



Doctrina del vínculo atenuado o de la mancha purgada y confirmatoria de la recurrida

La doctrina *The Exclusionary rules* o reglas de exclusión de la prueba aparece para descartar de plano, toda prueba e incluso sus derivados que hubieran sido adquiridos de forma inconstitucional.

La doctrina original de las reglas de exclusión de la prueba posee algunas excepciones jurisprudenciales, su aplicación concreta dependerá ineludiblemente de la casuística y de que el balance de proporcionalidad entre el derecho rescatado y el derecho disminuido incline la balanza a favor del primero, sin que, en ningún caso, pueda eliminarse o desaparecer el derecho postergado, en el test de ponderación.

Una de esas excepciones es la doctrina del vínculo atenuado o de la mancha purgada, la cual, si bien permite que entre la prueba aceptable procesalmente y la prueba prohibida pueda existir alguna relación o derivación, posee también criterios de aplicación recogidos de la jurisprudencia, sin la condición de concurrentes o convergentes.

Lo ocurrido no encuadra en ninguno de los criterios que habilitarían la única excepción posible: la doctrina del vínculo atenuado o de la mancha purgada, pues aparecen características propias de lo espurio (persistencia en la vulneración del derecho a la privacidad, ausencia de buena fe y pesquisa no autorizada), que no permiten acoger el pedido fiscal, de permitir la obtención de prueba derivada o prueba con efectos reflejos de la prueba prohibida, como sería la habilitación del levantamiento del secreto bancario, con base en elementos de convicción prohibidos, inconstitucionales e ilegítimos.

El recurso de apelación no resulta amparable y, por ende, debe confirmarse la recurrida.

AUTO DE APELACIÓN

SALA PENAL PERMANENTE

APELACIÓN N.º 81-2022/Lima Este

Lima, primero de diciembre de dos mil veintidós

VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por el representante del **MINISTERIO PÚBLICO** contra el auto del cinco de abril de dos mil veintidós (foja 69), que resolvió declarar improcedente la solicitud de levantamiento del secreto bancario de



Emerson John Romero Poma y Raquel Maldonado Cubas, en el proceso penal que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo específico y cohecho activo específico, respectivamente, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera instancia

Primero. El representante del Ministerio Público, mediante escrito del veintiuno de marzo de dos mil veintidós (foja 2), formuló requerimiento de levantamiento del secreto bancario de EMERSON JOHN ROMERO POMA y RAQUEL MALDONADO CUBAS, en el proceso penal que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo específico y cohecho activo específico, respectivamente, en agravio del Estado.

El levantamiento del secreto bancario solicitado es por el periodo comprendido del uno de julio al treinta y uno de diciembre de dos mil veintiuno, respecto a lo siguiente:

- a)** El juez investigado Emerson John Romero Poma, identificado con DNI n.º 80634342, con cuenta de ahorro n.º 191-03475423-0-27.
- b)** La abogada investigada Raquel Maldonado Cubas, identificada con DNI n.º 40537712, con cuenta de ahorro de origen n.º 191-28231322-0-86.

Para que el Banco de Crédito del Perú remita al despacho fiscal información documentada, con celdas activas y en formato Excel, PDF u otro habilitado para búsquedas, en soporte magnético o documento compartido en *drive* virtual, sobre:

- 1)** Depósitos y retiros de ahorros, giros y transferencias, origen y destino de los movimientos que registren.



- 2) Fecha de apertura de cuenta y, si fuera el caso, fecha de cancelación y montos manejados.
- 3) Cuentas destino de las transferencias o giros, titular de la cuenta destino o persona beneficiaria.
- 4) Cuenta de origen y el titular de la cuenta de origen que le hizo un depósito.
- 5) Ubicación de la agencia, filial o agente desde donde se realizaron los depósitos bancarios a su favor y los que él realizó.
- 6) Historial de movimientos detallados de las cuentas, depósito de ahorros, giros y transferencias.
- 7) Información relevante, conexas y complementaria.

Obra en los actuados la disposición de inicio de diligencias preliminares del primero de marzo de dos mil veintidós (foja 50) y donde se calificaron los hechos delictivos en los artículos 395 y 398 del Código Penal.

Se puntualizó el siguiente *factum* delictivo:

- 1.1. El ciudadano Juan Gabriel Rivera Casamayor, al tener sospecha de la infidelidad de su esposa, la abogada Raquel Maldonado Cubas, procedió a grabar una conversación entre ella y el juez Emerson John Romero Poma, el veintidós de diciembre de dos mil veintiuno.
- 1.2. En la primera grabación se escucha que la abogada Maldonado Cubas acordó encontrarse con el juez Romero Poma, a quien esperó dentro de su vehículo. Al llegar, el juez subió al vehículo con lunas polarizadas y ambos iniciaron una conversación en la cual la abogada le dijo al juez —al parecer sobre un cliente de la citada abogada—, que le daría S/ 5000 (cinco mil soles) por una resolución que él debía emitir, lo que incluiría la parte de ella, y precisó que el cliente solo le adelantó S/ 2000 (dos mil soles), por lo cual el juez indicó que eso era muy poco por un delito grave y la abogada le



respondió que no todos tenían la capacidad, ante lo cual el juez señaló: “Bueno doctora podría ser más como el caso del señor que estaba pidiendo la tenencia” y preguntó: “¿Cuánto me va a dar?” por lo que la abogada precisó: “Yo honestamente he pensado mil quinientos para mí, yo le voy a ir dando lo que él me ha dado de adelanto para que usted saque la resolución la diferencia le dije yo tengo la resolución de usted paga la diferencia [sic]”, lo cual fue aceptado por el juez, escuchándose lo que sería una supuesta entrega de dinero que, se infiere, correspondería al adelanto; la abogada señaló que el cliente le dará la diferencia cuando emita la resolución (S/ 3000), motivo por cual el juez se comprometió a sacar la resolución el martes “con sentencia y todo”, es decir, el martes veintiocho de diciembre de dos mil veintiuno, y luego conversaron sobre el carácter vulnerable del uso del *Whatsapp* y de realizar transferencias “porque no hace falta personas envidiosas”, señalando que deben cuidarse al igual que “Marco”, alusión que correspondería al ciudadano Marco Antonio Vergaray Anampa, quien trabaja en la Diviac, y el juez mencionó que conocía que sus amigos en otras zonas cobran más.

