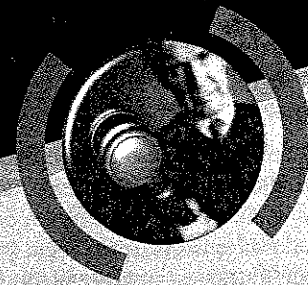


JURISPRUDENCIA PENAL Y PROCESAL PENAL



INFORME JURISPRUDENCIAL

ENTRE CORCHETES
COMENTARIOS Y ANOTACIONES

La prueba prohibida en la jurisprudencia nacional	197
Retardo mental leve no impide elevar prudencialmente la pena	207
Procesados en el caso Marco Antonio son condenados por robo con muerte subsecuente y no por asesinato	212
Condenan a chofer que atropello al periodista Ivo Dutra por homicidio simple con dolo eventual	220
No existe la necesidad de señalar un canon de motivación de los autos sobre prisión preventiva en vía de apelación	234

Informe jurisprudencial

LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Julio ESPINOZA GOYENA^(*)

TEMA RELEVANTE

El autor analiza los criterios que ha sostenido la jurisprudencia nacional, tanto constitucional como ordinaria, sobre la prueba prohibida, mostrando los aciertos y desaciertos de cada una de ellas. Estudia también la regulación que ha merecido dicho instituto en el Código Procesal Penal de 2004 afirmando que dicho cuerpo normativo ha fijado que la garantía de proscripción de la prueba prohibida acompaña al imputado durante todo el proceso, pues no solo se trata de una prohibición de obtención sino también de incorporación de material probatorio al proceso.

INTRODUCCIÓN

Como es conocido, uno de los temas de mayor discusión en la dogmática procesal penal es precisamente el que motiva estas líneas y respecto del cual se han expuesto diferentes fundamentos según el sistema o raíz jurídica desde

donde se analice el problema⁽¹⁾. La doctrina nacional no ha sido indiferente a esta cuestión y en los últimos años —inclusivo meses— se han conocido importantes aportes a la discusión no solo desde una estricta óptica procesal penal sino también constitucional⁽²⁾. La jurisprudencia local

(*) Profesor de Derecho Procesal Penal de la P.U.C.P. y de la A.M.A.G.

(1) La síntesis más actual y precisa incluyendo la cita de jurisprudencia comparada se encuentra en: MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. III. Parte general - actos procesales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 107 y ss.

(2) Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "El problema de la prueba ilícita". En: *Proceso y Constitución*. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Procesal llevado a cabo en el Campus de la P.U.C.P. entre el 10 y el 13 de mayo de 2011. ARA Editores, Lima, 2011, p. 383 y ss.

ha dicho también lo suyo, a partir de pronunciamientos de la jurisdicción penal y constitucional que en más de una oportunidad aparecen distantes y acaso contrapuestos⁽³⁾.

En ese entendido, es propósito del presente trabajo sintetizar cuál es el estado de la cuestión en el derecho nacional, a partir de los postulados que sobre tan complejo problema ha planteado nuestra jurisprudencia y a partir de ello, esbozar algunas líneas de interpretación y sobre todo de aplicación del marco normativo que incorpora el Código Procesal Penal sobre la materia.

Desde ya adelante, en una línea de contexto, que no es tarea fácil tomar una posición terminante, máxime en un momento en el que la regla de exclusión –forjada como se sabe por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del fallo “Weeks vs. U.S” en 1914– se encuentra en franca crisis, situación que se verifica cuando observamos en el derecho comparado la variada gama de “excepciones” y teorías que bajo diversas argumentaciones –unas más sofisticadas que otras– sostienen la validez de pruebas obtenidas luego de la afectación de un derecho fundamental y que al final de cuentas han logrado convertir a la “regla” en una excepción y a las excepciones en regla. Conocidas son las teorías de la fuente independiente, descubrimiento inevitable, buena fe, ponderación de intereses, seguridad ciudadana, conexión de antijuridicidad, caso probable, etc. Así las cosas, es claro que la historia de la regla de exclusión es al mismo tiempo la historia de su constante reducción, situación que también se refleja en nuestra jurisprudencia nacional más reciente que, independientemente de las normas contenidas en el CPP, ha venido acogiendo las diversas teorías que permiten flexibilizar la denominada regla de exclusión. A guisa de ejemplo, véase el Pleno de Jueces Superiores realizado en Trujillo el 11 de diciembre del año 2004 en el que se acordó admitir las denominadas teorías de la buena fe, del riesgo y de la ponderación de intereses para poder valorar pruebas obtenidas inicialmente con vulneración de un derecho fundamental⁽⁴⁾. Es innegable entonces, como afirma MARTÍNEZ GARCÍA, al comentar la evolución del tema en la

jurisprudencia española, que se está produciendo el desmantelamiento de la regla de exclusión, conforme aconteció en la era Nixon⁽⁵⁾.

