

LA APLICACIÓN INDEBIDA DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*

Teresa de Jesús Seijas Rengifo

Docente de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. Nociones preliminares de la prueba. Finalidad. Principios que regulan la aportación y admisión de la prueba. Importancia de la prueba en el proceso. La prueba como derecho constitucional. La prueba prohibida. Definiciones: a) Desde una concepción amplia b) Desde una concepción restringida. Definición de la prueba ilícita o irregular. Diferencias entre la prueba ilícita o irregular. Efectos de la prueba prohibida. Posturas respecto a la admisibilidad de la prueba prohibida: a) A favor: Doctrina tradicional b) En contra: Regla de exclusión. El Efecto Reflejo de las pruebas ilícitas o teoría del efecto extensivo. Teoría del árbol envenenado c) Postura intermedia: Teoría de la ponderación. Fundamento o naturaleza de la prueba prohibida. Derecho Comparado. Conclusiones. Bibliografía*

* Doctora en Derecho y Educación, Estudios de Doctorado en Filosofía y Administración UNMSM, Magíster en Derecho Civil Comercial y en Ciencias Penales USMP. Docente Universidades Nacionales Federico Villarreal y UNMSM, en Pre y Post-Grado; U. Lima; Docente invitada de la Universidad Nacional de Piura, Escuela de Post-Grado, Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, Tribunal Supremo de Justicia Militar.

RESUMEN

La prueba tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos bajo la libre valoración probatoria. Por el Principio de Imparcialidad judicial la prueba es desarrollada de manera pública, con tradictoria y oral; la carga de la prueba radica en el órgano acusador bajo el principio de Igualdad y posibilidad de terminación anticipada de los procedimientos ante la figura de la conformidad del imputado y a que se le otorgue conforme a la ley los beneficios por esa aceptación; la condena debe sustentarse en la plena convicción de culpabilidad y de tratarse de una prueba ilícita el juez debe declararla nula, así como cualquier prueba obtenida con violación a los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y Tratados internacionales.

La prueba a favor del imputado, garantiza los derechos de presunción de inocencia, no autoincriminación, prohibición de tortura, incomunicación e intimidación; valor probatorio de la confesión, conocer la imputación (excepción en delincuencia organizada al existir reserva en el nombre y datos del acusador) y beneficios para quien aporte ayuda eficaz; principio de admisión de las pruebas (pertinencia y que no sean contrarias a derecho); ser juzgado en audiencia pública; valor probatorio de la prueba desahogada en investigación en caso de delincuencia organizada; defensa adecuada (técnica o formal por un defensor).

De ahí que la importancia de este tema radique en mostrar a la colectividad la falta de criterios existentes para la aplicación de la prueba prohibida en nuestro país.

SUMMARY

The object of the proof is to clarify the facts on the free assessment of evidence. By the principle of judicial impartiality, the proof is developed in a public, adversarial and oral way; the burden of proof lies on the entity which accuse under the principle of equality and possibility of early termination of the proceedings faced with the figure of the conformity of the accused and be granted benefits such acceptance according to law. The sentence must be based on the full conviction of guilt and, in the case of illegal evidence; the judge must de-

clare null as well as any other evidence obtained in violation of human rights contained in the Constitution and international treaties.

The proof in favor of the accused guarantees the rights of presumption of innocence, self-incrimination, prohibition of torture, isolation and intimidation; probative value of the confession, knowing the charge (except in organized crime when to exist discretion accuser's data) and benefits for those who contribute effective help, principle of the admission of evidence (relevance and not contrary to law); be tried in open court; probative value of the evidence reported in research in case of organized crime; adequate defense (technical or formal by a defender).

In conclusion, the importance of this topic is to show to the community the lack of existing criteria for the application of the prohibited evidence in our country.

PALABRAS CLAVE

Ciencia. Ciencia Penal. Pruebas. Presunción de inocencia

KEY WORDS

Science. Criminal Science. The evidence. Presumption of innocence

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957 se instaura el modelo acusatorio. Este Código se caracteriza por ser garantista, con rasgos adversariales y exige que la sentencia condenatoria tenga como sustento una actividad probatoria suficiente, no bastando con que sea cuantitativa son más bien cualitativa, es decir, que dicha actividad debe ser desarrollada con el respeto de los derechos constitucionales, lo que se traduce en el deber del juzgador de recurrir al manejo de la valoración del material probatorio acopiado, resultando inimaginable el funcionamiento del sistema de administración de justicia sin dicha actividad. Pero dicha actividad probatoria debe ser desarrollada respetando los derechos

y garantías del procesado, pues sólo de ese modo, la resolución del conflicto y eventualmente la condena al imputado serán legítimas dentro del Estado Constitucional de Derecho. Es en este sentido, se afirma que la prueba actuada en el proceso debe ser lícita, descartándose la prueba ilícita.

Muchas veces el juzgador debe enfrentar situaciones en las que dentro del marco del proceso penal se encontrará con un material probatorio obtenido con vulneración de los derechos fundamentales o derivado de aquel, de tal manera que tendrá decidir si acoge o no dicho material, pues los actuales desarrollos doctrinales y jurisprudenciales comparados admiten una serie de excepciones a esta regla de exclusión de la prueba prohibida, las cuales si se usan indiscriminadamente podrían resultar peligrosas desde el punto de vista de las garantías procesales del investigado y el respeto a los derechos fundamentales que tienen que ver directamente con conquistas históricas del ser humano frente a la acción ilimitada del Estado y de sus agentes penales.

NOCIONES PRELIMINARES DE LA PRUEBA

La prueba es un término polisémico, que en sentido etimológico deriva del latín **“probatio, probationis”**, que a su vez se deriva del vocablo **“probus”** que significa bueno; por tanto, lo que resulta ser probado es bueno y se ajusta a la realidad. De lo que se infiere que probar es verificar o demostrar la autenticidad de una cosa¹.

La noción de prueba trasciende el campo jurídico, no siendo exclusiva su utilización en el ámbito del derecho, de donde surge un concepto extraprocesal de prueba que consiste en comprobar o verificar un hecho o dato concreto. Sin embargo, en el ámbito jurídico definir qué debe entenderse por prueba no es una tarea fácil, ya que esta ha sido definida desde diferentes ópticas. Así tenemos, que desde el punto de vista objetivo restringido la prueba debe ser entendida como el hecho o bien material que sirve para probar otro hecho, noción que reduce a la prueba a la ocurrencia de determinado hecho. Desde

¹ SENTIS MELENDO, Santiago, ¿Qué es la prueba?, En Revista de Derecho Procesal Iberoamericano N° 23 pp. 259-260

esa misma perspectiva pero más amplia, es todo medio material o materializado, que sirve para conocer cualquier cosa o hecho (objetivos o actividades), criterio que parecer ser compartido por **FONTANET**, quien define a la prueba como aquel objeto que está directamente vinculado con la controversia del caso y que se le conoce también como evidencia física, la que típicamente es tangible. Para **VELEZ MARICONDE**, la prueba es todo elemento que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ámbito de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva², vista desde el ámbito del Derecho Penal. Des del punto de vista subjetivo, la prueba es definida desde el aspecto de su resultado como la convicción que ella se produce en la mente del juzgador, sobre la realidad o verdad del hecho, en el ámbito del derecho penal ilícito.

La prueba se define por **ÁNGEL MARTÍNEZ PINEDA** como: el “examen y exactitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita (...). Es esencialmente indestructible, porque se funda en premisas que dan firmeza y solidez al silogismo, al manejarse con maestría el argumento y disparar certeramente las baterías de la fuerza dialéctica”³. Prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho ingresado legalmente al proceso a través de un medio de prueba en la audiencia de juicio oral y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, que sirve al juez como elemento de juicio para los efectos indicados.