- 1.3. El denunciante también refirió la existencia de una segunda grabación, un audio de una conversación entre la abogada Maldonado Cubas y Edgardo Américo Vegas Santos, quien manifestaba tener conocimiento del caso de corrupción y que tenía pruebas del juez Romero Poma y del policía Vergaray Anampa, pero (queriendo desvirtuar las evidencias) dijo que no era prueba, porque si así fuese lo habría sacado a la luz.
- 1.4. Se señaló la existencia de un tercer audio, sobre una conversación que él mantuvo con su esposa, la abogada Maldonado Cubas, en la cual constaría que pensaba llevarse a sus hijos a cualquier parte del país, lo que evidencia para el denunciante un peligro de fuga, al no tener arraigo domiciliario, pues la casa donde viven



pertenece al padre del denunciante. Adjuntó la transcripción que correspondería a los audios aludidos.

Segundo. Luego se dictó el auto del quince de marzo de dos mil veintidós (foja 58), que ordenó devolver los actuados, a fin de que se subsane la omisión advertida (el requerimiento debe contener el fundamento jurídico que lo sostenga). En efecto, el fiscal remitió la subsanación del requerimiento acusatorio, el primero de abril de dos mil veintidós (foja 62).

Tercero. Seguidamente, se emitió el auto del cinco de abril de dos mil veintidós (foja 69), que declaró improcedente la solicitud de levantamiento del secreto bancario de EMERSON JOHN ROMERO POMA y RAQUEL MALDONADO CUBAS.

Los argumentos del juez fueron los siguientes:

- 3.1.** Para conceder la medida limitativa de derecho, corresponde someterla al test de razonabilidad (también denominado test de proporcionalidad), a fin de determinar si resulta constitucional o no una medida idónea, necesaria y proporcional. Lo cual lleva a analizar si se trata de prueba obtenida con respeto a los derechos fundamentales y con observancia de las garantías que deben regir el debido procedimiento.
- 3.2.** El artículo 159 del Código Procesal Penal reconoce la prueba prohibida que se obtiene mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.
- 3.3.** Los elementos de convicción que sustentan el pedido tuvieron como punto de inicio las grabaciones proporcionadas por Juan Gabriel Rivera Casamayor, esposo de la investigada Raquel Maldonado Cubas, pues él sospechaba que ella le era infiel y colocó una grabadora en el auto de su esposa; al grabarla,



comprobó la infidelidad y se filtró la operación en que su esposa y el juez Romero Poma conversaban; también existe el segundo audio con un compañero, y aun un tercero; también se tiene un audio de ella en su oficina. Incluso, refirió que proporcionó dos imágenes de *Whatsapp* de conversaciones entre su esposa y el policía Marco Antonio Vergaray y otro con el juez Romero Poma, conversaciones donde no es interlocutor; así como imágenes de las supuestas transferencias que obtuvo de la laptop que ambos utilizan, al dejar abierta, la esposa, la clave personal de sus cuentas e indagó y encontró las pruebas de las transferencias. A las conversaciones con el juez y el policía les hizo capturas de pantalla, cuando ella dejó abierto el *Whatsapp*.

- 3.4.** Para la obtención de los elementos de convicción presentados se trasgredieron derechos fundamentales de los intervenidos; se trata de medios de prueba ilegales, ya que el denunciante no fue interlocutor de ninguno de los diálogos, es más, quedó claro que dejó la grabadora de manera oculta, sin conocimiento de su esposa. Respecto a las capturas obtenidas desde la computadora, si bien señaló que era de su propiedad, no lo probó, y si bien era de ambos, su esposa dejó su clave abierta; sin embargo, indagó, es decir, buscó información de mensajes y constancias pertenecientes a su esposa, lo propio ocurrió con las capturas realizadas al celular de su esposa, que dejó su celular en la mesa; lo expuesto evidencia que fueron obtenidas con clara vulneración de los derechos fundamentales de su cónyuge, pues el celular es de uso personalísimo. Existe trasgresión a la esfera íntima de su cónyuge. Si bien pudo denunciar una *notitia criminis*, debió dejar que se realicen investigaciones, conforme al procedimiento regular, observando las garantías del debido procedimiento.



Cuarto. Contra la referida resolución, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación el veintiuno de abril de dos mil veintidós (foja 76), en que solicitó que se dé el trámite correspondiente al recurso promovido.

Los agravios esgrimidos fueron los siguientes:

- 4.1.** No se colocó la grabadora exprefeso para grabar la conversación entre la abogada y el juez.
- 4.2.** Tampoco se intervino el espectro electromagnético o las líneas de comunicación telefónica utilizadas por dichas personas. El denunciante puso un dispositivo de grabación para confirmar una supuesta infidelidad, lo que es un tema ajeno, pero el audio tiene que ver con un delito de corrupción de funcionarios. La grabación no fue obtenida mediante violencia ni existe intromisión en los domicilios de los investigados, tampoco se interceptaron exprefeso sus comunicaciones ni su correspondencia, documentos o archivos privados.
- 4.3.** Las tratativas delictivas que un juez pueda realizar (en trasgresión a sus deberes) no constituyen comunicaciones privadas *per se*, sino que son de interés público, dada la condición de funcionario público que administra justicia.
- 4.4.** No se trasgredió precepto constitucional alguno, pues no se puede considerar comunicación privada o documento privado a elementos que denotan que se estaría traficando ilegalmente con la función pública, como es la función de un juez.
- 4.5.** La obtención ilícita o no de la información debe ser materia de pronunciamiento en un estadio procesal más avanzado.
- 4.6.** El mismo argumento se aplica a las grabaciones donde participan los investigados. Además, en las capturas se advierten transferencias dinerarias de la abogada hacia el juez.



La impugnación fue concedida por auto del veinticinco de abril de dos mil veintidós (foja 80). Se dispuso elevar los actuados a esta instancia suprema.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Quinto. De conformidad con el artículo 420 del Código Procesal Penal, se corrió traslado a las partes procesales para presentar prueba documental o solicitar que se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso; sin embargo, solo la procesada Raquel Maldonado Cubas absolvió el traslado. Acto seguido, la Sala Penal Permanente emitió el auto de calificación del dos de agosto de dos mil veintidós (foja 44 en el cuaderno supremo), por el que declaró bien concedido el recurso de apelación.

Sexto. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de apelación, según las notificaciones y cargo (fojas 47 y 48 en el cuaderno supremo), se emitió el decreto del veinticinco de octubre de dos mil veintidós (foja 49 del cuaderno supremo), que señaló el veintiocho de noviembre de dos mil veintidós como fecha para la audiencia de apelación.