I. DESLINDE TERMINOLÓGICO

Son bastante variadas las denominaciones que la teoría, así como la jurisprudencia emplean para referirse a este complejo fenómeno probatorio; así por ejemplo, la de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso prueba clandestina⁽⁶⁾.

Como bien anota Guariglia, esta “inflación conceptual” y sus inevitables costos en términos de claridad y precisión no obedecen –o al menos no exclusivamente– a la existencia de distintas aproximaciones al fenómeno de la prueba irregularmente adquirida en derecho comparado, sino que aun en el marco de un mismo derecho nacional el intérprete a menudo se enfrenta a una proliferación de conceptos y fórmulas, a veces incluso incompatibles entre sí⁽⁷⁾.

En efecto, basta solo dar una mirada a la doctrina y jurisprudencia nacional para advertir la falta de uniformidad en la denominación del tema. Así por ejemplo, mientras que San Martín Castro⁽⁸⁾ utiliza la categoría **prueba prohibida**, Talavera Elguera⁽⁹⁾ se refiere a la **prueba ilícita**. Ocurre lo mismo cuando observamos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha utilizado una y otra denominación; así por ejemplo, en el caso Lastra Quiñones (STC N° 2053-2003-HC/TC) se emplea el término **prueba ilícita** entendida como “(...) aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal (...)”, mientras que en el caso Químper Herrera se utiliza el de **prueba prohibida** entendida como un derecho fundamental (STC N° 00655-2010-PHC/TC).

Para los fines de esta ponencia y, siguiendo en esto la línea de Maier así como a la mayoritaria doctrina española⁽¹⁰⁾, emplearemos la denominación de prueba prohibida,

(3) Una recopilación ordenada de jurisprudencia nacional en: CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Jurista Editores, Lima, 2009.

(4) *Ibidem*, p. 231.

(5) MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 218.

(6) Cf. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. J.M. BOSCH Editor, Madrid, 2004, p. 18.

(7) GUARIGLIA, Fabricio. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 4.

(8) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 870 y 871.

(9) TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. AMAG, Lima, 2009, pp. 149 y 150.

(10) Por todos, ASECIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*. INPECCP, Fondo Editorial, Lima, 2008.

sin embargo, tenemos claro que es innecesario detenernos en toda la discusión acerca del etiquetamiento de la teoría, pues, el problema medular que es del caso resolver tiene que ver con los alcances de dicha prohibición y, de ser el caso, los fundamentos para su aplicación o excepción al caso concreto. Por lo demás, el CPP acoge el término prueba prohibida, como se puede leer en el artículo 155.2.

II. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Si bien ha sido el CPP el que incorporó al derecho nacional normas explícitas acerca de la prueba prohibida, la jurisprudencia generada precisamente a partir del año 2004 nos brinda algunas directrices sobre la cuestión que intentaremos sintetizar a continuación.

1. Caso Serpost (STC N° 1058-2004-AA/TC)⁽¹¹⁾

La síntesis de los hechos es la siguiente: un empleador de la empresa Serpost solicitó a un Notario Público que revise los correos electrónicos que obraban en una computadora, encontrándose así cuatro correos electrónicos con contenido pornográfico, los mismos que habrían sido enviados —supuestamente— por el señor Rafael García (ex-empleado de Serpost) a un compañero de trabajo, lo cual a criterio de los funcionarios competentes de dicha empresa constituía una falta grave y por ello una causal de despido. El tema de controversia es entonces el efecto del acopio de pruebas, por parte del empleador, afectando derechos fundamentales del empleado para luego, sustentar un despido laboral.

El TC, declaró fundada la acción de amparo y ordenó que se repusiera en su centro laboral al trabajador. El Fundamento 22 de dicho fallo estableció lo siguiente: “(...) conforme lo establece la última parte del artículo 2, 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 (...)”.

Como puede observarse, en este primer fallo se afirmó la prevalencia del derecho constitucional a la inviolabilidad

de las comunicaciones y de la privacidad de los documentos, por encima del interés del empleador en sancionar una aparente conducta laboral. Al mismo tiempo se aplicó de manera implícita, pero clara, el postulado de la regla de exclusión, aunque sin hacer mayor referencia al alcance y contenido de esta. Era entonces relativamente menos complejo el problema planteado, pues, incluso en una línea de ponderación, resultaba claro que la sanción de una infracción laboral no podría en modo alguno imponerse a la protección de un derecho fundamental.

