las pruebas al momento de dictarlo. Añade que en el proceso penal que se le sigue al beneficiario puede cuestionarse la razonabilidad de los elementos de prueba que sustentan el auto de apertura cuestionado.

Realizada la investigación sumaria el juez emplazado manifiesta que la causa seguida en contra del beneficiario es compleja y se encuentra en estado de investigación. Asimismo señala que las resoluciones judiciales que ha emitido han respetado los derechos fundamentales del beneficiario.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 21 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que lo que en puridad se pretende es que el juez de hábeas corpus se arrogue las facultades reservadas al juez ordinario y proceda al reexamen o revaloración de los elementos probatorios que sirvieron de base para el dictado del auto de apertura de instrucción.

La Sala revisora, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por el mismo fundamento.

## FUNDAMENTOS

### 1. § Delimitación de la pretensión y de la materia controvertida

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocinio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Se alega que el auto de apertura cuestionado afecta los derechos al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al debido proceso del beneficiario, en conexión con su derecho a la libertad individual, por cuanto las pruebas de cargo que sustentan el auto de apertura de instrucción son pruebas prohibidas, toda vez que son producto de interceptaciones telefónicas.

En dicha línea argumentativa, también se pretende que se le ordene al juez emplazado que en el Exp. N.º 107-2008 dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. Delimitadas las pretensiones y los alegatos que sustentan la demanda, este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre algunas cuestiones que plantea la denominada prueba prohibida en el proceso penal, también conocida en la doctrina como prueba ilícita o prueba inconstitucional. Para ello, se habrán de responder las siguientes interrogantes ¿cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida?; ¿la prueba prohibida es un derecho constitucional explícito, un derecho constitucional no enumerado o es el contenido implícito de un derecho constitucional?; y ¿qué efectos genera la prueba prohibida en el proceso penal?

A continuación de ello se analizará el contenido del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como sus límites, debido a que en la demanda se alega que se habría producido la presunta vulneración de este derecho.

### 2. § Naturaleza jurídica de la prueba prohibida

3. En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, existen posiciones que



consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

4. De otra parte, existen otras posiciones que predicen que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.

En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina”.

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

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

6. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

7. En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en

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

#### 2.1. § El fundamento de la prueba prohibida

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

9. Así, existen posiciones que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” [Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 120].

En este sentido, se destaca que la presunción de inocencia como primera garantía del proceso penal exige no sólo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de las fuentes de prueba se produzca sin la violación de algún derecho fundamental.

10. De otra parte, se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11. En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

12. Proponiendo una concepción amplia sobre la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000, ha

destacado que “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”, y se basa asimismo “en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

### 2.2. § La prueba prohibida en la Constitución

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

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

14. En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

15. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.

### 2.3. § Los efectos de la prueba prohibida

16. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

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

17. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”.

### 3. § Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas

18. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela “a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como

cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

En definitiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

19. Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil* precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima “debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”.

20. Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional.

Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima.

21. Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso *Schenk vs. Suiza*, del 12 de julio de 1988,

se precisó que no se puede “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”.

22. Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, ha enfatizado que:

- a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se toma ilegítima [párrs. 129 y 147].
  - b. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].
  - c. La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].
23. En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”.

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ  
BEAUMONT CALLIRGOS  
VERGARA GOTELLI  
CALLE HAYEN  
ETO CRUZ  
ÁLVAREZ MIRANDA  
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC  
LIMA  
ALBERTO QUIMPER  
HERRERA

#### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por las consideraciones expresadas por mis colegas, si bien coincido con ellos en el fallo del presente caso, no suscribo los fundamentos 20 y segundo párrafo del fundamento 23.

En cuanto al fundamento 20, cabe destacar que en un proceso constitucional como el de habeas corpus, el respectivo juzgador se limita a apreciar los elementos de prueba *específicos* sobre *hechos concretos* que obran en el expediente constitucional, de modo que corresponderá al **juzgador penal verificar en definitiva**, en el caso de Alberto Quimper Herrera, cuáles son los hechos definitivamente probados así como las respectivas afectaciones a bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

En cuanto al segundo párrafo del fundamento 23, estimo que si bien existen límites a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información que ejercen los

medios de comunicación, pues no pueden vulnerar derechos fundamentales de otras personas, también considero que no resulta pertinente lo expresado en dicho párrafo, pues en mi concepto, el Derecho Penal constituye el último mecanismo que debe utilizar el Estado para impedir que se manifiesten conductas nocivas para la sociedad, siendo por el contrario, que antes de invocarse la utilización del Derecho Penal, debe exhortarse a la materialización del autocontrol de los medios de comunicación o el control por órganos privados que asocien a tales medios, de modo que sólo ante la inacción o deficiente control de tales mecanismos se acuda a los respectivos órganos jurisdiccionales. La libertad de expresión constituye uno de los principales baluartes de la democracia y la defensa de los derechos de las personas, por lo que todos tenemos la obligación de promoverla, defenderla, criticarla constructivamente y siempre preservarla en cada caso concreto.

S.

**BEAUMONT CALLIRGOS**

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC  
LIMA  
ALBERTO QUIMPER  
HERRERA

#### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. El recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Juez del Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, señor Jorge Octavio Barreto Herrera, con la finalidad de que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, debiéndose en consecuencia disponer se dicte un auto denegatorio de instrucción, puesto que se está afectando el derecho al debido proceso debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que en el programa televisivo "Cuarto Poder" se difundió audios ex profesamente editados y que días después el diario "La República" también presentó nueve audios editados y obtenidos con afectación del secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son comunicaciones interceptadas que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la que no puede servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado. Es así que se solicita que el juez emplazado emita un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. Se entiende claramente que el cuestionamiento del recurrente está circunscrito a que se anule el auto de apertura de instrucción bajo la argumentación de que los delitos por los que se iniciaba el proceso se encontraban sustentados en pruebas que han sido obtenidas ilícitamente, lo que anula cualquier imputación en su contra.
3. El Tribunal Constitucional en la STC N.º 2365-2002-HC/TC ha señalado que atendiendo al objeto de dicho proceso, dejar sin efecto el auto de apertura de instrucción constituye *"pretensión imposible de satisfacer mediante esta acción de garantía, toda vez que ésta no se puede instrumentalizar con el objeto de impedir que se realicen las investigaciones judiciales derivadas del auto de apertura de instrucción... el Tribunal Constitucional considera que cualquier anomalía o irregularidad que pueda presentar el auto cuestionado deberá remediarse mediante el ejercicio de los recursos que la ley procesal penal prevé, y no vía este proceso que tiene como finalidad proteger la libertad individual y los derechos conexos con ella"*. En síntesis, el Tribunal Constitucional tras reproducir parte del texto del artículo 77.º del Código de Procedimientos Penales ha dicho que no es instancia revisora para dilucidar si los fundamentos que sustentan el auto de apertura de instrucción son suficientes o si en el proceso penal se cumple con las exigencias de la ley, dejando en claro que dicha reclamación deberá ser formulada al interior del proceso penal en trámite pues es prerrogativa de la judicatura ordinaria resolver dichas controversias.