FINALIDAD

El objeto al que están encaminadas las pruebas es precisamente la de imprimir convicción al juzgador respecto de la certeza positiva o negativa de los hechos materia del proceso, de ahí se sostiene que la prueba debe gozar de los atributos de contradicción como la exigencia intrínseca que conlleva a afirmar que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, de publicidad e inmediación. Por ello se pueden conceptualizar como el conjunto de elemen-

² **SENTIS MELENDO**, Santiago, ¿Qué es la prueba? En Revista de Derecho Procesal Iberoamericano 11973 N° 23 pp. 259-260

³ **MARTÍNEZ PINEDA**, Ángel, Filosofía jurídica de la prueba, Porrúa, México, 1995, p. 5.

tos lógicamente justipreciados por quién procesal y constitucionalmente está investido para hacer lo. Toda prueba busca influir sobre hechos jurídicos, esos que materialmente hacen susceptible dar origen a una relación jurídica. Por lo que, el objeto fundamental de la prueba es recopilar elementos de convicción para determinar la verdad.

Bajo ese contexto, el que la prueba recaiga sobre las afirmaciones y no sobre los hechos, es la postura que actualmente cuenta con mayor apoyo. Se sustenta en que la prueba es el vehículo imprescindible a través del cual los hechos se introducen en el proceso; la única forma de probar los hechos es a partir de la comprobación de la certeza vertida en relación con ellos; precisamente, la verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia que debe producirse entre ellas, ya que la finalidad de la prueba es precisamente constar la veracidad de la alegación. Así, se señala el objeto de la prueba lo es tanto el hecho desde el momento en que se afirma el proceso, como la afirmación, puesto que la referencia u objeto de ésta es precisamente el hecho.

La doctrina coincide en que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos y concretamente aquellos que guardan con la materia del proceso; empero, aunque como regla general la prueba recaiga sobre los hechos, existen algunos que no requieren ser probados por diversas razones, tales como los hechos notorios, ya que su prueba resulta superflua si, siendo conocidos por las partes en tanto miembros de una determinada comunidad en la que el hecho es conocido, el juez también conoce su existencia o puede llegar a conocerla sin necesidad de especiales investigaciones; notoriedad que debe establecerse por el juez en el caso concreto, al tiempo de ponderar la pertinencia de la prueba, aspecto dentro el cual se encuentra el hecho no controvertido o exonerado de prueba.

Bajo ese contexto, el que la prueba recaiga sobre las afirmaciones y no sobre los hechos, es la postura que actualmente cuenta con mayor apoyo. Se sustenta en que la prueba es el vehículo imprescindible a través del cual los hechos se introducen en el proceso; la única forma de probar los hechos es a partir de la comprobación de la certeza vertida en relación con ellos; precisamente, la verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia que debe producirse entre ellas, ya que la finalidad de la prueba es precisamente constar

la veracidad de la alegación. Así, se señala el objeto de la prueba lo es tanto el hecho desde el momento en que se afirma el proceso, como la afirmación, puesto que la referencia u objeto de ésta es precisamente el hecho.

La doctrina coincide en que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos y concretamente aquellos que guardan con la materia del proceso; empero, aunque como regla general la prueba recaiga sobre los hechos, existen algunos que no requieren ser probados por diversas razones, tales como los hechos notorios, ya que su prueba resulta superflua si, siendo conocidos por las partes en tanto miembros de una determinada comunidad en la que el hecho es conocido, el juez también conoce su existencia o puede llegar a conocerla sin necesidad de especiales investigaciones; notoriedad que debe establecerse por el juez en el caso concreto, al tiempo de ponderar la pertinencia de la prueba, aspecto dentro el cual se encuentra el hecho no controvertido o exonerado de prueba.

La pertinencia de la prueba corresponderá calificarla al juez de control ya que éste en la etapa intermedia indicará del proceso, indicar cuáles serán las pruebas que se reproducirán en la audiencia del juicio ante el tribunal del juicio oral. El momento procesal para ese efecto deberá ser en la audiencia en la que, según el diseño del proceso acusatorio se denomina (audiencia intermedia), que es aquella en la que después de escuchar a las partes en el debate sobre todas las pruebas que estas pretendan desahogar en el juicio, es el juez quien decide cuales resultan pertinentes para la decisión del tribunal. Es precisamente en esta audiencia intermedia en las que autorizan los acuerdos probatorios, esto es, los puntos que ambas partes reconocen como ciertos y que, por tanto, no serán sujetos a debate en el juicio. Esta fracción es la que proporciona la base constitucional para el diseño del proceso penal en los códigos procesales correspondientes por lo que hace a la etapa intermedia, ya que es precisamente en esta etapa en la que se deberá depurar tales pruebas, para el dictado del auto de apertura del juicio oral⁴.

⁴ **HERMOSO LARAGOITI**, Héctor Arturo, "Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México", Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis Suprema Corte de Justicia de la Nación México, 2011, pp. 637-639.

IMPORTANCIA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO

La idoneidad o conducencia de la prueba en su cualidad de ser apropiada para demostrar hechos del proceso. Así, por ejemplo la prueba testimonial no es idónea para probar que los cabellos encontrados en las manos de la víctima pertenencia al acusado, pues eso es algo que sale de la apreciación sensorial ordinaria, que es fuente de la prueba testimonial sino que es menester el empleo de una pericial.

La pertinencia de la prueba en cuanto puede definirse como la relación que existe entre el medio probatorio admisible y los hechos del proceso; de manera que una prueba será pertinente si está dirigida a acreditar hechos que tienen relevancia para un proceso concreto, en tanto que será impertinente aquella prueba que se refiera a hechos que no tienen ninguna relevancia para el proceso. El momento de la admisión de la pruebas es la oportunidad para que, en el caso del sistema acusatorio mexicano, el juez de control en la fase intermedia se pronuncie acerca de la idoneidad, conducencia o pertinencia de la prueba y tal pronuncia miento si fuere negativo de ser sin dudas, razonado o motivado, para la salvaguarda de los derechos del oferente de la prueba, bien sea por vías de los remedios procesales compositivos (reclamaciones, protestas, quejas, oposiciones etc.) o por vía de los recursos (revocación, apelación, etc.); para lo cual se establece que dicha fase tendrá por objeto el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos materia del juicio oral.

LA PRUEBA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Si bien es cierto, que el derecho que le asiste a los sujetos procesales (agraviado e imputado) de ofrecer medios de prueba y en forma extensiva a la propuesta de la realización de actos de investigación de la cual es posible puedan surgir elementos de prueba a efectos de dar sustento a su proposición fáctica respecto al *thema probandum*, no se encuentran previstos en el apartado de los Derechos Fundamentales consagrados en el Art. 2 de la Constitución. De ahí que el máximo intérprete de la Constitución haya sido quien catalogara el derecho a la prueba como derecho constitucional, (SCT N° 010-2002-AI/TC, fundamento 149), explicando que ello se debe a que el derecho a la prueba tenga un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el Art. 139 numeral 3

de la Constitución. Expresó que este derecho no sólo se limitaba a la mera facultad de las partes de ofrecer medios probatorios sino que se extendía al hecho de que dichos medios probatorios fueran admitidos, actuados en forma adecuada, al aseguramiento de la producción y conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios de prueba y a que sean valorados en formada adecuada y con la motivación debida al haber sido incorporados al proceso, con el fin de darles el mérito probatorio que les correspondía.

LA PRUEBA PROHIBIDA

En primer lugar, como señala el tratadista **MANUEL MIRANDA ESTRAMPES**, existe una pluralidad de definiciones acorde con las distintas concepciones ideológicas que se tengan respecto de la prueba ilícita, tanto en la doctrina como: la jurisprudencia, tales como prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. Algunas de ellas constituyen verdaderas divergencias conceptuales; así, **GIMENO SENDRA** sobre el tema distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida, la primera es aquella que infringe cualquier Ley (no sólo la Fundamental, sino también la legislación ordinaria), en tanto que la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Para **PICÓ JUNOY**, autor citado por **MIRANDA**, prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.

Así, destaca **MIRANDA ESTRAMPES** que para **GUARIGLIA F**, el tema de la prueba ilícita, es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, por lo que se establece que el primer problema se presenta al abordar el estudio y análisis de su concepto, por cuanto que no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita. Para un primer sector doctrinal la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana; para otro

otros grupos de autores, que parten de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general que identifican con la idea de violación de la norma o Derecho, será aquella obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico⁵.