Séptimo. Realizada la audiencia respectiva, se celebró la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación y por unanimidad, corresponde dictar la presente resolución de vista, en los términos que a continuación se consignan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La Constitución no incorpora una norma procesal con efectos generales, que consagre la regla de exclusión probatoria cuando en la obtención de fuentes de prueba o en la práctica de medios de prueba



se vulneran derechos fundamentales. Empero, sobre la base de los principios constitucionales que organizan el debido proceso, por su enfrentamiento a determinados derechos fundamentales, sanciona su ineficacia probatoria¹.

El Código Procesal Penal (en adelante, CPP), a su vez, incorpora en este ámbito dos normas generales; por tanto, opta por normatizar la regla de exclusión de las pruebas obtenidas o actuadas con vulneración de derechos fundamentales mediante normas de carácter prohibitivo (Miranda Estrampes).

1. El artículo VIII del Título Preliminar del CPP, que afirma que la valoración de un medio de prueba —en verdad, fuente de prueba— está condicionado a su obtención e incorporación —aquí sí es correcto calificar de medio de prueba al acto de aportación— por un procedimiento constitucionalmente legítimo; que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de un derecho fundamental [...]; y que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio. 2. El artículo 159 del CPP que igualmente dispone que el juez no podrá utilizar [...] directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental de la persona².

Esta Sala Suprema³ ha establecido al respecto lo siguiente:

La prueba ilícita es aquella que se obtiene o que se actúa o ejecuta (i) con inobservancia, directa o indirecta, del contenido esencial de los derechos fundamentales, (ii) con infracción de otros preceptos constitucionales, o (iii) con vulneración grave de preceptos ordinarios de garantía sobre la prueba, siempre y cuando se afecten indebidamente las garantías del

¹ SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR (2015) *Derecho procesal penal. Lecciones*. Inpeccp. Primera edición, noviembre, p. 619.

² San Martín, op. cit. pp. 619 y 620.

³ Sala Penal Permanente, Casación n.º 319-2019/Apurímac, del veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, fundamento quinto.



debido proceso y la igualdad de armas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Segundo. Sobre la noticia criminal y el principio de progresividad. Ahora bien, la discusión en el presente caso viene centrada en determinar si existe alguna excepción a la aplicación de la teoría de la regla de exclusión de la prueba prohibida a la que acudió el juez de primera instancia para declarar improcedente el pedido del fiscal, además de lo señalado previamente. En ese orden de cosas, es necesario enfatizar que la Fiscalía está en la obligación, conocida la noticia criminal, de averiguar —de modo diligente y dentro de lo constitucional y epistemológicamente posible— la verdad; para que la mera conjetura o sospecha sin valor, que aparece en la denuncia, se convierta primero en sospecha simple fiscal y, por el principio de progresividad, alcance la sospecha probable o aparente y crezca hasta la sospecha suficiente⁴; o, por el contrario, se descarte por completo la denuncia y se sobresea el dato criminal sospechoso por carecer de mérito de justiciabilidad penal. De otro lado, incluso admitiendo la prueba irregular —en ningún caso inconstitucional— como basamento procesal, si fuera la única prueba de cargo, no tendría la potencia suficiente para quebrantar el principio de presunción de inocencia y expedir una decisión de condena (artículo 159 del CPP).

La noticia criminal (*notitia criminis*) podría provenir de fuente espuria (un criminal delator pagado, la nota de confesión de una víctima de tortura, los mensajes de texto de un celular robado, etcétera); sin embargo, dicha fuente carece de vocación probatoria y queda proscrita del universo acreditativo constitucionalmente legítimo, ya que su contenido solo podría ser utilizado en un proceso penal si puede desvincularse de su origen bastardo y erigirse como fuente purgada de provecho procesal.

⁴ SALA PENAL PERMANENTE, Apelación n.º 73-2021/Corte Suprema, del catorce de noviembre de dos mil veintidós, fundamento 4.1.3 y 4.1.4.



En un Estado constitucional de derecho, el Ministerio Público, como órgano constitucional de persecución del delito, no puede negarse a perseguir el delito bajo cualquier pretexto y menos generando zonas de impunidad, por ejemplo en delitos especiales —como la corrupción de funcionarios públicos—, porque tal actitud contravendría los deberes fundamentales del Estado, su propia razón de ser, y desconocería incluso el compromiso internacional de persecución efectiva de los actos de corrupción, que prevén los artículos 2.1, 3 y, en especial, 3.6⁵ de la Convención de Viena de 1988, y que aparecen también en la Convención de Palermo de 2001⁶ y en la Convención de Mérida de 2004⁷, doblemente obligatorias, por ser pactos internacionales vigentes, tras haber sido aprobados y por ser parte el ordenamiento jurídico nacional, conforme al mandato del artículo 55 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, su actuación debe igualmente respetar el ordenamiento jurídico nacional, en especial la Carta Fundamental.

⁵ **Artículo 3 Delitos y Sanciones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de Viena**, del 19 de diciembre de 1988 [...] 6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, **se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos** teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos.

⁶ **Artículo 11 Proceso, fallo y sanciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, de 15 de noviembre de 2000 [...] 2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención **a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.** [Resaltado adicional].

⁷ **Artículo 30 Proceso, fallo y sanciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**, de 29 de septiembre de 2003 [...] 3. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención **a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.**



Tercero. Sobre la doctrina jurisprudencial de las reglas de exclusión o

The Exclusionary rules. La doctrina *The Exclusionary rules*⁸ o reglas de exclusión de la prueba aparece para descartar de plano toda prueba e incluso sus derivados, que hubieran sido adquiridos de forma inconstitucional. La primera fuente jurisprudencial para el derecho peruano aparece en las sentencias de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en *Bram v. United States*, 168 U. S. 532 (1897); *Boyd v. U. S.* (1886); *Weeks v. U. S.*, hasta alcanzar los casos *Silverthorne Lumber Co. v. U. S.* 251 U. S. 385, 40 S. Ct. 182 (1920) y *Nardone v. United States*, 308 U. S. 338 (1939), incluso alcanzando a pruebas trasladadas de la famosa “bandeja de plata”, mediante la cual los agentes federales que conseguían ilegalmente pruebas y se las pasaban a sus pares de los otros Estados norteamericanos, para que pudieran utilizarlas en procedimientos por delitos ordinarios, en todos los casos por afectar la IV y V enmienda.