4. El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en el Artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso de hábeas corpus siempre que se cumplan 2 presupuestos: 1) que se trate de una resolución judicial firme y 2) que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma **manifiesta**.
5. Consecuentemente, para legitimar el ingreso del Tribunal Constitucional a la revisión de una resolución judicial que en este caso constituye la expresión misma de la autonomía del Juez y la independencia del Poder Judicial, debe acreditarse fehacientemente el cumplimiento de dichos presupuestos, caso contrario estaremos convirtiendo a este Supremo Tribunal en una suprainstancia capaz de revisar todos los autos de apertura de instrucción evacuados por la jurisdicción ordinaria a nivel nacional, y también todos los autos que en la calificación de demandas civiles las admita a trámite.
6. Es así que en reiteradas oportunidades he manifestado mi rechazo ante demandas de hábeas corpus que cuestionan el auto de apertura de instrucción –resolución que abre recién el proceso– bajo el argumento de una indebida o deficiente motivación, puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación, situación que imposibilita a este Colegiado a pronunciarse sobre dicho cuestionamiento en atención a su falta de incidencia negativa al derecho a la libertad individual y derechos conexos. Debe precisarse que el mandato de detención provisorio se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando al efecto el Artículo 135º del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77º del Código de Procedimientos Penales.
7. En consecuencia, la medida coercitiva de naturaleza personal si incide directamente sobre la libertad personal; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener la firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal. Por otro lado, si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso para lo que resultaría vía idónea la del amparo reparador y no la del hábeas corpus.
8. Asimismo, tampoco puede permitirse que los actores de la justicia penal ordinaria pretendan el análisis constitucional mediante el hábeas corpus de toda resolución judicial que no resulte conveniente a sus intereses, pues como hemos reiterado el hábeas corpus contra resoluciones judiciales sólo habilita de manera excepcional la vía constitucional cuando la resolución judicial que se cuestiona incide de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal.
9. Por las precedentes consideraciones no encuentro capacidad en el Tribunal Constitucional para ingresar al proceso penal de su referencia y convertirse, de motu proprio, en el ultra revisor de lo determinado por el Juez competente, pues ello significaría abrir las puertas a muchos miles de imputados que vendrían al Tribunal con iguales impugnaciones cada vez que un juzgado penal dé trámite a la denuncia del Fiscal abriendo el correspondiente proceso.

10. En consecuencia, la demanda debe ser declarada improcedente por cuanto el auto de apertura de instrucción (así como los autos ampliatorios de la instrucción) *no* constituye la resolución judicial firme que vulnere manifiestamente la libertad individual, esto es, que no constituye el pronunciamiento judicial firme que incida de manera negativa y directa en el derecho a la libertad personal, habilitando de ese modo su examen constitucional vía el proceso de hábeas corpus.
11. No obstante lo expuesto considero necesario señalar que no me encuentro de acuerdo con lo expresado en la resolución en mayoría (fundamento 7 de la resolución puesta a mi vista), en la parte que señala que la prueba prohibida es un derecho fundamental que *“garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona.”*
12. Respecto a dicho extremo considero que este Colegiado debe realizar un análisis exhaustivo tendiente a determinar los efectos de la afirmación esbozada en los fundamentos de la resolución traída a mi Despacho. Para ello es necesario señalar que conforme a la lectura del *petitum* se advierte el cuestionamiento a la admisión de un medio probatorio cuando ha sido obtenido de manera ilegal. El problema de la eficacia de las pruebas obtenidas con medio ilícito hasta el momento no ha obtenido respuesta unánime. Es así que es necesario hacer referencia al sistema americano que es el creador del concepto de prueba prohibida, realizando la proscripción del uso de pruebas ilegítimamente adquiridas.
13. De la IV Enmienda Constitucional se deriva expresamente la prohibición de usar en juicio los elementos de *evidencia real* obtenidos de modo ilícito. Tal prohibición afirma Vincenzo Vigoritti en la Revista de Derecho Procesal, volumen XXIII, II serie, 1968, página 64-77, *“(…) no presenta las características de una exclusionary rule con lo cual se pretenda castigar, sobre un plano procesal, el ilícito sustancial de la autoridad requirente, cuando más bien aquello de un verdadero y propio privilegio –termino éste con el cual se señala una situación subjetiva de naturaleza activa; a cuyo ejercicio está subordinada la concretización misma de la libertad objeto de protección constitucional– que hace encabezar al titular del derecho fundamental lesionado.”*
14. En el caso *Mapp vs Ohio* de 1961, la Corte Suprema expresaba su rechazo al uso en cualquier juicio penal, sea federal como estatal de pruebas obtenidas por medios ilícitos por órganos públicos estatales o federales. El fundamento de esta prohibición era un mandato derivado de la norma constitucional, expresando que dicha prohibición aseguraba la sobrevivencia de una sociedad libre. Pero se observa la distinción de los jueces americanos cuando la obtención de la prueba calificada como ilícita es realizada por un órgano público y cuando es realizada por un particular. Respecto del primero la prohibición es tajante respecto al segundo existe permisibilidad que ha sido discutida largamente.
15. Es así que el citado autor Vincenzo concluye en que el sistema americano *“(…) excluye el uso de elementos que sirvan para acreditar determinado hecho que hayan sido obtenidos de manera ilegítima, sólo cuando el ilícito haya sido cometido por un funcionario público y las pruebas sean destinadas a valer en un proceso penal sea estatal como federal, mientras la prohibición no se aplica, salvo pocas excepciones, cuando el autor de lo ilícito sea un ciudadano privado (…)”*.

16. En nuestro sistema no existe unanimidad respecto a la proscripción de la prueba prohibida, pero sí considero necesario distinguir y saber cómo aplicar lo expresado en el sistema americano de manera de no importar una figura que finalmente se desnaturalizará en una realidad diferente.
17. En el caso de autos se aprecia que el recurrente afirma que se le ha iniciado proceso penal bajo el sustento de pruebas ilícitas, para lo que debemos tener en cuenta que en el auto de apertura de instrucción el juzgador realiza un análisis en conjunto de los medios probatorios, que tiene a su alcance a ese momento no pudiendo reputarse una afectación concreta de los derechos a través de un acto con el cual recién se inicia el proceso.
18. En este contexto es necesario hacer referencia a las etapas del procedimiento probatorio, esto es el ofrecimiento de los medios, la admisión, la actuación y la calificación de los medios admitidos, en cuya última etapa, es decir la sentencia, corresponde al juzgador explicar motivadamente las razones por las que establece qué medios para él sirven a determinado hecho y qué medios no. Decimos entonces que es recién en la sentencia, fase sustantiva del proceso, en la que el Juez recién nos va a decir las razones por las que un medio probatorio puede ser calificado de ilegal. Es de esta forma que se entiende que ante el inicio formal del proceso penal (auto apertorio de instrucción) nos encontramos evidentemente en la etapa en la que juez toma conocimiento recién de los medios probatorios aportados con la denuncia fiscal, debiendo ser materia de discusión al interior del proceso penal, medios probatorios que recién han de ser admitidos en el auto de apertura de instrucción para formar el iter procesal que al final lleve a la decisión justipreciada, atendiendo a que la investigación preliminar que ha realizado el Ministerio Público ha significado la reunión de los medios probatorios que sustentaran los hechos que sirvan de base a la denuncia que dicho órgano realizará. No es entonces el mejor momento el inicio del proceso penal para que el Juez adelante opinión calificando determinado medio probatorio como ilegal por prematuro, no correspondiéndole asimismo a quien se considera afectado con el auto de apertura instrucción decir que la obtención de determinado medio probatorio ha sido ilegal o mal habido. Es también menester considerar que el denominado “fruto del árbol envenenado” propio del sistema anglosajon *common law*, nos refiere posiciones distintas para un mismo medio según las circunstancias de la obtención y diferenciando la función pública de la función privada.
19. Por todo esto considero necesario afirmar que señalar que la nulidad de los medios probatorios que se pretende sancionar a través del presente proceso constitucional de hábeas corpus es incorrecta en por prematura, quedándole al recurrente el amplio campo de la defensa dentro del proceso penal correspondiente y no traer al proceso constitucional este tema que necesariamente está vinculado a la libertad individual. Asimismo me encuentro en desacuerdo con la afirmación realizada en el proyecto llegado a mi Despacho en el fundamento 7, referido a que *la prueba prohibida es un derecho fundamental (...)*.
20. Finalmente me aparto de los fundamentos 20, 21 y 23 del proyecto que se pone a mi vista por hacer referencia a la prohibición impuesta a los medios de comunicación respecto a difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin que previamente se haya verificado por sentencia si lo que se pretende difundir es de interés público o no, debiéndose tener en cuenta el rol importante y relevante que cumplen los medios de comunicación en la formación de opinión pública, siendo en gran parte los responsables de dar a conocer hechos veraces que como tales informan a la sociedad de la realidad. Es así que poner una mordaza o censurar determinada

