



FACULTAD DE DERECHO

**TRATAMIENTO DE LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN COMO
EXCEPCIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA, EN
LOS PROCESOS PENALES SEGUIDOS EN LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE**

**PRESENTADA POR
LUZ VIRGINIA DAZA NAVAL**

ASESOR:

OMAR ANTONIO ZAPATA LÓPEZ

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

CHICLAYO – PERÚ

2017



**Reconocimiento - No comercial - Compartir igual
CC BY-NC-SA**

La autora permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

TESINA

**TRATAMIENTO DE LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN COMO EXCEPCIÓN
DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA, EN LOS PROCESOS PENALES
SEGUIDOS EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE.**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADA POR:

LUZ VIRGINIA DAZA NAVAL.

CHICLAYO – PERÚ

2017

**TRATAMIENTO DE LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN COMO
EXCEPCIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA, EN
LOS PROCESOS PENALES SEGUIDOS EN LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE.**

**ASESOR TEMÁTICO:
OMAR ANTONIO ZAPATA LÓPEZ**

**ASESORA METODOLÓGICA:
ROSA MARÍA MEJÍA CHUMÁN.**

CHICLAYO - PERÚ

2017

DEDICATORIA

A Dios por su bendición que derrama sobre mí, a mis padres Francisco y Luz Amparo por su apoyo incondicional en cada momento de mi vida, quienes con su sacrificio, dedicación, esmero, al inculcarme valores y principios, darme consejos y sobre todo por su amor infinito dedico la presente tesina, porque ustedes me hacen ser una mejor persona.

A mi hermano Fredy; por su cariño infinito, por todos los momentos bonitos que hemos compartido y seguiremos compartiendo, por tu paciencia y comprensión en este proceso. Y a Kalessy, mi fiel compañerita que me acompaña siempre.

A ellos, mi adorada familia por la confianza, paciencia y comprensión que me tienen, por enseñarme entre otras cosas que con esfuerzo, trabajo, constancia y dedicación los sueños se cumplen, por eso pido al Dios que me los bendiga siempre.

AGRADECIMIENTO

A Dios por guiarme siempre, a mis padres por su apoyo infinito y amor incondicional, porque gracias a ustedes voy creciendo en todos los aspectos de mi vida, a ustedes mi adoración.

Al Dr., profesor y amigo Elky Villegas Paiva por la guía y paciencia que me tuvo, con quien he llegado a compartir y obtener conocimientos, gracias por tu infinita paciencia.

ÍNDICE

	Páginas
Portada	
Título	I
Asesores	II
Dedicatoria	II
Agradecimiento	III
ÍNDICE	IV
RESUMEN	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUCCIÓN	IX

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática.....	1
1.2 Formulación del problema	3
1.3 Objetivos de la investigación	3
1.3.1 Objetivo general	3
1.3.2 Objetivos específicos.....	4
1.4 Justificación de la investigación	4
1.5 Limitaciones de la investigación	5
1.6 Diseño Metodológico	5

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación	7
2.2 Bases teóricas	9
2.3 Definiciones de términos básicos	12

CAPÍTULO III: FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1 Hipótesis.....	14
--------------------	----

CAPÍTULO IV: EL PROCESO PENAL

4.1 El Proceso Penal.....	15
4.1.1. Concepto	15
4.1.2 Fines del Proceso Penal.....	17
4.2. La prueba	19
4.2.1. Concepto	19
4.2.2 Marco Constitucional.....	21
4.2.3 Función y Finalidad	24
4.2.4 Elementos o Aspectos de la prueba.....	27
4.2.4.1 Elementos de prueba	27
4.2.4.2 Fuente de Prueba.....	28
4.2.4.3 Objeto de Prueba	29
4.2.4.4 Órgano de prueba	31
4.2.4.5 Medio de Prueba	32
4.2.5 Principios.....	33
4.2.5.1 Principio de presunción de inocencia	34
4.2.5.2 Principio de guardar silencio y a la no incriminación	35
4.2.5.3 Principio de libertad probatoria.....	36
4.2.5.4 Principio de legitimidad de la prueba.....	38

CAPÍTULO V: PRUEBA ILICITA

5.1 Cuestiones generales	40
5.2. Concepto	41
5.2.1 Prueba ilícita.....	43
5.2.2 Prueba Irregular	44
5.3 La Regla de Exclusión	48
5.3.1 Concepto	48
5.3.2 Fundamento de la Regla de Exclusión	49
5.3.2.1 Modelo Norteamericano	49
5.3.2.1 Modelo Euro -continental.....	54
5.3.3. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.....	61
5.3.3.1 Excepción de la buena fe	62
5.3.3.2. Teoría del Riesgo	63
5.3.3.3 Fuente independiente.....	65
5.3.3.4 Ponderación de intereses.....	67

CAPÍTULO VI: RESULTADOS A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CASO: EXP. N°1674-2009-57-1706-JR-PE-0

6.1. Datos	77
6.2. Hechos	78
6.3. Sentencia de Primera Instancia.....	82
6.3.1 Fundamentos	82
6.4. Sentencia de Segunda Instancia.....	85

6.4.1 Fundamentos	85
6.5. Sentencia de Tribunal Constitucional	86
6.5.1 Fundamentos	86

**CAPÍTULO VII: ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN COMO
EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL
CASO: EXP. N°1674-2009-57-1706-JR-PE-0**

7.1. Sentencia de Primera Instancia.....	88
7.3.1 Crítica	88
6.2. Sentencia de Segunda Instancia.....	91
6.2.1 Crítica	91
6.3. Sentencia de Tribunal Constitucional	92
6.3.1 Crítica.....	92

CAPITULO VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. Conclusiones	94
8.2. Recomendaciones	97

FUENTES DE INFORMACION	98
-------------------------------------	----

ANEXOS:

- Sentencias del caso

RESUMEN

La presente investigación trata sobre la teoría de la ponderación como regla de excepción de la prueba ilícita tratadas en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, lográndose comprobar que solamente en un caso se ha utilizado la figura es decir en el Exp. N° 1674-2009-57-1706-JR-PE-01 resuelto en definitiva instancia por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de allí que el propósito de la presente investigación consistió en determinar el tratamiento que le dio la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque a la teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el caso específico antes mencionado.

Para ello, fue necesario diferenciar conceptos entre la prueba ilícita y prueba irregular, analizándose las consecuencias de cada una de ellas, sosteniendo que la prueba ilícita no puede generar efectos en el proceso penal, y por lo tanto debe ser excluida del mismo. Sin embargo, se demuestra que existen excepciones a dicha regla, entre las cuales tenemos la teoría de la ponderación; sobre la cual se la analiza exhaustivamente a través del caso resuelto en el Exp. N° 1674-2009-57-1706-JR-PE-01, concluyéndose que no se aplicó correctamente dicha excepción, ante ello finalmente se señalan algunas recomendaciones para su mejor utilización en la práctica judicial.

PALABRAS CLAVES: Derechos fundamentales, proceso penal, debido proceso, motivación suficiente, prueba ilícita, regla de exclusión, teoría de la ponderación.

ABSTRACT

The present investigation deals with the balancing test as a rule of exception for illicit evidence treated in the Superior Court of Justice of Lambayeque. The investigation is used in order to verify that only in one case has it been used properly, this exception being the Exp. N ° 1674- 2009-57-1706-JR-PE-01 that resulted in a decided Criminal Chamber of Appeals of the Superior Court of Justice of Lambayeque. Therefore the purpose of this investigation was to determine the treatment given by the Criminal Chamber Of Appeals from the Superior Court of Justice of Lambayeque to the balancing test as an exception to the rule of exclusion of the illicit evidence in the aforementioned specific case.