Coincidencia o no, no deja de llamar la atención que, al igual de lo ocurrido en España con la STC N° 114/1984, del 26 de noviembre, el primer fallo trascendente en el que nuestro TC aplica criterios de exclusión de prueba prohibida tiene su origen en un conflicto de carácter laboral y no precisamente penal.

2. Caso Linares (Exp. N° 24-06-HC, Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel)

Este segundo e importante caso hace referencia a la incorporación e inicio de una investigación fiscal sobre la base de una grabación realizada por un tercero de una conversación telefónica realizada entre dos particulares, la misma que revelaría supuestos actos de interés penal. La Sala Superior que emitió sentencia en segunda y última instancia en el proceso de hábeas corpus interpuesto contra la Disposición Fiscal que inició la investigación preliminar, resolvió declarar fundada la acción de garantía en el extremo del debido proceso conexas a la libertad individual y en consecuencia declaró nula y sin valor legal alguno la prueba constituida por una cinta de audio que grabó las comunicaciones de los accionantes⁽¹²⁾.

El fundamento central de dicha resolución fue considerar que “dicha intervención telefónica (...) se ha conseguido vulnerando principios fundamentales reconocidos en la Carta Magna, y tan es así que está latente su utilización al darle un valor probatorio con la formalización de la denuncia, constituyendo, por ende, una amenaza a su libertad individual, toda vez que puede generarse una medida cautelar de aprehensión personal; que, al no existir en autos autorización judicial alguna que acredite la intervención telefónica y su posterior grabación de sus comunicaciones, se desprende que se ha vulnerado lo dispuesto por el inciso décimo del artículo segundo, en concordancia con el inciso tercero del numeral ciento treinta y nueve de la Constitución del Estado, tanto más que pese a existir una norma que regula la intervención telefónica, no se

(11) De fecha 18 de agosto de 2004.

(12) Publicada en el diario *El Peruano* el jueves 28 de setiembre de 2006, Separata de procesos constitucionales, p. 8110 y ss, suscrita por los jueces superiores Pariona Pastrana, Carranza Paniagua y Zapata Carvajal.

ha cumplido los requisitos establecidos en la Ley número veintisiete mil seiscientos noventa y siete, consecuentemente dicha prueba aportada a la investigación preliminar de la Fiscalía Provincial Penal Especial deviene en ilícita (...)."

Este caso, que corresponde al antiguo régimen procesal, afirmó de manera clara la regla de exclusión y, concluyó sin más reparo que no había posibilidad de relativizar la evidente afectación de un derecho fundamental, más aún cuando la iniciada investigación fiscal preliminar no tenía posibilidad de generarse a partir de una fuente diferente o paralela. Si bien es cierto en este caso, la jurisdicción constitucional no dispuso el archivo definitivo de la investigación fiscal preliminar, no deja de ser importante, en términos de protección de un proceso con las debidas garantías, haber declarado inutilizable la referida evidencia.

3. Caso "El Polo" (R.N. Nº 4824-2005)⁽¹³⁾

Denominaremos a este caso "El Polo". En el proceso penal por delito de terrorismo respecto del conocido atentado al Centro Comercial El Polo, se planteó la discusión acerca de los resultados y efectos probatorios de un allanamiento y registro domiciliario realizado sin orden judicial alguna.

Personal de la PNP en un operativo llamado "Ojo Demolición 2002" destinado a la identificación, detención, ubicación y captura de presuntos terroristas, allanó el domicilio de dos personas requisitorias, con la presencia tardía de un representante del Ministerio Público y sin autorización judicial alguna, incautándose diversos supuestos objetos del delito. Ninguna de las personas que ocupaban el inmueble dieron su consentimiento para que la policía ingresara al domicilio y menos aún se encontraban en estado de flagrancia delictiva.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema resolvió confirmar la sentencia absolutoria, sustentando su determinación en la imposibilidad de valorar en la sentencia prueba prohibida. En efecto, señala la ejecutoria que "(...) En el caso de autos, se aprecia que los registros domiciliarios efectuados en los domicilios de las encausadas (...) han sido realizados con clara afectación al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, pues estos no revistieron las formalidades de ley, -inmediatez y flagrancia- por ende, el material incautado y decomisado a los encausadas no puede ser valorado convenientemente, por ello es que resulta correcta la decisión del Tribunal a quo respecto a la absolución de Pilar Sulena Montenegro

Soria al no existir otro elemento de prueba que la vincule con el grave delito imputado".

Como podrá apreciarse, se aplica en este fallo la regla de exclusión que también sustentó la sentencia de primera instancia, por cierto absolutoria. Se infiere además que, luego de las evidencias obtenidas tras dicho allanamiento ilegal, no existieron en el proceso fuentes de prueba independientes que pudieran haber sustentado la imputación, ello determinó que la exclusión de la prueba prohibida genere una consecuencia terminante en el resultado del proceso referido.