información constituye una intromisión ilegítima en los medios de comunicación y a la vez afecta el derecho a de los ciudadanos a conocer actos que socaban la democracia. Todo acto que exprese lo contrario **apoya en cierta forma la impunidad**, puesto que existen casos conocidos por todos, en los que sólo por la propagación realizada por los medios de comunicación se han conocido las situaciones crónicas de corrupción, pudiendo a consecuencia de ello en este momento procesar a los responsables. Además aceptar dicha limitación a los medios de comunicación implicaría la figura vedada por la Constitución de censura previa, situación por la que manifiesto mi total desacuerdo con dichos fundamentos de la resolución puesta a mi vista. Claro que esta postura no significa un cheque en blanco para el abuso cuando éste sólo está destinado al escándalo.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus, debiéndose tener en cuenta lo expresado en los fundamentos 19 y 20 del presente voto.

Sr.

**VERGARA GOTELLI**

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC  
LIMA  
ALBERTO QUMPER  
HERRERA

#### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por el resto de mis colegas magistrados, emito el siguiente fundamento de voto, por cuanto si bien comparto lo expuesto en dicha sentencia y la parte resolutive de la misma, estimo pertinente desarrollar las siguientes consideraciones adicionales

1. No puede soslayarse que de un tiempo a esta parte, algunos medios de comunicación han venido propalando irresponsablemente conversaciones privadas *so pretexto* de un pseudo interés público en su difusión cuando en realidad obedecen a fines subalternos (incrementar su nivel de audiencia, manipular a la opinión pública a fin de apoyar determinadas candidaturas o atacar otras, etc) que en modo alguno pueden ser admitidos.
2. En tal escenario, y más aún *ad portas* de una contienda electoral como la que se aproxima, el Estado no puede permanecer indiferente ante el proceder irresponsable de algunos periodistas, que abusando del poder que la exposición mediática les provee, pretenden exponer irresponsablemente conversaciones privadas ilegítimamente obtenidas.

Y es que, a fin de cuentas, la difusión de tales grabaciones por parte de algunos malos periodistas no hace más que incentivar el mantenimiento de un mercado ilegal de interceptaciones telefónicas en el que mafias con equipos ilegalmente introducidos a nuestro país ofrecen conversaciones privadas de la más diversa índole al mejor postor.

3. De ahí que si bien la labor de la prensa contribuye a la formación de una opinión pública y la realización misma de la democracia, y por tanto, la censura previa se encuentra constitucionalmente proscrita al estar reñida con los valores y principios democráticos; soy de la opinión que frente a la comisión de tales ilícitos de carácter penal, el Estado debe actuar con el máximo rigor posible sancionando tanto a las mafias dedicadas a interceptar ilegalmente conversaciones telefónicas, así como a los periodistas que abusando de la tribuna que les provee el medio de comunicación para el cual trabajan, las difundan.

Sr.

**ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC  
LIMA  
ALBERTO QUIDMPE  
HERRERA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
URVIOLA HANI**

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, por las siguientes consideraciones:

1. Si bien coincido únicamente con el fundamento 21 de la sentencia de autos y con el fallo, considero necesario, por el contrario, expresar mi distanciamiento de los demás fundamentos, en especial del segundo párrafo del fundamento 23. Al respecto, es evidente

que en un Estado constitucional democrático toda práctica que suponga una interceptación o intervención arbitraria en el ámbito de las comunicaciones de las personas debe ser firmemente rechazada. El Estado, bajo el mandato del art. 2º inciso 10 de la Constitución, debe prevenir, investigar y sancionar a quienes (funcionarios, autoridades o particulares) lleven a cabo este tipo de prácticas inconstitucionales.

2. No me parece constitucional, sin embargo, que este Tribunal deba establecer una prohibición general a los medios de comunicación como se hace en el fundamento 23 (segundo párrafo) de la sentencia. Tal interpretación contraria lo dispuesto en el artículo 2º inciso 4 de la Constitución que, por un lado, proscribiera toda forma de *censura previa* (directa o indirecta) contra la libertad de información y, de otro, determina la responsabilidad de los medios de comunicación social.
3. Como lo ha reconocido este propio Colegiado, los medios de comunicación cumplen una función constitucional gravitante en la formación de la opinión pública; claro está dentro de los límites que la Constitución establece (STC 00013-2007-PI/TC, FJ 3). Sin embargo, más que imponerles prohibiciones y advertencias de responsabilidad penal a los mismos (que ya está, además, contemplada en el artículo 2º inciso 4 de la Constitución), considero que lo compatible con la Constitución y con una democracia es invocar, frente a ese tipo de informaciones, el criterio de la *autorregulación de los medios de comunicación*.
4. “La autorregulación supone así una vía intermedia entre quienes abogan por una absoluta desregulación del mundo de la comunicación y quienes abogan (generalmente a la vista de los excesos que permite esa desregulación) por un incremento de la regulación estatal. Vía intermedia por la que se ha pronunciado el propio Consejo de Europa a través de su Resolución 1003 (...)”<sup>[1]</sup>. Esta tesis, desde mi punto de vista, es compatible con la Constitución, que no renuncia absolutamente a establecer límites constitucionales a los medios de comunicación social, ni tampoco pretende regular absolutamente su ejercicio y por eso mismo proscribiera toda forma de *censura previa*.
5. Debería distinguirse adecuadamente, por ello, entre la *responsabilidad jurídica* de los medios de comunicación por la información que difunden y que está determinada en el artículo 2º inciso 4 de la Constitución; y la *responsabilidad social* de aquéllos y que está vinculada no solamente con la formación de la opinión pública, sino también con su contribución a que los ciudadanos conozcan hechos e informaciones que por medios oficiales o formales, muchas veces, no estarían en posibilidad de conocer; más aún si tal información reviste especial interés público.
6. En ese sentido, considero que es más adecuado desde un punto de vista constitucional, que los medios de comunicación social, recurriendo al criterio de la autorregulación deben discernir, con razonabilidad y prudencia, tanto sobre el contenido de la información a difundir (es decir, distinguir si la información es de carácter público o privado) como sobre la relevancia jurídico-social que supone su difusión; antes que imponerles una prohibición general y abstracta que puede terminar convirtiéndose en una forma de *censura previa* y en una desnaturalización de la función constitucional de los medios de comunicación social.