Otros autores como **ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ**, destacan que prueba ilegal es aquella inconducente, impertinente o ineficaz, que atenta contra el principio de economía procesal por no saber si al admitirla tendrá capacidad de conocimiento; probanza que en principio no debe ser valorada, pero si es admitida en el proceso es susceptible de ser impugnada por violación indirecta de las leyes sustantivas. En tanto que la prueba ilícita es aquella practicada con vulneración a un derecho o libertad fundamental; sin que la denominación prueba inconstitucional sea útil, al quedar fuera de protección derechos fundamentales establecidos en instrumentos internacionales⁶.

Tradicionalmente la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia de las pruebas obtenidas ilícitamente; el criterio decisivo lo prodigaba la búsqueda de la verdad material como fin mediato del proceso penal, por ende, todo aquello que podía ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material, era usado, bajo el principio maquiuvelico de que el fin justificaba los medios, la búsqueda de la verdad, permitía emplear cualquier método inquisitivo a ultranza.

Sin embargo, con posterioridad, la política liberal del estado garantista, obligó a ponderar los intereses del poder público y el de respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos, de tal manera que respeto a éstos, cedió la finalidad de conocer la verdad histórica por los principios constitucionales referidos no sólo a la actividad probatoria, sino a la obtención de determinadas fuentes de prueba, en la medida en que pueden entrar en colisión con derechos fundamentales, tales como el respeto a la dignidad humana e intimidad de las personas.

⁵ **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel** "El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal", 2ª Edición, J. M. Bosch Editor, España, 2004, pp 17 a 19.

⁶ **ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando** "Prueba Ilícita Penal", segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2004, pp. 20 a 22.

Cuando estos derechos subjetivos públicos se incorporan a la vida política de un Estado, se constituyen elementos esenciales del ordenamiento jurídico, por lo que se estima nula la prueba que se obtenga con violación a ellos y los jueces deben estimarla inexistente al construir su base crítica en el momento de que el material probatorio les arroje convicción. Por mucho tiempo se pensó que la verdad material era absoluta, pero su respeto no sólo es interés del inculpado sino de la sociedad, no se puede obtener la verdad real a cualquier precio, pues si la condena se basara fundamentalmente en una prueba que se obtuvo con violación a las garantías individuales del inculpado, ello vulneraría el principio de presunción de inocencia.

La licitud de la obtención de la fuente de prueba, es un requisito intrínseco de la actividad probatoria, consistente en que solo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas de la legislación constitucional, procesal y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, por lo que comprende tanto las formalidades esenciales del procedimiento para la obtención de evidencias o fuentes de pruebas como las diligencias de cateo, intervenciones de comunicaciones privadas, arraigos, cuya falta o quebrantamiento de la formalidad en su obtención permite declarar la prueba obtenida; en tanto, que el aspecto material del principio de licitud exige que ésta no se haya obtenido por medio del engaño, coacción, tortura física o psicológica, ni por medios hipnóticos o por efectos de narcóticos; al constituirse como una barrera que han construido las sociedades democráticas para frenar el poder punitivo del Estado como exigencia básica para los funcionarios encargados de la persecución penal.

El ejercicio del *ius puniendi* tiene límites, que obligan a que la verdad se obtenga dentro de cánones del debido proceso; la implantación de un sistema acusatorio en México, reclama una activa intervención de las partes procesales para vigilar el respeto de sus derechos y libertades, pero establece de manera correlativa una obligación para el Estado de establecer los mecanismos conducentes para su efectiva práctica; un Estado que desborda su propia legalidad afecta al sistema jurídico que debe observar y respetar como instrumento de paz y armonía social, que finca su base sobre la dignidad de las personas a las que está dirigida.

DEFINICIONES

1) Desde una concepción amplia

La prueba prohibida en términos generales es conceptualizada como por el jurista **VESCOVI**, como aquella que es contraria a una norma de Derecho, por cuanto su proceso de obtención o práctica ha sido realizada con infracción de las normas, no siendo relevante la categoría o la naturaleza de la norma jurídica infringida, por cuanto no se toma en consideración si se trata de una norma constitucional o legal o si se trata de Principios Generales del Derecho. Tal posición ha llevada a ámbitos extremos por **DEVIS ECHEANDÍA**⁷, quien refiere que la prueba ilícita es aquella que está expresamente prohibida por la ley o atenta contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la libertad de la persona humana o viola los derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan. A ello, el jurista **MONTON REDONDO** agrega, que el proceso de obtención o práctica se ha llevado a cabo mediante la realización de una conducta dolosa o fraudulenta (criterio que no suele ser compartido por Miranda Estampes quien precisa que no siempre puede identificársele con un hecho punible). Para **SILVA MELERO**, este tipo de prueba atenta contra la dignidad humana, cuyo respeto constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado peruano conforme al Art. 1 de la Constitución Política, conceptualización que ha sido elaborada en atención del objeto de lesión en términos finalísticos. Tal posición doctrinara habría sido desarrollada en base a la tesis de **CONSO**⁸ en el extremo que expone que las normas relativas a la prueba están dirigidas a garantizar el derecho de acusado. Desde esta perspectiva el doctor **CESAR SAN MARTÍN CASTRO**⁹ expresa que una prueba será prohibida cuando se obtiene mediante la violación de derechos tutelados por diversas normas, sean constitucionales o con rango de ley, siempre que implique una vulneración de la garantía genérica del debido proceso; postura doctrinaria que bien podría devenir en un caos, ya que cualquier

⁷ **DEVIS ECHEANDIA**, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, Tomo I, d. Temis S. A., Bogotá, Colombia, 2002, p. 448.

⁸ **CONSO, G.**, Natura Guiridica delle Norme Dulla Prova nel Processo Penale.

⁹ **SAN MARTÍN CASTRO**, César, Derecho procesal Penal, 2ª Edición, Tomo II, Ed. Griley, Lima, 2003, p. 789.

infracción a la norma sin tomar en cuenta la naturaleza de la misma e incluso su legalidad, desembocaría en la exclusión de la prueba, entendida esta como su efectos sancionador.

2) Desde una concepción restringida

Para el jurista **MANUEL MIRANDA ESTRAMPES**¹⁰, esta posición doctrinaria circunscribe exclusivamente el concepto de prueba ilícita, término que prefiere emplear a la obtenida o practicada con violación de los Derechos Fundamentales, corriente doctrinaria mayoritaria mente adoptada y acogida en nuestro país por ejemplo por el jurista **CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**¹¹, para quien no sólo se decanta por esta corriente, sino que precisa que será prohibida aquella prueba obtenida o practicada dentro o fuera del proceso, con violación de los derechos fundamentales, criterio que es compartido por **MINVELLE**¹², quien prefiere el término de prueba ilícita, enfatizando que se refiere a los derechos fundamentales que integran la denominada categoría de derechos de la personalidad. El jurista **ARMÍJO** agrega, que su realización debe implicar un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes en el proceso, haciendo hincapié **DÍAZ CABIALE** y **MARTÍN MORALES**¹³ en la necesidad de que exista un nexo de causalidad entre la prohibición probatoria y el menoscabo del derecho fundamental, es decir, que la fuente o medio de prueba obtenido debe ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Acota el jurista **MIRANDA ESTRAMPES** que en la figura de la prueba ilícita también se incluyen las obtenidas ilícitamente pero incorporadas al proceso en forma lícita. De otro lado, y en atención a la naturaleza de los denominados derechos procesales constitucionales, el doctor **CESAR SAN MARTÍN** plantea la ponderación de intereses a efectos de resolver los casos en concreto conforme a la naturaleza y circunstancias.

¹⁰ **MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel, Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Código Procesal Penal, Edición, J. M. Bosch Editor España, 2008, pp. 20 y 21.

¹¹ **SAN MARTÍN CASTRO**, Op. cit., p. 871.

¹² Citado por **TALAVERA CABIALE**, José Antonio, "Algunas consideraciones en torno a la prueba ilícita, en Revista del Consejo Nacional de la Magistratura, Lima, setiembre, 2008.

¹³ **DÍAZ CABIALE**, José Antonio y **MARTÍN MORALES**, Ricardo, La Garantía Constitucional de la inadmisión de la prueba de ilícitamente obtenida, Ed. Civitas, Madrid, p. 22.

El Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 2053-2003 del 15 Set 2003 caso Edmi Lastra Quiñonez define la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene en procesalmente inefectiva e inutilizable. De lo que se advierte, que el Tribunal Constitucional propone una definición que acoge lo que en doctrina se denomina “criterio amplio” y a la vez “criterio restringido”, desarrollados *up supra*. Asimismo, en la referida sentencia se agrega que la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: constitucionalidad de la actividad probatoria, que implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba, reafirmando de ese modo que a nivel jurisprudencial no se acoge en forma firme algunas de las concepciones propuestas en la doctrina sino que se devanea en forma impredecible entre cualquiera de ellas o peor aún, entre ambas.

Partiendo de las diferencias existentes entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud, **MANUEL MIRANDA ESTRAMPES** precisa que por el primer principio (legalidad) los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstas en la ley; en tanto que el segundo de los principios (licitud) supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales. En mérito a lo expuesto y desde la óptica de los límites al derecho a la prueba, tienen que suponer una infracción del mismo nivel, hecho que encuentra respaldo en la doctrina, con miras a establecer diferencias conceptuales en el plano dogmático, surgiendo así un segundo nivel de la noción de prueba irregular o ilegal.

DEFINICIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA O IRREGULAR

Es aquella prueba que se genera con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan el procedimiento de obtención y el proceso de práctica o incorporación y como tal generan la nulidad de las actuaciones, por cuanto la obtención de estas pruebas configuran la violación de las normas legales o

principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material denominada por **MIRANDA ESTRAMPES**¹⁴ “defectuosa”, por cuanto para cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención o practica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento revisto en la norma, pues la prueba irregular no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última, pues en todos aquellos supuestos en que la ley procesal disciplina la forma de practicar la prueba, de no ser cumplida, la infracción a la norma se produce, salvo supuestos excepcionales.

DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA ILÍCITA O IRREGULAR

Diferencias entre la prueba ilícita o irregular		
Prueba prohibida	Prueba ilícita	Prueba irregular
Es considerada como:	Sinónimo de prueba prohibida	Una modalidad de la prueba ilícita
Obtenida o practicada:	Vulnerando Derechos Fundamentales	Infringiendo el ordenamiento jurídico, normas materiales o procesales
Efectos:	Inutilizabilidad Se extienden a las obtenidas en base a ellas o se derivan de estas	Nulidad Se circunscriben a las calificadas como irregulares
Utilización:	Sólo es posible en forma excepcional mediante la aplicación de una excepción	Es posible, en tanto sea subsanado el acto irregular

EFFECTOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA

La vulneración de derechos fundamentales produce la prohibición de toda clase de valoración, es decir, la prueba se torna ineficaz teniendo como consecuencia que la utilización de esta prueba prohibida se extiende a las demás evidencias que deriven de ella, es decir, se amplía el efecto de la primera prueba en virtud del nexo de causalidad existente entre ellas, surgiendo así

¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Op. cit., p. 47.

al invocación de la inutilizabilidad de la prueba calificada como prohibida, rechazándose la posibilidad de la declaración de nulidad de la prueba, por cuanto esta correspondería ante defectos formales en la práctica del acto probatorio, diferenciándose de la inutilización, ya que esta se extiende a las demás evidencias que derivan de ella, en tanto que la nulidad se circunscribe al acto de prueba mismo, no dándose la proyección.

POSTURAS RESPECTO A LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA

a) A favor: Doctrina tradicional

Encuentra sus antecedentes en la posición adoptada por el Juez Cardozo, quien en el caso *Defore vs Estados Unidos* en 1926 consideró que al prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido fueran castigados por el hecho punible, ya que la mayoría se inclinaba a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. Explica **ARMIGO**, que ello se debió por considerar superior el interés de la colectividad en que no se debe dejar sin castigo una conducta delictiva, lo que implica sacrificar los intereses del imputado en el caso concreto, por lo que el órgano jurisdiccional podía formar su convicción en base a estas pruebas, ya que a criterio de **BARBOZA MOREIRA**¹⁵, la ilicitud en la obtención no le restaba a la prueba el valor que presentaba como elemento útil.

Resulta representativo desde esta perspectiva, la posición cómoda que adopta el Estado ante la presencia de pruebas prohibidas en atención a lo expresado por **MUÑOZ SABATE**¹⁶, para quien la prueba en si misma considerada, tiene un fondo marcadamente metajurídico, que consiste en un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento, cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad, que ciertamente el Estado debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que no ha buscado.

¹⁵ **BARBOZA NMOREIRA**, José Carlos, Restricciones de la prueba en la Constitución brasileña, En Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal, Vol. II, N°s 21-22, p. 129.

¹⁶ **MUÑOZ SABATE**, Luis, Técnica Probatoria, Editorial Temis, Bogotá, 1997, pp. 62 y 63.

Se suele recurrir al principio de libre apreciación de la prueba en conexión con el de verdad material, utilizado para justificar la admisión y valoración de la prueba ilícita, donde se alega que el principio de libertad de apreciación comprende también el de libertad en la utilización de la prueba, a lo que el autor español **MIRANDA ESTRAMPES** expresa que la licitud de la prueba no es materia de apreciación o valoración, sino que esta constituye un presupuesto ineludible para que pueda ser apreciada, estableciendo que en primer lugar se determina la licitud y luego se procede a la valoración y la presencia de la ilicitud conlleva la prohibición de valoración, criterio este que es compartido por **VESCOVI**, para quien el principio de libre apreciación de la prueba no autoriza a que el juzgador se pronuncie sobre la base de pruebas ilegítimamente admitidas o inválidamente constituidas.

Erigiéndose como principal argumento de esta posición doctrinaria, que la defensa de validez de estas pruebas reside en el descubrimiento de la verdad, concebida como la finalidad del proceso penal, todo lo que era posible de ser utilizado para demostrar la verdad debía ser valorado por el juez para formar su convicción, siendo irrelevante al realizarse el proceso de valoración de las mismas, la forma en que había sido obtenida. Desde esta perspectiva y bajo los argumentos antes citados, la doctrina en comentario es traída abajo tal como lo ha expuesto **SIERRA DOMÍNGUEZ**¹⁷, quien destierra del concepto de prueba procesal el término de verdad, lo que encuentra respaldo en la doctrina, por cuanto la finalidad de la prueba es lograr el convencimiento del juez respecto a la exactitud de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes con relación al objeto probandum y no la de lograr alcanzar la verdad.

b) En contra

- Regla de exclusión

Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de comunicaciones: por ejemplo, el acta de cateo practicada sin consentimiento del titular o mediante resolución judicial de un juez de garantías, o la intervención de comunicaciones practicadas de la misma manera); o lesionando derechos constitucionales (como el derecho a la defensa; así, la del imputado sin

¹⁷ **SIERRA DOMÍNGUEZ, M.**, Contribución al estudio de la prueba, En Revista Jurídica de Cataluña, 9162, p. 318

haber sido informado de sus derechos; o a través de medios que la constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura, que vulnera el derecho a la integridad física o la coacción para obtener declaraciones sobre “ideología, religión o creencia”, proscripta por el derecho a la libertad ideológica y de conciencia). Por lo demás, aunque la ilicitud probatoria tiene lugar normalmente en la fase preliminar o de la investigación, puede producirse también en el juicio oral; así, sucede cuando el testigo no es advertido de que tiene derecho a no declarar por razones de parentesco.

La exclusión de la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla, esto es, su inutilización en el proceso, o si se quiere, su nulidad. Pero la prueba ilícita es sólo un supuesto particular de la prueba nula, porque nula puede ser también la prueba obtenida vulnerando otras reglas legales de formación y adquisición de la prueba. En todo caso es evidente que esta importante regla de exclusión merma las posibilidades de averiguación de esclarecimiento de los hechos objeto del proceso acusatorio. De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud de que piensa que ese esclarecimiento no puede ser obtenido a cualquier precio, en particular al precio de vulnerar derechos fundamentales del imputado dentro de un proceso penal.