4. Caso "El Polo II" (R.N. Nº 4826-2005)⁽¹⁴⁾

Denominamos a este otro caso -y solo por razones didácticas- "El Polo II". Aún cuando los hechos e imputación delictiva no son **exactamente** los mismos que los resumidos en el anterior caso "El Polo", lo cierto es que el problema de prohibición probatoria que se analiza en este segundo caso tiene como origen el mismo acto de allanamiento y posterior incautación ocurrido en el caso "El Polo". La Corte Suprema vuelve a conocer el tema debido a un posterior fallo impuesto por la Sala Penal Nacional contra coimputados a quienes -después de emitida la sentencia de primera instancia del caso "El Polo"- se les juzgó en un proceso paralelo y posterior. El fallo de primera instancia, siendo consecuente con su anterior valoración, reiteró la aplicación de la regla de exclusión, por ello, también absolvió de la acusación a estos otros imputados. Sin embargo, la Corte Suprema -ahora la Sala Permanente- declaró nula la sentencia y ordenó nuevo juicio oral. Al mismo tiempo -y esto es lo más importante- se apartaba de la posición asumida por la ejecutoria anterior (Caso Polo) incorporando de manera puntual en su razonamiento las siguientes consideraciones: i) El derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto y por tanto en situaciones excepcionales puede verse afectado; ii) Se utilizó la "teoría de la ponderación de intereses en conflicto", así como la "teoría del caso probable" a efectos de darle valor a la prueba obtenida ilícitamente; iii) Se estableció que todo el material incautado y decomisado eran medios de prueba excepcionalmente válidos por existir una justificación razonable y compatible con las circunstancias particulares del caso.

Señala el Fundamento Décimo de la ejecutoria correspondiente lo siguiente: "(...) que si se asume la concepción o "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto", es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica

(13) Emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria en fecha 24 de mayo de 2006.

(14) Emitida por la Sala Penal Permanente en fecha 19 de julio de 2007, publicada en: *Precedentes vinculantes, sentencias casatorias y ejecutorias relevantes en materia penal de la Corte Suprema de Justicia*. Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2008, p. 956.

que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio —ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro— no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida —en este caso, la inviolabilidad domiciliaria—, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución pena- que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, al final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación (...)

Asimismo se afirma en la referida ejecutoria que: “(...) con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria —lugar y tiempo de ejecución— y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y las ya obtenidas en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado “caso probable” plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos (mil novecientos ochenta y cuatro), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiera emitido de haberla solicitado (...)”.

Si es que en los últimos años se han conocido controversias importantes a nivel del Supremo Tribunal acerca de varios otros aspectos del derecho penal material o procesal, con mayor razón en un tema tan sensible como el de la prueba prohibida. Como ya lo advertimos al inicio, no existe en el derecho procesal penal tema más complejo y polémico y, precisamente ello se refleja en estas dos ejecutorias supremas. El problema entonces no radica en los cambios o modificación de la doctrina jurisprudencial sino

“Ni en la Constitución Política ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos existe un tal derecho fundamental a la prueba prohibida, sino más bien, la posibilidad de activar un mecanismo de protección y, de ser el caso, de aplicar las reglas de ineficacia procesal.”

más bien en la razonabilidad de las decisiones jurisprudenciales que exige el principio de interdicción de la arbitrariedad. La sustentación desarrollada en la sentencia del caso Polo II permite concluir, como lo señala la propia ejecutoria que se trata de un razonable cambio de perspectiva jurídica que en función a su debida explicación y argumentación no lesiona el derecho a la igualdad.

Resulta útil resaltar que es la primera ejecutoria nacional conocida que acoge la denominada “doctrina del caso probable”, sin embargo, será más fructífero conocer si la misma ha tenido

mayor acogida o efecto en la jurisprudencia nacional, sobre todo la que aplica el CPP.

5. Acuerdo plenario N° 4-2010/CJ-116

En este acuerdo Plenario no se abordó, en estricto un caso de prueba prohibida en particular, sino más bien se fijaron pautas de procedimiento referidas a la posibilidad de que en una audiencia de tutela, conforme a lo dispuesto por el artículo 71 del Código Procesal Penal se discuta la exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente.

Las consideraciones básicas que guiaron dicho Acuerdo Plenario se resumen en el Fundamento 17 según el cual: “(...) a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente... siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado (...) La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba (...) que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP (...)”.

