

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

ESCUELA DE POSTGRADO



**CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA
EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO.**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAGISTER EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

MAESTRISTA: Maximiliano ESPINOZA SOTO

ASESOR: Mg. David BERAÚN SÁNCHEZ

Huánuco – Perú

2015

DEDICATORIA

A MIS FAMILIARES

Que, en paz descansa mi padre Gelacio Espinoza Solís, sin su ayuda y apoyo incondicional para mi formación de mi carrera profesional, ahora no estaría obteniendo el grado de Maestro, así mismo a mi madre querida Victoria Soto Piñan, y mis hermanos, quienes siempre han sido la razón para mi formación profesional, para el bienestar de la sociedad, como para el porvenir de mis hijos.

A MI ESPOSA, HIJOS E HIJAS.

Agradecer, a mi esposa Rosa Fernández Ramos por su comprensión y abnegada espera, por no haber compartido el hogar conyugal, durante mis estudios, ya que por mis estudios estuve fuera de casa, olvidando asumir mi obligación de esposo y padre, mis hijos e hijas son testigos, que lo hice por el bienestar de ellos, y dios me los premie en el futuro.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar agradecer a Dios todo poderoso, por tenerme sano y salvo, para poder obtener mi grado de Magister en Derecho Penal, luego de manera especial deseo hacer llegar mi agradecimiento a los profesores y maestros, que me impartieron su conocimiento y sapiencia, durante el desarrollo de mi carrera en la Maestría, para el fortalecimiento de mi carrera profesional, del mismo modo a mi asesor Mg. David Beraun Sánchez, por su guía y colaboración en la elaboración de la presente.

RESUMEN

Es por todos reconocida la importancia de la prueba en el quehacer jurídico en general y en el proceso en particular, al punto que sin ella no es imaginable el funcionamiento del sistema de impartición de justicia, en orden a resolver el conflicto puesto en su conocimiento. Sin embargo, en el Estado Constitucional de Derecho resulta inadmisibles que los agentes de la persecución del delito desplieguen una actividad de búsqueda e incorporación de la evidencia incriminatoria que vulnere abiertamente el plexo de derechos fundamentales reconocidos en favor de los ciudadanos. En otras palabras: la búsqueda y obtención de la prueba en una investigación o proceso penal de ningún modo deben ser realizadas “a cualquier precio”. Además de ello, para el juzgador siempre representará un problema decidir en el caso concreto la posibilidad de admitir excepciones a la regla que prohíbe valorar aquel material probatorio obtenido en tales condiciones.

El presente proyecto de tesis, intitulado “Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana”, está referido precisamente a la cuestión precedentemente esbozada. En efecto, nos ocuparemos de la problemática planteada por aquellas situaciones de orden procesal en las que los operadores jurídicos, especialmente quienes tienen la misión constitucional de impartir justicia penal, se ven enfrentados al dilema de consagrar la verdad material valorando determinada prueba obtenida o incorporada con violación de derechos fundamentales o hacer prevalecer la vigencia irrestricta de estos últimos expulsando del proceso la prueba obtenida en tales condiciones. Y es que en el proceso penal están en juego la libertad y la dignidad del ser humano pero también la necesidad de descubrir

la verdad para el ejercicio eficaz del *ius puniendi*. O dicho de otro modo, asistimos al eterno conflicto entre libertad y seguridad que buscará resolverse de acuerdo con el momento histórico y el modelo de proceso derivado de la Constitución Política.

En cuanto al marco teórico se refiere, hemos considerado pertinente desarrollarlo en un capítulo aparte, elaborando sistemáticamente el análisis y estudio de las instituciones jurídicas involucradas. Esta decisión responde a que en una investigación jurídica, el propio marco teórico es parte integrante del objeto investigado, siendo necesario recurrir a criterios lógicos - dogmáticos propios del ámbito jurídico y, por consiguiente, ajenos a las investigaciones puramente empíricas. En este orden de ideas, de entrada abordamos como cuestiones preliminares, que nos servirán de punto de partida, el estudio del modelo procesal diseñado por la Constitución Política del Estado, toda vez que el estudio de la cuestión objeto de investigación guarda relación con el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales y el diseño o propuesta de proceso penal que emerge de la Carta Política. La referencia a la prueba procesal es necesaria en la medida que la cuestión a investigar se presenta precisamente dentro del ámbito de la actividad y valoración probatorias. En una segunda parte de este desarrollo sistemático abordamos de lleno el estudio de la prueba ilícita, delimitando su concepto, la diferenciación entre prueba directa y refleja, así como entre prueba ilícita y prueba irregular, los derechos afectados, las consecuencias jurídico - procesales de la prueba ilícita, incluyendo el examen de las numerosas excepciones a la regla de exclusión actualmente planteadas sobre todo en el derecho comparado. A continuación nos ocupamos de los desarrollos elaborados en nuestro país por el Tribunal Constitucional y la

doctrina respecto de la temática abordada por la investigación, así como también de los sistemas de regulación de las excepciones a la regla de exclusión, esto es, el reglado y el jurisprudencial, tomando posición al respecto. Para concluir, consideramos pertinente el análisis micro – comparativo de la institución en ordenamientos jurídicos como los de Estados Unidos, España, Alemania, Argentina, Chile y Colombia.

Finalizamos la investigación con las conclusiones correspondientes y la propuesta de lege ferenda que hemos considerado pertinente, consignándose también la bibliografía consultada que está vinculada con el tema materia de investigación

SUMMARY

It is for all recognized the importance of evidence in the legal task in general and in particular process to the point that without it we can not imagine functioning system of law enforcement, in order to resolve the conflict brought to its attention. However, the constitutional rule of law is unacceptable that the agents deployed prosecuting search activity and incorporation of the incriminating evidence that openly violates the fundamental rights plexus in favor of citizens. In other words: the seeking and obtaining of evidence in an investigation or criminal proceedings in any way must be made "at any price". Moreover, for the judge always represent a problem deciding the case the possibility of exceptions to the rule that prohibits assess evidentiary material obtained in such conditions.

This thesis project, entitled "Criteria for the determination of illegal evidence in the Peruvian criminal jurisprudence", is based precisely on the question outlined above. Indeed, we will address the issues raised by those procedural situations in which legal operators, especially those who have the constitutional mission of imparting criminal justice, are faced with the dilemma of consecrating the material truth valuing certain evidence obtained or incorporated with violation of fundamental rights or to assert the full observance of the latter driving the process evidence obtained under such conditions. And in the criminal proceedings they are at stake freedom and human dignity but also the need to uncover the truth for the effective exercise of the right to punish. Or put another way, we witness the eternal conflict between freedom and security will seek resolved in accordance with the historical moment and the process model derived from the Constitution.

As for the theoretical framework is concerned, we have considered necessary to develop it in a separate chapter, systematically developing the analysis and study of the legal institutions involved. This decision reflects the fact that a legal investigation, the theoretical framework itself is part of the investigated object, being necessary to resort to logical criteria - own dogmatic the legal field and, therefore, outside the purely empirical research. In this vein, we address input as preliminary issues, which will serve as a starting point, the study of the process model designed by the State Constitution, since the study of the matter under investigation related to the treatment fundamental constitutional rights and criminal design or proposed process that emerges from the Constitution. The reference to the procedural testing is necessary to the extent that the research question occurs precisely within the scope of activity and evidentiary assessment. In a second part of the systematic development of full boarded the study of illegal evidence, defining its concept, the distinction between direct evidence and reflects and between irregular illegal evidence and proof, the rights involved, the legal consequences - the procedural illegal evidence, including the examination of numerous exceptions to the exclusionary rule now raised mainly in comparative law. Then we deal with the developments made in our country by the Constitutional Court and the doctrine regarding the topics addressed by the research, as well as control systems of the exceptions to the exclusionary rule, that is, the regulated and jurisprudential, taking position on this. To conclude, we believe the relevant micro analysis - Comparative of the institution in jurisdictions such as the United States, Spain, Germany, Argentina, Chile and Colombia.

We end with the corresponding research findings and proposed
legiferenda we considered relevant, also consining the literature that is
linked to the research topic

INTRODUCCIÓN

La lucha contra la delincuencia, principalmente en la hora actual que se caracteriza por la incursión en el escenario social de verdaderas organizaciones criminales que inclusive llegan a poner en jaque al propio Estado, exige ciertamente una acción eficaz por parte de las agencias del sistema penal, azuzadas por una cada vez más acuciante presión del colectivo social que exige legítimamente que el Estado garantice niveles adecuados de seguridad.

Sin embargo, por otro lado, el devenir histórico de las sociedades ha colocado al individuo en una situación de preeminencia y protección frente a la represión ilimitada y el ejercicio extremo del *ius puniendi*. Esta evolución histórica se encuentra plasmada en las garantías procesales consagradas en la Constitución Política del Estado, derivadas de la dignidad de la persona humana que es el axioma rector a partir del cual se reconocen los demás derechos fundamentales. Es por ello que la idea según la cual la búsqueda y obtención de la prueba en una investigación penal de ningún modo debe ser realizada “a cualquier precio”, resume correctamente la cuestión precedentemente planteada.

En nuestro país esta problemática ha cobrado palpitante actualidad como consecuencia de la instauración de un conjunto de procesos penales vinculados con la actuación delictiva de una serie de ex funcionarios gubernamentales del régimen político que gobernó durante la década 1990-2000, así como la situación generada por la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de algunas normas contenidas en la legislación antiterrorista dictada durante el referido

régimen, lo que tuvo como efecto inmediato la anulación de los fallos dictados por el Fuero Militar y la consiguiente instauración de nuevos procesos penales ante la Justicia Ordinaria. No obstante lo dicho y al margen de la mayor actualidad que cobra el instituto objeto de investigación debido a las dos circunstancias precedentemente mencionadas, debe convenirse en que la regla de exclusión de la prueba ilícita es de perfecta aplicación en cualquier proceso penal, independientemente de su relevancia político – social.

A pesar de la importancia y actualidad de la cuestión planteada, ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional han desarrollado orgánicamente los criterios que permitan afrontar con eficacia dicha problemática. Es por ello que nos hemos propuesto ocuparnos de tan trascendente tema con la idea de contribuir al análisis, desarrollo y estudio crítico de la institución en comento, con miras a lograr su comprensión y, como consecuencia de ello, su adecuada aplicación dentro del proceso penal, particularmente los que tienen que ver con los delitos de terrorismo.

Con tal finalidad hemos formulado el problema a investigar, identificando algunos sub – problemas. Hemos procedido también a determinar los fines y objetivos perseguidos, formulando las hipótesis que, a nuestro entender, guardan relación con el problema planteado. Del mismo modo, hemos determinado, cuando ello ha sido pertinente, las variables dependientes e independientes y sus respectivos indicadores, a través de los cuales buscaremos comprobar la corrección de las hipótesis de investigación. De igual manera, hemos delimitado el universo sobre el cual recaerá nuestro trabajo, del que extraeremos la correspondiente muestra representativa, para lo cual utilizaremos

critérios y metodologías estadísticas propios de la investigación empírica. De otro lado, hemos circunscrito nuestro ámbito de investigación, situándonos en el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo. No olvidamos especificar los métodos utilizados así como las técnicas que emplearemos para la recolección de los datos obtenidos, para lo cual se elaborará el diseño de contrastación empírica y de comprobación de las hipótesis planteadas, sin descuidar el estudio del derecho comparado, con incidencia en aquellos países que ejercen influencia sobre nuestro sistema jurídico o que se sitúan geográfica y culturalmente cerca.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
SUMMARY	vii
INTRODUCCIÓN	x
ÍNDICE	xiii

CAPITULO I:

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1, 1	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	15
1, 2	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	18
1, 3	OBJETIVOS	19
1, 4	HIPÓTESIS Y VARIABLES	19
1, 5	VARIABLES E INDICADORES	20
1, 6	INDICADORES:	20
1, 7	JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	22
1, 8	VIABILIDAD	23
1, 9	LIMITACIONES	23
1, 10	DELIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	24

CAPITULO II:

MARCO TEÓRICO

2, 1	ANTECEDENTES	26
2, 2	BASES TEÓRICAS	30
2, 3	BASES FILOSÓFICAS DE LA INVESTIGACIÓN	58
2, 4	DEFINICIÓN CONCEPTUALES DE PRUEBA ILÍCITA	59
2, 5	DEFINICIÓN DE TÉRMINOS Y CONCEPTOS	62
2, 6	MARCO NORMATIVO	68

CAPITULO III:

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3, 1	TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	71
3, 2	MÉTODOS	71
3, 3	UNIVERSO Y MUESTRA	72
3, 4	FUENTES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	73

3, 5 PROCESAMIENTOS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	74
3, 6 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	74
CAPITULO IV	
PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	
4, 1 CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	75
4, 2 CONTRASTES RELACIONADOS CON LOS DATOS OBTENIDOS A TRAVÉS DEL EXAMEN DE LAS SENTENCIAS	76
4, 3 DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	82
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	90
ANEXOS	94
MATRIZ DE CONSISTENCIA	95
TITULO DE INVESTIGACIÓN	96

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

El Debido Proceso, además de un derecho fundamental, es un principio rector del Derecho Procesal y de la actividad jurisdiccional del Estado, abarcando - entre otros – el Derecho a la Defensa, el mismo que a su vez incluye el Derecho a la Prueba, entendido este último como el derecho de la defensa a presentar y actuar medios probatorios en el juicio y que los mismos son objetos de valoración por el juzgador.

En tal sentido, la prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración. Es en este contexto que la prueba ilícita o prohibida se ha convertido en una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal. En dicha institución se observa claramente la confrontación entre los intereses estatales por reprimir el fenómeno criminal y los intereses ciudadanos por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica.

La doctrina no es pacífica respecto a las implicancias de la prueba ilícita. El presente trabajo parte de la postura que se inclina por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, para así poder analizar lo referido al procedimiento de su exclusión del proceso penal. Sin embargo, antes de observar dicho procedimiento, daremos una breve aproximación al concepto de Prueba Ilícita – a fin de conocer las

características de aquello que precisamente se debe excluir del proceso penal – y trataremos las excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita.

Antes de iniciar nuestro desarrollo, y con el objeto de dejar bien sentada nuestra posición sobre el tema de la admisibilidad de la prueba ilícita, debemos recordar que el proceso es un instrumento de la realización del derecho material, por lo tanto su desarrollo no puede contradecir tal objeto. Como señala la profesora Pellegrini “la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable” En tal orden de ideas, Beling, pionero en el estudio de la prueba ilícita, caracterizó a esta última como el límite de la averiguación de la verdad en el proceso penal.

Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el fin supremo es la persona humana (Artículo 1° de la Constitución Política del Perú), la exclusión de la prueba ilícita no es solo una norma jurídica sino principalmente una regla ética. (Landa Arroyo, César, 2010. “Los Derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Palestra Editores. 1era Edición. Lima.)