- Efecto reflejo de las pruebas ilícitas o teoría del efecto extensivo

Es evidente que dicha regla supone la exclusión de las pruebas directamente obtenidas a partir del acto que lesiona derechos fundamentales: excluye la declaración de los policías que practican un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio o la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas lesionando el derecho al secreto de las comunicaciones. Pero tiene además un efecto reflejo: también son ilícitas las pruebas indirectamente obtenidas a partir de la lesión de un derecho fundamental; se trata, por ejemplo de las pruebas lícitamente practicadas a partir de las informaciones obtenidas mediante una prueba ilícita, lo que denomina prueba ilícita indirecta o derivada; ejemplos de estas pruebas lo son la transcripción de conversaciones telefónicas interceptadas (cumpliendo con todos los requisitos) a raíz de la información obtenida en un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio; o la declaración del policía que aseguró un cargamento de droga cuya existencia conoció a raíz de la lesión del secreto de las comunicaciones; o la prueba lícitamente practicada a raíz de la información obtenida mediante tortura de un detenido.

Las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales (pruebas directas), como aquellas conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental (pruebas indirectas), esto es la llamada prueba refleja, están afectadas de nulidad absoluta, de acuerdo precisamente a la observancia de la regla de exclusión; con lo cual no pueden ser utilizadas en un proceso judicial.

- Teoría del árbol envenenado

La invalidez de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales (reglas de exclusión), así como también la transmisión de este efecto a los que sean consecuencia (doctrina de los frutos del árbol venenoso), tuvieron su origen en la jurisprudencia, puesto que las constituciones y legislaciones clásicas no contenían expresamente la regla de exclusión¹⁸.

Así, “en 1803 el Tribunal Supremo, presidido por el juez Marshall, al conocer el caso *Marbury vs. Madison*, estableció que la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura. Este primer paso llevó a reconocer, que la operatividad propia de las garantías constitucionales debe privar de todo valor, no solo a las pruebas que constituyen propiamente el corpus de su violación, sino también aquella que sea la consecuencia necesaria e inmediata de ésta, tanto sus quebrantamientos palmarios o evidentes como los larvados o encubiertos”¹⁹.

La exclusión de las pruebas obtenidas con infracción a derechos o garantías fundamentales tiene su antecedente en la denominada *exclusionary rule*²⁰, aplicada en los Estados Unidos. Se trata de una regla de elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las *evidence* (fuentes de prueba) obtenidas por en el curso de una investigación penal que vulneren

¹⁸ **HAIRABEDIÁN**, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires. 1ª edición, setiembre del 2002, p. 33.

¹⁹ **ARMIGO SANCHO**, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transmisión al Nuevo Proceso Penal, San José, 1ª. Ed., Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997 p. 155.

²⁰ **CALDERÓN MONTENEGRO**, Henry y **BERDUGO SAUCEDO**, Pedro. “La Regla de Exclusión Constitucional. Algunas consideraciones sobre su aplicación antes del juicio”, citado por La prueba ilícita en el Derecho Chileno en <http://www.monografias.com/trabajos65/prueba-ilicita-chile/prueba-ilicita-chile2.shtml>, 01 de febrero de 2009.

derechos y garantías procesales reconocidos en la IV, V, VI y XIV Enmienda de la Constitución Federal, no podrán ser aportadas ni valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Su aplicación inició en el caso “Boyd vs US” en 1886. Luego vendría el caso “Adams vs New York”. En 1914 se aplicó en el caso “Weeks vs United States”. No obstante ello, también pueden citarse los casos “Rochin vs. California” y “Elkins vs United States”²¹. Esta regla tuvo aplicación restringida a los Tribunales Federales hasta que “Mapp vs Ohio” fundado en la XIV Enmienda y en su cláusula “due process of law” para que la exclusionary rule fuera extensiva a todos los Tribunales Estatales.

La teoría de los frutos del árbol envenenado fue consagrada en el caso “Silverthorne Lumbre Co. vs United States” por la Corte de los Estados Unidos en el año 1920. Fue en 1939 con el caso “Nardone vs. United States” donde la corte utilizó por primera vez la expresión “fruit of the poisonous tree”; en la oportunidad el Juez Frankfurter determinó que la no-exclusión de la prueba “mediata” podía significar fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal²².

Doctrinariamente se habla de la regla de la exclusión y la teoría de los frutos del árbol venenoso. La primera es conocida como la exclusionary rule y la segunda es extensión de la primera. Según la regla de exclusión no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar una posición contraria a la del imputado o acusado en un procedimiento²³. Según la doctrina del fruto del árbol venenoso o árbol emponzoñado (fruit of the poisonous tree doctrine), que prima en el sistema norteamericano, cuando el procedimiento inicial es violatorio de garantías constitucionales, esa ilegalidad se va a proyectar a todos los actos que resulten consecuencia de este. Así se prohíbe valorar todas las

²¹ “Weeks vs United States” (232 U.S. 383, 1914), “Rochin vs. California” (342 U.S. 165, 1972, 1952), y “Elkins vs United States” (364 U.S. 206, 1960), citado por La prueba ilícita en el Derecho Chileno, Op. cit.

²² La prueba ilícita en el Derecho Chileno, En <http://www.monografias.com/trabajos65/prueba-ilicita-chile/prueba-ilicita-chile2.shtml>, 01 de febrero de 2009.

²³ Ibid

pruebas derivadas de la prueba ilícitamente obtenida²⁴. De esta forma, si ha de evitarse todo efecto en el proceso de los materiales probatorios o informaciones que han sido obtenidos de modo irregular, igualmente deberá proscribirse la admisión de informaciones o materiales obtenidos gracias a la previa irregularidad acaecida.

La eficacia de las pruebas en el procedimiento penal debe nulificarse en los casos en que la norma transgredida establezca:

- (i) Garantías procesales
- (ii) La forma en que se practica la diligencia, o bien
- (iii) Derechos sustantivos en favor de la persona. Por su parte, las pruebas derivadas (aunque lícitas en sí mismas) deben anularse cuando aquellas de las que son fruto resultan inconstitucionales. Así, los medios de prueba que deriven de la vulneración de derechos fundamentales no deben tener eficacia probatoria, pues de lo contrario se trastocaría la garantía de presunción de inocencia, la cual implica que nadie puede ser condenado si no se comprueba plenamente el delito que se le imputa y la responsabilidad penal en su comisión, circunstancia que necesariamente implica que las pruebas con las cuales se acreditan tales extremos, deben haber sido obtenidas lícitamente²⁵.

En realidad, este efecto reflejo o efecto dominó de la prueba ilícita, como le denomina en ocasiones el Tribunal Supremo español, que la doctrina norteamericana ha llamado la teoría de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), o también como nos señala el autor **LORENZO PÉREZ SARMIENTO** conocida como doctrina norteamericana de la ilegalidad indirecta de la prueba, consiste en que una evidencia o prueba obtenida de manera ilegal en un procedimiento contra una persona no podrá usarse, aun cuando la información aportada por la prueba ilegal pudiera ser útil, ya que se trataría de uso indirecto de la prueba ilegalmente obtenida, bajo la creencia de los anglo-

²⁴ Ibid

²⁵ Visible en la p. 2058, Libro III, Diciembre de 2011, Décima Época, Materia Constitucional, Penal, del Semanario Judicial de la Federación y su Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (México)

sajones de que la policía es proclive al abuso del poder (pólice as necessary evil) y por ellos sus actuaciones deben ser escrutadas cuidadosamente; de ahí que una de las características más sobresalientes del sistema procesal en Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, en un principio lo fue establecer la existencia de severas reglas para la obtención de la evidencia incriminatoria (rules of evidence)²⁶.

En el derecho colombiano, la Ley 906 de 2004, recogió la doctrina de los (frutos del árbol ponzoñoso), denominación empleada para referirse a la evidencia derivada, pues la exclusión no sólo cubre la prueba directamente obtenida con violación de derechos fundamentales, sino las que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia y los efectos de la cláusula de exclusión también cubre la actuación de los particulares; así señala **LUIS FERNANDO BEDOÑA**, que uno de sus objetivos primordiales con siste en enviar un mensaje claro y contundente sobre las consecuencias legales de violentar derechos fundamentales, con orientación a disuadir a las autoridades, incluso a particulares cuando pretendan obtener medios de acreditación con carácter probatorio, cuya sanción consiste en su inutilización en el proceso, ni siquiera para fines de impugnación²⁷.