For this, it was necessary to differentiate concepts between illicit evidence and irregular evidence, analyzing the consequences of each of them, arguing that the illicit evidence can not generate effects in the criminal process, and therefore should be excluded from it. However, it is shown that there are exceptions to this rule, among which we have the balancing test; An example being the case solved in Exp. No. 1674-2009-57-1706-JR-PE-01, concluding that this exception was not correctly applied and therefore stating some recommendations for its better use in judicial practice.

KEY WORDS: Fundamental rights, criminal procedure, due process, sufficient motivation, illicit evidence, rule of exclusion, balancing test.

INTRODUCCIÓN

En el proceso penal el elemento fundamental es la prueba, al punto que sin ella resulta inimaginable resolver el conflicto que ha sido puesto a conocimiento de un órgano de justicia, pues a través de ella se desarrolla el proceso en particular, es por ello la importancia de la prueba en el quehacer jurídico en general. Pues la eficacia de la persecución penal se da a través de la imposición de la pena, y para ello se tiene que haber determinado la responsabilidad del agente, y esto se lleva a cabo solo a través de la prueba, de allí la importancia de la misma.

Si, bien la prueba es importante en el proceso penal y en general, la misma tiene un tratamiento tanto para su adquisición, admisión y actuación dentro del proceso. Es por ello, que uno de los problemas que existe en torno a ella, es la forma en como ha sido obtenida esto es, a través de la vulneración de derechos fundamentales. Y de allí radica que la búsqueda y obtención de la prueba en una investigación o proceso penal, de ningún modo deben ser obtenidas a cualquier precio. Por ende, y según regla general, dicha prueba no puede ser valorada en el proceso, llamada regla de exclusión de la prueba ilícita, sin embargo existen excepciones a dicha regla de exclusión de la prueba ilícita y es el juzgador quien determinará cuando se aplican dichas excepciones, y esto lo hará de acuerdo a la valoración que le dé a la prueba incorporada en el caso concreto.

Es por ello que, en la presente tesina titulada “Tratamiento de la teoría de la ponderación como excepción de la exclusión de la prueba ilícita, en los procesos penales seguidos en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque”, abordaremos el tema de la prueba ilícita incidiendo en una de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita, esto es la teoría de la ponderación o balancing test y en base a ello analizaremos cual fue el tratamiento que le dio la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque a la teoría de la ponderación en el caso en concreto - Exp. N° 1674-2009-57-1706-JR-PE-01-, tema que resulta complejo puesto que para ello existe un conflicto entre intereses: por un lado la eficacia de la persecución penal y por el otro el respeto a los derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal, el cual se ve vulnerado al momento de la obtención de la prueba.

Y, es precisamente uno de los problemas que actualmente suscita, que es lo concerniente que la prueba haya sido obtenida vulnerando derechos fundamentales, y es que en el proceso penal la regla general es que dicha prueba no sea admitida o valorada en el proceso teniendo como consecuencia excluirla del mismo. Sin embargo de acuerdo a las decisiones jurisprudenciales emitidas en el extranjero y en el Perú hacen que se puedan aplicar excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, dando cabida a la valoración de aquella prueba ilícita y de acuerdo a la teoría aplicada, en este caso: la teoría de la ponderación es que sea valorada dicha prueba.

Teniendo en consideración ello, en la presente tesina asumimos el reto de abocarnos en el estudio de la prueba ilícita a partir del tratamiento que le dio la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el Exp. N° 1674-2009-57-1706-JR-PE-01, teniendo como objetivos de estudio: diferenciar los criterios conceptuales de la prueba ilícita y prueba irregular, analizar las consecuencias que acarrea el hecho de que una prueba sea reputada como ilícita, a partir de la regla de exclusión y por ultimo indicaremos las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, con particular incidencia en la teoría de la ponderación y su aplicación en el caso en mención.

Para cumplir, con los mencionados objetivos, hemos considerado conveniente desarrollar la problemática, teniendo en consideración que la presente tesina es de tipo descriptivo, en tanto está orientado a describir, explicar, determinar y dar a conocer las definiciones, características, alcances, diferenciaciones y análisis del caso que implica el tema.

En efecto, la presente investigación se justifica en la importancia que tiene el tema para la praxis judicial para poder estudiar, explicar y brindar posibles soluciones a la problemática de la viabilidad de la teoría de la ponderación, con la finalidad de proponer alternativas de solución a los operadores jurídicos cuando tengan que resolver casos semejantes. Es por ello que se ha tomado en cuenta principalmente el conjunto de datos brindados por diversos autores, que han abordado el tema, tales como libros, manuales, revistas, códigos, así como artículos. Pues la recopilación de información del material consultado para el tema

materia de estudio, se ha logrado gracias a la técnica de fichaje, pues se han utilizado fichas bibliográficas, textuales y de resumen que han permitido almacenar los datos de manera organizada, facilitando su elaboración.

Ahora bien, es necesario mencionar que la clasificación asumida para el desarrollo de la tesina se ha clasificado en VIII capítulos, pues por su desarrollo y mejor entendimiento, cada uno de los capítulos amerita, a nuestro juicio, un desarrollo autónomo pero a la vez unificado porque cada uno de ellos tiene relación con el anterior.

Así, en el primer capítulo se inicia con el planteamiento del problema, describiendo la realidad problemática para proceder a realizar la formulación del problema, planteándonos los objetivos generales y específicos, la justificación, limitación y diseño metodológico que se aplicó en la investigación. En el segundo capítulo mencionamos al marco teórico esto es, los antecedentes de la investigación, bases teóricas, definiciones de términos básicos, para formular la hipótesis en el tercer capítulo.

En el cuarto y quinto capítulo nos abocamos al estudio de la prueba y prueba ilícita, identificando los alcances generales, definiciones, principios, diferenciación de términos, fundamentos de la regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y las teorías propias de ella, teniendo mayor incidencia en la teoría de la ponderación.

En el VI y VII capítulo detallamos los resultados y realizamos el análisis al caso en concreto y, en el VIII y último capítulo mencionamos las conclusiones y recomendaciones propias de la investigación. Asimismo, es importante mencionar que, durante la realización de la presente tesina una de las limitaciones que tuvimos, es el tiempo ha sido un factor limitante pues el conjugarse con otras obligaciones personales y laborales, así como también la limitación de espacio; pues del espacio donde se analizarían casos esto es en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; solo se pudo obtener la muestra de un expediente que es materia de análisis de la presente.

La autora.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

La permanente tensión existente entre la eficacia de la persecución penal y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a un proceso penal, se muestra con mayor nitidez al hacer referencia al tratamiento de la prueba en dicho proceso, esto es la forma de su adquisición, admisión y actuación en el proceso penal.

La razón de ello, estriba en que la pretendida eficacia de la persecución penal suele ser entendida como sinónimo de castigo o sanción penal a los delincuentes a través de la imposición de la pena estatal; y, siendo que la única forma de imponer tal sanción es través de un proceso penal en donde se haya determinado la responsabilidad de dicho agente. Es decir la determinación de la responsabilidad penal del sujeto, solo puede llevarse a cabo a través de la prueba, de allí se aprecia la importancia de la misma, así como los graves problemas que se suscitan en torno de ella.

Precisamente, uno de los mayores problemas que se suscitan; es, lo concerniente a aquella prueba que ha sido obtenida a través de la vulneración de los derechos fundamentales. Pues bien, en términos muy generales, se puede decir que en el proceso penal moderno, la regla general es que tal prueba no sea admitida o

valorada al interior del proceso penal; figura que se conoce como la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Dicha regla de exclusión, se fue desarrollando en los procesos penales pertenecientes a un ordenamiento jurídico respetuoso de un Estado de Derecho; y, su máximo apogeo fue con el paso al paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

Así pues, con las reformas procesales penales llevadas a cabo en la mayoría de los países de América Latina, se estatuyeron expresamente en los nuevos Códigos Procesales Penales que no pueden ser admitidas o valoradas las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, en otras palabras se reconoció la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Sin embargo, así como de un lado primó la existencia la citada regla de exclusión, lo cierto es que poco a poco, su campo de aplicación se ha ido reduciendo, sobre todo a partir de las decisiones jurisprudenciales emitidas en el extranjero y en el Perú; que la hacen a un lado merced a ciertas argumentaciones denominadas como excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. De este modo, así como dicha regla surge jurisprudencialmente, parece que por la misma vía se tiende cada vez más a dejarla de lado; por decirlo de una forma sutil, a la manera en que se da cabida a la admisión y valoración de material probatorio que ha sido obtenido vulnerando derechos fundamentales.