Hasta antes de este Acuerdo Plenario y en los Distritos Judiciales donde ya se aplicaba el nuevo estatuto procesal no quedaba claro cuál era el cauce o fase del proceso penal en el que debería discutirse la exclusión de prueba prohibida. Así por ejemplo, se conoce una inicial decisión a nivel de Juzgado de la Investigación Preparatoria en la que se fijó el criterio según el cual, si es que se obtienen fuentes de prueba con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales el momento para cuestionar dicha ilicitud era la fase intermedia o en el juicio oral⁽¹⁵⁾.

(15) Sala de Apelaciones de Moquegua, Exp. N° 00017-2008-15, del 20 de junio de 2008. En: ESPINOZA GOYENA, Julio. *Nueva Jurisprudencia*. Editorial Reforma, Lima, 2009, p. 53.

En sentido similar, pero ubicada la cuestión en la etapa intermedia Del Río al asociar la exigencia de licitud probatoria del artículo 159 de CPP con el presupuesto de conducencia a ser considerado por el juez en la fase de admisión probatoria⁽¹⁶⁾. Sin embargo, se impuso al final un criterio más amplio, —antes ya postulado en nuestra doctrina por Talavera Elguera⁽¹⁷⁾— según el cual nada impide instar la exclusión de material probatorio que se denuncia prohibido en la etapa de investigación preparatoria.

La aplicación del Acuerdo Plenario fue casi inmediata y es información pública que una de las primeras cuestiones que se discutió en el Distrito Judicial de Lima que inició la aplicación del CPP para delitos de corrupción y conexos, fue precisamente una solicitud de tutela planteada por la defensa de una persona investigada con base en una grabación de audio que sirvió para formular una denuncia e iniciar una investigación preliminar por supuesto delito de cohecho.

La decisión del Juzgado de la Investigación Preparatoria⁽¹⁸⁾ declaró infundado el pedido de exclusión de la visualización y transcripción del audio correspondiente, así como, de los demás actos de investigación que se deriven de ellos tras considerar que: i) La jurisprudencia nacional ha establecido que los derechos fundamentales no son absolutos sino que están sujetos a restricción cuando el caso lo amerite; ii) El Plenario Superior Nacional dejó establecido que quien declara asume el riesgo que el receptor pueda grabarlo o incluso declarar en juicio sobre lo que este le manifestó; y, iii) Los actos de corrupción convocan al interés público, el cual está por encima del interés individual o privado.

6. Caso Químper Herrera

6.1. Antecedentes

Como es conocido, se discutió en este caso la apertura de un proceso penal a partir de una prueba obtenida con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones. El demandante Químper Herrera denunció la obtención de audios obtenidos con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones. Podemos resumir el problema que planteaba este caso en las siguientes interrogantes: ¿Cuál debe ser el criterio rector para excluir la prueba prohibida? ¿En qué momento del proceso penal debe discutirse su exclusión? La respuesta a estas cuestiones la dio el TC en la Sentencia N° 00655-2010- PHC/TC, específicamente en su Fundamento 21

al señalar —basándose en la doctrina del conocido caso Schenk Vs. Suiza del 12 de julio de 1988— el siguiente criterio: “(...) para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario (...) es 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 (...)”.

Agrega luego el TC la siguiente consideración: “(...) Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente (...)”.

Nos permitimos, a continuación, algunas apostillas a los principales fundamentos de la decisión del Tribunal Constitucional.

6.2. La prueba prohibida: ¿un derecho fundamental?

El punto de partida para el análisis de la sentencia está en su Fundamento 7 que indica lo siguiente: “(...) en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona (...)”.

No es posible ni es propósito de este trabajo profundizar respecto del alcance y significado que la teoría constitucional desarrolla acerca de los derechos fundamentales; empero, es del caso hacer algunas anotaciones mínimas que desde esta perspectiva pueden servir. Y es que —siguiendo en esto a Castillo Córdova— muchas definiciones se han dado, y seguramente se darán, a lo largo de la historia referidas al concepto de los derechos fundamentales; pero hay una en particular que por su precisión es oportuno recordar: un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional⁽¹⁹⁾.

No conocemos antecedente inmediato que le otorgue a la prueba prohibida la naturaleza jurídica de un **derecho fundamental**, pues, las reglas (del derecho positivo o de

(16) Cfr. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La Etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. ARA Editores, Lima, 2010, p. 188.

(17) TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 165.

(18) Audiencia Pública de Tutela ante el 2° Juzgado de Investigación Preparatoria de fecha 14/03/11.