Así, expresa la nulidad de todo aquello que trae causa un acto nulo y que hay que llevar hasta sus últimas consecuencias: es nula toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de los derechos y libertades fundamentales; si a través de unas escuchas telefónicas que interceptaron una conversación sin que existiera autorización judicial para ello se obtiene información que estimula una diligencia de entrada y registro domiciliario en que se encuentran cierta prueba, esas pruebas, según esta posición, también deben considerarse nulas pues traen causa de una prueba nula.

Esta posición es muy discutida, ya que si se negara el efecto reflejo la garantía de los derechos constitucionales quedaría muy debilitada, pues al aceptar en el proceso la prueba indirecta mente obtenida se estaría dando cobertura a la

²⁶ **PÉREZ SARMIENTO**, Eric Lorenzo, "Fundamentos del Sistema Acusatorio en Enjuiciamiento Penal", Temis, Bogotá-Colombia, p. 87.

²⁷ **BEDOYA SIERRA**, Luis Fernando, "La Prueba en el Proceso Penal Colombiano", Fiscalía General de la Nación, Colombia 2008, p. 200.

lesión de los derechos; dicho reconocimiento del efecto reflejo no obedece, a ninguna concesión (supergarantista), sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia y que refleja la posición ius filosófica de un determinado sistema legal.

La teoría de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, se ve atenuada por otra tendencia que busca corregir posibles distorsiones a que la rigidez de la exclusión podría conducir, mediante un criterio de proporcionalidad, por lo cual los tribunales admiten pruebas ilícitas, con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, para mantener un equilibrio entre valores fundamentales contrastantes, sobre todo utilizarse a favor del inculcado aún en contra del derecho de un tercero²⁸.

Más aún, la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una auténtica garantía de los derechos fundamentales que alcanza a todos los procesos y mediante la cual no sólo se excluyen las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho, sino también aquéllas otras que derivan indirectamente de la misma; aunque, otro sector de la doctrina, distingue entre las diversas clases de nulidad y de prohibiciones probatorias porque no pueden darse reglas generales, función propia de la jurisprudencia; así afirma **CLARA BAYARRI GARCÍA**, que mantener una posición formalista-garantista a ultranza en la que cualquier violación de normas procesales determine por afectar la admisión de pruebas que se estimen violatorias de derechos fundamentales, daría como consecuencia declarar nulos todos los procesos y sentencias, así como poner a todos los condenados en libertad²⁹.

Criterio que podríamos considerar da lugar a estimar que el principio universal de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, se relativiza.

²⁸ Al respecto véase **PELLEGRINI GRINOVER**, Ada, "La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas" en *La prueba ilícita en el procedimiento penal México-España-Argentina-Brasil*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México, 2007, pp. 60 y 61.

²⁹ Véase **DE URBANO CASTRILLO**, Eduardo y **TORRES MORATO**, Miguel Ángel, "La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial", Editorial Aranzadi, España, 2007, p.42.

c) Postura intermedia

- Teoría de la ponderación

Esta teoría surge del replanteamiento de los efectos absolutos de la regla de exclusión, ya que con mayor frecuencia con motivo de la presencia de defectos técnicos se termina excluyendo material probatorio que en forma manifiesta determinaba la responsabilidad del imputado, lo cual no sólo generaba alarma social sino también al desconfianza en el sistema de administración de justicia, por lo que la regla de exclusión invocaba que si dicho efecto no se cumplía entonces si se debería valorar la prueba, pese a que hubiera sido adquirida con vulneración de los derechos fundamentales.

El doctor **PABLO SANCHEZ VELARDE**³⁰ precisa que en esta postura existe un interés público, es decir, descubrir la verdad de los hechos que se investigan bajo el principio de la tutela judicial, y en la que se reconoce el derecho de las partes a la prueba, donde las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor jerarquía debe ser admitidas en el proceso.

La teoría ha sido desarrollada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) conforme a la cual en aquellos casos en los que se transgredió la prohibición de practicar la prueba, la utilización (mediante valoración o apreciación) de la prueba así obtenida, depende de si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación. Teoría ésta que en palabras del jurista **PABLO TALAVERA ELGUERA**³¹ obliga a realizar un examen pormenorizado caso por caso, teniendo en cuenta la formulación general y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados.

La teoría de la ponderación es también conocida como “balancing test doctrine” en Estados Unidos, donde se reconoce que la exclusión de las pruebas ilícitas exigirá valorar en cada caso si con ello se contribuye positivamente a

³⁰ **SÁNCHEZ VELARDE**, Pablo. Nuevas tendencias de Derecho Penal y Nuevo Código Procesal Penal, Lima, p. 653.

³¹ **TALAVERA ELGUERA**, Pablo. La prueba en el nuevo Código Procesal Penal, Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas, p. 99.

la consecución de aquel fin. Esta teoría propugna resolver la problemática de la prueba ponderando los intereses en conflicto, lo que a criterio del autor **MIRANDA ESTRAMPES**³² esta posición doctrinaria plantea que la solución dependerá en cada caso concreto de la trascendencia de la norma infringida, en función de los intereses en conflicto, tras efectuarse un juicio de proporcionalidad (ahora de razonabilidad).

La exclusión está sujeta a diversas variables de ponderación: opera la protección de los derechos fundamentales del investigado y la necesidad constitucional de administrar justicia³³. Por el principio de proporcionalidad el juez examina los intereses en conflicto (interés público de persecución de delitos y el derecho fundamental vulnerado) y tras evaluar la injerencia a la luz de los criterios de idoneidad y necesidad, finalmente efectúa un ejercicio de ponderación y determina en el caso concreto la primacía de uno de los intereses en conflicto.

Considera en doctrina, como una posición matizada, bajo el fundamento de la complejidad del problema, no resulta prudente el planteamiento de fórmulas aprioristas proponiendo posiciones flexibles. En más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus variados aspectos, donde debe tenerse en cuenta la gravedad del caso, la índole de la relación jurídica controvertida, la dificultad para demostrar la verdad de sus alegaciones mediante procedi mientos perfectamente ortodoxos, el juzgador podrá decidir cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado y en qué medida.

El interés público de descubrir la verdad del hecho que motiva la investigación debe realizarse bajo el principio de la tutela judicial, en el que se reconoce el derecho de las partes a la prueba, por lo que las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor jerarquía deben ser admitidas en e proceso. La crítica a la tesis intermedia es que esta puede provocar cierta inseguridad jurídica por cuanto obliga a pronunciarse en cada caso concreto sobre la trascendencia y esencialidad, salvo los supuestos excepcionales en los

³² **MIRANDA ESTRAMPES**, Manuel. La prueba ilícita. La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. En *Revista Catalana de Seguretat publica*, Mayo 2010, p. 70.

³³ **VELA**, Andrés. La ilicitud probatoria y sus excepciones En <http://www.andresvela.com/2011/03/ilicitud-probatoria-y-sus-excepciones>

que la norma que disciplina el desarrollo de una prueba no cumple función de garantía para el imputado.

En otro extremo **GONZALES CUELLAR SERANO**³⁴ considera que tratándose de otros supuestos distintos de aquellos en los que se haya producido lesión de los derechos fundamentales, deberán ser solucionados a la vista de los intereses en conflicto, a través de un ejercicio de ponderación en el caso concreto y la aplicación del principio de proporcionalidad. Puede citarse como una variante de la posición intermedia la teoría del entorno jurídico elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán, según la cual cuando se lesionen prohibiciones en la producción de la prueba, la posibilidad de valoración obtenida dependerá si la lesión afecta en forma esencial el derecho del recurrente o si por el contrario la afectación es secundaria o no tiene mayor importancia para el titular del derecho vulnerado.