Dichas excepciones que no parecen ser tan así, pues cada vez se usan con mayor alcance y generalidad. Ahora bien, una de esas excepciones es la denominada teoría del *balancing test* o teoría de la ponderación; y, por la cual se podría no aplicar la regla de exclusión de una prueba ilícita si se considera que existe otro interés de mayor relevancia con miras a aplicar el *ius puniendi*.

Es con respecto a este último es que versa la presente investigación; es decir, se analizó la problemática de la teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal.

Ahora bien, debe señalarse desde ya, conforme a lo señalado en la parágrafo precedente, al momento de haber consultado sobre los casos penales en que se hizo mención a la teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, se logró comprobar que solamente en un caso se ha utilizado dicha figura, como es en el Exp. N° 1674-2009-57-1706-JR-PE-01, resuelto en definitiva instancia por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, siendo resaltante mencionar que la razón por la cual se ha tomado en cuenta analizar dicho expediente; es porque, se asumió por primera vez una posición respecto a la prueba prohibida desde la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el distrito Fiscal de Lambayeque. Por lo cual se buscó de este modo verificar y analizar cuál es el rumbo que se le da a dicha excepción en la praxis judicial.

1.2. Formulación del problema

¿Cuál fue el tratamiento que le ha dado la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque a la teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el Exp. N°1674-2009-57-1706-JR-PE-01?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

Determinar cuál ha sido el tratamiento que le ha dado la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque a la teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita el Exp. N°1674-2009

1.3.2. Objetivos específicos

- Diferenciar los criterios conceptuales de la prueba ilícita, tanto directa o indirecta (teoría de los frutos del árbol envenenado), de la prueba irregular.
- Analizar las consecuencias que acarrea el hecho de que una prueba sea reputada como ilícita, a partir de la llamada regla de exclusión.
- Indicar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, con particular incidencia en la teoría de la ponderación y su aplicación en los procesos penales seguidos en la Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

1.4. Justificación de la investigación

El tema a tratar encontró su justificación en la importancia del análisis del problema que engloba, y que se presenta en la realidad de la praxis judicial, esto es estudiar, explicar y brindar posibles soluciones a la problemática de la viabilidad de aplicación de una de las excepciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, la llamada teoría de la ponderación o balancing test.

Sin duda, la temática abordada es una de las que mayor polémica suscita, pues como señalábamos al comienzo, esta se encuentra en la línea divisoria entre la tensión existente entre la eficacia en la persecución penal y el respeto de a los derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal.

Ante ello urgen estudios que permiten analizar de forma amplia y detenidamente la problemática en mención, con la finalidad de proponer alternativas de solución a los operadores jurídicos cuando tengan que resolver casos semejantes al que se analiza en la presente investigación, de modo tal que aun cuando parezca difícil, se debe buscar el equilibrio entre ambas finalidades: la eficacia en la persecución penal y el respeto a los derechos fundamentales.

1.5. Limitaciones y restricciones de la investigación

1.5.1. Limitación económica: Esta fue uno de los aspectos limitantes de la presente investigación, pues para la obtención de información hemos tenido que desplazarnos a diferentes lugares, igualmente la adquisición de material bibliográfico (libros, revistas) así como el fotocopiado de alguna de otra parte de material bibliográfico han generado grandes gastos económicos, recurso que resulta limitado para la investigadora.

1.5.2. Limitación de espacio: Esta es otra limitación que considere importante mencionar, pues dentro del espacio donde se analizarían los casos que correspondan con la materia de investigación, solo pudo obtenerse la muestra de un expediente de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

1.5.3. Limitación de tiempo: El tiempo disponible para llevar a cabo la presente investigación ha sido el factor más limitante, pues debe conjugarse con otras obligaciones propias personales y profesionales, así por ejemplo, el hecho de el trabajo que uno debe realizar como parte del desarrollo profesional, y que dejan un espacio de tiempo reducido para concretización de la investigación.

1.6. Diseño de la investigación

a). Tipo:

Descriptiva: La investigación que se realizó es de carácter descriptiva, en tanto está orientada a describir, explicar, determinar y dar a conocer las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas con el tema, a la vez que su funcionamiento en la realidad jurídico- social.

b). Nivel:

Explicativo: Se trata de una investigación explicativa porque está orientada a explicar objetivamente las relaciones teórico – normativas y de eficacia de la normatividad vinculada con el tema sobre el que gira la investigación.

c) Método

Inductivo: Si se trata de una investigación de nivel explicativo, entonces el método a seguir será el inductivo, es decir del análisis de casos particulares, para llegar a una conclusión general.

d) Diseño

Cualitativo: La investigación es de diseño cualitativo es decir, se analizó el tema principal de la investigación. Ello en cuanto se caracteriza por un estudio intensivo y de profundidad sobre una muestra pequeña para lograr la interpretación del fenómeno que se investigó; en síntesis tiene un enfoque de estudio de casos. Es por ello que en la presente investigación se tomó en cuenta los casos que se ha ventilado sobre la teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

La presente investigación se centró en analizar la teoría de la ponderación en el proceso penal como una excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, y más específicamente analizando el tratamiento que ha recibido dicha teoría en los casos en que haya sido utilizada por la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Sobre dicha temática no existen investigaciones precedentes que puedan ser consideradas como antecedentes en sentido estricto, sin embargo a un nivel más amplio hemos podido encontrar diversas investigaciones (tesis, tesinas, libros artículos) que si abordan el tema de la prueba ilícita, de la regla de exclusión que la tiene como consecuencia, y que además de alguna manera tocan el tema de las excepciones a la regla de exclusión y dentro de ellas a la teoría de la ponderación. Veamos algunos de estos antecedentes:

Castro Trigoso (2008) en sus tesis para obtener el grado de magister titulada: “Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana”, señala que:

“La problemática de la prueba ilícita está estrechamente relacionada con la que concierne a los derechos fundamentales. Esto tiene que ver con el hecho de que

lo que determina la ilicitud de la prueba es precisamente la vulneración de derechos fundamentales en su obtención. La primacía de la Constitución, en la que generalmente se reconocen los derechos fundamentales, es algo que actualmente casi no se discute. En tal sentido, algunos prefieren seguir refiriéndose a la existencia de un efecto irradiante de las normas constitucionales hacia el resto del ordenamiento jurídico”. (p.58)

Más adelante sostiene el autor citado que: “en lo referente a la concepto de prueba ilícita, es posible sintetizar dos grandes grupos: a) una concepción amplia que considera que prueba ilícita es aquella que vulnera el ordenamiento jurídico en general, se trate de normas constitucionales u ordinarias; y b) una concepción restringida que la define como aquella que en su obtención ha vulnerado derechos fundamentales, lo que implica necesariamente la transgresión de normas constitucionales y no ordinarias.” (Castro Trigos: 2008, p. 62).

Como señalábamos, una vez que en un proceso penal se llegue a considerar que una prueba es ilícita, entonces corresponderá aplicar la regla de exclusión, esto es excluirla (sacarla) del proceso con la finalidad de que no pueda ser tomada en cuenta por el juez para decidir su fallo.

Pero a su vez existen excepciones a dicha regla, una de dichas excepciones es la teoría de la ponderación, por la cual se pueden admitir en el proceso penal, y por ende no ser excluidas, determinada prueba ilícita al hacer una valoración que gira en torno al principio de proporcionalidad, y especialmente tomando en cuenta su subprincipio denominado “juicio de ponderación” o de proporcionalidad en sentido estricto”.