Si bien es cierto el Estado tiene entre sus tareas la lucha contra la criminalidad, esta no se puede realizar obviando sus funciones básicas como es la tutela de los derechos humanos. Al respecto, el artículo 44 de la Constitución de 1993 y el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen con claridad meridiana el carácter primordial que el respeto a los derechos humanos – entre ellos las garantías que la prueba ilícita lesiona – en un Estado Democrático y Social de Derecho.

1.1.1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

Los procesados – dentro de los alcances del derecho constitucional a la defensa – tienen derecho a presentar ante el órgano jurisdiccional los medios probatorios que consideren pertinentes. Sin embargo “en términos generales, 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.”

De ello se desprende que no comprende parte del derecho a la prueba la presentación de pruebas ilícitas, por lo que trataremos de resumir las posiciones que sobre dicho concepto se han esgrimido.

En cuanto a la definición de prueba ilícita, la doctrina se ha dividido en dos grandes grupos: Concepciones amplias y restringidas.

a. Las concepciones amplias se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa – materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así posiciones extremas – como la de Silva Melero, Valentin, “La Prueba Procesal” Ed. Revista de Derecho Privados. 1973, 245 pag. - llegan a definir a la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, sin precisar los límites de tal concepto. Otras posiciones – como la de Perrot “La Prueba Ilícita”, Ed. Abelera B.A: 1997 pg. 3006. – señalan que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, sea cual sea la jerarquía de la misma, incluso un principio contenido en la doctrina.

Dentro de dicho grupo, posiciones más moderadas establecen mayores criterios de acotación del contenido de la institución. Así, Denti - “Prueba Prohibida y nulidad de actuaciones” en Actualidad Jurídica. Tomo 175. Junio 2008. Pág.146 - señala que la prueba ilícita es aquella obtenida en violación de los derechos contenidos en normas diversas, especialmente aquellas de rango constitucional. De tal definición se desprende que tanto las violaciones a normas con rango legal ordinario como las de rango constitucional son consideradas pruebas ilícitas.

Finalmente Conso, - “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal penal”. Bosch Editor. Barcelona. 1999. Pág. 17 - a cuya posición nos adscribimos, señala que todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, por lo que su violación implica una violación al derecho de este último a tener un proceso con las debidas garantías o debido proceso (Artículo 139, inc. 3 de la Constitución Política del Perú). Al respecto Pellegrini señala: “las reglas probatorias deben ser vistas como normas de tutela de la esfera personal de libertad: su valor es un valor de garantía”

b. La concepción restrictiva define la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad pero la sentencia puede fundarse en ella. Consideramos que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones, siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo; por lo tanto su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.2.1. Problema General.

¿En qué medida los operadores jurídicos pretermiten las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto y qué dispositivo procesal existiría para dejar sin efecto dicho medio?

1.2.2. Problemas Específicos.

- ¿Cuáles son los elementos procesales más susceptibles para que la prueba sea viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal?:
- ¿De qué manera los operadores jurídicos utilizan los mecanismos procesales que hacen posible la eliminación de la Prueba Ilícita en el sistema procesal Penal?

1.3 OBJETIVOS:

1.3.1 OBJETIVO GENERAL.

Estudiar de qué forma los operadores jurídicos les permite las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto y describir los dispositivos procesales que existen para dejar sin efecto dicho medio.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Identificar y establecer los elementos procesales más susceptibles que permiten que la prueba sea viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal.
- Examinar la forma que los operadores jurídicos utilizan los dispositivos procesales que hacen factible la eliminación de la Prueba Ilícita en el sistema Procesal Penal.

1.4 HIPÓTESIS Y VARIABLES.

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL.

Existe una relación significativa entre los operadores jurídicos y las consecuencias que derivaría el hecho de pretermitir las formalidades

previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto, con los mecanismos procesales que admiten dejar sin efecto dicho medio.

1.4.2. HIPOTESIS ESPECIFICOS.

- Existe elementos procesales susceptibles que permiten que la prueba sea viciada durante sus distintos momentos en el proceso penal.
- Existe capacidad propia en los operadores jurídicos quienes utilizan los dispositivos procesales que hacen factible la eliminación de la Prueba Ilícita en el sistema procesal Penal.

1.5 VARIABLES E INDICADORES:

1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

Grado de discernimiento de los operadores procesales respecto de la prueba ilícita.

1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE:

El proceso penal de criterios para la admisión o exclusión del material probatorio (la prueba ilícita) que alterar los derechos fundamentales del procesado.

1.6 INDICADORES

1.6.1. De la (HG):

A. INDEPENDIENTE (X):

- X. Nivel de conocimiento de los operadores procesales respecto de la prueba ilícita.

- a) Consideraciones o fundamentos esgrimidos por los operadores jurídicos en sus respectivas decisiones.

B. DEPENDIENTE (Y):

Y. Nivel de desarrollo en el proceso penal de criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

a) Porcentaje de casos en los que los operadores jurídicos han admitido material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

b) Porcentaje de casos en los que los operadores jurídicos han excluido material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

1.6.2. De la (HE-1):

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables e indicadores para su formulación y comprobación. En tal sentido, utilizaremos como medio de comprobación únicamente la argumentación orientada por criterios lógico – dogmáticos.

1.6.3. De la (HE-2):

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables e indicadores para su formulación y comprobación. En tal sentido, utilizaremos como medio de comprobación únicamente la argumentación orientada por criterios lógico – dogmáticos.

1.7 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La investigación tiene mucha importancia a la luz del estado de la prueba ilícita, puesto que la problemática descrita comprende un gran número de procesos por diversos delitos, los mismos que no se estarían resolviendo adecuadamente, generándose de este modo inseguridad jurídica que trasciende la esfera particular de los procesados e incide en el colectivo social. Asimismo, teniendo en cuenta que los criterios sobre la prueba ilícita no conciernen únicamente a los procesos que se vienen ventilando en el Distrito Judicial de Huánuco, sino que pueden ser también aplicados a otros ámbitos de la justicia penal, los resultados de nuestra investigación bien podrían ser extensivos a estos últimos.

Máxime, si tenemos en cuenta que a la fecha, pese a la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en diversos distritos Judiciales en el Perú, no se cuenta con una reglamentación para la forma y el modo de que una prueba sea excluida del Proceso.

Siendo ello así, resulta necesario describir adecuadamente el problema, explicarlo analíticamente para finalmente arribar a la propuesta de solución.

1.7.1. IMPORTANCIA:

Por tales motivos, la presente investigación se justifica plenamente en la medida que permitirá beneficios prácticos concretos en la resolución de los problemas concernientes a prueba ilícita que se presenten en la realidad, con lo que se contribuirá también a la optimización de la función jurisdiccional y la legitimación del sistema de impartición de justicia penal dentro del Distrito Judicial de Huánuco y del Perú.

1.8 VIABILIDAD:

El presente Trabajo de Investigación resulta viable si tenemos en consideración el espacio geográfico en el que se va a desarrollar, constituido por el Distrito Judicial de Huánuco, lugar donde se concentran la gran parte de las fiscalías provinciales penales y los juzgados especializados en lo penal; por lo tanto, la información (*datos estadísticos, actuados de investigaciones preliminares*) se encuentran materialmente a nuestro alcances, del mismo modo, los operadores de justicia, se concentran en el área urbana de esta provincia; consecuentemente el acceso a las fuentes de investigación son posibles, claro está, dentro de las limitaciones que la norma procesal penal establece, así como el de acceso a la información pública.

1.9 LIMITACIONES:

En el desarrollo y elaboración de la presente investigación encontramos las siguientes limitaciones:

Económicos. Por cuanto la presente investigación será solventada en su integridad por el investigador; ello debido, a que no existen organismos estatales ni privados que solvente este tipo de investigación.

Bibliográficos.- Debido a que en la Provincia de Huánuco no existe una bibliografía especializada sobre el tema, ni mucho menos existe bibliotecas especializadas en el ámbito penal, procesal penal; así como también, la poca bibliografía especializada sobre el tema existente tanto a nivel nacional e internacional.

Sociales. Falta de colaboración y sensibilización por parte de los señores fiscales y jueces especializados en lo Penal de la provincia de Huánuco, frente a la presente investigación, así como también, la falta de estudios por parte

de investigadores y expertos en el derecho procesal penal, sobre el presente tema.

Tiempo. La poca disponibilidad de tiempo por parte del investigador y de los fiscales y jueces especializados en lo penal, para el desarrollo de la presente investigación.

Frente a la imposibilidad del estudio de toda la documentación y la recopilación de los datos bibliográficos y estadísticos, el investigador tiene la plena seguridad que serán superados y de esta manera demostrar que no hay parámetros ni inconvenientes en la decisión para realizar y concretar la presente investigación.

1.10 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

Frente a la problemática planteada y siguiendo las orientaciones metodológicas estas fueron definidas de la siguiente manera:

1° Delimitación Espacial.

La investigación se encuentra limitada dentro del espacio geográfico de la provincia de Huánuco, en sus Fiscalías Provinciales, Superiores en lo Penal y los Juzgados Especializados, las Salas Superiores Penales.

2° Delimitación Temporal.

La investigación se efectuara en el periodo de tiempo que fluctúa entre los años 2009 al 2014.

3° Delimitación Social.

El trabajo de investigación estará circunscrito a los magistrados (Jueces y Fiscales Penales) de primera instancia y segunda instancia de Huánuco.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

En la actualidad es un hecho casi cotidiano y generalmente aceptado por nuestra sociedad la propagación en diversos medios televisivos o escritos, de comunicaciones privadas de personajes con exposición o imagen pública. Congresistas, ministros, empresarios, abogados y hasta el mismo Presidente de la República del régimen pasado, han sido protagonistas de escándalos mediáticos en los cuales se difundían sus respectivas conversaciones telefónicas, mensajes electrónicos, entre otros tipos de comunicaciones, con la excusa de dar cuenta a la opinión pública acerca de un asunto de interés general. Las noticias basadas en las interceptaciones de comunicaciones privadas regularmente han tenido como finalidad propiciar el escándalo, mostrando las comunicaciones de tal forma que la censura de quienes intervienen en ellas sea incuestionable, dejando sin margen de defensa a los afectados. Agregado a ello, generalmente, quienes han efectuado la interceptación, tanto en forma directa como indirecta han permanecido sin afrontar las responsabilidades propias de su conducta.

La presente investigación se desarrollará dentro del ámbito del Derecho Procesal Penal. Consiguientemente, utilizaremos las categorías e instrumentos conceptuales de esta disciplina jurídica, tales como la prueba, carácter e importancia de la prueba, su concepto jurídico procesal, la relación entre prueba y verdad, objeto, órgano, medio y fuente de prueba.

Asimismo, el análisis del modelo de proceso penal diseñado por la Constitución Política del Estado y la relación entre prueba y Ley Fundamental, nos obliga, en cierta medida, a recurrir a categorías conceptuales propias del Derecho

Constitucional ya que necesariamente abordaremos someramente el examen de los derechos fundamentales que eventualmente son vulnerados a través de la obtención o incorporación de la prueba.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del tópico materia de investigación es indudable la necesidad de recurrir a criterios dogmáticos de la doctrina y, los que desde una legítima toma de posición, podamos aportar nosotros. En este orden de ideas, resulta necesario elaborar un estudio teórico detallado y sustentado que nos permita arribar a conclusiones fundamentadas en relación con los objetivos planteados por la investigación.

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

El Debido Proceso, además de un derecho fundamental¹, es un principio rector del Derecho Procesal y de la actividad jurisdiccional del Estado, abarcando - entre otros- el Derecho a la Defensa, el mismo que a su vez incluye el Derecho a la Prueba², entendido este último como el derecho de la defensa a presentar y actuar medios probatorios en el juicio y que los mismos son objetos de valoración por el juzgador.

En tal sentido, la prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración. Es en este contexto que la prueba ilícita o prohibida se ha convertido en una de las instituciones más controvertidas del

¹ Si bien es cierto la Constitución de 1993 no considera al debido proceso dentro del listado de derechos fundamentales establecido en su Artículo 2°, sino que lo ubica dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional (Artículo 139°, inc. 3), los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos lo consideran como un derecho fundamental: Artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.

² Cubas Villanueva, Víctor: *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*, Palestra Editores, Lima 2003, pp. 48 y San Martín Castro, César: *Derecho Procesal penal*, Segunda Reimpresión Corregida, Grijley Editores, Lima, 2000, pp.54 y ss.

estado actual de la ciencia procesal penal³. En dicha institución se observa claramente la confrontación entre los intereses estatales por reprimir el fenómeno criminal y los intereses ciudadanos por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica.

La doctrina no es pacífica respecto a las implicancias de la prueba ilícita⁴. La presente investigación parte de la postura que se inclina por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, para así poder analizar lo referido al procedimiento de su exclusión del proceso penal. Sin embargo, antes de observar dicho procedimiento.

La profesora Pellegrini⁵ señala que “la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable” En tal orden de ideas, Beling, pionero en el estudio de la prueba ilícita, caracterizó a esta última como el límite de la averiguación de la verdad en el proceso penal⁶.

Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el fin supremo es la persona humana (Artículo 1° de la Constitución Política del Perú), la exclusión de la prueba ilícita no es solo una norma jurídica sino principalmente una regla ética.

³ Cabe mencionar que la problemática e importancia de la prueba prohibida excede el ámbito de lo penal, siendo tan relevante en el proceso civil, administrativo, etc.

⁴ Bustamante Alarcón, Reynaldo: *El problema de la “Prueba Ilícita” un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal* en Revista THEMIS Segunda Época, N° 43, Lima, noviembre del 2001, pp. 148 y 149. El citado autor reseña las tres grandes posturas existentes respecto a la admisibilidad de la prueba ilícita: a) los que propugnan por su admisibilidad de plano; b) los que propugnan por su inadmisibilidad de plano; y c) quienes señalan que se debe realizar en cada caso una operación de ponderación de intereses.

⁵ Pellegrini Grinover, Ada: *Pruebas Ilícitas* en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, AÑO 7, N° 10, San José, Setiembre de 1995. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/pellegrini10.htm>.

⁶ Struensee, Eberhard: *La prueba prohibida*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Editorial Grijley, Año II, N° 4, Lima, julio - diciembre 1994, pp. 668

Si bien es cierto el Estado tiene entre sus tareas la lucha contra la criminalidad, esta no se puede realizar obviando sus funciones básicas como es la tutela de los derechos humanos. Al respecto, el artículo 44° de la Constitución de 1993 y el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen con claridad meridiana el carácter primordial que el respeto a los derechos humanos – entre ellos las garantías que la prueba ilícita lesiona – en un Estado Democrático y Social de Derecho.