La crítica a esta teoría viene dada por el conflicto surgido al momento de determinado cuando se está ante una afectación esencial o accesoria de la esfera jurídica, al no existir criterios predeterminados o sólidos a fin de poder delimitar el grado de la afectación, por cuanto para esta teoría resulta preponderante las cualidades del sujeto cuyos derechos hayan sido vulnerados. Similar fundamento se encuentra en la “teoría de los tres círculos o esferas” elaborada por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Según esta teoría, para determinar la valoración de la prueba prohibida se realiza un análisis en el que se evalúa el grado de afectación del ámbito protegido de los denominados derechos a la personalidad con relación a la dignidad humana, reconociéndosele así un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada, nivel considerado inmune a cualquier injerencia o intervención por parte del Estado, aún en el ejercicio del *ius punendi*, haciendo honor a la denominación de esta teoría se distingue un segundo nivel o esfera de protección, el cual si admite la posibilidad de intervención o injerencia de parte del Estado, pero ello previa ponderación entre el derecho vulnerado y el interés de la materialización de la administración de justicia, siendo relevante en el proceso de ponderación la gravedad del delito materia de investigación. En tanto que en la tercera

³⁴ **GONZALES CUELLAR SERRANO**, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 338.

esfera o nivel, las intervenciones son admisibles en forma ilimitada, ya que se considera que no existe afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, aquí destacan maestros como Roxin, Jager, que en la práctica no se está exento a la dificultad de lo que debe entenderse como núcleo intangible o el simple ámbito privado.

- **Fundamento o naturaleza de la prueba prohibida**

En dogmática y en jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. **MANUEL MIRANDA ESTRAM PES** realiza el análisis del fundamento de la regla de exclusión desde la evolución de los dos modelos teóricos explicativos:

- * **Modelo norteamericano:** La regla de exclusión en este sistema surge con la finalidad de impedir intervenciones arbitrarias (como registros domiciliarios y detenciones) por parte de la policía, hasta que la Corte Suprema Federal norteamericana establece expresamente que la regla de exclusión tiene como fundamento si es que no es el único, es el de disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación conocida como “Deterrent Effect”. Lo que en palabras de **FIDALGO GALLARDO** son razones pragmáticas las que fundamentan la regla de exclusión en el sistema norteamericano, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de pruebas. Siendo considera al regla de exclusión como un remedio de creación judicial que no descarta la aplicación de otros remedios alternativos (como sanciones penales o disciplinarias), en tanto estos demuestren mayor eficacia en el logro de la finalidad disuasoria. Los detractores de esta postura cuestionan que no este empíricamente demostrado que la regla de exclusión cumpla con eficacia disuadir a la policía de realizar la actividad de investigación sin vulnerar derechos fundamentales, y es haciendo eco a ello, que la Corte Suprema Federal ha concluido que la regla de exclusión de ser ineficaz para el logro de su finalidad y de existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada, lo que hasta el momento no se ha dado.
- * **Modelo Euro-Continental:** Reconoce en la regla de exclusión un componente no sólo ético sino de origen constitucional, a lo que agrega **FERRAJOLI** que es el reconocimiento del Estado de Derecho donde los po-

deres públicos están al servicio de los derechos fundamentales, dándose la consagración constitucional de estos, siendo el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas. El Tribunal español mediante Sentencia 114 de 1984, configuró la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes, lo que a criterio de **MIRANDA ESTRAMPES**, si bien reconoce dicha posición como antecedentes de la regla de exclusión, precisa que con posterioridad el Tribunal español se ha desmarcado de esta línea argumentativa y sin llegar a desconstitucionalizarse de la regla de exclusión, ha introducido bajo el argumento de una necesidad de disuasión, el límite del ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspirada en gran medida en la jurisprudencia norteamericana, precisando que en la actualidad en el país ibérico para aplicar o no la prohibición de la valoración se tiene en cuenta la existencia o no de la intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de la vulneración. Asimismo, el Tribunal español en al Sentencia 49 de 1993 a fojas 13 introduce una matiz novedoso de gran alcance, cuando añade que: "En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales lo que en ocasiones obliga a negar la eficacia probatoria de determinados resultados cuando los medios empleados para obtener resultan constitucionalmente ilegítimos", de lo que se colige que no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de la admisión y valoración, por lo que la regla de exclusión en cuanto a su eficacia deja de tener carácter absoluto.

Existen posiciones que consideran la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimientos o proceso. Otra posición predica 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. Al respecto, se suele traer a colación, que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. También se considera que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental de la

prueba. En este sentido len a STC N° 06712-2005-PHC/TC el tribunal peruano precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no puede admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, pues se trataba de supuestos de prueba prohibida. En sentido similar en la STC N° 02333-2004-HC/TC 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.

Sin embargo, cuenta con mayor respaldo la postura doctrinaria que sostiene que la prueba prohibida encuentra sustento en la posición preferente que ostentan los derechos fundamen tales en el ordenamiento jurídico. La regla de exclusión tiene como fundamento esencial el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a la conducta de los policías que vulneran algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial, según la jurisprudencia norteamericana³⁵.

Se considera que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho: Principio de la presunción de inocencia, reconocido en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el que se exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella, la prueba incompleta o insuficiente no será procedente condenarlo, sino absolverlo (Caso Cantoral Benavides, sentencia del 01 Agosto 2000, párrafo 129).

DERECHO COMPARADO

Estados Unidos

En el Derecho norteamericano, como en cualquier ordenamiento, la cuestión atinente a la prueba es de gran importancia, al punto que rigen las llamadas Federal Rules of Evidence (FRE: Reglas Federales de Evidencia) que son de aplica-

³⁵ WONG PRELLE, Juan Máximo, La prueba prohibida. El derecho a la intimidad y libertad de información, En Revista Jurídica del Perú, Tomo 119, Lima, Enero 2011, p. 82.

ción general³⁶. Pero de mayor importancia es la elaboración realizada por los jueces en al resolución de los casos sometidos a su consideración, elaboración a la que precisamente se debe la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita directa y derivada, así como las múltiples excepciones actualmente vigentes.

España

El Art. 11.1 de la LOPJ española prescribe: En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Esta es la regla de exclusión de prueba ilícita positivada en el país ibérico.

Alemania

En la doctrina alemana se distingue entre prohibiciones de producción de la prueba y las prohibiciones de valoración. Las primeras a su vez se subdividen en prohibiciones de temas probatorios, prohibiciones de medios probatorios, prohibiciones de métodos probatorios y prohibiciones probatorias relativas. Las segundas pueden ser prohibiciones de valoración probatoria dependientes y prohibiciones de valoración independientes³⁷. Las dependientes prohíben la valoración de prueba obtenida mediante infracción de reglas referidas a los presupuestos y al modo en que ella debe ser adquirida. Las independientes en cambio, suponen la adquisición regular de prueba a través de injerencias estatales en al esfera de derechos fundamentales de una persona pero que resultan exclusivas del proceso debido a que su valoración vulneraría otros derechos también protegidos constitucionalmente.

Argentina

En el ordenamiento nacional argentino no existe norma positiva que explice al regla de exclusión de prueba ilícita, razón por la cual **HAIRABEDIAN** sostiene que en esta materia puede hablarse de una laguna jurídica cuya solución pasa por entender que las exclusiones probatorias son una consecuencia implícita de normas constitucionales, aún cuando el Código Procesal Penal

³⁶ MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal acusatorio de ESTADOS Unidos, Legis Editores S. A., Bogotá, 2006, pp. 349-367, citado por CASTRO TRIGOSA, Hamilton, La prueba ilícita en el proceso penal peruano, Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho Penal UNMSM, Lima, 2009, p. 133.

³⁷ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, 2ª Re-impresión, pp. 190.191, citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton, Op. cit. p. 133.

de la nación prohíbe expresamente la declaración del imputado obtenida bajo el influjo de la violencia. En cambio, ordenamientos provinciales como el de Córdoba, tienen prevista norma expresa de prohibición de la prueba ilícita, a partir del Art. 41 de su Constitución, que reza lo siguiente: “los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria...”, disposición que es reproducida en el Art. 194 del Código Procesal penal. Igualmente, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el Art. 211 prescribe una regla general de inadmisibilidad de prueba ilícitamente adquirida, del mismo modo que el Art. 148 del Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut³⁸.