Sobre el mencionado principio, Alcaide González (2012) en su tesis doctoral, titulada “La *exclusionary rule* de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España”, manifiesta que: “El principio de proporcionalidad lo podemos calificar como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. Cualquier injerencia en el contenido de los derechos fundamentales ha de someterse al *test de proporcionalidad* que dimana del propio Estado de Derecho y del principio de

unidad de la Constitución y, en consecuencia, sólo es posible limitar el contenido de un derecho fundamental cuando sea necesario para la protección de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionalmente reconocidos”. (p. 219)

2.2. Bases teóricas

Para un correcto entendimiento del tema objeto de la presente investigación, resultó necesario partir por señalar la importancia de la prueba en el proceso penal de un Estado Constitucional de Derecho.

“En primer lugar, entendemos por Estado Constitucional de Derecho a aquel ordenamiento jurídico, donde prevalece lo establecido en la Constitución, convirtiéndose esta en la base de todo el ordenamiento jurídico. De tal manera que, por ejemplo, las garantías previstas en dicha norma fundamental, deben prevalecer sobre cualquier disposición legal, en otras palabras la ley se encuentra subordinada a la Constitución, asimismo esta se encuentra sobre cualquier actuación estatal que vaya en contra de los postulados constitucionales” (Zagrebelsky, 2008, p. 34)

Bajo esta premisa, a una persona solo puede imponérsela una pena estatal, si previamente se ha demostrado su culpabilidad en un proceso penal (garantía del juicio previo), es decir en un proceso con todas las garantías en donde se haya desvirtuando la presunción de inocencia del imputado, y por ende se haya acreditado su responsabilidad penal.

Ahora bien, “la manera de demostrar o acreditar la responsabilidad del agente es a través de la prueba, pues ella es el único mecanismo para demostrar la verdad material que se busca en el proceso penal, verdad que es buscada con la finalidad de evitar la imposición de sanciones a personas inocentes, de forma tal que solo los verdaderamente culpables sean sancionados penalmente. En tal sentido se ha dicho que la importancia de la prueba reside en que es a través de los diversos medios de prueba que se busca hallar la verdad dentro de un proceso” (Talavera Elguera, 2009, p. 21).

Al respecto San Martín Castro (2015) conceptualiza a la prueba como: “La actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la acreditación necesaria – actividad de demostración- para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados –actividad de verificación-, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida, fundamentalmente, en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba” (p. 499). Según lo mencionado por el autor podemos mencionar que a nuestro criterio observamos que el concepto esbozado se conceptualiza y equipara al concepto de actividad probatoria y no de prueba como lo explica necesariamente.

Agrega el citado autor, que “la función de la prueba es averiguar la verdad material u objetiva de los hechos, entendida como aquel suceso procesal concreto, que ha sucedido en la realidad, con el fin de formar la convicción del tribunal. (San Martín Castro, 2015, p. 502).

Ahora, en un proceso penal seguido dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la verdad no puede ser obtenida a cualquier costo, como podría ser la vulneración de derechos fundamentales. Existe un límite infranqueable constituido por el contenido esencial de un derecho fundamental, que no puede ser afectado de ninguna manera.

Es así, que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Estos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba” (STC Exp. N° 010-2002-PI/TC).

La investigación material de este trabajo se centra precisamente uno de tales principios, esto es su ilicitud. En tanto se hace referencia a la prueba ilícita, las consecuencias que lleva aparejada, esto es su exclusión del proceso, y

particularmente las excepciones a esta regla, especialmente la excepción dada a la luz de la teoría de la ponderación.

Es por ello, “sobre la prueba ilícita, la doctrina la ha definido como aquella prueba obtenida o practicada con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales”. (Oré Guardía, 2016, T. II, p. 415).

Siendo así, que “se debe tener presente que la ilicitud probatoria puede ser ocasionada por cualquier sujeto y en cualquier etapa del proceso. La ilicitud probatoria tiene lugar habitualmente en la etapa de las diligencias preliminares e investigación preparatoria, ya que en estas fases se contemplan actuaciones tendentes a obtener o asegurar fuentes de prueba que, luego, mediando la correspondiente actividad, se convertirá en prueba. Aunque con menor habitualidad, la ilicitud probatoria puede extenderse también al juicio oral, como es el caso de la declaración del acusado que no es advertido de su derecho a guardar silencio, o el del testigo que narra los hechos sin conocer que puede decidir no responder por el parentesco que tiene con el acusado”. (Oré Guardía, 2016, T. II, p. 426).

Visto ello así, “pueden acarrear ilicitud probatoria las actuaciones de los miembros de la Policía, el fiscal, el órgano jurisdiccional, los funcionarios públicos o inclusive las propias partes cuando aportan elementos que son de utilidad para el inicio o desarrollo de la investigación, pero que han sido obtenidas vulnerando el contenido esencial de algún derecho fundamental. En ese tenor, podría también pensarse en sujetos ajenos al proceso que en conocimiento del desarrollo de ciertas investigaciones no tienen reparado en afectar algún derecho para obtener información relacionada con dichas investigaciones y aportarla a las autoridades. En este último supuesto, la aportación de este tipo de pruebas también podría constituir claramente un caso de prueba ilícita”. (Oré Guardía, 2016, T. II, p. 427).

En tanto: “Si se determina que es una prueba ilícita, esta deberá ser excluida del proceso, es decir deberá aplicarse la denominada “regla de exclusión”, la misma que se la define como: la exigencia de que aquellas fuentes o medio de pruebas

que hayan sido obtenidas o incorporadas al proceso mediante vulneración de derechos constitucionales, no produzcan ningún tipo de efecto legal, es decir no deberán sean admitidas ni valoradas en el proceso”. (Villegas Paiva, 2015, p. 213).

Pero a dicha regla de exclusión de la prueba ilícita, se le han presentado diversas excepciones, de creación jurisprudencial, y por las cuales se permite que una prueba ilícita pueda ser considerada en el proceso penal.

“Una de dichas excepciones, y que genera no pocas controversias es la teoría de la ponderación, la cual nace en EE.UU, con el balancing Test, cuya regla es: si ponderamos que con la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se lograra el efecto disuasorio, entonces no tiene sentido excluir la prueba prohibida. Esto se explica porque ese sistema asume que la fundamentación de la exclusión de material probatorio se encuentra en el efecto que su exclusión puede tener en el actuar de los agentes policiales, pues deberían conducirse respetando los derechos fundamentales al momento de obtener las fuentes de prueba”. (Neyra Flores, 2015, p.463).

“En el ámbito eurocontinental, dentro del cual se encuentra el proceso penal peruano, en razón de la distinta fundamentación (la posición preferente de los derechos fundamentales), la ponderación de intereses se da entre los diversos derechos constitucionales que se verían afectados. Por ello es que se aplica en esta etapa el principio de proporcionalidad.” (Neyra Flores, 2015, p.463).

2.3 Definiciones de términos Básicos.

- **Estado de Derecho.**- Territorio espacial que tiene una formación política, el cual está conformado por una sociedad, la misma que es regida a través de normas establecidas en espacio y tiempo.

- **Estado Constitucional de Derecho.**- Es aquella sociedad que se rige por la Constitución y las demás leyes que están subordinadas a él.

- **Derechos Humanos.-** Son derechos de las personas que deben ser reconocidos y protegidos por los Estados, siendo irrenunciables, inherentes, absolutos, universales, inviolables al ser humano.

- **Derechos Fundamentales.-** Son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto, que le corresponde a todo ser vivo que esté dotado de estatus humanos, de persona, ciudadanos y que tenga capacidad de obrar.

- **Ius Puniendi.-** Es el poder que tiene el Estado para imponer penas, sanciones y medidas de seguridad a quienes se encuentran inmerso dentro de un proceso.