Es así que se cuenta con trabajos realizados frente al presente tema:

2.1.1. En el Ámbito Internacional:

Contamos con la Investigación realizada por el Maestro Procesalista **Manuel Miranda Estrampres** Titulada “***La regla de Exclusión de la Prueba Ilícita: Historia de su Nacimiento y de su progresiva limitación***” quien concluye que:

“La prueba ilícita (para nosotros prueba prohibida) es aquella que infringe derechos fundamentales en las cuales incluye las obtenidas ilícitamente pero incorporadas al proceso en forma lícita...”

Para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tomada en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El Juez o Tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración

fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia.”

2.1.2. En el Ámbito Nacional:

Frente a la puesta en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, y a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional frente a la Prueba Ilícita, se tiene investigaciones realizadas por:

Hamilton Castro Trigoso⁷ *Titulada “Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana”* quien concluye que:

“Prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales y, en esencia, se constituye en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. Para el caso del Perú, los derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados por la prueba ilícita son los consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución, pero teniéndose en cuenta lo prescrito por la propia Constitución en su artículo 3° que incluye a los demás derechos no enumerados que ella garantiza, otros de naturaleza análoga o los que deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros”.

“En nuestro país, en atención a la fórmula abierta del artículo 3° de la Constitución, es posible sostener que la vulneración de derechos fundamentales de índole procesal, tales como la defensa técnica, a no declarar contra sí mismo o contra ciertos parientes, etc., acarrea necesariamente la exclusión de la prueba así obtenida o admitida. En todo caso, los operadores deberán evitar convertir a la prescripción del artículo 3° constitucional en una especie de cajón de sastre que termine

⁷ **TESIS** para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales; en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima – 2008.

desnaturalizando la racionalidad de la regla de exclusión y afectando indebidamente el principio de averiguación de la verdad”.

“La prueba ilícitamente obtenida no debe generar efecto o consecuencia alguna en la formación de la convicción o certeza del juzgador sobre los hechos o enunciados del proceso”.

2.1.3. Ámbito Local.

Dentro de las investigaciones realizadas en ambas universidades de nuestra localidad; tales, como: La Universidad Nacional Hermilio Valdizán y La Universidad de Huánuco, no encontramos trabajo realizado referente al tema materia de investigación.

2.2. BASES TEÓRICAS.

Pretendo hacer algunas reflexiones sobre la prueba en el derecho procesal penal y sobre su importante papel en el cumplimiento de un debido proceso en esta materia, entendido éste último como el necesario al elenco de derechos fundamentales. Al respecto, es ya (afortunadamente) un lugar común en nuestro ámbito jurídico, el establecimiento del debido proceso como un derecho fundamental que debe reconocerse a todo acusado por la comisión de un delito. Como consecuencia de ello a nadie se le podrá imponer pena si no se ha cumplido con el procedimiento establecido legalmente, ante su juez natural y concediéndole oportunidad de ejercer su defensa, pues se busca que dicha solución se logre con pleno aseguramiento de los derechos de las partes involucradas.

2.2.1. PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

La palabra “prueba” tiene un uso amplio en el mundo del saber y la práctica cotidiana. En casi todas las ciencias se aplica este concepto,

con una connotación más o menos similar. Inicialmente se construyó como forma de argumentar acerca de una idea o una propuesta explicativa, por ejemplo, un teorema; más tarde con la aparición del método inductivo se aplicó a los hechos, lo que modificó el significado del término "prueba". Probar se vinculó entonces a la demostración de un hecho o fenómeno, a sus relaciones, a sus causas y efectos, o bien a la manipulación del mismo. De manera, que todos los operadores de las diversas disciplinas científicas tienen que probar sus tesis o hipótesis. Probar en este sentido es convencerse y convencer de la existencia o de la verdad de algo. Probar es, pues, producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. Puede decirse, también, que probar es evidenciar algo, o sea, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales.

En el Diccionario de la Real Academia Española se dice que prueba es "Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. Prueba de algo, partiendo de verdades universales y evidentes" o Comprobación, por hechos ciertos o experimentos repetidos, de un principio o de una teoría.

La prueba en el proceso penal es pues, en principio y entendida de forma amplia, el medio mediante el cual se traslada al juez el conocimiento necesario para que resuelva la controversia que le ha sido presentada a su conocimiento. Es esa labor de trasladar al juzgador el conocimiento de los hechos del caso, como parte esencial

de la función de juzgar⁸.

Tal actividad ha sido y es objeto de estudio y sistematización, fruto de lo cual, resultan algunas definiciones de relevancia:⁹ en primer lugar la noción de *elemento de prueba* que se conceptúa específicamente como el dato objetivo que se incorpora al proceso y tiene la capacidad de producir en el juzgador un conocimiento acerca de los hechos y circunstancias que se están juzgando dentro del proceso penal. La definición de *medio de prueba* hace referencia al procedimiento regulado por ley para obtener el ingreso al proceso de elementos de prueba concretos como lo serían la regulación de los testimonios, peritajes, reconstrucciones de hechos, etc. Resulta útil también, a los efectos de esta conversación, la definición de *objeto de la prueba*, que resulta ser aquello sobre lo cual debe o pueden atraerse al proceso elementos probatorios, valga decir, se refiere a la temática de la prueba. En doctrina se reconoce que objeto de prueba pueden ser una diversidad de puntos, hechos naturales, actos humanos, calidad de las personas o cosas, etc., dada la amplitud de los hechos y circunstancias de un caso concreto. Por último, el llamado *órgano de la prueba*, hace referencia al sujeto que porta o conoce un elemento de prueba y lo aporta al proceso; aquí se distinguen dos facetas según que el elemento de prueba haya sido adquirido de forma accidental o bien por haberse ordenado así como sucede con los peritos.

⁸ Destaco de esta definición, la omisión de referencias al “descubrimiento o determinación de la verdad” que aparece en algunos autores, (vg. CAFFERATA, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1988). Desde que al final (principalmente en cuadros fácticos complejos), lo que prevalecerá serán nuestras creencias sobre lo que ocurrió, según resultemos convencidos por una u otra versión.

⁹ CAFFERATA, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1988

2.2.2. FINALIDAD DE LA PRUEBA

La prueba está íntimamente ligada a la concepción del proceso y sus objetivos¹⁰. Dos son los enfoques fundamentales en el derecho procesal contemporáneo¹¹: *Cognoscitivismo racional garantista*, fundado en que en el proceso se debe administrar justicia, por tanto, uno de los principales propósitos es establecer la verdad y que esta sea rasgo esencial de la decisión¹²; Decisionismo procesal, algunos osadamente lo titulan como *Garantismo procesal*¹³ puesto que reducen las garantías a la actividad de las partes dentro del proceso, afirman que el objetivo principal del proceso judicial es resolver el conflicto entre las dos partes del caso concreto.

Por lo general, los que defienden la idea del decisionismo, asumen que la finalidad de la prueba en el proceso es, básicamente, de ser una herramienta de persuasión, por lo tanto su función es retórica¹⁴. Debe recordarse que el decisionismo sostiene que la decisión que tome el juez siempre es correcta, pues estará basada en el razonamiento jurídico que efectúa el juez en sentencia, tomado con libertad de apreciación, obviamente, contradice la prueba como resultado y la perspectiva interna de la decisión judicial.

En cuanto al problema de la prueba sostiene que esta tiene un papel fundamentalmente persuasivo, y expresa que la argumentación no

¹⁰ TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 20.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Editorial Trotta, pp. 31 y ss.

¹² FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, ob. cit. p.37. TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, ob. cit. p. 20. GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, ob. cit. p. 73.

¹³ BENABENTOS, Omar (2001), *Teoría general unitaria del Derecho Procesal*, Bogotá: Editorial Temis, p. 193.

¹⁴ TARUFFO, Michele (2009), "Consideraciones sobre prueba y motivación", en obra colectiva *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit. p. 30.

puede desarrollarse si se concibe la prueba como una reducción a la evidencia¹⁵.

Esta escuela partidaria de una teoría retórico-argumentativa de la prueba, centra su análisis en la persuasión y sostiene que la prueba no tiene una función cognoscitiva sino meramente argumentativa. Obsérvese que bajo esta concepción se sostiene que el litigante o el juez en sus discursos, pueden asumir axiomas, esto es, expresiones válidas sin necesidad de prueba, y además, a través de reglas de transformación introducir y deducir, de las expresiones válidas – axiomas-, otras expresiones igualmente válidas. En el proceso hay una lucha persuadir y convencer. Por supuesto, como de alguna manera en el proceso se requiere adhesión racional mediante la prueba se trata de convencer¹⁶.

Por tanto, la prueba se inscribe en la argumentación persuasiva convincente.

La actividad argumentativa, no se propone poner en examen aquello que pertenece a la verdad o la falsedad, sino más bien aquello que es opinado, independientemente del valor que de hecho posea. La retórica, en consecuencia, tiene relación no con la verdad sino con la conjetura del probable y se refiere, por ende, no tanto a la verdad sino a la adhesión¹⁷.

¹⁵ PERELMAN, CH y OLBRECHTS- TYTECA, Lucie (2000), *Tratado de la argumentación jurídica. La nueva retórica*, Madrid: Editorial Gredos, p. 34.

¹⁶ IBÍDEM, p. 66, dice “En cambio, para aquel que está preocupado por el carácter racional de la adhesión, convencer es más que la persuadir. Además, el carácter racional de la convicción tenderá, unas veces, hacia los medios utilizados; otras, hacia las facultades hacia las que se dirige”.

¹⁷ GUZMÁN, Nicolás (2006), *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Editores del Puerto, p. 99. Vid PERELMAN, Chaim (1992), *Lógica Jurídica. La nueva retórica*, Bogotá: Editorial Temis, p. 167 y ss.

Obviamente, este sistema constituye un riesgo patente para la garantía de una sentencia justa, pues la retórica, básicamente, es subjetiva e incide en los aspectos psicológicos del sujeto a convencer. A esto hay que añadir que en la aplicación de la visión persuasiva convincente de la prueba, se abre la puerta para el pragmatismo procesal, puesto que el litigante estará más interesado en persuadir al juez para que declare a favor de su cliente, que en que la misma se funde o no en la verdad de los hechos. Dice TARUFFO que es posible que “al letrado le interesa que no se averigüe la verdad, cuando esta podría conllevar su derrota”¹⁸.

No obstante, no hay que despreciar absolutamente la utilidad de la argumentación en el proceso, pues en casos los casos en donde se necesaria la aplicación de juicios de valor porque las normas contienen hechos de carácter valorativo, por ejemplo, “quien en público se presente en forma obscena...”.En este caso habría que mostrar que se considera obsceno en esa realidad y para ello la retórica-argumentativa puede jugar papel importante¹⁹. Obviamente, en los argumentos o razonamiento de las presunciones *hominis* o en la vinculación con máximas de experiencia resulta valiosa la retórica-argumentativa.

¹⁸ TARUFFO, Michele (2009), “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en obra colectiva *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit. p. 31.

¹⁹ BOBBIO, Norberto (1955), “*Sul ragionamento dei giuristi*”, en *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam. También en *Revue Internationale de Philosophie*, Huitième année N° 25.-28, quien admite que en el campo jurídico existe un momento retórico, explicando acerca de la verdad: “una cosa es demostrarla y otra hacerla creer. Para demostrarla verdadera debo recurrir a los procedimientos de verificación propios de la lógica; pero no está dicho que, por el sólo hecho de que tal verdad esté verificada, no sean necesarias además técnicas diversas, argumentos *ad hominem*, etc., que son medios argumentativos propios de la retórica”.

En cambio, los autores que comulgan con la teoría del *Cognoscitivismo racional garantista*, parten de la tesis de que el proceso ha de orientarse a la búsqueda de la verdad. Esta verdad se forma en una participación democrática de las partes. Ya no se trata de una verdad formada en la interior del juez, por su íntima convicción. En realidad, la verdad se forma en el debate contradictorio de las hipótesis propuestas mediante la contrastación de los elementos probatorios con la realidad. Eso nos dará una verdad objetiva, pues la hipótesis que se asuma ha sido sometida a la verificabilidad y a la refutabilidad²⁰. Así, la verdad es resultado de una contrastación de hipótesis por medio de instrumentos de conocimiento –prueba-, por ello la verdad no resulta de una inspiración mística o de trance individual del juez, sino de un procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable de manera intersubjetiva.

Así que bajo esta visión procesal se entiende a la prueba con una finalidad esencialmente cognoscitiva, en el sentido de que a través de ella se puede determinarse la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes, o de una hipótesis determinada. En ese sentido escribe TARUFFO que *la prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados verdaderos*²¹. Quizá utilizando una terminología más apropiada debería sostenerse con relación a las hipótesis confrontadas que la prueba tiene una función *confirmatoria*.

²⁰ GUZMÁN, Nicolás (2006), *La verdad en el proceso penal*, ob cit. p. 65.

²¹ TARUFFO, Michele (2009), “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en obra colectiva *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit. p. 33.

Esto, en virtud de que las hipótesis contienen una proposición de cómo sucedieron los hechos y mediante las pruebas se trata de verificar esos elementos objetivos, de suerte que el juez verifica mediante ellas si efectivamente los hechos sucedieron o no, y éstos sucedieron de tal forma y mediante los autores tales. También opera con una función justificadora en el momento de justificar la decisión.

Debo expresar que asumo esta postura ideológica de que la finalidad de la prueba es esencialmente producir la verdad en el proceso. Porque entendemos que el proceso es, ante todo, método de cognición, es decir, de conocimiento de la verdad, y que CALAMANDREI²² bellamente expreso:

Si nosotros queremos volver a considerar el proceso como instrumento de razón y no como estéril y árido juego de fuerza y de destreza, hace falta estar convencidos de que el proceso es ante todo un método de cognición, esto es, de conocimiento de la verdad "los medios probatorios que estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para lograr y para fijar la verdad; no las verdades últimas y supremas que escapan a los pequeños hombres, sino la verdad humilde y diaria, esa verdad de la cual se discute en los debates judiciales, esa que los hombres normales y honestos, según la sabiduría común y la buena fe, llaman y han siempre llamado verdad.

²² CALAMANDREI, Piero (1973), *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires: Editorial EJE, p. 215.

2.2.3. LA PRUEBA ILICITA.

a) El Origen Histórico.