Chile

En el país del sur no hace mucho que se ha terminado de poner en vigencia en todo su territorio el nuevo Código Procesal Penal que introduce el proceso penal acusatorio que ha venido a sustituir al viejo modelo inquisitivo del Código de Procedimientos Penales de 1907, Art. 340 Proceso Penal Acusatorio que ha venido a sustituir al viejo modelo inquisitivo del citado Código. En el Código Procesal Penal no se desarrolla de manera explícita y sistemática la cuestión de la prueba ilícita. Sin embargo, el tercer párrafo del Art. 276 (Exclusión de pruebas para el juicio oral) reza: “Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieron de actuaciones o diligencias que hubieran sido declaradas nulas y aquellas que hubieran sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Como ha sido expresado, en la doctrina chilena, la carencia de desarrollo sistemático de la institución del cuerpo del Código Procesal Penal no significa que la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema chileno, pues ella se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas ius fundamentales dentro del ordenamiento constitucional. En tal sentido, el cuarto párrafo del Art. 1 de la Constitución Política enuncia: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, Con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

³⁸ GUARIGLIA, Fabricio, Concepto. Fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 119-120, citado por CASTRO TRIGOSO, Hamilton, Op. cit. p. 141.

En cuanto al a las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita, el Art. 215 (objetos y documentos no relacionaos con el hecho investigado) del Código Procesal Penal contiene una disposición interesante: “Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán procede a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal”. El precepto pareciera validar la excepción del hallazgo casual, pero a través de un posterior mandato judicial y la conservación por parte del fiscal de los objetos casualmente hallados.

Colombia

Regula espesamente la regla de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente en el Art. 23 del Código Procesal Penal (Ley N° 906 del 2004) estableciendo lo siguiente: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de sus existencia”. Como se aprecia, el legislador colombiano excluye expresamente tanto la prueba ilícita directa como al derivada o refleja. Por su parte el Art. 445 del mismo cuerpo normativo reza: “Para los efectos del Art. 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, al fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”. Resulta claro que el legislador colombiano ha regulado expresamente la posibilidad de utilizar las excepciones denominadas doctrina del “purgad taint” o del “nexo causal atenuado” fuente está independiente para el descubrimiento inevitable y en cláusula abierta o cualquier otra establecida por ley. Al respecto, el jurista **CASTRO OSPINA** considera que esta norma se refiere a la prueba derivada o refleja, pues una interpretación diferente conduciría a que resultara ineficaz el sentido garantista que tiene la causal de exclusión³⁹.

³⁹ **CASTRO OSPINA**, Sandra Jeannette, Cinco estudios sobre el sistema acusatorio, Universal Externado de Colombia, Lima, 2005, p. 72 citado por **CASTRO TRIOGOSO**, Hamilton, Op. cit., p. 143

El Art. 29 de la Constitución colombiana consagra el debido proceso como derecho fundamental y como parte de él, el derecho a la prueba, disponiendo al final que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

CONCLUSIONES

En el sistema de justicia democrático, el régimen de la prueba es la columna vertebral del sistema procesal penal y su contenido se sustenta en la Constitución Política y solo bajo ese supuesto es que el proceso penal deviene legítimo. Bajo esta tesis, es válido afirmar que el sistema probatorio refleja el nivel de desarrollo democrático de una determinada sociedad, por lo que debe haber una estrecha relación entre el proceso penal y el ordenamiento constitucional, ya que aquél es el termómetro de éste. La prueba se define como el medio u objeto que proporciona al juzgador el convencimiento acerca de la realización de un hecho determinado y que le servirá de justificación para imponer una sanción o ante su falta o insuficiencia declarar la inocencia de una persona

Prueba ilícita es la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza procesal y principalmente contraria a principios constitucionales. Su trascendencia se traslada al momento de la recolección de la prueba, su incorporación y admisibilidad en el proceso. La presunción de inocencia exige que la condena del acusado se funde en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales. Ello obliga al órgano jurisdiccional a no recibir las pruebas de carácter ilícito y en violación de derechos fundamentales.

El tema de la licitud probatoria requiere que los datos y las pruebas deben ser obtenidas, producidos y reproducidos por medios lícitos, asimismo, no tendrá valor alguno la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los Derechos Humanos de las personas. En el sistema procesal penal se podrá ofrecer cualquier medio de prueba, incluso los generados por medios informativos, telemáticos, electrónicos, ópticos o que sean producto de cualquier otra tecnología. Deben ser pertinentes conforme al criterio de la autoridad jurisdiccional. Se establecen las reglas respecto a las actuaciones de peritos, testigos e intérpretes, se regulan los interrogatorios y contrainterrogatorios, la objeción de preguntas, la nueva comparecencia, la impugnación de credibili-

dad del testigo, el desarrollo de los medios de prueba por lecturas, la lecturas para apoyo de memoria en la audiencia de debate y el desarrollo del juicio de la declaración del imputado.

Los juristas están de acuerdo en que la prueba tiene protagonismo central en el proceso; es en el campo probatorio, donde se establecen los temas más álgidos en materia penal, la certeza de la culpabilidad o inocencia del imputado, ha de estar sustentado en pruebas. Conectores que racionalmente sirven para alcanzar el convencimiento sobre la certeza de un hecho, y su adecuación a la descripción típica (principio de tipicidad); de ahí la exigencia de que existan pruebas suficientemente aportadas por la acusación, para que pueda dictarse la resolución condenatoria. Además, al ser la prueba la vinculación que el juzgador tiene respecto del conocimiento de los hechos que debe valorar conforme a las máximas de la experiencia que posee con base en su formación especial, donde se debe imponer la absolucón del inculpaado si la prueba no queda suficientemente demostrada. Características propias de un sistema judicial acusatorio.

Así, se enaltece que la eficiencia o deficiencia en el proceso penal puede válidamente calificarse en la forma de valorar la prueba, en la proposición jurídica que adopte el órgano jurisdiccional, cuya arma fundamental es la racionalidad donde se refleja la actividad que puede prosperar en argumento lógico. Probar es efectuar una traslación de un hecho al reproducirlo históricamente, de ahí que el juez sea comparado con un historiador, pues finalmente se relatan hechos pretéritos, se sigue a su fijación para confrontarlos y obtener la certidumbre sobre los mismos, esto es la corroboración para reducir el margen de probabilidad.

La teoría de los frutos del árbol envenenado, originada en el sistema norteamericano de justicia y fundada en aspectos éticos, así como en razones disuasivas, protectoras, reparadoras, aseguradoras; determina la nulidad de todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.

A decir del jurista **WILLIAM RABANAL PALACIOS**⁴⁰ el Código Procesal Penal (2004) permite utilizar, como única excepción, elementos de prueba ilícitos, si a partir de su irregularidad se obtuviera información o elementos probatorios favorables al procesado; por tanto, no existe impedimento para utilizarlos en el proceso solamente a su favor. Y si bien la jurisprudencia penal peruana no ha desarrollado profusamente lo relacionado a la prueba prohibida, sin embargo, ha sentado las bases para su progresivo perfeccionamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- **ASCENCIO MELLADO, José María**, Prueba Prohibida y Preconstituida, Editorial INPECCP, Mayo 2008.
- **DEVIS ECHEANDIA, Hernando**, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Ed. Temis S A, Bogotá, Colombia, 2002.
- **DIAZ CABIALE, José Antonio** y **MARTÍN MORALES, Ricardo**, La Garantía Constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida
- **GUARILA, Fabricio**, Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- **MIRANDA ESTRAMPES, Manuel**, Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el Código Procesal Penal, Revista Catalana de Seguretat Pública, Mayo 2010.
- **PAZ PANDURO, Moisés**, Admisibilidad y valor probatorio de una interceptación telefónica obtenida ilícitamente, En Revista de Actualidad Jurídica N° 183
- **PÉREZ ARROYO, Miguel**, Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Las reglas de exclusión y las reglas de excepción, En Revista Actualidad Jurídica N° 164.
- **TALAVERA ELGUERA, Pablo**, Algunas consideraciones en torno a la prueba ilícita, Revista del Consejo Nacional de la Magistratura, Edición 1, Set. 208.

⁴⁰ **RABANAL PALACIOS, William**, Fiscal Adjunto Provincial Penal de Lima con estudios Doctóricales en Derecho y Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos La prueba prohibida desde la doctrina y la jurisprudencia, En <http://reformaprocesal.blogspot.com/2008/09/la-prueba-prohibida-desde-la-doctrina-y.html> (07 Set 2008).