- **Pena.-** Es la condena, la sanción o punición que es establecida por el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, en que limita sus derechos al responsable que ha infringido la ley establecida para dicho territorio.

- **Proceso Penal.-** Conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno que regulan un proceso de carácter penal, desde su inicio hasta su fin; el mismo que es llevado entre el Estado y los particulares.

- **Prueba.-** Argumento con el que se intenta demostrar algo de alguna manera

- **Prueba Ilícita.-** Aquella prueba que ha sido obtenida violando derechos fundamentales de la persona.

CAPÍTULO III

FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis

El tratamiento que le dio la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, a la teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el expediente N° 1674-2009; no resulta el adecuado pues no se realizó un correcto análisis de los requisitos que permitirían su aplicación en casos excepcionalísimos.

CAPITULO IV

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

4.1 EL PROCESO PENAL

4.1.1 Concepto

La reforma de la justicia penal se inicia con la vigencia de un nuevo sistema procesal penal acorde con la legislación moderna en el Derecho comparado y con características tan particulares que permiten avizorar una mejora sustancial en la justicia peruana.

El nuevo proceso, se ubica dentro del sistema de corte acusatorio o predominante acusatorio y con las características propias del proceso moderno: a) la separación de funciones de investigar y juzgar a cargo del Fiscal, otorgándose de esta manera al Ministerio Público la tarea de la persecución penal de los delitos públicos; b) el predominio de los principios de oralidad y de contradicción en cada una de las audiencias que prevé la ley; y, c) el fortalecimiento de las garantías procesales a favor del imputado y agraviado en paridad de condiciones y posibilidades de intervención. Observándose que, el nuevo modelo procesal requiere además de un cambio

radical no solo en la estructura organizacional de las instituciones involucradas en el nuevo proceso sino también de un cambio en la actuación funcional de los sujetos procesales y de los órganos de apoyo. (Sánchez Velarde Pablo, 2009, p.27)

Entonces, la nueva configuración procesal vendría inspirada por una cultura filosófica garantista y de fiel reflejo al principio acusatorio, pero no de acuerdo a su modelo antiguo (en el cual sólo los particulares tenían derecho de acción, esto es, como titulares del bien jurídico vulnerado), sino desde la perspectiva de un principio acusatorio moderno, donde están separadas las funciones de acusar y de juzgar; las de acusar conferida en exclusiva al representante del Ministerio Público¹, y las de juzgar, como potestad jurisdiccional atribuida a los jueces y tribunales; de igual manera la víctima va a poder ser colmada en sus expectativas reparatorias en un tiempo razonable, configurándose el orden jurídico como garantía de convivencia pacífica. En efecto, el proceso penal gana así eficacia, oportunidad, economía procesal y se sujeta al principio de un juicio sin dilaciones indebidas. (Peña Cabrera Freyre, 2014, p.18)

Implicando esta reforma un cambio de actitud, mayor dinamismo, celeridad, observancia al debido proceso y a las normas de procedimiento, respeto a las autoridades judiciales y a sus decisiones. Los resultados podrán alcanzarse en la medida que el intérprete y aplicador de la ley asuman internamente las bondades del nuevo proceso penal (Sánchez Velarde, 2009. p. 28)

Es por ello, que decimos que el proceso penal es el cauce institucional para la aplicación del *ius puniendi* del Estado, es decir tiene como objetivo la aplicación o realización del derecho penal material, puesto que no resulta una aplicación o realización extrajudicial de la pena (no es posible la aplicación de la sanción sin previo juicio); debiendo entenderse cuando se habla de

¹ Salvo en los delitos de persecución privada contenidas en los Art. 124- 138 y 158 del Código Penal los que establecen que los delitos de lesiones culposas, delitos de injuria, calumnia, difamación y los delitos de violación a la intimidad, son objetos de persecución privada, significando que la acción de acusar queda en manos de la parte agraviada (víctima).

“actuación” del *ius puniendi* no solo se refiere a la función de aplicación de una sanción penal únicamente a través del proceso penal, sino a la realización de todos los fines del derecho penal material, entre los cuales tenemos el resguardo de bienes jurídicos, es decir, procura en última instancia a la realización de protección de los derechos fundamentales de toda persona. (Villegas Paiva, 2015. p.199 y 200)

Por otro lado, resulta necesario mencionar que el Derecho Procesal Penal tiene como fin la realización de los objetivos del Derecho Penal material, asumiendo una posición de engarce que permite, a su vez, vislumbrar la orientación político criminal del Estado que les sirve de “manto común”. En tal virtud el Derecho procesal penal no hace sino “realizar” el Derecho penal, en concreto, las previsiones sustantivas referidas al principio de culpabilidad por el hecho, en contraposición a la denostada culpabilidad de autor. (Reyna Alfaro, 2015, p.36-37)

Esta visión de la función del Derecho procesal penal es la que debe orientar la actuación de los partícipes - directos e indirectos - del proceso penal y a su vez debe servirnos de pauta de orientación en la determinación de los fines del proceso penal (Reyna Alfaro, 2015, p.36-37).

4.1.2 Fines del proceso penal.

En virtud de lo anteriormente señalado, el profesor Reyna Alfaro citando a Mixán Mass, parte de la distinción entre fines inmediatos y fines mediatos del proceso penal (Reyna Alfaro, 2015, p.38). El fin mediato (principal) del proceso penal es la realización del proceso penal sustantivo o material, pues el derecho penal tiene como misión la protección de bienes jurídicos a través de la prevención del delito; y, es mediante los mecanismos de la imposición de la pena, la medida de seguridad o la reparación civil a favor de la víctima, el proceso penal alcanza sus finalidades (Reyna Alfaro, 2015, p. 39, 40.)

Por otro lado, el fin inmediato (secundario) del proceso penal es la obtención de la verdad procesal, la cual debe necesariamente derivar en la actuación probatoria orientada a la averiguación de los hechos (Reyna Alfaro, 2015, p. 43), la cual solo puede ser acreditada - en el proceso- a través de las diversas fuentes y medios de prueba que se hagan valer en él, en tanto es la prueba la que permite fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, aplicará el Derecho (Villegas Paiva, 2015. p.200).

Con este criterio concuerda Reyna Alfaro, cuando señala que el proceso penal tiene como fin principal (carácter mediato) la realización del Derecho penal material, en tanto manifestación de la Política Criminal del Estado, y como fin secundario (de carácter inmediato) la obtención de la verdad procesal en el caso concreto (Reyna Alfaro, 2015, p. 40).

Por eso, estoy de acuerdo con la posición de los profesores Mixán Mass y Reyna Alfaro cuando mencionan que es necesario desechar cualquier referencia a la obtención de la verdad como el fin principal (esto es el fin mediato) del proceso penal; pues ello supondría anteponer los objetivos de aplicación del *ius puniendi* a los de respeto a los derechos fundamentales.

Asimismo, Reyna Alfaro refiere que la obtención de la verdad procesal constituye un fin inmediato- en la medida que es el objetivo que cada proceso penal persigue en concreto- que, visto en perspectiva, resulta de carácter secundario en la medida que resulta instrumental con la finalidad central del proceso penal. (Reyna Alfaro, 2015, p. 38 y 39).

Entonces, como la búsqueda de la verdad no es un fin principal o abstracto, esa búsqueda debe tener límites, siendo uno de estos límites el respeto a los Derechos Fundamentales de los sujetos procesales, entre ellos los del imputado. Siendo así, la actuación probatoria que es el instrumento que permite averiguar la verdad, también deberá estar sometida a dichos límites, por lo no puede ser válida la prueba ilícita, tal como veremos más adelante.

4.2. LA PRUEBA.

4.2.1 Concepto

La prueba es una de las instituciones más trascendentes y de mayor apasionamiento en el proceso judicial, ya que, a través de ella, se busca demostrar la verdad, por ende constituye un requisito fundamental para la decisión final del juzgador.