En cuanto a sus orígenes, la ineficacia de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales tiene clara inspiración en la denominada **exclusionary rule**, aplicada en los Estados Unidos de América. Se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (evidence) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Esta regla fue creada en 1914 en el caso **Weeks v. United States**, de aplicación restringida a los Tribunales Federales, por lo que hubo que esperar a la resolución del caso **Mapp. v. Ohio**, 367, US, 643 (1961), fundado en la Decimocuarta Enmienda y en su cláusula del "due process of law", para que la exclusionary rule fuera extensiva a todos los Tribunales Estatales. Esta regla de exclusión constituye para el Tribunal Supremo un importante remedio disuasorio frente a los abusos de la autoridad y, particularmente, de los agentes policiales en su labor de pesquisa, al punto que sus efectos abarcan tanto la prueba obtenida de manera directa como también la derivada o indirecta, como se dejó en claro en el caso **Wong Sun v. United States**. Para

el caso de EE.UU., la regla solamente es aplicable al proceso penal, no siéndolo en cambio en los procesos civiles o administrativos de deportación, ni en procedimientos sancionatorios civiles en materia de impuestos. Habría que examinar también los casos de Juicios del Jurado y las vistas para la revocación de la libertad condicional. Recordemos que Estados Unidos tiene un sistema de legislación federal que permite encontrar una gran cantidad de fallos que son contradictorios en determinadas materias.

b) Concepto.

Se debe entender por prueba ilícita aquella que es obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable; como se induce de lo expresado -desde ésta concepción- cualquier infracción procesal (prueba irregular) tendrá otra consecuencia jurídica, se podría hablar de nulidad o subsanación, dependiendo de la gravedad de la infracción procesal., es por ello, la razón de éste trabajo que trata de traer a la discusión de que es de todo válido en el proceso penal restringir “derechos fundamentales” (grado válido de intervención) pero no se puede vulnerar o violentar a éstos (grado inconstitucional de intervención), en éste último supuesto estaríamos en los casos de “prueba ilícita” , en los otros -según el caso- se trataría de “prueba ilegal”, “prueba irregular” entre otros adjetivos que puedan recibir en la doctrina.

c) Efectos de la Prueba Prohibida

La diferencia existente entre prueba prohibida e ilícita (o irregular) no sólo es conceptual sino también en cuanto a sus efectos ya que la valoración de cada una dependerá si en el caso concreto se ha violado algún derecho fundamental o si se ha violado alguna otra norma. Primero trataremos los efectos de la prueba prohibida y luego de la prueba ilícita o irregular.

En un primer momento la vulneración de derechos fundamentales produce la prohibición de toda clase de valoración es decir es ineficaz. Teniendo como consecuencia que la inutilización de esta prueba prohibida se extiende a las demás evidencias que deriven de ella, es decir se amplía el efecto de la primera en virtud del nexo de causalidad que existe entre ellas.

Como admite la mayoría de la doctrina, lo que se produce es la inutilizabilidad de aquella prueba, es decir no se admitirá en el proceso y en caso de ser admitida no podrá valorarse posteriormente en la sentencia.

Es decir, en el primer caso lo que se busca es la no incorporación de la fuente de prueba que se consiguió violando derechos fundamentales, por ello la mejor forma de conseguir que esas “pruebas” no surtan efecto es impidiendo que entren a la causa y si ya han sido incorporadas a la misma, forzando a que salgan de ella, es decir procediendo a su exclusión material²³.

²³ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo “*Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida*”. Madrid: editorial Akal, 1989. pp. 146. en el mismo sentido MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit.. pp. 93: “la expresión no surtirá efecto que utiliza el artículo 11.1 LOPJ no significa, en nuestra opinión, que se haga referencia exclusivamente al momento procesal de su admisión”.

Mixán Máss refiere como fuente de exclusión a la inadmisión de la fuente de convicción o de la fuente de prueba, si se advierte de inmediato (*ab initio*) que su obtención o su incorporación al proceso se pretende a través de un medio de carácter prohibido²⁴.

El segundo caso es la valoración de la prueba prohibida en la sentencia que ha decir de **Miranda Estrampes** “*para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tomada en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El Juez o Tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia*”²⁵

En cambio la vulneración de derechos no fundamentales tiene por efecto la nulidad, pero además si son circunstancias accidentales del acto (acto irregular) o de defectos que permiten su subsanación (acto anulable) no son procesalmente ineficaces²⁶.

No se produce aquella inutilizabilidad sino una nulidad de acto procesal pues como dice FERNANDEZ ENTRALGO²⁷ - refiriéndose

²⁴ MIXAN MÁSS, Florencio, op.cit.. pp. 342. Y continua: “aunque, desde el punto de vista ontológico, tanto la fuente de convicción como la fuente de prueba preexisten por si solas, son realidades autónomas, con respecto a los medios de convicción o a los medios de prueba. Pero, por la manera antijurídica relevante de proceder empleando un medio antijurídico para obtenerlas o incorporarlas al proceso, determina la exclusión total de su importancia cognitiva para el caso.

²⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. Cit.. pp. 99.

²⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. “*Derecho Procesal Penal t. II.*”. Lima: GRIJLEY. 2003. pp. 872

²⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J “Las Reglas del Juego. Prohibición de Hacer Trampas: La Prueba Ilícitamente Obtenida”. (Cit.) VIERA MORANTE, Francisco Javier “Tratamiento de la Prueba Ilícita” pp. 248-249 (en) Constitución y Garantías Penales. Cuadernos de Derecho Judicial Madrid 2003 (Dir.) Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

la legislación española: *“las prueba irregulares o defectuosas deben reconducirse al ámbito de aplicación del artículo 283. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prevé la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total o absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por ley o cuando se hayan infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión y que en tales casos, la ineficacia de los actos de prueba derivaría, no de la aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*; norma que regula los efectos de la prueba prohibida en ese ordenamiento jurídico.

La violación de estas normas se da en los casos de defecto en la notificación de la resolución, la no asistencia del secretario judicial, las extralimitaciones de la policía, los defectos de incorporación de las actas de cintas o transcripción a la causa, falta de contradicción procesal en la incorporación de esas pruebas como material probatorio, etc.

Por lo que en nuestro ordenamiento se debe reconducir esta violación menor a la nulidad del acto procesal regulada en el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil con las consecuencias que apareja. *FLORENCIO MIXÁN MÁSS*²⁸ refiere que las meras irregularidades procesales, que son susceptibles de saneamiento o convalidación, de acuerdo con lo previsto con la ley procesal (Artículos 152^a 153^a del Código Procesal Penal del 2004) no generan... prueba prohibida.

El Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en su Título Preliminar artículo VIII inciso 2^o acoge la exclusión de la prueba prohibida al

²⁸ MIXÁN MÁSS, Florencio. Op. Cit. pp.322.

excluir los efectos de esta cuando viola el contenido esencial de los derechos fundamentales, además de su redacción se puede inferir que acepta la teoría del árbol prohibido de origen estadounidense cuando dice:

“Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Y al igual que otros países, cuyo sistema es de orientación euro continental, éste cuerpo positivo le da una fundamentación –a la prueba prohibida- basada en el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico.

Pero no se crea que esta teoría tenga su origen en nuestro sistema, pues anterior al reconocimiento de ella, en EE. UU. Se había desarrollado en base a su jurisprudencia.

d) La Teoría del Fruto del Árbol Prohibido

Entre la violación al derecho fundamental que produce la prueba prohibida y ésta, existe una relación de causalidad donde la violación al derecho fundamental es la causa y la prueba prohibida es el efecto.

A su vez existen otros elementos probatorios que se han obtenido gracias a que se obtuvo la prueba prohibida, por ejemplo a raíz de la confesión, del sindicado como autor de un hurto, realizada bajo torturas se obtiene la dirección donde se encuentra lo hurtado y así se realiza un allanamiento encontrándose efectivamente en el lugar las posesiones de los agraviados.

En este caso la inicial relación de causalidad se extiende a esta

nueva prueba, es decir a la prueba derivada de la prueba prohibida teniendo como efecto la inutilizabilidad de la misma.

En este sentido apunta FIDALGO GALLARDO²⁹ *“la doctrina del fruto del árbol envenenado (prohibido) descansa (...) sobre un argumento relacional: para considerar una determinada prueba como fruto del árbol envenenado (prohibido) hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuando la ilegalidad primera es condición sine qua non y motor de la obtención posterior de las pruebas derivativas, que no hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria”*.

La Corte Suprema estadounidense acepta que los frutos del árbol envenenado (prohibido) no son únicamente prueba de tipo material –objetos tangibles-, sino también las de tipo lógico e intelectual –declaraciones, información, etc.- que permiten seguir líneas de investigación que conduzcan a nuevas pruebas³⁰.

Esta teoría tiene su origen en el caso Silverthorne Lumber & Co. VS EE.UU. en el cual se obtiene un documento en un registro sin autorización judicial en la empresa Silverthorne Lumber & Co. por lo cual el Tribunal aplicando el precedente *Week vs. E.E.U.U.* lo absuelve, pero el Fiscal con las copias obtenidas denuncia nuevamente, lo cual es desestimado.

En este caso el tribunal se pronuncia en el siguiente sentido:

²⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos, *“Las “Pruebas Ilegales” de la Exclusionare Rule Estadounidense al Artículo 11.1 LOPJ”*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003. . pp. 433.

³⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Op. Cit. pp. 436: “un ejemplo ilustrativo de este principio es el caso *Wong Sun VS EE.UU.*, donde la policía irrumpió en un domicilio particular sin autorización judicial, efectuando un registro por tanto inconstitucional, del que resulto no solo la confiscación de pruebas materiales y el arresto de un sospechoso, sino la obtención de declaraciones incriminatorias que permitieron seguir líneas de investigación adicionales. La corte suprema en *Wong Sun* aplico la doctrina del fruto del árbol prohibido y excluyo las declaraciones, pues unas pruebas verbales que derivan tan inmediatamente de una entrada ilegal en un domicilio y de un arresto ilegal son fruto de la ilegalidad cometida por la policía como los ordinarios frutos tangibles de la intrusión sin autorización judicial”.

“La esencia de una provisión que prohíbe la obtención de material probatorio de una cierta manera no es sencillamente que el material probatorio adquirido de esa manera no sea utilizado ante la corte sino que no sea utilizado en absoluto”.

Por esta sentencia los materiales probatorios obtenidos lícitamente, pero como consecuencia del aprovechamiento de la información contenida en materiales probatorios obtenidas previamente en violación de derechos constitucionales del acusado, están igualmente viciados y deben ser inadmitidos³¹.

Como expusimos esta teoría se desarrolla en Estados Unidos, pero también es aplicable a nuestro sistema y con mucha más razón pues como declaran DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES: “no es posible la existencia de garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, con lo que se pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales³²”.

Sin embargo esta posición radical no pudo ser sostenida –la protección a ultranza de los derechos fundamentales- en la

³¹ También se puede ver los casos Brown VS Illinois de 1975 donde el acusado fue detenido ilegalmente, aunque se le informo de su derecho a mantener silencio conforme a lo dispuesto en la V enmienda, se estimo que la exclusión alcanzaba también las confesiones realizadas por el imputado durante su detención, pues existía una evidente conexión entre dicha detención y las confesiones posteriores, sin que el hecho de que fuera informado de su derecho al silencio tuviera la virtualidad suficiente para romper dicho conexión causal. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *“Las Pruebas Ilícitas: Fundamento y Alcance de la Regla de Exclusión”*. pp.35

³² DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTIN MORALES, Ricardo. *“La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida”*. Madrid: CIVITAS, 2001. Pp. 71.

jurisprudencia norteamericana ni tampoco en nuestro sistema muestra de ello son las excepciones que se crearon a la regla

e) Excepciones a la Teoría del Fruto del Árbol Prohibido.

Dentro del ámbito de la doctrina y la experiencia que existe en el derecho comparado, podemos encontrar diferentes corrientes o tendencias para la regulación o tratamiento de la prueba ilícita o prueba prohibida, entendida esta como aquella que ha sido obtenida afectando derechos constitucionalmente protegidos. A continuación un breve repaso de estas corrientes o tendencias:

- La regla de exclusión absoluta, que determina que toda prueba ilícita debe ser rechazada sin admitir excepciones.
- La doctrina de los frutos del árbol envenenado, que en forma concordada con la regla de exclusión antes descrita, establece que deben ser rechazados además todos aquellos medios de prueba que se deriven u obtengan a través de la prueba prohibida.
- La doctrina de la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, que establece que la prueba prohibida se podrá utilizar únicamente en caso sea beneficiosa para aquel.
- La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita contra terceros, según la cual podrá ser utilizada esta prueba contra aquellas personas que no hayan sido afectadas en sus derechos constitucionales con la obtención del medio probatorio.
- La teoría del riesgo, referida a los casos en los que uno de los partícipes en la conversación graba la misma o filma la reunión. Esta teoría tiene como sustento que “*si una*

persona no cuida sus garantías ante el tercero que lo está grabando, no puede pretender que el órgano jurisdiccional lo haga”.

- La teoría de la ponderación de intereses o del equilibrio de la ponderación, que dispone que es necesario confrontar los derechos en conflicto; es decir, aquellos que han sido violados para la obtención del medio probatorio con los derechos que se comprobarían de aceptarse la prueba prohibida, debiendo establecerse en cada caso concreto si se debe rechazar o no la prueba ilícita de acuerdo con esta comparación.

Resumiendo estas tendencias con sus respectivas variantes, podemos concluir que básicamente hay tres alternativas que pueden graficar una posición representativa ante la prueba ilícita: **a)** la posición de la exclusión absoluta (reglas de la exclusión y de frutos del árbol envenenado); **b)** la posición que determina que bajo ciertos parámetros y con el cumplimiento de determinados presupuestos y condiciones se admitan las pruebas prohibidas, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan imputarse al infractor por los mecanismos utilizados para su obtención; y **c)** aquella posición que establece que debe juzgarse cada caso por separado, representada por la teoría de la ponderación de intereses.

En principio, nuestro ordenamiento constitucional prohíbe las interceptaciones de las comunicaciones o grabaciones de conversaciones no consentidas por los interlocutores al proteger

de manera expresa el secreto a las Comunicaciones en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución³³. Dependiendo del contenido que tengan los audios o grabaciones, podría ampliarse la protección al derecho a la intimidad, secreto profesional, a la no autoincriminación, entre otros. Esta norma constitucional es recogida además por el Código Procesal Penal, que en el artículo VIII del Título Preliminar establece textualmente:

“i) Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; ii) Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas”.

No obstante las normas citadas, las noticias y algunas condenas penales que son publicitadas, nos dan la idea que nuestro sistema judicial ha legitimado la prueba prohibida en algunos casos bajo la consideración que debía admitirse la misma para poder procesar a algunas personas conforme a un criterio equivocado de Justicia.