Sr.  
**URVIOLA HANI**

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC  
LIMA  
ALBERTO QUIMPER  
HERRERA

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN**

Con el debido respeto que me merecen la opinión de mis distinguidos colegas, y no obstante compartir con la mayoría de los fundamentos expuestos en la sentencia, expreso el presente fundamento de voto, por las razones siguientes:



1. Que, tal como lo expresa la ponencia, la demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocinio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible alegándose que el referido auto se sustenta en pruebas prohibidas producto de interceptaciones telefónicas ilegales. Por ello se pretende que se le ordene al juez emplazado que en el Exp. N.º 107-2008 dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.
  
2. Que, delimitado el petitorio no veo la necesidad, a efectos de resolver la presente causa, de insertar referencias respecto de la prohibición de divulgación de información que provenga de interceptaciones telefónicas que, incluso, no han sido provocadas por los medios de comunicación y contra quienes no está dirigida la presente denuncia: en consecuencia no suscribo la alusión a los medios de comunicación contenida en el fundamento 20, ni los fundamentos 22 y 23 de la sentencia en mayoría por considerarlos impertinentes.

S.

**CALLE HAYEN**

EXP. N.º 1058-2004-AA/TC  
LIMA  
RAFAEL FRANCISCO  
GARCÍA MENDOZA

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 18 de agosto de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

#### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Rafael Francisco García Mendoza contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 02 de octubre de 2003, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 24 de julio de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.), solicitando que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02 (21.06.02), en virtud de la cual se resuelve su vínculo laboral, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna de la empresa demandada, reconociéndosele las remuneraciones dejadas de percibir. Afirma que la demandada le ha atribuido arbitrariamente la comisión de una supuesta falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por D.S. N.º 003-97-TR, argumentando “[...] haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”; agrega que no se le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa al impedirsele el ingreso a su centro de labores, vulnerándose, adicionalmente, sus derechos a la libertad de trabajo, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y al debido proceso.

SERPOST S.A. contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alegando que no se ha afectado el debido proceso; que el despido del recurrente no viola su derecho al trabajo, ni tampoco el principio de legalidad; añadiendo que el despido fue justificado, sustentado en una decisión regular de la empresa, y que se le aplicó una sanción prevista en el Decreto Legislativo N.º 728 y el Reglamento Interno de Trabajo.

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 11 de octubre de 2002, declara fundada la demanda ordenando la reposición del demandante, estimando que se vulneraron los derechos constitucionales de tipicidad, de inmediatez y de defensa, al no haberse precisado en la carta de aviso la falta grave imputada ni los detalles de los hechos atribuidos, más aún cuando existía una constatación notarial en la que constaba que los envíos pornográficos no habían sido ubicados en la computadora del demandante.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que la carta de aviso de falta grave si describía adecuadamente la falta imputada al demandante, no apreciándose vulneración del derecho de defensa, puesto que se lo notificó para que presentara sus descargos, concediéndosele el plazo de ley; agregando que el amparo no es la vía adecuada para verificar o desvirtuar los hechos imputados al actor.

#### FUNDAMENTOS

- 1) El objeto de la demanda es que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02, del 21 de junio de 2002, mediante la cual se resuelve el vínculo laboral del recurrente, y que, por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando, más el reconocimiento de las remuneraciones dejadas de percibir.
- 2) El Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece, en su artículo 16º, cuáles son las causas de extinción del contrato de trabajo, y que, para el despido, debe existir una causa justa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador, conforme se prevé en los artículos 22º, 23º y 24º; asimismo, queda normado el procedimiento de despido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31º al 33º del mismo cuerpo legal.
- 3) Por otra parte y conforme lo ha señalado este Colegiado en la sentencia 976-2001-AA/TC, la protección adecuada contra el despido arbitrario, prevista en el artículo 27º de la Constitución, ofrece dos opciones: **a)** la primera, general y de carácter indemnizatorio (resarcimiento por el daño causado), en la que el juez laboral, respecto de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, ordena el pago de la indemnización correspondiente, y **b)** la segunda, especial y de carácter reparador (readmisión en el empleo), en la que el juez constitucional, en el ámbito del amparo, debe “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley N.º 23506, lo que supone restituir al trabajador en su centro de trabajo, siempre que quede acreditada la existencia de un despido nulo, incausado o fraudulento.
- 4) Según aparece de autos, la demandada comunicó al recurrente, conforme al procedimiento legal previsto, la imputación de una falta grave mediante la Carta Notarial N.º 489-G/02, entregada el 13 de junio de 2002, atribuyéndole una

conducta tipificada en el inciso a) del artículo 25° del citado Decreto Supremo N.º 003-97-TR, y otorgándole un plazo de seis días naturales para que ejercitara su derecho al descargo. Este Colegiado observa, sin embargo, que después de iniciado dicho procedimiento e incluso, desde fecha anterior al mismo, se ha venido incurriendo, por parte de la demandada, en una serie de infracciones que en buena cuenta han terminado por desnaturalizarlo, no solo en términos formales sino, incluso, sustantivos. Es necesario, por consiguiente, analizar por separado cada una de estas infracciones a efectos de delimitar los alcances de la presente sentencia y los criterios en los que la misma se fundamenta.

- 5) En primer lugar y si la supuesta falta grave atribuida al recurrente se sustenta en el hecho de *“haber utilizado indebidamente recursos públicos dentro del horario [d]e trabajo, para realizar labores de indole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”*, es imprescindible precisar si dicha conducta se encuadra en el citado inciso a) del artículo 25° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, cuyo texto prevé que *“Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de tal indole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación”*; agregando que dentro de las diversas variantes que la configuran se encuentra *“El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene, aprobados o expedidos, según corresponda por la autoridad competente, que revistan gravedad”*.
- 6) De una simple constatación entre lo que establece el citado dispositivo legal y la conducta atribuida al recurrente, no se observa, *prima facie*, coherencia o relación alguna, salvo que se entienda que la misma supone, exclusivamente, una infracción al Reglamento Interno de Trabajo, que, según aparece del texto reseñado, podría permitir una interpretación mucho más extensiva de los tipos de conducta grave. Sin embargo, revisado el texto de dicho reglamento, obrante de fojas 119 a 152 de autos, se aprecia que, por el contrario, los hechos imputados no son calificados como faltas graves que generan despido, conforme lo establece el artículo 113° de dicha norma, sino, y en el más perjudicial de los casos, como simples infracciones que solo generan sanción disciplinaria, según lo señalado en su respectivo artículo 110°.
- 7) En efecto, aun asumiendo que los hechos atribuidos fuesen ciertos, los mismos podrían verse identificados en los incisos e) [*“Cometer dentro de las horas de trabajo o fuera de ellas actos contrarios a la disciplina, higiene o reñidos con la moral”*], j) [*“Distraer a sus compañeros en horas de trabajo, así como leer periódicos, revistas, libros, etc. sin ser parte de sus funciones”*], s) [*“Usar temerariamente los bienes o instalaciones de la empresa”*] e y) [*“Utilizar o*

*usufructuar para actividades ajenas a SERPOST S.A. los teléfonos, télex, máquinas, equipos u otros bienes, o permitir su uso a terceras personas”]* del referido artículo 110 , mas, de ningún modo, como las consabidas faltas graves generadoras de despido. Este solo hecho, independientemente del tipo de sanción adoptada, implica, pues, una transgresión del principio de tipicidad sancionatoria que, como este Colegiado ya lo ha señalado en anteriores oportunidades, rige en el ámbito de los procedimientos disciplinarios de toda índole.