Por ello, es preciso antes de determinar su significado, establecer su sentido etimológico del término “prueba”; la cual según Satis Melendo señala que deriva del latín “*probatio probationis*”, que a su vez deriva del vocablo *probus* que significa “bueno”. Es decir lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa (Citado en Neyra Flores, 2010, p.543).

El autor argentino Cafferata Nores, desde un sentido amplio define a la prueba como aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, y que esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar a la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto a los cuales se pretende actuar la ley sustantiva; opinión que comparte Cubas Villanueva el cual menciona que, la prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. (Citado en Rosas Yataco, 2009, p.703)

Y desde un sentido estricto el autor Oré Guardia, menciona que la prueba puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el resultado conviccional de su valoración (Citado en Rosas Yataco, 2009. p.703)

Sin embargo, para el maestro Mixán Mass la prueba tiene una actividad finalista es decir debe estar conceptualizada integralmente, con resultado y consecuencias jurídicas, que le son inherentes; y que procesalmente, “la prueba consiste en una actividad cognoscitiva metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en un caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisprudencial penal” (Citado en Sánchez Velarde, 2009, p. 224)

Por otro lado el autor argentino Carlos Eduardo Fenochietto nos menciona que el tema de la prueba es común y de uso diario, pues gira a base de proposiciones y afirmaciones de hechos y situaciones con la inmediata justificación del dicho, bien para afianzar el discurso o simplemente para justificar lo aseverado ante la negación o duda de nuestro interlocutor; y, afirma que el concepto de prueba se debe centrarlo desde un ámbito jurídico y conforme a nuestra organización política dentro el principio de legalidad, el cual es su destinatario el conocimiento jurídico (Citado en Rosas Yataco, 2009, p.700)

Por eso, en pocas palabras podemos decir que la prueba es el método más confiable para lograr descubrir la verdad real, constituyendo una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales; y, coincidiendo con Cafferata (Citado en Rosas Yataco, 2009. p.702) y Cubas Villanueva (Citado en Castro Trigos, 2009, p .43) se conceptualiza que la prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, la cual llevada al proceso penal, permitirá conceptualizar a la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto a los cuales se pretende actuar la ley sustantiva. Consiguiéndose de esta manera mediante la prueba crear una convicción en el juzgador para encontrar la certeza “de haber descubierto la verdad”, logrando de este modo desvirtuar la presunción de inocencia.

Por lo tanto, la prueba en materia judicial constituye una actividad pre ordenada por la ley, que se encuentra dirigida por la autoridad judicial; la misma que debe estar sometida a una ordenación que supone establecer limitaciones y condicionamientos.

4.2.2. Marco Constitucional

La constitución política del Estado de 1993 no prevé norma específica sobre la prueba; por lo que no quiere decir que el tema sea completamente ajeno a la regulación constitucional. Así, en ese sentido nuestro Tribunal Constitucional, en el expediente N° 010-2002-AI/TC², sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional en la medida en que está contenido implícitamente dentro del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Constitución.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en nuestra Constitución es restringido y se lo relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia, la cual aparece en el art. 2 inciso 24 acápites e, bajo lo siguiente: “la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

Por ello, es preciso mencionar que el derecho a la prueba debe postularse dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes que lo

² Caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes Nros. 25475, 25659, 25708 y 25880, sobre terrorismos y traición a la patria.

³ Pronunciamiento del TC, en los casos seguidos en el Exps. N°6712-2005 (Caso Magaly Medina Vela), 4821-2005 (Caso Valentín Curse Capatinta), en los considerandos 4 y 14 respectivamente.

reconocen. Siendo la prueba un derecho fundamental, ella; tiene una doble dimensión o carácter; en su dimensión subjetiva, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria, con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Y en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia⁴.

De igual manera, el derecho a la prueba es reconocido explícitamente como norma rectora por el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo IX del Título Preliminar, en el que señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria de acuerdo a las condiciones establecidas por ley, además de utilizar los medios de prueba pertinentes⁵.

Si bien el nuevo código solo hace alusión en su título preliminar al derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes, ello en modo alguno puede ser interpretado de manera restrictiva, sino por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria comprende no solo la aportación de medios de prueba, sino también la admisión, recepción y valoración de la prueba⁶. Por lo demás el Tribunal Constitucional se ha encargado de delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba.

Por ello, el autor peruano Pablo Talavera citando a Bustamante Alarcón afirma que se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: 1) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los

⁴ Pronunciamiento del TC, en los casos seguidos en la STC 1014-2007-PH-TC (Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz), en el considerando N° 11.

⁵ Pronunciamiento del TC, en los casos seguidos en la STC 1014-2007-PH-TC (Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz), en el considerando N° 11.

⁶ Art. IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Derecho de Defensa (...) También tiene derecho a que se le conceda en tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, a utilizar los medios de prueba pertinentes (...)

hechos que son objeto concreto de prueba; 2) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; 3) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; 4) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, 5) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento. (Talavera Elguera, 2009, p. 22 y 23)

Por su parte, Ferrer Beltrán considera que los elementos definitorios del derecho a la prueba son los siguientes: 1) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y, 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales. (Citado en Talavera Elguera, 2009, p. 23)

Con el fin de definir cuáles son las manifestaciones, elementos o derechos que integran el derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional ha recogido ampliamente todas las que la doctrina ha puntualizado hasta el momento, sin duda con la finalidad de dotar al referido derecho fundamental de una elevada protección constitucional, tanto más si la configuración de este derecho es esencialmente legal. Por ello, en el artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que: “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”, permitiendo deducirse que también existe una amplia protección de los derechos fundamentales en materia probatoria (Sánchez Velarde, 2009, p. 226).

En palabras de Caro Coria: “El proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional en nuestra Carta Magna de 1993, que buscan no solo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino

en última instancia mantener un equilibrio entre la “búsqueda de la verdad material” y los “derechos fundamentales del imputado”, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a la justicia penal contemporánea” (Citado en Peña Cabrera Freyre, 2014, p. 19)

En conclusión, puede hablarse apropiadamente de un derecho fundamental a la prueba que goza de protección constitucional y que se deriva de los conceptos de debido proceso y tutela jurisdiccional, consagrados en el artículo 139.3 de la Carta Fundamental, además de ello, los titulares de este derecho esencial son quienes postulan una pretensión dentro del proceso, sea esta una imputación o una defensa.

4.2.3. Función y Finalidad

Para llegar a conocer más sobre el concepto de la prueba es preciso determinar su finalidad y función, para el primero de ellos, es necesario mencionar los diversos posicionamientos doctrinarios; entre los cuales tenemos a:

- a) La prueba como averiguación de la verdad de un hecho.- Sostenidas entre otros por Ricci, Bricchetti, Jeremías Bentham (Citado en Neyra Flores, 2010, p.547) quien menciona que, debe entenderse a la prueba como un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser malo o bueno, completo o incompleto.

De igual manera Eduardo Bonnier (Citado en Neyra Flores, 2010, p.457) menciona que, descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos, y son las pruebas los diversos medios por los cuales se llega al descubrimiento de la verdad. Posición que es criticada por Miranda Estrampes (Citado en Rosas Yataco, 2009, p.715), quien sostiene que se comete un doble error. Primero, cuando se configura a la prueba como actividad de averiguación de la verdad, y;

segundo porque coloca a la verdad como fin de la prueba, trasladando al ámbito del derecho procesal los problemas que se plantean en el ámbito filosófico entorno al concepto verdad.

b) La prueba como mecanismo de fijación formal de hechos.- Teoría defendida por Carnelutti (Citado en Neyra Flores, 2010, p.548), en contraposición a la anterior; y, menciona que la verdad es una sola; y, que el fin de la prueba no es el logro de la verdad sino la fijación formal de los hechos.