Esta posición no se ajusta a lo dispuesto por nuestro ordenamiento, pues nuestro sistema judicial y la Jurisprudencia de índole constitucional han emitido pronunciamientos que condenan la prueba prohibida bajo la regla de la exclusión absoluta. Sobre

³³ **Toda persona tiene derecho:** Al Secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la Ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tiene efecto legal...

este tema el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones, siendo la más relevante en nuestro criterio la emitida en el caso de **Expediente N° 2053-2003-HC/TC** del 15 de Septiembre de 2003, en la que dicho Colegiado expuso que ***“La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”***. En este mismo sentido también se ha manifestado la Corte Suprema a través de la Comisión de levantamiento de la inmunidad parlamentaria, que en fecha 17 de junio del 2005, emitió un informe en mayoría respecto al pedido de levantamiento de inmunidad del Congresista Jorge Mufarech estableciendo dentro de los considerandos de su voto el Dr. Javier Villa Stein el siguiente fundamento:

“... la obtención de las pruebas debe hacerse “dentro del marco de respeto de la persona del imputado y de reconocimiento a los derechos de todas las partes” (San Martín Castro. Derecho Procesal Penal, Tomo II, 1999, Pág. 582), que además “la eficacia de la información probatoria se subordina a que su ingreso en el procedimiento se dé sin infringir la Constitución” (San Martín, Op. Cit).

...que el audio interceptado que involucra a los contertulios Mufarech y Crousillat, fue obtenido ilegalmente, por acto de terceros, en violación directa del derecho fundamental de los actores, consagrado por el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, por lo que debe ser desestimada absolutamente en el ámbito procesal, por afectar derechos de directa relevancia constitucional, pues aún apelando a la tesis de la “ponderación de los intereses involucrados”, el de los derechos fundamentales es prioritario, por sobre cualquier otra consideración”.

En nuestro ordenamiento legal la excepción de esta regla de exclusión absoluta está representada por la Ley N° 27697 del 10 de abril del 2002 que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en ciertos casos, estableciendo esta norma que en algunos “delitos graves” (secuestro agravado, tráfico de menores, robo agravado, etc.), puede ser ordenada la interceptación de las comunicaciones. En concordancia con ello, la indicada ley impone un procedimiento para este tipo de casos. Como otro de los instrumentos a tener en cuenta sobre el tema, es importante hacer mención al Plenario Jurisdiccional de los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República del 11 de diciembre del 2004 que acordó, con respecto a la prueba obtenida mediante interceptaciones de las comunicaciones, básicamente lo siguiente :

- Admitir la doctrina de la ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por si ya es grave y acarrea ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de intereses de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja.
- Admitir la teoría del riesgo como excepción en los casos de confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y

sus derivaciones, logrados a través de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la “delación” que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Se admite la validez de la cámara oculta cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada.

Conforme lo expuesto en este Plenario, la Corte Superior acuerda una regla flexible de excepción a la exclusión absoluta dispuesta por nuestro ordenamiento jurídico, ello para los casos referidos al crimen organizado o los llamados “delitos de estructura compleja” precisando que debe aplicarse la doctrina de la ponderación de intereses bajo esas circunstancias a fin de determinar si es más importante en estos supuestos proteger el derecho constitucional vulnerado para la obtención de la prueba (como puede ser el derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad, al derecho a no inculparse o al secreto profesional entre otros que se pueden afectar con las interceptaciones telefónicas) o es más importante lograr la finalidad del proceso que es la obtención de la verdad.

Existe consenso en la doctrina respecto a la exclusión de la prueba ilícita, sin embargo en la actualidad se ha desarrollado en el seno de la jurisprudencia alemana la teoría de proporcionalidad, la misma que incluso dichos tribunales solo emplean excepcionalmente³⁴.

Sin embargo la regla de exclusión no es absoluta, sino que cuenta con una serie de excepciones que permitirán incorporar tales medios probatorios al proceso.

1. Fuente independiente.

Esta excepción consiste en considerar lícita aquella prueba prohibida si suprimiendo hipotéticamente el acto violatorio, de igual forma se hubiese llegado a ella o a sus derivadas. Esta excepción requiere que al momento de producirse el acto que genera la ilicitud existan otros medios probatorios lícitos que hubiesen permitido llegar al mismo resultado. Por ejemplo, si mediante torturas se obtiene la declaración de un procesado sobre a ubicación de los bienes hurtados y simultáneamente otro procesado confiesa libremente la ubicación exacta de tales bienes, entonces la prueba derivada, que fue obtenida mediante violación de los derechos constitucionales de uno de los agraviados, serían admisible en el proceso debido a que si suprimimos mentalmente tal hecho ilícito, por la declaración del otro procesado se hubiese llegado al mismo hallazgo.

³⁴ Pellegrini G., Ada. Op. Cit.

2. Descubrimiento inevitable.

Esta excepción consiste en que la prueba ilícita y/o sus derivadas igualmente se hubiesen obtenido lícitamente a un cuando el hecho generador de la ilicitud no se hubiese producido. Por ejemplo, en un proceso por evasión tributaria se obtienen las declaraciones juradas del procesado sin el correspondiente levantamiento del secreto tributario. El conocimiento del contenido de las declaraciones juradas es inevitable porque pese a suprimir tal hecho, en un delito de esta naturaleza, el juez de la causa va pedir el levantamiento del referido secreto como una de las diligencias ordinarias.

3. Buena fe.

Esta excepción consiste en valorar las pruebas obtenidas ilícitamente cuando, si es que tales hechos estuvieron recubiertos de apariencia de legalidad. Esta excepción pretende salvar aquellas pruebas ilícitas que fueron obtenidas de buena fe. Nosotros consideramos que la buena fe no puede ser un criterio para evaluar la admisibilidad de un medio probatorio sino la responsabilidad del funcionario que lo obtuvo. Un medio probatorio no deja de ser menos lesivo a los derechos fundamentales del procesado por el hecho que su ilicitud proviene de actos aparentemente lícitos. Por ejemplo, si un juez autoriza la interceptación telefónica de un ciudadano sin fundamentar su resolución y la interceptación es afectivamente realizada, dicho medio probatorio - de acuerdo a la presente excepción – debería ser admitido en el

proceso pese a la grave afectación al debido proceso se habría producido.

4. Doctrina del “tinte diluido”.

La mencionada doctrina señala que los derivados de los derivados de las pruebas ilícitas pierden si “tinte” ilícito y por lo tanto pueden ser admitidos en el proceso. Por ejemplo, en el allanamiento ilegal de una local donde de acopia ilegalmente armas, son encontrados correos electrónicos impresos en papel señalando que un nuevo envío de armas sería recibido por un sujeto X, quien posteriormente fue interrogado por la Policía, en presencia de su abogado defensor, señalando que su proveedor es el sujeto Y quien finalmente guarda las armas en su domicilio, el que luego es allanado por disposición judicial. En esta secuencia de hechos, si bien el primer allanamiento es ilícito, constituyendo prueba ilícita y determinando la ilicitud del derivado (interrogatorio al sujeto Y), el allanamiento final de la casa de dicho sujeto resulta admisible debido a que la influencia de la raíz ilícita de este medio probatorio es distante.

5. Proporcionalidad.

Esta excepción busca ponderar los por una parte el interés social referido a la eficacia de la administración de justicia, y el derecho del procesado a no ser condenado sobre la base de una prueba ilícitamente obtenida. Líneas arriba señalábamos que esta es una tesis muy controvertida que ha

llevado al Tribunal Federal de Alemania ha aplicarla sólo en casos excepcionales.

Pellegrini³⁵ señala que la única forma de aplicar esta excepción sin afectar el derecho del procesado a un debido proceso es cuando la prueba prohibida lo favorece.

Nuestro Nuevo Código Procesal Penal ha adoptado casi expresamente esta interpretación de la excepción bajo comentario. Ello se deduce del texto del inciso 3 del Artículo VIII (*Legitimidad de la Prueba*) del Título Preliminar del señalado texto legal: “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.” *Contrario sensus* la violación de una regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado si podrá ser empleada a favor de este último.

f) Procedimiento de Exclusión de la Prueba Ilícita.

1. Legitimación.

Miranda Estrampes³⁶ opina que la parte contra la cual se pretende utilizar el medio probatorio presuntamente ilícito es quien se encuentra legitimado para solicitar la exclusión de dicho medio pese a que el mismo no sea el sujeto pasivo del acto ilícito. La razón de tal afirmación es que al final es

³⁵ Pellegrini G., Ada: Op. Cit. Al respecto ha señalado “Además, no deja de ser, en último análisis, manifestación del principio de proporcionalidad la posición prácticamente unánime que reconoce la posibilidad de utilización, en el proceso penal, de la prueba favorable al acusado, aunque haya sido obtenida en infracción a derechos fundamentales suyos o de terceros.”

³⁶ Miranda Estrampes, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el derecho procesal penal*, José Ma. Bosch Editor, Barcelona 1999, pp. 125.

el derecho del procesado a un procedo debido el que se encuentra en juego.

Por su parte, Ramírez Bages³⁷ señala que solo la víctima del acto que genera la ilicitud del medio probatorio es el que se encuentra legitimado para solicitar la exclusión del mismo.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Miranda dado que no se puede impedir que el procesado interponga los recursos procesales que estime pertinente en defensa de sus derechos. Lo afirmado por Ramírez Bages implicaría una limitación excesiva al derecho a la defensa.

Otro aspecto que debe analizarse es si la exclusión puede realizarse sólo a pedido de parte o es que el juez también la puede de resolver de oficio. En tal sentido, de acuerdo a lo afirmado por el Tribunal Constitucional, la licitud es uno de los principios que regula la actividad probatoria de las partes, en tal sentido le corresponde al órgano jurisdiccional verificar que tal principio se cumpla.

2. Oportunidad.

Dada sus funciones de saneamiento y preparación del juicio, la fase intermedia es la mejor oportunidad para que se analice la licitud de los medios probatorios a actuar en contradictorio. Los más recientes códigos procesales latinoamericanos chileno y peruano establecen la

³⁷ Ramírez Bages, Mariano H.: *La regla de exclusión de prueba obtenida mediante registro e incautaciones irrazonables* en Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. L, N° 1, San Juan 1981, pp.185

posibilidad de plantear la exclusión de la prueba ilícita en dicha fase.

Miranda Estrampes³⁸ señala que incluso durante la instrucción, el juez que instructor puede excluir un medio probatorio cuando este sea evidentemente ilícito. Nosotros consideramos correcta esta afirmación sin embargo debemos tener en cuenta que el instructor es principalmente un investigador y por lo tanto no está dentro de sus funciones primordiales la de dirimir sobre la licitud de los medios probatorios.

3. Características del procedimiento de exclusión.

Partiendo de la premisa que el momento más oportuno para solicitar la exclusión de un medio probatorio que se reputa ilícito es durante la fase intermedia, nosotros consideramos que en la resolución de tal incidente se deben respetar los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad, de forma similar a la fase de enjuiciamiento.

En este procedimiento básicamente se deben despejar dos incógnitas: primero, si es que el medio probatorio cuestionado ha sido obtenido ilícitamente o es derivada de otra que lo haya sido; y segundo, verificar si alguna de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión se presenta en el caso.

³⁸ Miranda Estrampes, M.: Op.Cit., pp. 127

2.3. BASES FILOSOFICAS DE LA INVESTIGACIÓN.

Los derechos fundamentales tienen dos perspectivas: **la subjetiva y la objetiva.**

Desde la objetiva los derechos fundamentales muestran “[...] su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado”. En este sentido los derechos fundamentales asumen, en el conjunto normativo, el carácter de principios, como punto referencial del ordenamiento. **La vertiente subjetiva** consiste en la posibilidad de los individuos de ejercitar y exigir la protección de los derechos; a la vez, que son el elemento esencial del conjunto normativo, asumen el carácter de posiciones jurídicas exigibles por los individuos.

La función que tiene la fase objetiva es la de servir de parámetro de validez, tanto formal como material de todas las instituciones del Ordenamiento Jurídico, mediante el juicio de exequibilidad de las leyes y de los actos legislativos secundarios que se ejercen por la Corte Constitucional, y desde luego, como criterio de interpretación de todas las normas jurídicas.

Es decir toda la tarea investigativa tendiente a recopilar los elementos de prueba debe efectuarse de manera transparente, respetando las garantías que la Constitución Política consagra a favor del imputado; esa labor de compilar la prueba los investigadores no pueden valerse de ningún medio ilícito que implique violentar una garantía constitucional y, paralelamente, contaminar al proceso penal, con una prueba obtenida ilegalmente; la ilicitud del medio empleado radicará precisamente en no haberse cumplimentado lo que determina la garantía constitucional. En este sentido, la regla de exclusión vendría a jugar como una especie de estímulo para desalentar el empleo de medios ilícitos durante la investigación de un delito, ya que la prueba lograda

esas circunstancias carece de todo valor jurídico. Desde otra perspectiva, la no aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal implica un verdadero comportamiento por parte del Estado, por un lado, descartar que el fin (en nuestro caso determinar la existencia de un delito y su autor) puede justificar la aplicación de cualquier medio, aún los ilícitos por otro, que el Estado, en la persecución penal de ninguna manera pueda beneficiarse de una ilicitud.

Por otro lado, siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, en los ejemplos, el allanamiento o la confesión coactiva, tal ilegalidad se proyecta en todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o tenidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquella garantía las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial, en los ejemplos, los objetos secuestrados en el allanamiento y la confesión misma, sino además todas aquellas otras evidencias que son “fruto” de la ilegalidad originaria. En los ejemplos, los demás testimonios, las pruebas materiales encontradas en poder de los interrogados o en otro lugar, etc.

2.4. DEFINICIONES CONCEPTUALES DE PRUEBA ILÍCITA:

Montón Redondo considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita³⁹.

Devis Echandía define las pruebas ilícitas como aquellas que están

³⁹ Monton Redondo, A., **Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso**, Universidad de Salamanca, 1977, pp. 174 y ss.

expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o cortara la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan⁴⁰.

Por su parte **Jauchen** la define como *cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción*.⁴¹

Asimismo, **González** señala que *es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de pruebas ilícitas a las obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales. Sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubieren violados un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba*.⁴²

Por su parte **Edwards**, señala que prueba ilegal implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales; el investigador si se vale de un medio ilícito para lograr la prueba, como por ejemplo cuando obtiene la confesión del hecho, por parte del imputado, bajo apremios o tormentos, o cuando se allana un domicilio sin orden judicial. Así la ilegalidad puede derivar de: a) La prueba en si misma está prohibida; b) La prueba está permitida, pero el procedimiento para obtenerla es ilícito⁴³

En la doctrina italiana por **Consó**, según la cual todas las normas relativas

⁴⁰ Devis Echandia, **Teoría general de la prueba**, quinta edición, tomo I, pp. 539 y s.; Vescovi, "Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, N° 2, p. 345; etc.

⁴¹ Jauchen, E (2002) **Tratado de la prueba en materia penal**. Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina. Pág. 614.

⁴² González J.L (1990) **La prueba obtenida ilícitamente obtenida con violación de los derechos fundamentales**. núm. 1. Pág. 31.