- 8) Un segundo aspecto que en cierta forma es consecuencia del anterior (solo en tanto se asuma la veracidad de los cargos imputados) tiene que ver con la intensidad de la sanción que, a estos efectos, tampoco resulta la adecuada. Si, conforme lo establece el artículo 108  del Reglamento Interno de Trabajo, son cuatro los tipos de medidas disciplinarias: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones y despido, y las mismas deben ser aplicadas tomando en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos.
- 9) Un tercer aspecto, cuestionable desde todo punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la emplazada al momento de efectuar el acopio de las supuestas pruebas a utilizarse contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su derecho de defensa. Sobre el particular, este Colegiado enfatiza que aunque la empresa demandada alega la comisión de falta grave en los términos anteriormente descritos, ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa.
- 10) Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, resid  en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondian. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le

ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos.

- 11) Resulta igualmente contradictorio que si la constatación notarial simplemente se limitó a dar cuenta de la existencia de correos pornográficos supuestamente remitidos desde la computadora del recurrente, don Rafael Francisco García Mendoza, a la computadora del trabajador Javier Arévalo Sattler, (posteriormente asignada a don Roger Armando Zagaceta Jarrin), se haya procedido a formular cargos incriminatorios sin verificar, en su momento y en la forma debida, si la remisión de tales correos provenían, o no, de la citada maquina asignada al recurrente. En lugar de ello, la demandada no solo le otorgó certeza total a la citada verificación preliminar, sino que el mismo día en que le cursó la carta de imputación de cargos (13 de junio de 2002), dispuso prohibir el ingreso al recurrente a su centro de trabajo, conforme se acredita con las constataciones policiales de fojas 23 y 24 de autos.
- 12) Queda claro que con este proceder la demandada no solo no acreditó, en ningún momento, que de la computadora del recurrente hubiesen provenido los correos calificados de pornográficos, sino que impidió que el demandante pudiese hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para hacer sus descargos. Debe igualmente puntualizarse que aunque el artículo 31º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR permite que el empleador exonere al trabajador de asistir a su centro de labores a efectos de realizar sus descargos de ley frente a una imputación, ello opera solo en los supuestos en que tal exoneración no perjudique el derecho de defensa. En el caso de autos, resultaba evidente que por las características de la imputación realizada, no solo era conveniente, sino necesario, para la defensa del trabajador, poder acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos. La demandada no solo exoneró de sus labores al recurrente sin que en su caso resultara pertinente dicha medida, sino que, abusando de sus prerrogativas o distorsionando los alcances del dispositivo antes referido, le impidió al trabajador, aun antes de ser despedido, ingresar a su centro de labores.
- 13) Un cuarto aspecto que, a pesar de sus alcances colaterales, se encuentra directamente relacionado con lo que aquí se ha venido analizando, tiene que ver con la implicancia que el procedimiento seguido contra el recurrente pudo haber tenido con relación a sus derechos constitucionales a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones. En efecto, de la constatación notarial se aprecia que fue el subgerente de Recursos Humanos de SERPOST, don Roger Armando Zagaceta Jarrin, quien solicitó la intervención de Notario Público a fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora que a dicho funcionario se le dio para trabajar. El citado instrumento consigna expresamente que *“ [...]el señor Roger Armando Zagaceta Jarrin [...] manifestó que era de la Subgerencia de Recursos Humanos y me señaló el escritorio principal donde había una computadora [...] la cual se encontraba encendida y funcionando. Activando el sistema de correo electrónico que tiene el encabezado Javier*

*Arévalo Inbox Lotus Notes aparecen en la pantalla los correos electrónicos que han sido recibidos en dicha computadora, momento en el que el señor Roger Armando Zagaceta Jarrín me manifiesta que ese mismo día, en las primeras horas de la mañana, al revisar los archivos de dicha computadora, que anteriormente estuvo reservada al señor Javier Arévalo encontró cuatro correos electrónicos de contenido pornográfico que habían sido remitidos desde otra computadora de SERPOST, asignada al señor Rafael García, los cuales deseaba que constatará en su existencia y contenido”.*

- 14) De los párrafos precedentes pueden desprenderse, por de pronto, las siguientes conclusiones: **a)** que no fue en la computadora del recurrente donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados, sino en la de un tercero, quien incluso no resulta ser el destinatario de los mismos, sino un nuevo usuario del equipo de cómputo que antes perteneció al verdadero receptor de tales mensajes; **b)** que pese a que los correos enviados pertenecieron a otra persona, en este caso, al señor Javier Arévalo, el señor Roger Zagaceta procedió *motu proprio* a abrirlas y revisarlas sin encontrarse autorizado por quien, en todo caso, era el único y excluyente destinatario de los mismos; **c)** no se conoce denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado, y no la persona que ha promovido la denuncia.
- 15) Paralelamente a la instrumental antes referida y a las consideraciones efectuadas en torno de la misma, cabe agregar que en el momento en que la demandada procedió a revisar el equipo de cómputo del recurrente, hecho que se produce el mismo día en que se le cursa la carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso a su centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, lo que, en todo caso, pudo haber abierto paso a una nueva discusión omitida por la emplazada: la de saber si de alguna forma pudieron haberse manipulado las vías informáticas, con el objeto de hacer aparecer al recurrente como el remitente de los mensajes cuestionados. Por otra parte, es un hecho inobjetable que si no existía certeza plena respecto del supuesto remitente, debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada, y no a una decisión inmediata como la cuestionada en el presente proceso.
- 16) Aunque, en el presente caso, podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse, queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable.

- 17) Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.
- 18) En efecto, conforme lo establece el artículo 2º, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.
- 19) Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23º de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.
- 20) Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los



objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.

- 21) Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.
- 22) La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.
- 23) Este Colegiado considera, por lo tanto, que en cualquiera de los supuestos en que sea observado el procedimiento seguido contra el recurrente, este resulta absolutamente inconstitucional. Ello, no obstante, no significa que el empleador carezca de medios adecuados para fiscalizar la labor del trabajador y la eficiencia de las responsabilidades que al mismo se le encomienda; pero es un hecho que la implementación de tales medios no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental.

- 24) Queda por señalar que, a pesar de ser fundada la presente demanda, conforme al extremo principal del petitorio, el referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir resulta improcedente, ya que, como lo tiene definido este Tribunal, dicho pago tiene naturaleza indemnizatoria y no, obviamente restitutoria, por lo que no es esta la vía en la que corresponda atender tal pedido, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de reclamarlo en la forma legal que corresponda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. Ordena que la emplazada reponga a don Rafael Francisco García Mendoza en el puesto de trabajo que venía desempeñando hasta el 22 de junio de 2002.
3. **IMPROCEDENTE** el extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, conforme al fundamento 24, *supra*.

Notifíquese y publíquese.