Esta forma tan cerrada y absoluta del tratamiento probatorio fue luego moderada por la misma jurisprudencia estadounidense, a partir de la tesis de los frutos del árbol venenoso *The fruit or the taint of the poisonous tree doctrine* (doctrina de la fruta o la mancha del árbol envenenado), asumiendo no solo la ponderación de intereses y derechos en juego, sino la distinción entre la prueba irregular de la prueba prohibida inconstitucional. La primera, de posible admisión —siempre que no sea la única prueba de la condena—, se acepta como constitucional y válida para destruir la presunción de inocencia como regla de juicio. En cambio, la segunda, de imposible adquisición e inserción, tiene menos valoración en el proceso penal.

La segunda fuente peruana es la jurisprudencia española —la que a su vez asumió la jurisprudencia italiana—; de un lado, el Tribunal Constitucional español, aunque la tesis que privilegió no haya sido la naturaleza

⁸ Es un término inglés creado por la jurisprudencia estadounidense que significa “regla de exclusión de la evidencia ilegal”.



genética o fisiológica de la prueba, sino su aplicación práctica con relación a “a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), así como con el derecho de defensa (artículo 24.2 CE), del que es realmente inseparable⁹”.

Por otro lado, el Tribunal Supremo español ha seguido una línea más vinculada a la genética o fisiología de la prueba, como señala la profesora Margarita Simarro Predeira¹⁰, ahondando en el requisito de la pertinencia de las pruebas y en los límites de este derecho, que vincula a lo siguiente:

El derecho a un proceso debido, regulado en el art. 24.2 de la CE; que ese mismo art. 24.2 CE, se ha de relacionar con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹.

Así, la STS n.º 649/2000, del diecinueve de abril, en su fundamento jurídico (FJ) 3, señala lo siguiente:

El derecho a la prueba no es derecho absoluto o incondicionado, y que no se produce vulneración del derecho constitucional cuando la prueba rechazada, aun siendo pertinente, carece su contenido de la capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y ello exige por parte de quien alegue tal vulneración una doble acreditación: De una parte que el recurrente ha de concretar la relación de hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas, de otra se exige que el

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, entre otras STC n.º 128/2017, del trece de noviembre, fundamento jurídico 4; así como otras STC n.º 30/1986, del veinte de febrero, FJ 8; STC n.º 147/1987, del veinticinco de septiembre, FJ 2M; STC n.º 205/1991, del treinta de octubre, FJ 3; STC n.º 357/1993, del veintinueve de noviembre, FJ 2; STC n.º 187/1996, del veinticinco de noviembre, STC n.º 73/2001, del veintiséis de marzo; STC n.º 76/2010, del dieciocho de noviembre, FJ 4; STC n.º 14/2011, del veintiocho de febrero, FJ 2; STC n.º 212/2013, del dieciséis de diciembre, FJ 4; STC n.º 133/2014, del veintidós de julio, FJ 6; STC n.º 130/2017, del trece de noviembre, FJ 2.

¹⁰ SIMARRO PEDREIRA, MARGARITA. (2019). *Prueba prohibida: Un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva*, Tesis doctoral, dirigida por la Prof. Dra. Piedad González Granda, León: Universidad de Nuevo León. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público. Programa de Doctorado: Responsabilidad jurídica. Estudio multidisciplinar, pp. 85 A 90.

¹¹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS n.º 137/2007, del veinte de diciembre, FJ 7, STS 20/2018, del trece de febrero, FJ 4.



invocante de la vulneración del derecho a los medios de prueba pertinente deberá argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba de la controversia¹².

Cuarto. La tesis del *fruto del árbol venenoso* ha sido admitida también por la mayoría de países hispanoamericanos, entre ellos: Perú, Argentina¹³, Colombia, España¹⁴, México¹⁵, Venezuela y Chile; y por países con otros idiomas, como Brasil, Alemania¹⁶ —pero ligado al “Principio

¹² TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, entre otras las STS n.º 1545/2004, del veintitrés de diciembre, FJ 2; n.º 154/2012, del veintinueve de febrero, FJ 3; n.º 186/2016, del doce de julio, FJ 2; n.º 137/2017, del veinte de diciembre, FJ 7; n.º 20/2018, del trece de febrero, FJ 4.

¹³ HAIRABEDIAN, Maximiliano. (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

¹⁴ “La prueba ilícitamente obtenida en un procedimiento puede tener validez en otro, si en este pudo obtenerse lícitamente”. Noticias Jurídicas. Consultado el tres de diciembre de dos mil catorce en <https://noticias.juridicas.com/actual/4373-la-prueba-ilcitamente-obtenida-en-un-procedimiento-puede-tener-validez-en-otro-si-en-este-pudo-obtenerse-lcitamente.html>; IBARRA PALAFOX, Francisco. (2009). “Contra la impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, n.º 21, julio-diciembre de 2009, p. 458.

¹⁵ PRIETO GONZÁLEZ, Janet Eunice. (2015). “Los frutos del árbol envenenado. Las implicancias del Principio de Exclusión de la Prueba obtenida ilícitamente, contemplado en la fracción IX, Apartado A del Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” en *Revista Derecho en Libertad*, México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey consultado el veintiséis de noviembre de dos mil veintidós en http://fdm.edu.mx/pdf/revista/no8/Los_Frutos_del_Arbol_Envenenado.pdf

¹⁶ Otra aportación alemana importante es la denominada *Teoría de las Tres Esferas*. Tal como lo explica el profesor Francisco Ibarra Palafox, esta teoría se desprende de una resolución judicial de 1973 en donde el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana reconoció que existen dos zonas de protección constitucional, una de las cuales se subdivide en dos a su vez. La primera esfera se denomina “esfera íntima del individuo”, a la cual la Constitución alemana le ha otorgado un papel protagónico para el desarrollo del ciudadano, ya que se le reconoce como “una configuración privada e intocable de la vida, que se encuentra protegida de la influencia del poder público”, y ni siquiera los más altos intereses del público general pueden justificar su intervención; la segunda esfera se refiere al ámbito de la vida privada, y se divide a su vez en dos zonas, una que sí es posible regular y otra que no es susceptible de regulación, pues no todo ámbito de la vida privada es



de Proporcionalidad" o *Verhältnismässigkeitsprinzip*—, Japón¹⁷ (Pietro, 2015, p. 60). En la década de 1960, alcanzó una gran importancia a partir de la jurisprudencia desarrollada al respecto en todos esos países. Salvo en el Perú, donde recién en el presente siglo la tesis del fruto del árbol venenoso ha cobrado mayor relevancia¹⁸.