⁴³ Edwards, C (2000) **La prueba ilegal en el proceso penal**. Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina. Pág. 14-16.

a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiéndose considerar toda sus disciplina como un instrumento de defensa para el imputado, sostienen que toda infracción de las normas procesales sobre la obtención y la práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, posteriormente fue prevaleciendo un concepto más restringido, reduciendo el concepto a la fuente de prueba que vulnera normas de carácter legal y, en especial, constitucional⁴⁴.

Finalmente, en lo que es la corriente predominante en la doctrina extranjera, por las razones que veremos a continuación, se ha limitado la existencia de una prueba ilícita a los supuestos de vulneración de determinadas normas constitucionales esenciales, consagradoras de derechos fundamentales.

Este último es también el concepto que nos parece más aceptable dentro de nuestro marco constitucional, ya que el reconocimiento que se contiene en nuestra Ley Fundamental del derecho a la defensa, comprendiendo el derecho a la prueba, obliga a estructurar un concepto de prueba ilícita, que en sí mismo se va a traducir en una limitación al ejercicio de ese derecho, lo más restringido posible⁴⁵.

Prueba ilícita es aquella que vulnera las garantías constitucionales o derechos fundamentales en su obtención, esta conceptualización recibe una eminente aceptación en la doctrina extranjera que predominantemente identifica al concepto de prueba ilícita con aquella prueba que atenta contra la

⁴⁴ Sentis Melendo, Santiago, **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**, Ed. EJE, Buenos Aires, 1979, p. 228; López Barja de Quiroga, J., **Las escuchas telefónicas y las pruebas ilegalmente obtenidas**, Ed. Akal, Madrid, 1989, pp. 134 y s.; etc.

⁴⁵ Pico y Junoy, **El derecho a la prueba en el proceso civil**, *Op. cit.*, pp. 285 y ss.

dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana”.

La prueba ilícita o prueba prohibida, son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, o también a la prueba que se deriva de ella, conocida como la Teoría del fruto del árbol envenenado.

2.5. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS Y CONCEPTOS:

Acción (Derecho penal): Conducta Humana por la que se exterioriza la voluntad del agente en la ejecución de un delito; puede darse por medio de un hacer, es decir, desarrollando una actividad, constituyéndose un delito comisivo, o por medio de una omisión.

Acción (Derecho procesal): Derecho público subjetivo y autónomo por el cual la persona tiene la facultad de recurrir a la autoridad judicial para que se declare la existencia de un derecho y/o preste su auxilio a su ejercicio coactivo.

Acción Penal.- Originada por un delito o falta, y dirigida a la persecución de uno u otra con imposición de la pena que por ley corresponde.

Administración Judicial.- Conferida a un juez o tribunal a ciertas personas, en los casos, que las leyes lo manden o autoricen.

Archivamiento: Voz usual en la terminología forense, que señala que el expediente debe ser almacenado o guardado al haber finalizado la acción o causa.

Bien Jurídico.- Todo aquel; sea material o inmaterial tutelado por el derecho. El lesionado por un delito y cuya defensa pretende asegurar la pena. (Interés jurídico protegido).

Capacidad Penal: Obrar consciente y voluntario, responsable de sus acciones u omisiones. El ejercicio punitivo se limita a los sujetos en conciencia, voluntad, mayores de edad (con las excepciones legales del caso), que con sus acciones producen antijuricidad plena e imputabilidad.

Capacidad Procesal: Presupuesto procesal que consiste en la aptitud de parte para comparecer directamente en el proceso. Se afirma que todos tenemos capacidad para ser parte, más no todos tenemos capacidad para actuar directamente en el proceso.

Carga Procesal.- Frecuencia concreta al enjuiciamiento contradictorio, ejercicio de una facultad si aquel aparece necesario para el logro del propio interés.

Culpabilidad.- Calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño, imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra para exigir la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal.

Delito.- Hecho antijurídico y doloso castigado con una pena.

Denuncia: Acto por el cual se pone en conocimiento de la autoridad competente la inminencia o perpetración de un hecho que se considera delictivo. La denuncia puede efectuarse verbalmente o por escrito.

Excepción: (Derecho Procesal) Medio de defensa que tiene el emplazamiento judicialmente para dejar sin efecto la acción o la pretensión de derecho. Derecho que tiene la parte emplazada, tendiente a impugnar y/o anular la acción que se ha interpuesto en su contra.

Hecho antijurídico: (Derecho Penal). Conducta que realiza el tipo de una ley penal, aunque falte el aspecto culpable. Los hechos antijurídicos, se califican, según la gravedad de la amenaza y de la pena en crímenes y delitos.

Hecho punible: (Derecho Penal) Conducta de una persona, que se verifica por medio de una acción u omisión, que produce un efecto dañoso, el que es calificado de antijurídico por el ordenamiento legal.

Identidad: Conjunto de elementos y circunstancias que permiten afirmar que una persona es la que se dice ser o la que se busca. La comprobación de la identidad es útil en materia civil y penal.

Imputado.- Persona física contra quien se dirige la imputación sindicándolo como participe en la comisión de un delito.

Imputabilidad: (Derecho Penal) Uno de los elementos constitutivos del delito. Se es imputable cuando se posee la facultad de discernir -la razón o la conciencia la llaman algunos autores- del carácter delictuoso de sus acciones u omisiones y la obligación penal de responsabilidad.

Inculpado: (Derecho Procesal Penal) Persona contra quién se ha formulado cargos o imputado la realización de un delito, quién pasará a la condición de acusado, si el Fiscal encuentra mérito para formular acusación.

Injusto.- Contrario a la justicia, a la razón o al Derecho.

Instancia Preliminar.- Primeras actuaciones inherentes al ejercicio de la acción penal encomendándose al Ministerio Público y a la policía, en el ámbito de sus respectivas atribuciones.

Medidas de Seguridad.- Conjunto de medidas preventivas, determinadas por la ley y dirigidas a no permitir que ciertas personas perpetren hechos delictivos o también para innocuizar inimputables peligros para el ordenamiento jurídico.

Ministerio Público: (Derecho constitucional Peruano). Organismo autónomo del Estado peruano, encargado de promover de oficio o a petición de parte, la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos. Según el artículo 158° de la Constitución, preside el

Ministerio Público, el Fiscal de la Nación. Además compete al Ministerio Público: velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; representar en los procesos judiciales a la sociedad; conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla; ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación

Norma jurídica.- Regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un principio legal.

Ordenamiento jurídico.- Unidad orgánica que tiene como finalidad el resguardo de los bienes jurídicos con el propósito que no sean lesionados o puestos en peligro.

Parte procesal: Es todo sujeto de la relación jurídica procesal hasta hace un tiempo se consideraba que únicamente era parte procesal el demandante y demandado pero la doctrina actual ha llegado a la conclusión de que la parte procesal es todo sujeto del proceso, aunque no sea ni demandante ni demandado.

Penal.- Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta.

Presunción de inocencia: Principio destinado a que en los procesos penales sea la acusación quien deba probar la responsabilidad penal del inculpaado.

Principio Procesales.- Formas invocadas y aplicadas en una relación normativa del comportamiento social, como en la solución jurídica de los

problemas. Sirviendo así como base, hito, correctivos a la función legislativa y a la actividad Jurisdiccional penal, teniendo de este modo presencia en un sistema ya sea de forma implícita o explícita

Principio de Investigación Oficial.- En virtud del cual la persecución del delito constituye una función del Estado, ya que pasa por el titular de la persecución penal la obligación de demostrar la responsabilidad del imputado en juicio penal sin dilaciones.

Principio de Legalidad Procesal.- Se entraña cuando menos que el procedimiento anal se inicie, desarrolle y culmine con la debida sujeción a las prescripciones legales pertinentes.

Principio de Legalidad.- Establece que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecido en ella. Tiene su base en la frase "*Nullun crimen, Nullun Poena sine Lege* "

Proceso: Del latín Procesius, deriva de Procedere, que significa avanzar, trayectoria, es el conjunto de actos coordinados y sistemáticamente regulados por la ley procesal estableciendo un orden preclusivo y ligados entre sí. Instrumento del debido proceso en el ordenamiento jurídico, por el cual las partes y el Estado, poseen mecanismos a través de los Códigos Procesales para actuar según regulaciones, formas, plazos y recursos para ser atendidos oportunamente.

Procesado: Persona formalmente acusada de un delito en un proceso penal o de una falta en un proceso administrativo disciplinario.

Prueba: Res la actividad que tiene por finalidad acreditar los hechos alegados y controvertidos. Demostración de un hecho material o jurídico.

Recurso: (Derecho procesal) Término genérico que abarca el total de actos

jurídicos procesales de las partes que impugnan la eficacia de una resolución judicial en el mismo proceso. Por tal motivo, la expresión “recursos impugnatorios” importa error, pues todos los recursos son impugnatorios. / Significa en sentido general: regreso al punto de partida. Según Couture: “Es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya hecho”. Jurídicamente, la palabra denota el recamino que se hace nuevamente mediante la otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso”.

Seguridad jurídica: (Teoría General del Derecho) Garantías de estabilidad en el tráfico jurídico, permite el libre desenvolvimiento de los particulares, desterrando la inhibición por incertidumbre./ Respeto a las normas establecidas por parte de la autoridad, sujetándose a la normatividad./ Imparcialidad, rectitud e independencia del poder judicial en el desempeño de sus funciones.

Sentencia: Del latín Sentiendo, por expresar lo que opina, es aquella resolución que se pronuncia sobre la litis del proceso poniendo fin a la instancia./ Parte última de proceso judicial, por la cual el juez debe resolver con relevancia jurídica el conflicto de intereses, aplicando con criterio lógico el derecho que corresponde a cada caso concreto para la resolución de la controversia.

Sentencia firme: Aquella contra la que no cabe ningún recurso, salvo el de revisión.

Sujeto activo: El que actúa o tiene el dominio de las circunstancias. En derecho civil, acreedor. En derecho penal, quién comete delito.

Sujeto pasivo: El que recibe las consecuencias del actuar de potro, o el que actúa bajo el dominio de sujeto activo. En derecho penal, víctima o agraviado por un delito.

Tipicidad: (Teoría General del Derecho) Cualidad del comportamiento o conducta que está descrito en la norma, estando por ello, regulada y/o descrita en el ordenamiento jurídico.

2.6. MARCO NORMATIVO

Aspecto Jurídico. Dentro de la estructura normativa y, la jerarquía de leyes, de nuestro ordenamiento jurídico peruano, las normas relacionadas con nuestro objeto de estudio como es el de “*La Prueba Ilícita*” son los siguientes:

➤ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO:**

Artículo 2° Inciso 9)

Toda persona tiene derecho: A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

Artículo 2° Inciso 10)

Toda persona tiene derecho: Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley.

Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

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

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Artículo 2° Inciso 24) párrafo h).

Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personal.

En consecuencia: ... Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes.

Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia.

Quien la emplea incurre en responsabilidad

➤ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES:**

Artículo 298° Inciso 1)

La Corte Suprema declarará la nulidad: 1) Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades y omisiones de trámites y garantías establecidas por Ley Procesal Penal.

➤ **NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL:**

Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:

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

- 3) La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Artículo 157° Medios de prueba.

1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.
2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.
3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

Artículo 159° Utilización de la prueba.-

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

CAPITULO III

METODOLIGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

El presente trabajo de investigación será:

- **Tipo de Investigación.-** Será de tipo Basica- Aplicada, la cual se caracteriza por ser de *Nivel Analítico, Descriptivo y Explicativo*. Ya que describiremos como se viene excluyendo la Prueba Ilícita en el proceso Penal Peruano dentro del Distrito Judicial de Huánuco.
- **Nivel de la Investigación:** Será Descriptiva y **Explicativa**, Ya que nos permitirá describir y explicar la situación real de la valoración de un prueba ilícita en el proceso penal dentro del Distrito Judicial de Huánuco.

3.2. MÉTODOS:

La presente tesis a desarrollar tendrá como métodos de la investigación Científica:

- Método Analítico - Sistemático.- El cual nos permitirá analizar la situación actual de la problemática jurídica de la valoración de la Prueba Ilícita en el proceso penal dentro del Distrito Judicial de Huánuco.
- Método Deductivo.- El cual permitirá analizar la real situación de la vinculación de los casos con una prueba ilícita dentro del Proceso Penal en el Distrito Judicial de Huánuco.

Del mismo modo la presente tesis a desarrollar tendrá como **Método De Investigación Jurídica** a aplicarse:

- **El Método Dogmático**, el cual no sólo determina el ámbito a investigar, sino que suministrará en nosotros un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis. Emplearemos también el **análisis sustantivo de la normatividad vigente** en nuestro país y en el extranjero. Realizando un estudio de la legislación comparada aplicables al estudio.

3.3. UNIVERSO Y MUESTRA.

La presente tesis a desarrollar, tendrá como:

- **Universo de Estudio.**- La tesis a desarrollar tomará como universo a los **135 magistrados del Distrito Judicial de Huánuco**, conformada por **78 Fiscales del Distrito Judicial de Huánuco**, integrada esta por las Fiscales Provinciales, Fiscales Superiores, Fiscalías Corporativas Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios y Fiscales Superiores especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Huánuco; así también, los **57 Jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco**, compuesta por los Jueces Especializados, Jueces Superiores de Salas Superiores Penales de la Corte Superior de Justicia de Huánuco.
- **La Muestra de Estudio.**- La tesis a desarrollar tomara como muestra a los **42 magistrados de la Provincia de Huánuco**, en forma censal constituida por: **29 Fiscales de la Provincia de Huánuco del Distrito Judicial de Huánuco; 13 Jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco; 100 abogados** número que se tomó en forma aleatoria quienes son especialistas en el en casos de procesos penales.

3.4. FUENTES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

La presente tesis a desarrollar contara con las:

- **Fuentes.-** Para la recolección de Información acudiremos a la fuente directa – las Cinco fiscalías provinciales, y los 4 Fiscalías Corporativas y Seis Juzgados especializados en lo penal y el juzgado de la investigación preparatoria-, del mismo a los libros de Derecho Penal (Parte General y Especial), Derecho Procesal Penal, revistas editadas y virtuales, artículos periodísticos, el Internet y otros.
- **Técnicas.-** Dentro de la Tesis a desarrollar se utilizara:
 - ✓ **La Observación.-** De manera directa a fin de recolectar toda la información posible de las Fiscalías Penales y Juzgados Especializados en lo Penal de la Provincia de Huánuco.
 - ✓ **Las Encuestas.-** Se aplicara un cuestionario la cual nos permitirá conocer sobre sus conocimientos frente a la negociación penal en el proceso penal peruano, a los magistrados en lo penal del Distrito Judicial de Huánuco, ello para la elaboración de cuadros estadísticos para el contraste de nuestras hipótesis.
 - ✓ **La Entrevista.-** Se realizara en forma directa a los señores operadores del Derecho a fin de obtener información para el contraste con nuestros objetivos.
 - ✓ **Técnica Documental.-** Documentos que obran en las fiscalías penales sobre el número de denuncias existentes, y su consecuente aplicación.
- **Instrumentos de investigación:**

- ✓ **El Cuestionario.-** Se formulará un conjunto de interrogantes a los señores fiscales a fin de obtener la frecuencia en que reciben denuncias con pruebas ilícitas.
- ✓ **Ficha de Registro.-** Como son las Fichas Bibliográficas.
- ✓ **Ficha de Investigación.-** Tales como las fichas textuales y las fichas de resumen.