SS

**ALVA ORLANDINI  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA**

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**SALA PENAL DE APELACIONES**

Incidente	: 00182-2011-3-1826-JR-PE-02
Asistente Jurisdiccional Ministerio Público	: Haydeé Luisa Barreto Polo. : Quinta Fiscalía Superior Especializada En delitos de Corrupción de Funcionarios.
Investigado	: Ñopo Fernández Miguel Santiago
Delito	: Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo.

**Resolución N° 04**  
Lima, dieciocho de julio  
del dos mil doce.-

**AUTOS Y ÓRDOS:** En audiencia pública, la apelación formulada por el imputado Miguel Santiago Ñopo Fernández contra la resolución número 2 emitida en audiencia de fecha 13 de junio del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara infundado el pedido de tutela solicitado por el mencionado imputado, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha incorporado como dato de investigación al proceso, mediante la disposición N° 28 de formalización de la investigación preparatoria; interviniendo como ponente la señora Juez Superior Sara Maita Dorregaray; y **ATENDIENDO:**

**PRIMERO:** De los agravios del apelante.

1.- En su escrito de apelación, el imputado Ñopo Fernández argumenta que se ha vulnerado su derecho constitucional al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones así como a su intimidad personal. Y que la juzgadora ha vulnerado el marco legal al señalar que la grabación efectuada sin su consentimiento por Herald Andrés Gamarra Chura en cuanto a su persona sería legal y por tanto puede ser actuada dentro del proceso.

Para sustentar sus agravios esgrime sentencias del Tribunal Constitucional en las que según alega, tal órgano determina que deben rechazarse las pruebas obtenidas sin consentimiento del agraviado, y que estas sentencias son vinculantes. Además, la prueba cuestionada viola su derecho a la no autoincriminación recogido por la Constitución, y el Juez debe aplicar el derecho que corresponda. Que el Tribunal

Constitucional no distingue y en la Sentencia del Expediente 655-2020 señala que prueba prohibida es todo, no es parcial, basta que no haya tenido mandato judicial.

**SEGUNDO: Argumentos del Ministerio Público:**

En la audiencia de apelación, el Ministerio Público señala que, se dispuso formalizar investigación preparatoria contra Ñopo, Ramírez y otros, por ser presuntos autores de Colusión. Que el CD impugnado fue entregado por el abogado de Gamarra, siendo una conversación sostenida entre tales imputados.

Que la inviolabilidad de comunicaciones se refiere a las llamadas telefónicas y ello no ocurre en este caso, por lo que el argumento de la defensa debe ser desestimado.

En cuanto al derecho a la intimidad, afirma que existe una posición doctrinaria que indica que la grabación de la conversación entre dos personas no vulnera tal derecho cuando se trata de una conducta ilícita, como Ascencio Mellado lo señala en su obra "Prueba Ilícita y lucha contra la corrupción".

Agrega que la Corte Suprema en varios casos ha establecido los requisitos para tener como legítima la grabación de una conversación privada, como son el que tenga conocimiento de la grabación uno de los interlocutores, que no se afecte el derecho a la intimidad, y éstos requisitos no han sido vulnerados por el Ministerio Público, que ha practicado actos de investigación, y al no existir prueba prohibida, pide se confirme la apelada.

**TERCERO: Fundamentos de la resolución impugnada:**

En la resolución recurrida, la señora Juez señala que la conversación sostenida entre el recurrente Ñopo y el imputado Gamarra fue una conversación privada, habiendo sido grabada en su integridad por este último, quien la presentó al Ministerio Público, habiéndose incorporado a la investigación.

Sustenta su resolución en el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 11 de diciembre del año 2004, llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, afirmando que, si bien es cierto dicho acuerdo se adoptó cuando era de aplicación el Código de Procedimientos Penales, el mismo forma parte de la doctrina nacional aplicable, haciendo suya tal posición, en la que se sostiene que en relación a la prueba ilícita, la Teoría del riesgo es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logradas por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, y su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito, o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

**CUARTO: Fundamentos del Colegiado:**

La materia a resolver, gira en torno a determinar si la conversación habida entre el imputado recurrente Miguel Santiago Ñopo Fernández y su co-imputado Herald Andrés Gamarra Chura, grabada por este último sin consentimiento del apelante Ñopo Hernández y sin orden judicial, puede considerarse prueba prohibida y por tanto debe ampararse el pedido de exclusión del referido material probatorio.<sup>1</sup>

Al respecto, es del caso precisar que:

4.1.- En cuanto al tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, el Código Procesal Penal ha recogido el criterio estricto de la misma, en el artículo VIII del Título Preliminar así como en su artículo 159°. Por cuanto conforme a la doctrina y la jurisprudencia nacional, es posible distinguir entre el criterio estricto de la prueba ilícita (o prueba prohibida) y el criterio amplio (prueba irregular o ilegal).

Entendiéndose por prueba ilícita o prueba prohibida, como lo define el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable.

La prueba ilícita, se entiende como el medio de prueba obtenido fuera del proceso, en violación de derechos constitucionales, esto es, los derechos fundamentales de las personas.

Asimismo, San Martín Castro, citado por Talavera Elguera<sup>3</sup> señala que, "tratándose de derechos fundamentales de naturaleza procesal(...), en principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional".

<sup>1</sup> Como ya se ha señalado anteriormente por este colegiado en los incidentes N° 5-2011-20 (Resolución del 08.09.11) y 153-2011-1 (Resolución del 25.22.11) así como en la sentencia del Exp. 5-2011-3 (Resolución del 12.04.12), el pedido destinado a la exclusión de elementos probatorios que la defensa considera violatorios de sus derechos, es posible ser formulado mediante la Tutela de Derechos en las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, conforme a lo previsto por el inciso 4 del artículo 71° del Código Procesal Penal y en el Acuerdo Plenario N° 4-2010.

Así como también, la exclusión de elementos probatorios puede ser planteada en la audiencia preliminar de la etapa intermedia, como se prevee en los artículos 351° y 352° del código adjetivo citado, concordados con el artículo 155° del mismo cuerpo legal.

<sup>2</sup> EXP.N° 2053-2003-HC/TC. Sentencia del 15.09.2003.Caso:Edmi Lastra Quiñón.

<sup>3</sup> TALAVERA ELGUERA, Pablo. LA PRUEBA en el nuevo proceso penal. AMAG, Lima, marzo 2009.

4.2.- También se contemplan en la doctrina diversas excepciones a la teoría de la prueba ilícita, entre las que se encuentra la Teoría del Riesgo<sup>4</sup>, que se justifica en el riesgo a la delación que voluntariamente asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. (El subrayado es nuestro).

Al respecto, Reaño Peschiera<sup>5</sup> señala que, "A mi juicio, la grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su invalidez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y válidas siempre que: a) al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación; y b) el contenido utilizable de la conversación no pertenezca al ámbito privado o íntimo de los interlocutores grabados, lo cual no sucederá cuando ella esté referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución sea de carácter público, lo cual ocurrirá generalmente.(...) no puede fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite la escuchas, esto es, en tales casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor". (El subrayado es nuestro).

La Teoría del Riesgo también ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República<sup>6</sup>, en la cual se ha señalado que: "La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su co-partípepe Vladimiro Montesinos Torres(...).