(19) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Grijley, Lima, 2008, p. 5.

la jurisprudencia) que norman las prohibiciones probatorias son, en rigor, **garantías**, esto es, escudos protectores que se activan para proteger un derecho fundamental vulnerado por una acción orientada a obtener información que se pretende sea incorporada para sustentar una imputación. Así las cosas, ni en la Constitución Política ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos —explícita o implícitamente— existe un tal derecho fundamental a la prueba prohibida, sino más bien, la posibilidad de activar un mecanismo de protección y, de ser el caso, de aplicar las reglas de garantía o ineficacia procesal. Acierda por ello, Bustamante Alarcón⁽²⁰⁾, al sostener que el TC ha formulado una definición poco feliz porque confunde el derecho con la sanción prevista para su protección.

El Fundamento 4 de la Sentencia indica de manera imprecisa que: "(...) existen otras posiciones que predicán que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental (...)"; sin embargo, no se precisa en la sentencia cuál es el fundamento de tal aseveración. Por lo demás y, siguiendo en esto a San Martín Castro⁽²¹⁾, en el derecho eurocontinental puede considerarse a la prueba prohibida, y mayores fisuras, como una garantía constitucional de naturaleza procesal.

En efecto, hace ya buenos años atrás que el TC español en su célebre sentencia N° 114/1984⁽²²⁾, del 29 de noviembre, había señalado de forma expresa que "no existe (...) un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita (...) un derecho autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico".

6.3. Criterio del análisis global: El caso Schenk vs. Suiza⁽²³⁾

Señala el TC en la sentencia que comentamos 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 (...)". Cita entonces el Fundamento 46 del referido fallo en el que el TEDH concluye que "(...) solo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk considerado en su conjunto fue un proceso justo (...)".

En la idea de precisar estos breves comentarios nos formulamos entonces las siguientes interrogantes: ¿Es válido para resolver el caso Quimper acudir al denominado criterio del análisis global? ¿Se encuentra vigente en la jurisprudencia europea la doctrina del caso Schenk? ¿En su momento fueron aceptados dichos postulados, sin mayores reparos?

Si bien el problema de fondo tiene que ver con la prueba prohibida, el denominado análisis global lo realiza el TEDH en el caso de la referencia debido a que, como es obvio, cuando dicho tribunal supranacional conoció el caso, el proceso penal seguido al Sr. Schenk ya había concluido con sentencia condenatoria de última instancia, emitida entonces por el Tribunal Federal Suizo. Es entonces entendible que un tribunal supranacional pueda efectuar un examen completo acerca de un proceso concluido, situación que como es conocido no ocurriría en el caso Quimper cuando el TC nacional emitió su sentencia.

Se conoce que con posterioridad, en el Caso Edwards contra el Reino Unido, el TEDH insistió en la idea de que la tarea del Tribunal consiste en investigar si el procedimiento objeto de litigio, considerado en bloque, revistió un carácter equitativo, en especial en lo que se refiere al modo de administración de las pruebas, (Sentencia del 16 de diciembre de 1992). Sin embargo, no hay luego de ello mayores referencias a dicho postulado que, por el contrario ha sido objeto de sólidas críticas y fundadas discrepancias. Es necesario conocer además que en la emisión de la Sentencia del caso Schenk hubieron votos discordantes que la doctrina española más autorizada en la materia destacan⁽²⁴⁾; entre ellos Miranda Estrampes, para quien difícilmente puede sostenerse que la admisión de una prueba obtenida ilícitamente y su utilización como fundamento de una condena no vulnera el derecho a un proceso justo o equitativo proclamado en el artículo 6.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos, por el simple hecho de que su incorporación al proceso permitió su conocimiento por la otra parte y la posibilidad de impugnar su contenido⁽²⁵⁾.

(20) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. cit., p. 388.

(21) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 867.

(22) Cfr. ASECIO MELLADO, José María, Ob. cit., p. 110.

(23) Una versión traducida en: GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*. THOMSON, Madrid, 2003, pp. 265-283.

(24) Respecto del punto 1 de la parte resolutive de la sentencia, el voto discordante está suscrito por los jueces Pettiti, Spielman, De Meyer y Carillo Salcedo, quienes señalan lo siguiente: "Aunque los Jueces que resolvieron sobre la acusación contra el demandante tuvieron el cuidado, como se comprueba en la Sentencia, de puntualizar que se fundaban 'en otras pruebas distintas de la grabación, pero que confirmaban las razones deducidas de esta, para llegar a la conclusión de que (el interesado) era culpable', no es menos cierto que 'admitieron la grabación como medio de prueba' y que fundaron 'en parte' su resolución en la cinta litigiosa. Por estas razones, hemos llegado a la conclusión de que, en el caso de autos, se ha violado el derecho al proceso justo garantizado por el artículo 6 del Convenio".

(25) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 60.