3.5. PROCESAMIENTOS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.

Luego del trabajo de recolección de datos mediante el cuestionario, las entrevistas, las concepciones doctrinarias, y la observación, se obtendrá abundante material sobre el tema, el cual para su categorización, codificación, y posterior tabulación se tendrá en cuenta la Estadística Básica, para su procesamiento y presentación final.

3.6. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

Luego del procesamiento de datos, corresponde analizar los mismos tras el cual, los fenómenos observados se convertirán en datos científicos, es así que se iniciara la *organización de los datos obtenidos de los operadores del derecho del Distrito Judicial de Huánuco*, de manera que se pueda tener los datos por meses y por años. Luego se pasará al análisis de los mismos mediante el paloteo y tabulación, de los datos obtenidos teniendo en cuenta la Estadística Básica. Para luego finalmente interpretar dichos resultados en porcentajes que serán representados mediante barras o círculos porcentuales. Permittiéndonos de esta manera alcanzar conclusiones acerca de nuestra hipótesis y variables planteadas. Y de esta manera dar una respuesta real a nuestro problema.

CAPITULO IV

PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.

4.1. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS (Trabajo operacional).

Esta parte ha sido desarrollada teniendo en cuenta los datos obtenidos de la realidad examinada, los que han sido objeto de un proceso de verificación mediante contraste estadístico. En adelante estamos en condiciones de determinar la corrección o refutación de nuestras hipótesis de investigación, para lo cual se ha tomado en consideración el valor aproximado de cada una de las variables de investigación elaboradas con dicho fin.

Ha de tenerse presente que en la medida en que los valores de las variables estudiadas no pueden operacionalizarse con exactitud numérica, en cada contraste hemos inferido algunas hipótesis de trabajo a partir del valor de las variables e indicadores e interpretación de los resultados, a través de las cuales verificamos nuestras hipótesis de investigación.

Las hipótesis de trabajo han sido elaboradas por separado, teniendo en cuenta, por un lado, la información obtenida a partir del examen de las sentencias; y, de otro lado, los datos logrados a través del instrumento encuesta, aplicado a jueces, fiscales y abogados comprendidos como unidades integrantes de la población objeto de estudio.

4.2. CONTRASTES RELACIONADOS CON LOS DATOS OBTENIDOS A TRAVÉS DEL EXAMEN DE LAS SENTENCIAS.

4.2.1. UNIVERSO.

El universo está conformado por todas las sentencias dictadas por los Juzgados Penales de Huánuco en el período comprendido entre enero de 2010 a diciembre de 2014, es decir, durante cinco años, en un número total de 356 sentencias emitidas.

4.2.2. MUESTRA.

La magnitud de la muestra ha sido determinada teniendo en cuenta la gran similitud de los expedientes, así como las semejanzas en las características y naturaleza de las unidades de investigación, para lo cual se ha cuidado que sea lo suficientemente representativa del universo.

De las 356 sentencias conformantes del universo, se ha tomado una muestra de 80 sentencias que equivale al 22.47% del total, con la finalidad de establecer en cuántos de estos expedientes la defensa alegó vulneración de derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, en cuántos los juzgadores aplicaron criterios teóricos sobre la prueba ilícita.

A) PRIMER CONTRASTE

**CUADRO N° 01
CORRESPONDIENTE AL UNIVERSO
(Sentencias dictadas por las Salas Penales de Huánuco)**

NÚMERO TOTAL DE SENTENCIAS (Universo)	356	100%
Sentencias (expedientes) integrantes de la muestra	80	22.47%
Expedientes en los que se alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba	45	56.25% (*)
Expedientes en los que no se alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba	35	43.75% (*)

(*) Porcentaje de la muestra

Fuente: Elaboración propia

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

a) En el 56.25% de expedientes integrantes de la muestra la defensa alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba.

b) En el 43.75 % de expedientes integrantes de la muestra la defensa no alegó vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba.

I.- Primera hipótesis específico de trabajo:

Existen elementos procesales susceptibles que permiten que la prueba sea viciada durante sus distintos momentos en el proceso penal.

B) SEGUNDO CONTRASTE

CUADRO N° 02
CASOS EN LOS QUE LOS JUZGADORES APLICARON CRITERIOS TEÓRICOS SOBRE PRUEBA ILÍCITA (EN AQUELLOS EN LOS QUE HUBO ALEGACIÓN DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES)

Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013	Año 2014	Total
En 3 casos	En 2 casos	En 1 caso	En 1 caso	En 1 caso	8 (6.15%)

Fuente: Elaboración propia

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

a) En el período comprendido entre los años 2010 a 2014, las Salas Penales de Huánuco aplicaron criterios teóricos sobre prueba ilícita en un total de 8 casos, lo que equivale al 6.13% de la muestra.

b) El período en el que en un mayor número de casos los juzgadores utilizaron criterios teóricos sobre prueba ilícita es el correspondiente al año 2010, con un total de 3 casos.

II.- Segunda hipótesis específico de trabajo

Existe capacidad propia en los operadores jurídicos quienes utilizan los dispositivos procesales que hacen factible la eliminación de la prueba ilícita en el sistema procesal penal.

C) TERCER CONTRASTE

CUADRO N° 03 CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE CRITERIOS CONCERNIENTES A LA PRUEBA ILÍCITA

Excluyeron y no valoraron la prueba ilícita	Admitieron y valoraron la prueba ilícita
3	0
1	1
1	0
1	0
0	1
SUB TOTAL	SUB TOTAL
6 (75%)	2 (25%)

Fuente: Elaboración propia

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

a) De todos los casos en los que los juzgadores aplicaron criterios teóricos concernientes a la prueba ilícita, el 75 % (6) correspondió a la exclusión y no valoración de la prueba.

b) De todos los casos en los que los juzgadores aplicaron criterios teóricos concernientes a la prueba ilícita, el 25 % (2) correspondió a la admisión y valoración de la prueba.

III.- Primera hipótesis de trabajo

Existen elementos procesales susceptibles que permiten que la prueba sea viciada durante sus distintos momentos en el proceso penal.

1.2.- CONTRASTE CON LOS DATOS OBTENIDOS A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO ENCUESTA, DIRIGIDO A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS

Anteladamente se procedió a formular el cuestionario de preguntas pertinente, teniendo en cuenta la naturaleza de las hipótesis a probar.

Posteriormente, procedimos a realizar la encuesta a todos los individuos integrantes de la muestra, jueces en un número de treinta (13), fiscales en un número de treinta (29) y abogados en un número de cien (100).

A continuación se procedió a formular las hipótesis de trabajo a partir de las respuestas obtenidas en la encuesta.

**CUADRO N° 04
MUESTRA PARA LA ENCUESTA**

JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL	13
FISCALES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL	29
ABOGADOS PATROCINANTES	100

Fuente: Elaboración propia

D) PRIMERA PREGUNTA DEL CUESTIONARIO REALIZADO A LOS OPERADORES DEL DERECHO

1.- En los diversos casos penales que Ud. ha conocido, sea como juez, fiscal o abogado patrocinante, ¿ha tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida?

**CUADRO N° 05
RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS SOBRE LOS CASOS EN LOS QUE HAN TENIDO OPORTUNIDAD DE APLICAR CRITERIOS CONCERNIENTES A LA TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA**

OPERADORES / RESPUESTA	NUNCA	%	MENOS DE 10	%	MAS DE 10	%	TOTAL
Jueces	6	43.3%	6	46.6%	1	10.0%	13
Fiscales	15	53.3%	12	40.0%	2	6.6%	29
Abogados	44	44.0%	43	43.0%	13	13.0%	100
Fuente. Elaboracion propia							

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

De este cuadro se advierte lo siguiente:

a) Jueces, fiscales y abogados patrocinantes han tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida en un porcentaje superior al 56%, 46% y 56%, respectivamente.

b) Nunca han tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita en un porcentaje superior al 43%, 53% y 44%, respectivamente.

E) SEGUNDA PREGUNTA DEL CUESTIONARIO REALIZADO A LOS OPERADORES DEL DERECHO.

En aquellos casos en los que ha tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido excluida y no valorada por ilícita o admitida y valorada a pesar de su ilicitud.

CUADRO N° 06 RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE CRITERIOS CONCERNIENTES A LA TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA

OPERADORES / RESPUESTA	Excluida y no Valorada	%	Admitida y Valorada	%	No aplicaron la prueba ilícita	%	TOTAL
Jueces	8	60.0%	1	4.0%	5	36.0%	13
Fiscales	8	26.6%	6	20.0%	15	53.4%	29
Abogados	32	32.0%	29	29.0%	39	39.0%	100
Fuente. Elaboracion propia							

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

De los datos consignados en el cuadro anterior, fluye lo siguiente:

a) En los casos en que los operadores jurídicos han tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido excluida y no valorada en un porcentaje total superior al 36%, observándose que en el caso de los jueces es más significativo pues llega al 60%.

b) En los casos en que los operadores jurídicos han tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido admitida y valorada en un porcentaje total superior al 22.5 %, observándose que en el caso de los abogados es más significativo pues llega al 29%.

c) La suma de los porcentajes parciales de cada una de las muestras no arroja el 100% total debido a que algunos individuos encuestados no respondieron a la pregunta Nro. 2, en vista que nunca tuvieron oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida.

F) TERCERA PREGUNTA DEL CUESTIONARIO REALIZADO A LOS OPERADORES DEL DERECHO

¿Conoce Ud. los criterios que la jurisprudencia y doctrina, sobre todo comparada, han desarrollado respecto de la prueba ilícita o prohibida?

CUADRO N° 07
RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS ACERCA DE SU NIVEL DE CONOCIMIENTO DE LOS CRITERIOS QUE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, SOBRE TODO COMPARADAS, HAN DESARROLLADO RESPECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA

OPERADORES / RESPUESTA	MUY BIEN	%	BIEN	%	MAS O MENOS	%	NADA	%	TOTAL
Jueces	1	10.0%	3	26.7%	6	43.3%	3	20.0%	13
Fiscales	2	6.7%	14	46.7%	10	33.3%	4	13.3%	29
Abogados	4	4.0%	23	23.0%	62	62.0%	11	11.0%	100
Fuente. Elaboracion propia									

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

De la interpretación de los datos anotados en el cuadro anterior es posible advertir lo siguiente:

a) El desconocimiento de los criterios que la jurisprudencia y doctrina, sobre todo comparadas, han desarrollado respecto de la prueba ilícita o prohibida, prima sobre el conocimiento de los mismos, dado que un alto porcentaje de operadores responden que conocen más o menos o nada al respecto, superando, en el caso de los jueces, el 63.3%, fiscales el 46% y los abogados el 72%.

4.3. DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Esta fase de la investigación ha sido desarrollada sobre la base de la contrastación empírica o trabajo operacional, plasmado en el numeral precedente. Ello ha implicado el tratamiento estadístico de la información, consistente en la presentación de los datos, su lectura e interpretación y la formulación de las hipótesis de trabajo que, en buena cuenta, constituyen la síntesis del trabajo operacional. Todo esto a partir de la sistematización de los datos obtenidos a través de la revisión de los expedientes (sentencias) y de las encuestas realizadas a los operadores procesales: jueces, fiscales y abogados, comprendidos en la muestra de investigación.

Asimismo, nos han servido de sustento los fundamentos teóricos – doctrinarios desarrollados en el capítulo II) referido al “Desarrollo sistemático de las instituciones jurídicas comprendidas en el marco teórico de la investigación”. Como es de apreciarse, en dicha área de nuestra investigación hemos arribado a conclusiones sobre las instituciones o categorías jurídicas vinculadas con el tema de estudio. Tales conclusiones han sido determinadas a partir del análisis lógico – jurídico, validado con el criterio de *autorictas*, los criterios consensuados y, en algunos casos, asumiendo nuestra propia posición desde el análisis jurídico, la que ha sido

enriquecida con la información obtenida en el marco de la investigación empírica.

Consecuentemente, a partir de lo expuesto, estamos en condiciones de comprobar o verificar la corrección y validez de las hipótesis de investigación formuladas.

4.3.1. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

HIPÓTESIS GENERAL:

Existe una relación significativa entre los operadores jurídicos y las consecuencias que derivaría el hecho de pretermitir las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto, con los mecanismos procesales que admiten dejar sin efecto dicho medio.

De acuerdo con los resultados del trabajo operacional, el valor de las variables de la hipótesis en cuestión ha quedado debidamente establecido en la medida en que se indicó al iniciar la investigación, resultado que se ve corroborado con las conclusiones arribadas en el desarrollo del marco teórico correspondiente a las instituciones jurídicas concernientes a estas variables. Así tenemos:

a) El valor variable independiente correspondiente al nivel de conocimiento, por parte de los operadores procesales, de la institución investigada, se ha determinado que es INSUFICIENTE, con las hipótesis de trabajo.

b) Este insuficiente o escaso conocimiento determina a su vez el valor de la variable dependiente relacionada con el nivel de desarrollo en el proceso penal de criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados. En tal sentido, el insuficiente desarrollo de criterios sobre la prueba ilícita (admisión o

exclusión) se verifica con las hipótesis de trabajo.

HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

a.- Existe elementos procesales susceptibles que permiten que la prueba sea viciada durante sus distintos momentos en el proceso penal.

b.- Existe capacidad propia en los operadores jurídicos quienes utilizan los dispositivos procesales que hacen factible la eliminación de la Prueba Ilícita en el sistema procesal Penal

Por tratarse de hipótesis de carácter eminentemente dogmático, se ha verificado con los argumentos lógico – jurídicos con cuyo uso se ha arribado a las conclusiones teóricas correspondientes, del marco teórico. El Tribunal Constitucional peruano apenas ha rozado la problemática concerniente a la prueba ilícita. En varios pronunciamientos ha perfilado el derecho constitucional a probar como contenido implícito del genérico derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución. Asimismo, en algunos casos, ha esbozado un concepto de prueba ilícita definiéndola como “aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable.” Sin embargo, la muy importante sentencia dictada en el caso “Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los

derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país.