*Por lo que es a él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del <venire contra factum proprium> (no se puede actuar contra los hechos propios). En tal orden de ideas, la incautación por parte del Estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado. (...) deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad(...)*".

Agregado a ello, el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del año 2004 también recoge la Teoría del Riesgo antes citada.

Asimismo, este colegiado ha adoptado la Teoría del Riesgo en la resolución N° 2 del 25.11.11, expedida en el incidente N° 153-2011-1.

<sup>4</sup> NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Editorial Moreno S.A., Lima, Julio 2010.

<sup>5</sup> REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de Peculado y Tráfico de Influencias. Jurista Editores. Lima, 2004.

<sup>6</sup> Expediente 21-2001- "caso de miembro del Tribunal Constitucional".

4.3.- Por otro lado, en cuanto a lo alegado por la defensa respecto a que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Escher y otros contra el Estado de Brasil, del 06.07.09 ha señalado que el artículo 11° de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, protege "las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas", afirmando que ello abarca todo otro elemento del proceso comunicativo mismo.

Es del caso precisar que en dicha sentencia, la C.I.D.H. señala que "En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación". (El resaltado es nuestro).

De lo que se desprende que, lo señalado por la Corte está referido a supuesto distinto al que es materia de autos, referido a una interceptación telefónica efectuada por las autoridades respecto a conversaciones de particulares, y no a la grabación de la conversación precisamente, por uno de los propios interlocutores. Por lo que dicha resolución no puede servir de sustento a lo alegado por la defensa.

4.4.- En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 010-2000-AI/TC del 03.01.03, que según afirma el apelante, es precedente vinculante para todos los poderes del Estado, en la que se señala que todo derecho constitucional como el de la prueba se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones derivadas tanto de la necesidad de que estas sean armonizadas en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, es del caso señalar que, efectivamente, la precitada sentencia en su parte resolutoria dispone que sea vinculante para todos los operadores jurídicos los criterios de interpretación de los fundamentos jurídicos que ahí se especifican, encontrándose entre ellos el número 104 de la página 39.

Así, en tal fundamento el Tribunal Constitucional reconoce que "Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y específicamente a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente cuyo propósito es realizar un control en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas". (El resaltado es nuestro).

Por tanto, dicha sentencia no se contrapone al presente caso concreto analizado en esta resolución, no sirviendo de sustento a los alegatos de la defensa.

4.5.- Asimismo, el apelante argumenta que en las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes N°02333-2004-HC/TC del 12.08.04 y N°00655-2010-PHC/TC del 27.10.10, se recoge el mismo principio constitucional y por tanto nos encontramos ante una prueba prohibida.

a) Sin embargo, se puede apreciar de la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 2333-2004-HC/TC, en el considerando 2.5, que el referido Tribunal se remite a los señalado previamente en el expediente N° 010-2000-AI/TC analizado precedentemente, por lo que, con la misma razón expuesta en el numeral 4.2.4 de la presente resolución, tal jurisprudencia constitucional no se contradice con lo fundamentado en el presente Auto y no puede servir de sustento a lo argumentado por la defensa.

b) Por otro lado, en el expediente N° 655-2010-PHC/TC, invocado por el apelante, el Tribunal Constitucional emite sentencia en el caso de Alberto Quimper Herrera. Sentencia en la cual, el citado Tribunal reitera las consideraciones de la sentencia expedida en el expediente N° 2333-2004-HC/TC precedentemente mencionado en el literal de este considerando 4.2.5, y agrega en forma general que *"En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud"*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en dicha sentencia reseña las normas constitucionales y las del Código Procesal Penal del 2004, en las que se prevé la prueba prohibida, habiéndose hecho referencia a las relacionadas al caso y aplicadas por este colegiado en el considerando 4.2.1 de la presente resolución.

Del mismo modo, en la citada Sentencia, el Tribunal releva el Caso Escher y otro vs. Brasil, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya ha sido analizado en el considerando 4.2.3 de la presente resolución, de lo que se concluye que dicho caso está referido a supuesto distinto al que es materia de autos, por lo que dicha resolución de la Corte no puede servir de sustento a lo alegado por la defensa.

Además, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que los criterios analizados también han sido utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Schenk vs. Suiza, del 12 de julio de 1988, en el que se precisó que no se puede *"excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente"* porque sólo *"le corresponde averiguar si el proceso"* considerado *"en su conjunto fue un proceso justo"*.

Y atendiendo, a que en el expediente N° 655-2010-PHC/TC se trataba de la interceptación de conversaciones telefónicas del beneficiario de la acción de habeas

6



corpus, que no fueron interceptadas por agentes del Estado, siendo ello supuesto distinto al que es materia de autos, en el que se cuestiona la grabación de la conversación efectuada precisamente por uno de los propios interlocutores, por tal razón, la referida sentencia, no puede servir de sustento a las alegaciones de la defensa.

4.6.- Por último, el recurrente pretende sostener sus argumentos en las sentencias del Tribunal Constitucional expedidas en los Expedientes N° 976-2001-AA/TC del 13.03.2003, N° 0011-2004-AI/TC y otros acumulados de fecha 21-09-2004 y N° 2863-2002-AA/TC del 29.01.2003.

a) Al respecto, es del caso precisar que en el expediente N° 976-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional hace referencia a los derechos fundamentales y específicamente al caso de eventuales abusos en las relaciones entre privados, señalando que para que estos casos sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional. No refiriéndose tal sentencia en modo alguno a casos como el que es materia de autos, no puede ser aplicada para sustentar los argumentos del apelante.

b) Asimismo, en el expediente N° 0011-2004-AI/TC, si bien es cierto el Tribunal Constitucional precisa el contenido esencial del derecho a la intimidad personal, señalando que éste hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya revelación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, ello se encuentra referido en dicha sentencia al secreto bancario, afirmándose que este último, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal. Caso no aplicable al presente, y que en modo alguno sustenta la tesis de la defensa, pues esta última no ha señalado de qué manera se afectaría su derecho a la intimidad, más aún, si en la audiencia de apelación, el propio imputado ha referido que la conversación grabada y cuestionada con la tutela de derechos, no lo involucra en ningún acto ilícito, por lo que mal puede alegar intimidad alguna.

c) Así también, en el expediente N° 2863-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional si bien es cierto trata sobre el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, no es menos cierto que se refiere al caso de la interceptación de comunicaciones por terceros así como cuando estos terceros acceden al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizados para ello; supuesto de hecho que difiere del presente caso en el que se cuestiona la conversación grabada por uno de los interlocutores. Por tanto, esta sentencia tampoco puede servir de sustento a los argumentos del apelante.

4.7.- Finalmente, se tiene en autos la copia del acta de escucha, revisión de transcripción y reconocimiento de voz del audio contenido en el CD presentado por la persona de Helard Andrés Gamarra Chura; advirtiéndose del contenido de la grabación

7

cuestionada por la defensa, que no se hace alusión a temas vinculados a la intimidad personal del recurrente presuntamente afectado por ello.