Precisamente, en el presente siglo, la teoría de las reglas de exclusión ha precisado moderarse, sobre todo este giro fue obligado por los acontecimientos del once de septiembre de dos mil uno, estableciendo que la regla de exclusión no limita simplemente la introducción de todas las pruebas obtenidas en violación de la Cuarta, Quinta o Sexta Enmienda. En *Hudson v. Michigan*, 547 USA, 586, 126 S. Ct. 2159 (quince de junio de dos mil seis), el juez Scalia escribió para la Corte Suprema de los Estados Unidos: **“Sin embargo, la supresión de las pruebas siempre ha sido nuestro último recurso, no nuestro primer impulso”**. En el Tribunal Supremo español ocurrió lo propio, hasta decantarse por un concepto restringido de prueba prohibida o ilícita, entendiendo como tal la que se refiere exclusivamente a la obtención de pruebas con vulneración de derechos fundamentales y, más escasamente, por un concepto amplio en el que también se incluyen las violaciones a la legislación procesal ordinaria. Así, la STS n.º 817/2012¹⁹, del veintitrés de octubre, FJ 1.2, y la

objeto de protección de la ley fundamental, de manera que deberá ponderarse el derecho a la privacidad y el interés público.

¹⁷ Unafei-INSTITUTO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ASIA Y EXTREMO ORIENTE PARA LA PREVENCIÓN DEL CRIMEN Y EL TRATAMIENTO DE LOS DELINCUENTES, *Criminal Justice System in Japan*, Ed. 2011, <http://www.unafei.or.jp/english/pages/CriminalJusticeJapan.htm>.

¹⁸ Por todas, PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, Recurso de Nulidad n.º 2076-2014/Lima Norte, del veintiséis de abril de dos mil dieciséis, fundamento jurídico 6; Recurso de Nulidad n.º 2839-2016/Lima Norte, del veintiocho de marzo de dos mil diecisiete, fundamento jurídico 5. Tribunal Supremo Español, STCE n.º 56/2003, del veinticuatro de marzo de dos mil tres; STSE del veinte de febrero de 2006; STSE n.º 28/1998, del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho; STSE n.º 1/1996, del uno de marzo de mil novecientos noventa y seis.

¹⁹ “En el análisis de las medidas judiciales que supongan injerencia a derechos, las posibles irregularidades que pueden concurrir pueden ser graduadas, existiendo actuaciones que pueden ser tenidas por nulas por inconstitucionales, porque afectan al



STS n.º 589/2016, del cinco de julio, FJ Único; entre otras anteriores que ya exponían seminalmente la misma tesis. STS n.º 8547/2009, del treinta de diciembre, FJ 2. STS 542/2010, del veintisiete de enero, FJ 1. STS n.º 355/2011, del diez de febrero, FJ 2.

Como resaltan los profesores Claudia López Díaz, de Colombia, y Luis Delgado del Rincón, de España²⁰, Estados Unidos modificó sensiblemente la regla de exclusión de la prueba porque genera “costos sociales sustanciales” —*Estados Unidos v. Leon*, 468 USA 897, 907 (1984)—, lo que a veces incluye el establecimiento de los culpables libres y peligrosos en general. Por lo tanto, han sido “cautelosos contra la expansión” —*Colorado Vs Connelly*, 479 USA 157, 166 (1986)— y “han repetidamente enfatizado que el ‘costo de pago’ de la regla sobre la búsqueda de la verdad y los objetivos de aplicación de la ley presenta un alto obstáculo para los que instan [su] aplicación” —*Pennsylvania Bd. De libertad condicional y libertad condicional v. Scott*, 524 USA 357, 364-365 (1998)—. Así pues, se ha rechazado la *aplicación indiscriminada* de la regla —*Estados Unidos v. Leon*, 468 USA 897, 908 (1984)—, hasta sostener que solo es aplicable “cuando se considere que sus objetivos de remediación son más eficaces” —*Estados Unidos v. Calandra*, 414 USA 338, 348 (1974)—, es decir, donde sus beneficios de disuasión superan sus “costos sociales sustanciales” —*Pennsylvania Bd. De libertad condicional y libertad condicional v. Scott*, 524 USA 363 (1998)—. Y aunque no deja de ser un tema polémico, la mayoría de los países del

contenido esencial de un derecho fundamental, en tanto que otras son ilícitas, nulas e irregulares. Las irregularidades pueden ser objeto de graduación en función de la causación de indefensión y por la afectación a derecho al proceso debido. En términos generales la ilicitud procesal dará lugar a la irregularidad, a su vez, graduable en función de la afectación del derecho de defensa, en tanto que la ilicitud constitucional, dará lugar a la nulidad de las diligencias extendiendo sus efectos a las diligencias causalmente relacionadas por aplicación del art. 11.1 LOPJ, analizando, en cada caso, la conexión entre la diligencia nula, por inconstitucional y las subsiguientes”.

²⁰ LÓPEZ DÍAZ, Claudia. (2006). *Introducción a la imputación objetiva*. Colección de estudios 5, Colombia: Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho; DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2013). *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*. España: Universidad de Burgos.



planeta admiten la modulación de la regla de exclusión probatoria o excepciones a la misma.

Quinto. A la fecha, con relación a la doctrina original de las reglas de exclusión de la prueba, no todas las excepciones de origen jurisprudencial han sido aceptadas en abstracto y de modo pacífico en la doctrina internacional, pero sí han sido admitidas como posibles, en el caso por caso, por la jurisprudencia mundial²¹. Si bien, su aplicación concreta dependerá ineludiblemente de la casuística y de que el balance de proporcionalidad entre el derecho rescatado y el derecho disminuido incline la balanza a favor del primero, sin que en ningún caso pueda eliminarse o desaparecer el derecho postergado, en el test de ponderación. Las excepciones son las siguientes:

- 5.1.** La prueba obtenida legalmente por el litigante —quien, a su vez, la consiguió de una persona privada— es admisible²². *Burdeau v. McDowell, 256 USA, 465 (1921)*.
- 5.2.** La evidencia solo puede ser suprimida si la búsqueda ilegal viola los derechos constitucionales de la persona (que posee un proceso judicial o investigación fiscal). La regla de exclusión no se aplica a los derechos de privacidad de un tercero²³. La forma más aceptada

²¹ MIRANDA ESTAMPRES, Manuel (2003) "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación" en *Jueces para la Democracia* n.º 47, año 2003, pp. 53 a 65. Consultado el uno de diciembre de dos mil veintidós, en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/75521>.