En ese mismo sentido, Martínez García para quien hacer depender un derecho fundamental procesal del resultado que tal trasgresión supone frente a la totalidad de un proceso, es tanto como negar su autonomía y entidad, como derecho subjetivo y como garantía procesal. En primer lugar, porque recordemos la definición de Jellinek sobre la naturaleza y alcance de esta garantía institucional propia del *estatus civitatis* y, en segundo término, porque en palabras de De La Oliva, esto supone una subversión jurídica devaluada de las garantías, pues lo que hubiera ocurrido, de observarse la garantía, es mera hipótesis⁽²⁶⁾.

Queda claro entonces que la doctrina del caso Schenk, además de tener más de dos décadas de dictada, contrasta inevitablemente con la exigencia de un proceso con todas las garantías. No es admisible considerar que pueda convalidarse la prueba prohibida si es que el imputado tuvo oportunidad de contradecir su contenido y, menos si es que no se le permite discutir o solicitar su exclusión durante el proceso, resultando por ello anacrónica respecto de las reglas contenidas en nuestro CPP. Independientemente de si se aplica la regla de exclusión o si es que se acude a alguna de sus tantas excepciones, el nuevo modelo procesal —ya lo hemos señalado— no permite si quiera la incorporación al proceso de la prueba que se denuncie como prohibida.

III. LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL CPP

1. El artículo VIII del Título Preliminar

El nuevo estatuto procesal contiene un conjunto de reglas que tomando como premisa lo señalado en el artículo VIII del Título Preliminar, afirman como regla de garantía la exclusión de la prueba prohibida. En efecto, además de la norma citada, debe tenerse presente lo regulado en los artículos 155.2 (**admisión probatoria**), 159.1 (**utilización de la prueba**) y, 393.1 (**incorporación y valoración probatoria**).

Una atenta lectura de dichas normas, en particular del Título Preliminar, revela nítidamente sus principales fuentes legislativas, pues, basta con comparar nuestro artículo VIII con el 11 de la L.O.P.J. española de 1985, para constatar —en este así como en otros aspectos— la tendencia europea seguida por el legislador nacional de 2004. Pero lo más saltante de esta regulación es que el CPP asume como garantía fundamental la regla de exclusión y además

hace explícita y reiterada referencia a la teoría del fruto del árbol envenenado o ponzoñoso.

Moreno Catena ha dicho por ello que la mayor parte de la doctrina considera que el término indirectamente introduce en nuestro derecho el denominado efecto reflejo de la prohibición probatoria, de acuerdo con la doctrina norteamericana (de los frutos del árbol envenenado)⁽²⁷⁾.

Otra de las cuestiones importantes del CPP es haber fijado que la aparición de la prueba prohibida puede ocurrir en la fase de obtención probatoria la misma que, tiene su escenario natural en la etapa de investigación preparatoria. Sin embargo, debe tenerse presente que esta garantía acompaña al imputado durante todo el proceso, pues, el VIII.1 es claro al hacer referencia no solo a la **obtención** sino también a la **incorporación**, actividad procesal que, conforme lo precisa el artículo 393.1 antes citado, se ubica ya en la fase de juicio oral.

La norma alude también a la condición para la obtención e incorporación de una prueba exigiendo para ello un “(…) procedimiento constitucionalmente legítimo (...)”, debiendo entenderse que se refiere al procedimiento para la producción de actos de investigación o incluso de prueba que deben ocurrir dentro de los límites que impone la Constitución así como las formas y exigencias señaladas en la ley procesal como fundamentales. Así por ejemplo no puede obtenerse la confesión del inculcado bajo coacción o no podría realizarse el examen de un testigo en juicio sin la presencia obligada del defensor del imputado.

2. El contenido esencial

El artículo VIII en comentario incorpora además una regla de clara inspiración germana al establecer que “(…) carecen de efecto legal las pruebas obtenidas (...) con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (...)”. Esta declaración se repite además en el artículo 159 del capítulo *Preceptos Generales* de la prueba.

La idea acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales tiene su antecedente más importante en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana⁽²⁸⁾ luego desarrollada por basta jurisprudencia germana así como española. Es pues un ámbito de reflexión de dogmática constitucional que tiene su propia complejidad y que sería imposible agotarla en este breve ensayo⁽²⁹⁾. Basta con

(26) MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Ob. cit., p. 193.

(27) MORENO CATENA, Victor. *El proceso penal*. Volumen III, fase intermedia y juicio oral. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 2292.

(28) Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

(29) Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales se han planteado diversas teorías (*absoluta, relativa, institucional, subjetiva, objetiva*) cada una con sus propios postulados y a la vez críticas.

recordar que el fundamento general de esta teoría parte por reconocer que la actividad misma de limitar un derecho debe estar sujeta a un límite final. Tiene que existir una frontera que permita evaluar si se trata de una tolerable restricción del derecho, o por el contrario, de una constitucionalmente admisible limitación.