4.8.- En conclusión, en el caso de autos, la resolución impugnada que deniega el pedido de nulidad y exclusión del CD que contiene la comunicación entre los investigados Miguel Santiago Nopo Fernández y Herald Andrés Gamarra Chura, se encuentra arreglada a la Constitución, la ley, la jurisprudencia y doctrina antes mencionadas, pues, conforme se ha expuesto, es de aplicación al caso la Teoría del Riesgo antes explicitada, por lo que la conversación habida entre el imputado Herald Andrés Gamarra Chura con el imputado Miguel Santiago Nopo Fernández, presuntamente grabada por Gamarra Chura y entregada al Ministerio Público por él mismo, no puede considerarse prueba prohibida o ilícita y por ende, no puede ser amparado el pedido de exclusión del referido material probatorio.

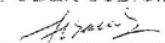
Fundamentos por los cuales, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, **RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución apelada número 2 de fecha 13 de junio del año en curso, expedida por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, que declara INFUNDADO el pedido de tutela solicitado por el mencionado imputado, respecto al medio probatorio correspondiente a un CD que el Ministerio Público ha incorporado como dato de investigación al proceso, mediante la disposición N° 28 de formalización de la investigación preparatoria; con lo demás que contiene. Notificándose.

SS.

  
CASTAÑEDA OTSU

  
SALINAS SICCHA

  
MAITA DORREGARAY

PODER JUDICIAL  
  
HAYDEE BARRETO POLO  
JUEZA EN FUNCIÓN DE  
SALA DE APTELACIONES  
DEL TRIBUNAL REGIONAL  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

# TESIS FINAL

---

## INFORME DE ORIGINALIDAD

---

5%

INDICE DE SIMILITUD

5%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

1%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

---

## FUENTES PRIMARIAS

---

1

[hdl.handle.net](https://hdl.handle.net)

Fuente de Internet

5%

---

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Activo

# TESIS FINAL

---

INFORME DE GRADEMARK

---

NOTA FINAL

COMENTARIOS GENERALES

**/19**

---

PÁGINA 1

---

PÁGINA 2

---

PÁGINA 3

---

PÁGINA 4

---

PÁGINA 5

---

PÁGINA 6

---

PÁGINA 7

---

PÁGINA 8

---

PÁGINA 9

---

PÁGINA 10

---

PÁGINA 11

---

PÁGINA 12

---

PÁGINA 13

---

PÁGINA 14

---

PÁGINA 15

---

PÁGINA 16

---

PÁGINA 17

---

PÁGINA 18

---

PÁGINA 19

---

PÁGINA 20

---

PÁGINA 21

---

PÁGINA 22

---

PÁGINA 23

---

PÁGINA 24

---

PÁGINA 25

---

PÁGINA 26

---

PÁGINA 27

---

PÁGINA 28

---

PÁGINA 29

---

PÁGINA 30

---

PÁGINA 31

---

PÁGINA 32

---

PÁGINA 33

---

PÁGINA 34

---

PÁGINA 35

---

PÁGINA 36

---

PÁGINA 37

---

PÁGINA 38

---

PÁGINA 39

---

PÁGINA 40

---

PÁGINA 41

---

PÁGINA 42

---

PÁGINA 43

---

PÁGINA 44

---

PÁGINA 45

---

PÁGINA 46

---

PÁGINA 47

---

PÁGINA 48

---

PÁGINA 49

---

PÁGINA 50

---

PÁGINA 51

---

PÁGINA 52

---

PÁGINA 53

---

PÁGINA 54

---

PÁGINA 55

---

PÁGINA 56

---

PÁGINA 57

---

PÁGINA 58

---

PÁGINA 59

---

PÁGINA 60

---

PÁGINA 61

---

PÁGINA 62

---

PÁGINA 63

---

PÁGINA 64

---

PÁGINA 65

---

PÁGINA 66

---

PÁGINA 67

---

PÁGINA 68

---

PÁGINA 69

---

PÁGINA 70

---

PÁGINA 71

---

PÁGINA 72

---

PÁGINA 73

---

PÁGINA 74

---

PÁGINA 75

---

PÁGINA 76

---

PÁGINA 77

---

PÁGINA 78

---

PÁGINA 79

---

PÁGINA 80

---

PÁGINA 81

---

PÁGINA 82

---

PÁGINA 83

---

PÁGINA 84

---

PÁGINA 85

---

PÁGINA 86

---

PÁGINA 87

---

PÁGINA 88

---

PÁGINA 89

---

PÁGINA 90

---

PÁGINA 91

---

PÁGINA 92

---

PÁGINA 93

---

PÁGINA 94

---

PÁGINA 95

---

PÁGINA 96

---

PÁGINA 97

---

PÁGINA 98

---

PÁGINA 99

---

PÁGINA 100

---

PÁGINA 101

---

PÁGINA 102

---

PÁGINA 103

---

PÁGINA 104

---

PÁGINA 105

---

PÁGINA 106

---

PÁGINA 107

---

PÁGINA 108

---

PÁGINA 109

---

PÁGINA 110

---

PÁGINA 111

---

PÁGINA 112

---

PÁGINA 113

---

PÁGINA 114

---

PÁGINA 115

---

PÁGINA 116

---

PÁGINA 117

---

PÁGINA 118

---

PÁGINA 119

---

PÁGINA 120

---

PÁGINA 121

---

PÁGINA 122

---

PÁGINA 123

---

PÁGINA 124

---

PÁGINA 125

---



PÁGINA 126

---

PÁGINA 127

---

PÁGINA 128

---

PÁGINA 129

---

PÁGINA 130

---

PÁGINA 131

---

PÁGINA 132

---

PÁGINA 133

---

PÁGINA 134

---

PÁGINA 135

---

PÁGINA 136

---

PÁGINA 137

---

PÁGINA 138

---

PÁGINA 139

---

PÁGINA 140

---

PÁGINA 141

---

PÁGINA 142

---

PÁGINA 143

---

PÁGINA 144

---

PÁGINA 145

---

PÁGINA 146

---

PÁGINA 147

---

PÁGINA 148

---

PÁGINA 149

---

PÁGINA 150

---

PÁGINA 151

---

PÁGINA 152

---

PÁGINA 153

---

PÁGINA 154

---

PÁGINA 155

---

PÁGINA 156

---

PÁGINA 157

---

PÁGINA 158

---

PÁGINA 159

---

PÁGINA 160

---

PÁGINA 161

---

PÁGINA 162

---

PÁGINA 163

---

PÁGINA 164

---

PÁGINA 165

---

PÁGINA 166

---

PÁGINA 167

---

PÁGINA 168

---

PÁGINA 169

---

PÁGINA 170

---

PÁGINA 171

---

PÁGINA 172

---

PÁGINA 173

---

PÁGINA 174

---

PÁGINA 175

---

PÁGINA 176

---

PÁGINA 177

---

PÁGINA 178

---

PÁGINA 179

---

PÁGINA 180

---

PÁGINA 181

---

PÁGINA 182

---

PÁGINA 183

---

PÁGINA 184

---

PÁGINA 185

---

PÁGINA 186

---

PÁGINA 187

---

PÁGINA 188

---

PÁGINA 189

---

PÁGINA 190

---

PÁGINA 191

---

PÁGINA 192

---

PÁGINA 193

---

PÁGINA 194

---

PÁGINA 195

---

PÁGINA 196

---

PÁGINA 197

---

PÁGINA 198

---

PÁGINA 199

---

PÁGINA 200

---

PÁGINA 201

---

PÁGINA 202

---

PÁGINA 203

---

PÁGINA 204

---

PÁGINA 205

---

PÁGINA 206

---

PÁGINA 207

---

PÁGINA 208

---

PÁGINA 209

---