²² La regla de exclusión está diseñada para proteger los derechos de privacidad, con la Cuarta Enmienda aplicando específicamente a los funcionarios del gobierno.

²³ Sin embargo, hay una excepción estrecha a esta exigencia permanente, la excepción de *ius tertii*, pues la la instalación del dispositivo GPS en el vehículo, ordenada por el Gobierno [o autorizada judicialmente], y la utilización de ese recurso para controlar los movimientos del automóvil constituyen un registro en términos de la IV Enmienda. La IV Enmienda protege el "derecho de las personas a su seguridad física, domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias". En el presente caso, la injerencia física del Gobierno sobre un "efecto" con el propósito de obtener información constituye una "pesquisa". Este tipo de injerencia en un área enumerada en la Enmienda ha sido



de esta excepción es el *hallazgo casual*, si al realizar actos de pesquisa autorizada, se encuentra evidencia de un delito diferente al que fueron autorizados a intervenir (Estados Unidos v. Jeffers & Jones v. Estados Unidos, USA 10-1259, 2011), como del Tribunal Español: STS n.º 1313/2000, del veintiuno de julio; STS n.º 25/2008, del veintinueve de agosto; STS n.º 818/2011, del veintiuno de julio; STS n.º 377/2018, del veintitrés de julio.

- 5.3.** La fuente independiente (*independent source doctrine*)²⁴ sostiene que no se excluirá la prueba cuando la Fiscalía demuestra que la evidencia fue obtenida en virtud de una fuente independiente de la intervención ilegal. *Silverthorne Lumber Co. v. U. S.* 251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182 (1920); *Murray v. U. S.*, 487 U. S. 533 (1988); *Caso United States v. O'Bremski* 70 US Wn. 2d 425 (1967); entre otras, como *Wong Sun v. United States* 371 U.S 471 (1963); *Segura v. United States* 468 US 796 (1984). También la STC 86/1995, del seis de junio²⁵.
- 5.4.** El acusado no puede aprovecharse de la situación (violar las normas) para que el caso se convierta en su ventaja, ante otras pruebas en su contra. Esto cae bajo la excepción de circunstancias eximentes

considerado como una pesquisa legal en los términos que tuvo la Enmienda al tiempo de su adopción (*Singleton v. Wulff Et Al.*, 96 S. Ct. 2868, 428 USA 106-1976).

²⁴ El propósito de admitir evidencia que cumple con los requisitos de esta doctrina es asegurar que “el Ministerio Público no sea puesto en peor posición [que en la que estaba previo a la intervención ilegal] sencillamente por razón de una previa actuación estatal ilegal”. Cuando la evidencia es obtenida mediante una fuente independiente a la actuación ilegal no hay “mácula” alguna que atenuar y, por tanto, la prueba incautada es admisible ya que, estrictamente, no constituye un fruto del árbol ponzoñoso. SIMARRO PEDREIRA, Margarita (2019) *Prueba prohibida: Un dilema y algunas paradojas. Análisis de perspectiva*, Tesis doctoral, dirigida por la Prof. Dra. Piedad González Granda, León: Universidad de Nuevo León. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público. Programa de Doctorado: Responsabilidad jurídica. Estudio multidisciplinar, pp. 128 – 203.

²⁵ En resumen, se trata de un caso de un delito contra la salud pública en la que los recurrentes fueron condenados a pesar de que existía una prueba obtenida ilícitamente, unas intervenciones telefónicas sin autorización judicial, que debería arrastrar al resto de pruebas derivadas de ellas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español entendió que la confesión del coprocesado constituye “un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia”. FJ 4.



o causas de justificación. *Walder v. Estados Unidos Case. 347 USA 62 (1954)*.

- 5.5. La buena fe del infractor o de la actuación policial²⁶ (*good faith exception*) *Massachussets v. Shepard 468 USA 981 (1984)*.
- 5.6. Ausencia de dolo o la causa de justificación²⁷. *Estados Unidos v. Leon, 468 USA 897, 907 (1984)*; *Adams v. Williams 407 USA 143 (1972)*.
- 5.7. La doctrina del descubrimiento inevitable o hallazgo inevitable²⁸, (*The Inevitable Discovery Doctrine*). *Nix v. Williams, 467 U. S. 431 (1984)*, STS 974/1997, del cuatro de julio.
- 5.8. La doctrina de la conexión atenuada o del vínculo atenuado (*attenuated connection principle*), también llamada en la doctrina *the purged taint* o excepción de la mancha purgada²⁹. *Wong Sun v. United States 371 USA 471 (1963)*. La doctrina del vínculo atenuado permite que se admita como evidencia aquella prueba cuyo

²⁶ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que la *exclusionary rule* no será aplicable en aquellos casos en que la policía, aunque actuó de forma ilícita/irregular pero no inconstitucional, esto es, con lesión de derechos individuales, lo hizo en la creencia de que lo hacía de buena fe, es decir, dentro de los márgenes de la ley o de la Constitución. En consecuencia, este tipo actuación policial eliminaría el efecto disuasorio (*deterrent effect*) sobre el que descansa la *exclusionary rule*.

²⁷ Esto implica que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención dolosa de acometerlo, y al creerse que se ha actuado en derecho puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias (convencer a las agencias policiales de no violar derechos fundamentales), no puede reputarse a alguien que actúa de buena fe, debido a que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo. La causa de justificación es el hallazgo casual, en donde agentes de policía ingresan y registran un sitio cerrado presumiendo el hallazgo de droga prevaleciéndose de una orden de allanamiento judicial válida, pero encuentran armas. La requisita policial se basaba en que a la persona que se pretendía incautar llevaba armas y no estupefacientes que es el ilícito descubierto y es posible aportarla como prueba.

²⁸ Los frutos también son admisibles cuando la prueba cuya supresión se solicita inevitablemente hubiese sido descubierta de todas maneras, aun sin tomar en cuenta la información obtenida mediante el registro ilegal.

²⁹ La jurisprudencia norteamericana ha fundado esta excepción en el sentido de que una prueba ilícitamente obtenida se va disipando o al mismo tiempo purgando ante el ingreso posterior de otros actos derivados de prueba que propagan el vicio principal, pues la causalidad entre la prueba ilícita principal y las pruebas derivadas posteriormente obtenidas se encuentra mitigada por la concurrencia de múltiples situaciones.



vínculo con la conducta ilegal es tan atenuado que ya no está maculada por la ilegalidad inicial. *Brown v. Illinois*, 422 USA 590 (1975).