Coincidiendo con Gustavo Cuello, que afirma que probar no es demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino fijar formalmente los hechos mismos, mediante procedimientos determinados en el proceso penal (Citado en Neyra Flores, 2010. p. 548); posición a la cual se plantea una objeción porque la fijación de los hechos se produce en la mente del juzgador y es ahí, donde se produce el convencimiento; el cual vendría a ser el efecto de la fijación de los hechos propiamente dicho.

c) La convicción judicial.- Esta postura asumida por Cuello Uriarte afirma que el fin de la prueba es la convicción judicial y solo cuando las afirmaciones vertidas logren convicción judicial la prueba logró su fin, pues desde el punto de vista procesal, el concepto de prueba aparece único a la finalidad de obtener certeza, procurando el convencimiento judicial (Citado por Neyra Flores, 2010, p. 548) con relación a la afirmación o negación de un hecho. Postura que es defendida por autores como Santiago Santis Melendo, Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene, Giuseppe Chiovenda entre otros.

De acuerdo a ello llegamos a la conclusión que, la finalidad de la prueba es crear en el juez, el convencimiento o la certeza sobre los hechos, entendiéndose por tal a la creencia de conocer la verdad, la cual permite al juez adoptar su decisión (García del Río, 2005. p.54); la misma que será plasmada en la sentencia que emitirá con posterioridad una vez valorada la

prueba. Ahora, si dicha certeza no es absoluta (sino histórica, lógica, psicológica y humana), por tanto, con sus limitaciones y posibilidad de error; eso no quiere decir que la prueba no haya cumplido su fin, sino que basta concreta y subjetivamente el juez haya despejado las dudas que hubiese podido presentársele.

Asimismo la no certeza, no es argumento para rechazar la verdad como fin de la prueba; puesto que no se persigue la verdad absoluta, sino la relativa la misma que depende del grado de correspondencia con la realidad. En base a esto, se puede replicar que la certeza tampoco se logra siempre, y es precisamente, es que se han establecido los principios de la carga de la prueba y el *in dubio pro reo* para llenar los vacíos por falta de certeza o falta de verdad (García del Río, 2005. p.55) que puede tener el juez en cada caso en concreto.

En cambio para determinar la función que cumple la prueba en el proceso penal, Cubas Villanueva sostiene que “la prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente”, agregado que “si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de investigación, entonces la prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin (Citado en Castro Trigos, 2009, p.43), “entendiéndose de esta manera que la función de la prueba es la búsqueda de la verdad, la cual es acreditada a base de los diferentes medios y fuentes de prueba que se hagan valer en él; y, sometida al criterio de la autoridad judicial se espera crear en el juzgador una convicción psicológica sobre los fundamentos del hecho probado, la misma que debe de estar sometida a una ordenación, que supone limitaciones y condicionamientos, y también la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada” (Sánchez Velarde, 2009, p.43)

En resumen, se puede decir que la función de la prueba es buscar la verdad sobre los hechos materia de investigación; y, la finalidad de la misma será

crear convicción en el juez, la cual será desarrollada en el juicio oral de cada caso en concreto.

4.2.4. Elementos o aspectos de la prueba.

La prueba en el proceso penal admite diversos enfoques, y es por ello que podemos señalar que se trata de un concepto complejo. En ese caso creemos que puede ayudar a comprender mejor la cuestión, la delimitación de los diferentes elementos o aspectos del fenómeno probatorio, entre los cuales tenemos a:

4.2.4.1.- Elemento de Prueba.- En palabras de Vélez Mariconde, el elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación (Citado en Neyra Flores, 2010, p. 550)

De igual manera opinan los autores tales como Hamilton Castro Trigos, Neyra Flores y Cafferata Nores, así este último afirma que el elemento de prueba es el dato, rastro o señal, contenido en un medio de prueba realizado, que puede ser utilizado por el juez en el procedimiento inferencial que practica al momento de decidir el acto. Situación que según Neyra Flores nos conlleva a la necesidad de que el juez tome conocimiento de una serie de aspectos relacionados con el proceso, que asimismo nos ubica en el concepto del objeto de la prueba (Citado en Villegas Paiva, 2015, p.133); el cual será desarrollado más adelante en la presente investigación.

De igual opinión es el profesor Cubas Villanueva (Citado en Rosas Yataco, 2009. p. 713), quien en un concepto más simple, señala que el elemento de prueba es todo dato que proviene de la realidad y se incorpora al proceso, concluyendo que el elemento de prueba es la prueba misma. Además advierte que ésta contiene características como:

- a) la objetividad. - Según el cual el dato debe provenir del mundo externo al proceso.
- b) Legalidad. - Presupuesto indispensable para su utilización para un convencimiento judicial válido.
- c) Relevancia. - Cuando el elemento de prueba permita fundar sobre el hecho un juicio de probabilidad, y por último.
- d) Pertinencia. - El dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, es decir tiene que haber una relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar.

4.2.4.2.- Fuente de Prueba.- Es todo aquello que da origen a un medio o elemento de prueba y existe con independencia y anterioridad a un proceso (Neyra Flores, 2010, p.551). Es decir es, aquel hecho (sentido estricto), cosa, actitud que contiene en sí una significación originaria capaz de transformarse en “argumento probatorio” si reúne las cualidades para el caso y pueden ser incorporados al proceso a través de los medios de prueba.

Entiéndase por “argumento probatorio” según el profesor Mixán Mass “a la validación de la actividad probatoria, que emerge la fuente de prueba al momento de ser incorporada al proceso a través de los medios de prueba” (Citado por Rosas Yataco, 2009, p.715). Así, por ejemplo, será fuente de prueba, el cuerpo del imputado.

En ese sentido, nuestra Corte Suprema a través de la Primera Sala Penal Transitoria ha manifestado que la “fuente de prueba, hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en el que consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, además, es una realidad que existe “per se”, que se confecciona un contrato, para manifestar una opinión, para transmitir una información, etc., no teniendo una finalidad concreta e inmediata, pero sí

puede servir en un proceso judicial que no existe, pero que puede abrirse en el futuro; así, fuente de prueba puede ser una fotografía, un libro- siempre que contenga información relevante para el caso investigado-(...) el cual puede tener acceso al proceso, a través de un concreto medio (...) en tal sentido, (...) no se rige por las reglas de la testimonial, ni se exige su producción en juicio oral, pues por ser independiente y anteriores al proceso, no pueden ser practicadas con sujeción a presupuestos que son típicos del proceso⁷.

En suma, se puede decir, que la diferencia que existe entre elemento de prueba y fuente de prueba es que, en esta última aun cuando tiene la aptitud de convertirse en argumentos probatorio, todavía no ha ingresado en el proceso; mientras que el elemento de prueba es todo dato proveniente de la realidad y que ya ha sido incorporado al proceso a través de un medio de prueba.

4.2.4.3.- Objeto de Prueba.- Llamado también tema de prueba o (*tema probandum*), el cual viene a ser todo aquello que puede probarse sea que se trate de hechos naturales o humanos, psicológicos o físicos, etc.; los cuales requieren ser averiguados, debatidos, conocidos y demostrados. Para ello, lo que se prueba o debe probarse en el proceso penal no son los hechos en sí, que no son verdaderos ni falsos, sino enunciados o afirmaciones (Castro Trigoso, 2009. p.45)

En este sentido Arismendis menciona que “son aquellas afirmaciones que aparecen en el proceso, son las cuales deberán probarse y solo tendrán éxito en la medida en que puedan coincidir con los hechos expresados en la realidad, requiriéndose realizar para ello una correcta actividad probatoria”. (Citado en Villegas Paiva, 2015, p.133)

⁷ Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República. Exp. N° 19-2001-09- AV. Recurso de Nulidad (Caso Barrios Altos y La Cantuta). De fecha 30 de diciembre de 2009.