Como se sabe, para esta teoría, cada derecho fundamental tiene dos contenidos: de un lado un contenido accesorio, sobre el cual el legislador puede llevar adelante su tarea limitativa. Ello no quiere decir que cualquier limitación sobre el contenido accesorio pueda ser tolerable, sino que tiene que haber una justificación constitucionalmente admisible. De otro lado, un contenido esencial, que no puede limitarse bajo ningún término. Es un elemento indisponible para el legislador⁽³⁰⁾.

Muchas críticas puede merecer la teoría del contenido esencial, sin embargo, no puede desconocerse su importante aporte al permitir distinguir ya en la casuística específica los distintos niveles de afectación o restricción de un derecho fundamental que, por lo mismo, deben estar sujetos a consecuencias también diferentes en las que, finalmente es determinante el juicio de ponderación y proporcionalidad que corresponda en cada caso particular⁽³¹⁾. Así lo ha expresado el TC nacional al considerar que "(...) la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona (...)" (STC N° 1417-2005-AA/TC, Caso Manuel Anicama Hernández, Fundamentos 21 y siguientes).

“El CPP de 2004 acoge la regla de exclusión como principio general pero deja abierta la posibilidad de discriminar ya en el caso en concreto si es que se presenta un supuesto de prueba prohibida, debiendo distinguir para ello si es que se afectó el núcleo irreductible de algún derecho fundamental.”

Aplicado todo este marco teórico a la interpretación y aplicación del artículo VIII del Título Preliminar del CPP tenemos entonces tres consideraciones que son del caso afirmar.

En primer lugar, es cierto que el CPP acoge la regla de exclusión como principio general pero, también es claro que deja abierta la posibilidad de discriminar ya en el caso concreto si es que se presenta o no un supuesto de prueba prohibida, debiendo distinguir para ello si es que se afectó el núcleo irreductible del derecho fundamental o no.

En segundo lugar, dada la raíz germánica de esta parte del CPP, será posible acudir a los postulados de la “teoría del ámbito jurídico” desarrollada por el Tribunal Federal alemán en virtud de la cual en caso de que se lesione prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valorabilidad de las pruebas obtenidas, depende de si la lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es solo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él⁽³²⁾. Por su puesto lo antes dicho no desconoce las objeciones que también se han formulado a esta teoría.

En tercer lugar, si bien es cierto la teoría del contenido esencial constituyó en su origen una herramienta orientada a limitar la labor del legislador, ya en el campo procesal penal está al servicio del juez quien, finalmente, ponderará la situación concreta y resolverá en consecuencia.

IV. IDEAS FINALES

La síntesis expuesta permite constatar que en los últimos años la jurisprudencia nacional (penal y constitucional) ha dado interesantes muestras de abordar el tema de la prueba prohibida con un mínimo de consistencia. Es imposible pretender la afirmación dominante de la regla de exclusión o de alguna de las teorías que permiten su excepción; ya hemos visto como la posición adoptada por la Corte Suprema en el Caso “El Polo II” contrasta abiertamente con la posición inicial del TC en el caso Serpost. También

(30) Cf. CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 83 y ss.

(31) Los principales cuestionamientos a la teoría del contenido esencial nos dicen que establecer una división (de accesorio y esencial) en cada uno de los derechos fundamentales abre la posibilidad al legislador de establecer discrecionalmente cuál es ese contenido accesorio y cuál el contenido esencial de cada uno de los derechos, lo cual no deja de prestarse a arbitrariedades. Asimismo establecer dos compartimentos estancos del derecho resulta algo completamente artificial.

(32) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 192.

hemos constatado cómo la doctrina del TC fijada en el Caso Químper Herrera no es la misma que la planteada siete años atrás.

De seguro que esta controversia seguirá abierta en el derecho nacional, así como lo ha estado durante casi un siglo en el derecho comparado. Con razón dice Binder que este conjunto de problemas que contiene la teoría de la prueba forman parte del área más dinámica del proceso penal. Aquí se construye y destruye el equilibrio entre las necesidades de persecución penal y las normas de garantía de

un modo permanente. Aquí se encuentra una de las grandes tensiones del proceso penal, que se manifiesta en la jurisprudencia sobre ilicitud de la prueba⁽³³⁾.

En ese entendido, lo importante será seguir demandando a la jurisdicción nacional la rigurosidad necesaria al momento de adoptar cualquiera de las teorías que consideren aplicar en cada caso en concreto, pues, no se trata de una simple "importación doctrinal" sino más bien de dar respuestas razonables a partir del derecho a los problemas que nuestra realidad demanda.

(33) BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 82.