5.9. La Teoría del riesgo o actuación a propio riesgo es una excepción a la regla de exclusión aplicable a diligencias en las que el investigado reconoce libre y voluntariamente su responsabilidad en los hechos, brindando información valiosa³⁰. Siempre que se cumplan tres condiciones: **1)** que el declarante esté en condiciones de conocer sus derechos y el riesgo a que los expone, siempre que se haya aplicado la *advertencia Miranda* —*Miranda v. Arizona* 385 U. S 436 (1966)—; **2)** que el declarante tenga dominio de la situación y de la espontaneidad de su declaración; **3)** que el declarante no esté bajo sujeción de la protección de otro, quien posee un deber de garante (niño o adolescente, incapaz, dependiente subordinado, cadete militar, oficial de inferior jerarquía) —*USA v. Rullo*, 748 F. Supp. 36 (1990); *U.S.A. v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1974)—.

5.10. Para conjurar un peligro inminente³¹ —*Utah v. Strieff* 579 U.S 232, 136 S. Ct. 2056 (2016); *Davis v., United States* 131 S.Ct.2419 (2011); *Colorado v. Connelly*, 479 USA 157, 166 (1986)—.

Sexto. El caso que nos ocupa, en principio, tiene que ser definido en sus exactas características. Así pues, se trata de un acto privado y unilateral; además, no bastó con conseguir la noticia del crimen y

³⁰ Sin que hubiera sido sometido a torturas, confesiones extrajudiciales, intromisiones domiciliarias y demás derivaciones que tengan relevancia sobre el delito investigado o en actividades relacionadas con este.

³¹ Bajo ciertas circunstancias es posible ingresar hacia el mundo de derechos de un agente criminal, si se hace con la finalidad de conjurar un peligro inminente. En 2012 cuando en los Estados Unidos ya se vivía una situación de psicosis debido al derribo del «*World trade center*» en un super mercado ingreso un asaltante diciendo que había ocultado una bomba en una Escuela elemental (Primaria) entonces la policía logra capturarlo y tras interrogarlo logra que el agresor confiese, donde había ocultado la bomba, lo que permitió que se pudiera salvar muchas vidas, por ello se considera la prueba obtenida como excepción a la regla de exclusión.



ponerla en conocimiento inmediato de la Fiscalía, sino que decidió continuar realizando sus pesquisas ilegítimas, aprovechando incluso la negligencia o el propio descuido de su esposa, quien dejó sus sesiones abiertas. Ahora bien, la solicitud fiscal de levantamiento del secreto bancario, con base fundamental en esta prueba (elementos de convicción) ostensiblemente prohibida, se encuadra como un pedido de fuente derivada o prueba con efectos reflejos de la prueba prohibida. En lo que queda, nos obliga a establecer si puede encuadrarse, como solicita la Fiscalía, en alguna excepción a la doctrina de las reglas de exclusión de la prueba prohibida.

Señala el profesor Manuel Miranda Estrampes³² que el no reconocimiento de la eficacia de los efectos reflejos de la prueba prohibida es “la única forma de asegurar que la misma no producirá efectos en el proceso”; así pues, la prueba derivada o los efectos reflejos de la prueba prohibida es una tesis reconocida en la jurisprudencia (STS n.º 3031/1992, del siete de abril, STS n.º 19293/1994, del dieciséis de junio)³³, cuyas únicas excepciones son la doctrina de la conexión atenuada o del vínculo atenuado (*attenuated connection principle*) o la doctrina *the purged taint* o excepción de la mancha purgada, por un lado, y la conjura de un peligro inminente.

Séptimo. Bajo ese contexto, debe considerarse que la doctrina del vínculo atenuado o la mancha purgada se convierte en la única posible aplicable al caso concreto, en principio, porque las demás excepciones establecen como condición la desvinculación de la prueba derivada, respecto a la prueba espuria. Y, como se anunció, las únicas excepciones en que la jurisprudencia permitió que pueda subsistir

³² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999) *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Madrid: Ed. JM Bosch Editor, pp. 26 y siguientes.

³³ En ese mismo sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, STC n.º 85/1994, del catorce de marzo.



un vínculo son las excepciones anteriormente referidas, doctrina del vínculo atenuado o mancha purgada y la tesis de la conjura de un peligro inminente. En el caso que postula la Fiscalía no se exhibió ningún peligro inminente que, por cierto, para existir tendría que ser de tal magnitud que, por la cantidad de personas afectadas, la cantidad de derechos en rescate o bien la calidad de la justicia material que subyace, sea la excepción la que se imponga. En este caso, no se acreditó ninguna de estas situaciones, salvo una general y abstracta mención a los compromisos internacionales de lucha eficaz contra la corrupción, que no justifica la existencia de un peligro inminente de ineludible aniquilación. La excepción de conjura de peligro inminente se descarta.

Octavo. La doctrina del vínculo atenuado o de la mancha purgada, si bien permite que entre la prueba aceptable procesalmente y la prueba prohibida pueda existir alguna relación o derivación, posee también criterios de aplicación recogidos de la jurisprudencia³⁴; sin la condición de concurrentes o convergentes, estos son los siguientes:

- a. **Criterio 01.** El tiempo. Entre la prueba prohibida y la prueba derivada ha de existir un lapso temporal tal, que entre una y otra vuelva sea casi imperceptible su vinculación. El tiempo sirve de catalizador de la memoria judicial.
- b. **Criterio 02.** La intensidad vulneratoria. De un lado, el bien jurídico o valor constitucional en rescate debe tener —se entiende, en el caso concreto— mayor importancia para ser rescatado que el bien jurídico que se ha vulnerado con la prueba prohibida. En un ejercicio de ponderación no solo el bien o valor que se impone debe apreciarse como más vulnerable que el derecho que se

³⁴ SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Wong Sun v. United States* 371 USA 471 (1963); *Brown v. Illinois*, 422 USA 590 (1975).



relega, sino que el derecho rescatado con la admisión de la excepción ha de apreciarse como más valioso para toda la Nación. Este ejercicio de ponderación no se puede realizar en abstracto, sino en el caso por caso, ya que, en general, no existen derechos ontológicamente más valiosos que otros, y todos los derechos poseen igual valía.