Al igual que la jurisprudencia, la doctrina nacional aún no ha logrado un tratamiento sistemático y orgánico de la problemática concerniente a la prueba ilícita. Sin embargo, actualmente se advierte un creciente interés por la investigación de esta materia, lo que se traduce en la publicación de artículos y ensayos que abordan la cuestión desde diversos ángulos.

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, se ha verificado con los argumentos lógico – jurídicos con cuyo uso se ha arribado a las conclusiones teóricas correspondientes. Teniendo en cuenta el desarrollo de nuestra investigación, las excepciones que podrían ser admitidas en nuestro sistema sin mayor problema son: la fuente independiente (que no es propiamente una excepción), la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la *plain view doctrine* y los campos abiertos; igualmente el principio de proporcionalidad y ponderación siempre y cuando la prueba haya sido regularmente obtenida pero el legislador ha excluido su valoración de modo expreso o se produzca una colisión con otros valores o bienes protegidos constitucionalmente, de igual o superior rango.

No resulta válida la pretensión de importar inclusive el propio desarrollo experimentado por la regla de exclusión en la jurisprudencia estadounidense. En tal sentido, ha de ser nuestra propia experiencia y realidad las que nos vayan dictando qué cosa admitir y qué cosa rechazar en materia de prueba ilícita. De este modo, es posible respetar la tradición romano – germánica a la que pertenecemos, a través de la regulación expresa de algunas excepciones a la regla de exclusión; y, al mismo tiempo, reconocerles a los jueces amplias facultades de interpretación y creación a través del principio de proporcionalidad y el recurso a la ponderación.

CONCLUSIONES

1.- El Tribunal Constitucional ha señalado “la prueba ilícita es aquella cuya obtención o actuación se lesiona derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”¹, por ello debemos decir que se vulneran cuando estos sean aceptados al momento de emitir su decisión final los operadores de la justicia.

2.- Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango.

3.- Del mismo modo toda prueba ilícita debe de ser excluido, si ha sido obtenidas o incorporadas al proceso mediante vulneración de derechos constitucionales a fin de que no produzcan ningún tipo de efecto legal, es decir no sean admitidas ni valoradas en el proceso, tanto en la Fiscalía, como en los juzgados.

4.- Prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales y, en esencia, se constituye en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. Para el caso del Perú, los derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados por la prueba ilícita son los consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución, pero teniéndose en cuenta lo prescrito por la propia Constitución en su

1.- STC Exp. No. 2053 – 2003 HC/TC.

artículo 3° que incluye a los demás derechos no enumerados que ella garantiza, otros de naturaleza análoga o los que deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros.

5.- Prueba directa en el ámbito de las prohibiciones probatorias es aquella cuya concreta causa es la afectación de un derecho fundamental. Así ha sido recogida por el artículo VIII. Inc. 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004. En cambio, prueba derivada o refleja es aquella en si misma lícita pero que tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales.

6.- La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita. Sin embargo, en la sentencia del caso “Rafael García Mendoza contra SERPOST S.A. (1058-2004- AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita.

RECOMENDACIONES

1.- Implementar cursos de capacitación en el interior del Poder Judicial, Ministerio Público y Colegios de Abogados con la finalidad de formar a sus miembros en el conocimiento y manejo de las categorías concernientes a la prueba ilícita, incluyendo los actuales desarrollos de la doctrina y jurisprudencia comparadas, sin perjuicio de enfatizar la importancia de tener siempre en cuenta que la aplicación de dichos criterios requiere considerar nuestra particular realidad jurídico – procesal.

2.- Modificar el numeral 2) del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 con la finalidad de posibilitar la regulación taxativa de la fuente independiente, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado o prueba ilícita *in bonam partem*, la teoría del riesgo para grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como la grabación de conversaciones telefónicas propias y algunos supuestos de la *plain view doctrine* y los campos abiertos; igualmente el principio de proporcionalidad y ponderación.

3.- El Estado debe actuar es salvaguarda de los intereses de la colectividad, procurando a través de los operadores del derecho, y en especial de los juzgadores, los mismo que se valoren de manera imparcial y contrapesando los derechos que se encuentren en conflicto. Solo así creemos se puede lograr una justicia más eficiente, eficaz y sobre todo respetuosa de los derechos de las personas, tanto individual como colectivo.

BIBLIOGRAFIA.-

- 1) Cubas Villanueva, Víctor, 2003. *“El Proceso Penal- Teoría y Práctica”* Editorial Palestra Editores, 5ta Edición, Lima – Perú.
- 2) García Rada, Domingo, 1984 *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Editorial EDDILI, 8va Edición. Lima – Perú.
- 3) Landa Arroyo, César, 2010. *“Los Derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Palestra Editores. 1era Edición. Lima.
- 4) Olivera Díaz, Guillermo, 1996. *“El Proceso Penal Peruano”*, Editorial Ojeda. Lima – Perú.
- 5) ORÉ GUARDIA, Arsenio 1987, *“Manual de Derecho Procesal Penal”* Editorial Alternativas, 1era Edición, Lima– Perú.
- 6) Pavó Acosta, Rolando, 2009. *“La Investigación Científica del Derecho”*. Fondo Editorial UIGV. Lima.
- 7) Peña Cabrera, Raúl, 1980. *“Derecho Penal Peruano – Parte General”* Editorial Espasa, 2da Edición. Lima-Perú.
- 8) Ramos Núñez, Carlos, 2005. *“Como hacer una Tesis en Derecho y no Envejecer en el Intento”* Editorial Gaceta Jurídica, 3era Edición. Lima – Perú.
- 9) Reátegui Sanchez, 2010. Jamen *“El precedente judicial en materia penal”*. Editorial Reforma. 1era Edición. Lima.
- 10) Rosas Yataco, Jorge, 2003. *“Manual de Derecho Procesal Penal”* Editorial Grijley, 1ra Edición. Lima – Perú..
- 11) San Martín Castro, Cesar, 2006. *“Derecho Procesal Penal”* Tomo I, Editorial Grijley, 3ra Edición, Lima – Perú.
- 12) Talavera Elguera, Pablo, 2004. *“Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal”* Editorial Grijley. Lima – Perú.
- 13) Vega Billan, Rodolfo, 2002. *“Derecho Procesal Penal”* Editorial Fohat Ediciones. Huánuco – Perú.
- 14) Alexander Demandt. 2000. *Los grandes procesos de la historia*. Barcelona, Crítica. Biblioteca de Bolsillo.
- 15) Ángel Gil Hernández. 1995. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex.

- 16) *Claus Roxin. 2000. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto.*
- 17) Daniel O'Donnell. 2005. Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano.
- 18) Danilo Rojas Betancourt. 2005. De la verdad y otros demonios. Revista Semana. Edición 1212. www.semana.com.
- 19) Derecho Penal y Criminología. 2005. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Nos.74, 78 y 79.
- 20) Edmundo Hendler. 1996. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad Hoc.
- 21) Ernesto Benda. 1996. Et Al. Manual de Derecho Constitucional. Benda, Ernesto. Madrid: Marcial Pons.
- 22) Eugenio Florian. 1982. Pruebas Penales. Tomo I. Bogotá: Temis.
- 23) Gunter Arzt, Claus Roxin y Klaus Tiedemann. 1999 Introducción al Derecho Penal y al derecho Penal Procesal. Barelona: Ariel, 198.
- 24) Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett. 2004. El proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 25) Jairo Parra Quijano. Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio. Bogotá, Temis, 2004.
- 26) Joan Pico I Junoy. 2001. Problemas actuales de la justicia penal. Barcelona: J.M. Bosch.
- 27) Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett. 2005. Compiladores. Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- 28) Kai Ambos. 2005. Principios del *proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos. Traducción de Ana Beltrán Montolio y Guillermo Orce. Colección de Estudios No.31.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- 29) *Kart Heinz Gössel.* 2002. En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico constitucionales y político criminales. México, Porrúa..
- 30) Luigi Ferrajoli. 1995. Derecho y razón. Madrid, Trotta.

- 31) Manuel Miranda Estrampes. 1997. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: José María Bosch.
- 32) María Isabel Huertas Marín. 1999. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba. Barcelona: José María Bosch,
- 33) Michael Foucault. 1992. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa.
- 34) Michele Taruffo. 2002. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.
- 35) Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García. 2005. Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 36) *Oscar Julian Guerrero Peralta. 2004. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá: Augusto Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica.*
- 37) Paula Jiménez. Las pruebas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal. Bogotá, 2005. En prensa. Peter Haberle, Constitución como cultura. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de derecho público. No. 66.
- 38) *Rafael Alcácer Guirao, 2004. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.*
- 39) Reynaldo Bustamante Alarcón. 2001. El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo. Lima: Ara Editores.
- 40) Rodrigo Uprimny. 2005, La verdad de la ley de justicia y paz. Revista Semana. Edición 1213. www.semana.com.
- 41) Steven H. Goldberg. 1994. Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?. Traducción de Aníbal León. Buenos Aires: Heliasta.
- 42) Vicente Gimeno Sendra. 1987. Derecho Procesal. Tomo II. Vol. I. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- 43) William T. Pizzi. 2004. Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense. Estudio introductorio, traducción y notas a la edición española de Carlos Fidalgo Gallardo. Madrid, Tecnos.
- 44) Yesid Ramírez Bastidas. 2005. Sistema Acusatorio Colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Revistas Virtuales:

- ✓ <http://www.cienciaspenales.org/revista%2007/gonzal07.htm>
- ✓ www.cienciaspenales.org/REVISTA%2010/hassem10.htm - 45k -
- ✓ <http://www.lexjuridica.com/boletin/articulos/0032.htm>
- ✓ <http://www.unifr.ch/derechopenal/revista/htm>.
- ✓ <http://www.unifr.ch/derechopenal/obras/htm>.
- ✓ www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0122.pdf
- ✓ www.bibliojuridica.org/libros/4/1726/17.pdf
- ✓ www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0122.pdf
- ✓ www.derechopenalonline.com/index.php?id=31,256,0,0,1,0 - 48k
- ✓ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Penal.88.htm>

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA.

TESISTA: MAXIMILIANO ESPINOZA SOTO

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	OPERACIONALIZACIÓN		METODOLOGÍA
				INDICADORES	INSTRUMENTOS	
¿En qué medida los operadores jurídicos pretermiten las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto y qué dispositivo procesal existiría para dejar sin efecto dicho medio?	Estudiar de qué forma los operadores jurídicos pretermiten las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto y describir los dispositivos procesales que existen para dejar sin efecto dicho medio	<p>Existe una relación significativa entre los operadores jurídicos y las consecuencias que derivaría el hecho de pretermitir las formalidades previstas para la producción de cada medio de prueba, que conduce a la ilicitud del acto, con los mecanismos procesales que admiten dejar sin efecto dicho medio.</p> <p>1.4.2 HIPOTESIS ESPECIFICOS.</p> <p><input type="checkbox"/> Existe elementos procesales susceptibles que permiten que la prueba sea viciada durante sus distintos momentos en el proceso penal.</p>	<p>Variable Independiente</p> <p>Nivel de conocimiento de los operadores procesales respecto de la prueba ilícita.</p>	<p>Independiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Definición de la Prueba - Definición de la Prueba lícita. - Definición de la Prueba Illegal. - Código Procesal Penal. 	<p>Ficha de análisis Documental.</p> <p>Ficha de análisis. (<i>Capacidad para resolver adecuadamente la Exclusión de la Prueba Ilícita</i>)</p>	<p>Tipo de Investigación:</p> <p>De acuerdo al propósito de la investigación, naturaleza de los problemas y objetivos formulados en el trabajo, el presente estudio reúne las condiciones suficientes para ser calificado como una investigación Básica - Aplicada, en razón que para su desarrollo en la parte teórica conceptual se apoyará en conocimientos sobre los actuales fundamentos sobre la Prueba en el proceso Penal, del mismo modo los criterios de valoración y eficacia probatoria de la Prueba Ilícita en el Derecho Nacional y Comparado.</p>
<p>1.2.2 Problemas Específicos.</p> <p><input type="checkbox"/> ¿Cuáles son los elementos procesales más susceptibles para que la prueba sea viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal?:</p> <p><input type="checkbox"/> ¿De qué manera los operadores jurídicos utilizan los mecanismos procesales que hacen posible la eliminación de la Prueba Ilícita en el sistema procesal Penal</p>	<p>1.3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.</p> <p><input type="checkbox"/> Identificar y establecer los elementos procesales más susceptibles que permiten que la prueba sea viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal.</p> <p><input type="checkbox"/> Examinar la forma que los operadores jurídicos utilizan los dispositivos procesales que hacen factible la eliminación de la Prueba Ilícita en el sistema procesal Penal.</p>	<p><input type="checkbox"/> Existe capacidad propia en los operadores jurídicos quienes utilizan los dispositivos procesales que hacen factible la eliminación de la Prueba Ilícita en el sistema procesal Penal</p>	<p>Variable Dependiente</p> <p>Nivel de desarrollo en el proceso penal de criterios para la admisión o exclusión del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados</p>	<p>Dependiente A:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Principio de Legalidad. - Responsabilidad Penal. - Capacidad para aplicar la exclusión de la Prueba Ilícita, por los operadores del Derecho. 	<p>Ficha de análisis. (<i>Resoluciones emitidas sobre la exclusión de la Prueba Ilícita «Fiscal y Judicial»</i>)</p>	<p>Nivel de Investigación:</p> <p>Será una investigación descriptiva en un primer momento, luego explicativa de acuerdo a la finalidad de la misma.</p>



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:

***Criterios para la determinación de la prueba ilícita en
 El nuevo Proceso Penal peruano.***

Señor operadores del derecho; a continuación le presentamos una serie de preguntas estructuradas con relación a la Valoración y Eficacia probatoria de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano. Por favor marque con un círculo o rellene los espacios con la información real solicitada, los datos serán de absoluta reserva, utilizados únicamente para el desarrollo de la Tesis antes mencionada.

- 1.- **En los diversos casos penales que Ud. ha tenido a su cargo, como juez, fiscal o abogado defensor ¿ha tenido oportunidad de aplicar criterios concernientes a la teoría de la prueba ilícita o prohibida?**
 - a) Nunca
 - b) En pocas oportunidades (menos de diez veces)
 - c) Más de diez veces

- 2.- **En aquellos casos en los que ha tenido oportunidad de aplicar criterios de prueba ilícita, ésta ha sido:**
 - a) Excluida y no valorada por ilícita
 - b) Admitida y valorada a pesar de su ilicitud

- 3.- **¿Conoce Ud. los criterios que la jurisprudencia y doctrina, sobre todo comparada, han desarrollado respecto de la prueba ilícita o prohibida?**
 - a) Muy bien
 - b) Bien
 - c) Más o menos
 - d) Nada