- c. Criterio 03.** El nexo difuso. Entre la prueba espuria y la prueba derivada el vínculo que las une debe ser tan ralo, tan minúsculo o tan lejano, que la conexión entre ambas, parezca inexistente. Como si fueran parientes del noveno o décimo grado de consanguinidad.
- d. Criterio 04.** El rescate de un bien colectivo. Sobre todo, cuando están en juego colectivos vulnerables (niñas, niños, adolescentes, personas con habilidades diferentes o espectro autista, enfermedades huérfanas, colectivos discriminados socialmente, etcétera) o versen sobre violaciones ostensibles a derechos humanos o se trate de crímenes contra la humanidad, como el genocidio de poblaciones nativas, autóctonas u originales. La excepción purga la mancha de la prueba derivada si permite acreditar violaciones de derechos a estos colectivos, pese a que se trata de una prueba con efectos reflejos de la prueba prohibida. Por supuesto, la prueba prohibida originaria, incluso en estos casos, queda proscrita.
- e. Criterio 05.** La habilitación voluntaria del titular del derecho vulnerado. Cuando la prueba derivada e incluso la prueba prohibida cuenta con la autorización del titular del derecho, quien ha intervenido en su producción o cuando ha autorizado libre y



voluntariamente su publicidad, entonces la excepción habilita actuar en proceso la prueba³⁵.

Noveno. Así pues, el hecho del que se ha tomado conocimiento a través de los elementos de convicción ahora cuestionados constituye la noticia criminal, su admisión como disparador de la investigación preliminar o preparatoria de la Fiscalía no tiene objeción. La Fiscalía está obligada a perseguir la verdad sobre este hecho denunciado, aunque las fuentes del crimen, aportadas por Juan Gabriel Rivera Casamayor, sean pruebas prohibidas; por cuanto la Constitución Política del Perú no ampara ni protege en forma alguna al crimen, admitir otra interpretación vulnera frontalmente el valor constitucional de los deberes primordial del Estado de “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad” (artículo 44) y societario ciudadano de “respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación” (artículo 38).

Décimo. Ahora bien, la obligación de investigar por parte de la Fiscalía no la habilita para conseguir pruebas derivadas de una prueba prohibida a cualquier precio (interdicción al ejercicio abusivo de la potestad o interdicción a la arbitrariedad), pues la prueba prohibida no puede respaldar actos de pesquisa o investigación, porque lo obtenido sería igualmente fruto envenenado de la prueba original (*The fruit or the taint of the poisonous tree doctrine*). Las armas del Estado constitucional de derecho no pueden igualarse ni ser las mismas que utiliza el crimen para vulnerar derechos, la Constitución Política del Estado no protege hechos que serían igualmente ilegítimos.

³⁵ Además de la jurisprudencia peruana: PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, Recurso de Nulidad n.º 2076-2014/Lima Norte, del veintiséis de abril de dos mil dieciséis, fundamento jurídico 6; Recurso de Nulidad n.º 2839-2016/Lima Norte, del veintiocho de marzo de dos mil diecisiete, fundamento jurídico 5; el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STS n.º 3212/2022, del veintiocho de julio, Ejecutoria de la Sala de lo Civil, ponente José Luis Seoane Spielberg, “intromisión ilegítima a la propia imagen”. Incluso, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC n.º 00655-2010-PHC/TC-Lima, del veintisiete de octubre de dos mil diez, fundamentos 3 a 17.



Undécimo. En el caso concreto, lo ocurrido no encuadra en ninguno de los criterios que habilitarían la única excepción posible, de la doctrina del vínculo atenuado o de la mancha purgada, pues no ha mediado lapso temporal suficiente entre ambas como para olvidarse judicialmente del vínculo; tampoco se han exhibido derechos de mayor intensidad o representatividad en el caso concreto que pudieran inclinar la balanza de la ponderación; no existe un vínculo difuminado entre ambas; no están en peligro colectivos vulnerables ni se trata de crímenes contra la humanidad o violaciones de derechos a colectivos vulnerables o discriminados, cuyos intereses se deban rescatar, ni existe autorización del titular del derecho vulnerado. En particular, en este último renglón, debe resaltarse que el denunciante Juan Gabriel Rivera Casamayor no aportó la prueba (grabación de conversación) inmediatamente conocido el supuesto acto de corrupción, sino que siguió con su conducta ilegítima de vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las conversaciones privadas; tampoco actuó de buena fe, al advertir el descuido cuando la investigada Maldonado Cubas dejó abiertas sus sesiones: computadora personal de escritorio y de Whastapp con lo que obtuvo información bancaria y comunicaciones privadas, hurgando en documentos personales de su cónyuge y haciendo una pesquisa ilegítima; no es solo protegido el espectro electromagnético o las líneas de comunicación telefónica utilizadas, sino todo contenido del derecho a la privacidad de las conversaciones, tampoco es imprescindible que las vulneraciones sean violentas. Estas características propias de lo espurio (persistencia en la vulneración del derecho a la privacidad, ausencia de buena fe y pesquisa no autorizada) no permiten acoger el pedido fiscal de habilitar, para la consecución de prueba derivada o prueba con efectos reflejos de la prueba prohibida, el levantamiento del secreto bancario, con base en elementos de convicción prohibidos, inconstitucionales e ilegítimos.



Duodécimo. Entonces, por todo ello, el recurso de apelación no resulta amparable y, por ende, debe confirmarse la recurrida que declaró improcedente el requerimiento fiscal de levantamiento del secreto bancario de EMERSON JOHN ROMERO POMA y RAQUEL MALDONADO CUBAS, en el proceso penal que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo específico y cohecho activo específico, respectivamente, en agravio del Estado, sin perjuicio de que, por tratarse de actos de investigación fiscal sobre base posible (sospecha simple), pudiera ser solicitado cuando el grado de sospecha de la supuesta realización de ilícitos contra la administración pública venga escoltado con elementos de convicción o indicios no prohibidos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el representante del **Ministerio Público**.
- II. CONFIRMARON** el auto del cinco de abril de dos mil veintidós (foja 69), que resolvió declarar improcedente la solicitud de levantamiento de secreto bancario de **Emerson John Romero Poma** y **Raquel Maldonado Cubas**, en el proceso penal que se les sigue por la presunta comisión de los delitos de cohecho pasivo específico y cohecho activo específico, respectivamente, en agravio del Estado.
- III. DISPUSIERON** que la presente resolución se notifique a las partes apersonadas en esta Sede Suprema.
- IV. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 81-2022
LIMA ESTE**

cuaderno de apelación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

Intervino el señor juez supremo Coaguila Chávez por periodo vacacional de la señora jueza supremo Altabás Kajatt.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

LT/jj