Y para lograr esto, es menester preguntarse ¿Qué es lo que se prueba en el proceso penal?, a lo cual se dará respuesta al contenido de objeto de la prueba; entre los cuales tenemos⁸ a:

- Los hechos referidos a la imputación.
- Los hechos referidos a la punibilidad y determinación de la pena o la medida de seguridad.
- Los hechos referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

Por otro lado, es fundamental mencionar aquello que no se requiere probar en el proceso penal⁹, y tenemos a:

- Las máximas de la experiencia
- Las leyes naturales.
- La norma jurídica.
- Aquello que es objeto de cosa juzgada.
- Lo imposible y lo notorio.

Por lo tanto, agregamos que el objeto de la prueba se encuentra vinculado con los fines de la actividad probatoria y la función de la prueba, la cual es buscar la verdad respecto a una imputación de delito en concreto para de este modo poder llegar a la conclusión, sobre el tratamiento que se debe dar al autor de ese delito (García del Río, 2005, p. 81). Todo ello, tiene que ser de conformidad con la ley penal, por tanto se concluye que el objeto de la prueba tiene que ser pertinente, importante y relevante para llegar a su fin.

Un ejemplo (García del Río, 2005, p. 79) de objeto de la prueba es: cometido un delito de homicidio, surge la necesidad de determinar a su autor, la

⁸ Art.156° del Código Procesal Penal. Objeto de la Prueba. 1.- Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

⁹ Art.156° del Código Procesal Penal. Objeto de la Prueba (...) 2.- No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

efectiva producción de la muerte de la víctima, los móviles que guiaron el accionar homicida (móviles que constituyen circunstancias atenuantes o agravantes específicas) y, en su caso, si la muerte se produjo debido al quebrantamiento de un deber de ciudadano (homicidio culposo). Todos estos elementos del ilícito penal constituyen lo que denomina el *thema phobandum* u objeto de la prueba.

4.2.4.4.- Órgano de Prueba.- Se constituye en órgano de prueba, a la persona que introduce en el proceso el elemento de prueba (Neyra Flores, 2010, p.550), con la finalidad de que las partes y el juez tomen conocimiento del mismo; el cual será valorado por el juez para resolver el conflicto conforme a su criterio.

Su función según el profesor Cafferata Nores, específica del órgano de prueba es, la de servir de intermediario entre la prueba y el juzgador; transmitiendo el dato o el conocimiento del hecho con relevancia probatoria (Citado en Castro Trigoso, 2009, 46). Es por eso que el juez no puede ser órgano de prueba, ya que él no aporta la prueba, sino por el contrario es el receptor de la misma (Neyra Flores, 2010, p.552).

Su clasificación (Rosas Yataco, 2009, p 714) ha de seguir el criterio de distinción basado en la persona que se presenta de distintos modos como órgano de prueba. De aquí surge la distinción entre:

- a) Los órganos de prueba o personas que tiene en esas relaciones un interés propio están: 1) El acusado, que incuestionablemente el sujeto procesal y parte. 2) La parte lesionada, que es sujeto de la relación jurídica patrimonial para el resarcimiento del daño. 3) El denunciado, el cual tiene un interés personal en el hecho.
- b) Los órganos de prueba o personas que no tienen en esas relaciones un interés propio, se encuentran: 1) Los testigos, con el cual se practica el testimonio y 2) El perito, el cual rinde el dictamen o informe pericial.

Entonces, los órganos de prueba son las personas que transmiten el conocimiento del elemento de prueba de modo directo o indirectamente, esto se da mediante los testimonios, informes verbales o escritos (Neyra Flores, 2010, p. 552), etc. Y solo basta que la forma en que brinden el conocimiento al juez se encuentre en el marco de la ley; llevándonos de esta forma a establecer y determinar los medios de prueba, entendiendo que son aquellos procedimientos legales establecidos para introducir dicha información, el cual será desarrollado a continuación.

4.2.4.5.- Medio de Prueba.- Es el procedimiento establecido por ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso (Neyra Flores, 2010, p.552).

En otras palabras, los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley, excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los derechos procesales reconocidas por la ley¹⁰; dentro de los cuales tenemos a la confesión, el testimonio, la prueba pericial, el careo, prueba documental, el reconocimiento, la inspección judicial, la reconstrucción, entre otros.

Sin embargo, respecto a los medios de prueba Villegas Paiva citando a Arismendis señala que se deberá tener en cuenta dos criterios (Villegas Paiva, 2015, p.136):

a) La libertad probatoria.- El código Procesal Penal (Art. 157) proclama la libertad probatoria la misma que deberá estar dentro de los márgenes legales, es decir, que no sean arbitrarios ni lesiones derechos fundamentales.

¹⁰ Art.157° del Código Procesal Penal. "1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren (...)

b) La valoración probatoria.- El juez al momento de emitir sentencia, tiene las facultades de valorar libremente los medios de prueba presentados, observando las reglas de la lógica, la ciencia y la máximas de experiencia. Además de ello el juez tiene la obligación de emitir sentencias debidamente motivadas realizando un nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlos.

Respecto a ello, el Tribunal Constitucional¹¹ ha establecido requisitos para que un medio de prueba sea admitido en el proceso conteniendo los mismos: pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad, licitud y preclusión; términos que serán desarrollados posteriormente.

En resumen, y coincidiendo con la opinión de Rosas Yataco, se determina que cada medio probatorio tiene una regulación específica en la ley procesal penal que informa el procedimiento a seguirse, procurando de esta manera otorgarle mayor eficacia probatoria y garantía a los sujetos procesales, lo que permitirá obtener al mismo tiempo el argumento probatorio válido dentro del marco del Debido Proceso (Rosas Yataco, 2009, p.714).

4.2.5. Principios.

Ahora bien, el derecho a probar o tiene un carácter ilimitado o absoluto: su contenido esencial se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el debido proceso. Principios que son basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones que condicionan su obtención, incorporación y valoración en el proceso penal; por ello, y de acuerdo a nuestro criterio mencionaremos los principios más importantes en materia probatoria.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. N° 6712-2005-HC/TC-LIMA. (Caso Magaly Medina). De fecha 17 de octubre de 2005.

4.2.5.1. Principio de presunción de inocencia.

El Estado democrático social de derecho ha enarbolado la presunción de inocencia convirtiéndola actualmente en uno de los principios cardinales del sistema procesal. Su positivización como garantía del proceso y derecho fundamental, nos lleva a explicarla en una triple consideración: de principio, garantía y derecho; constituyéndose en un principio y garantía que actúa como límite al poder persecutorio del Estado (Rosas Yataco, 2009, p.714).

Mixan Mass no menciona que el “principio de presunción de inocencia es una presunción” *juris tamtum* (Citado en Rosas Yataco, 2009, p.714), por el cual se reconoce la inocencia del imputado, hasta que no se compruebe judicialmente su culpabilidad. Este principio es consagrado en la Constitución Política del Estado, artículo 2 inc. 24 lit. e.: “Toda persona es considerada inocente, mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, mediante sentencia firme debidamente motivada.

Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. Por ello, la persona imputada no está obligada a probar su inocencia, ya que determina la existencia y la culpabilidad del delito estará a cargo del Ministerio Público sobre el que recae dicha función¹².

Esta actividad probatoria para Binder, tiene que tener validez debe haberse obtenido y actuado en un irrestricto respeto a los derechos fundamentales, *contrario sensu*, esta fuente de conocimiento no solo puede sostener legítimamente una declaración judicial de culpabilidad, no posee por lo tanto, eficacia probatoria. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad (Citado por Peña Cabrera Freyre, 2014, p. 46).

¹² Art.159° de la Constitución Política del Perú.

Asimismo para Santis Melendo; el principio de presunción de inocencia se deriva del *in dubio pro reo*, que es de carácter subsidiario; es decir se aplica cuando hay duda razonable sobre la responsabilidad penal, y cuando se habla de *in dubio pro reo* se está diciendo que a falta de pruebas, hay que absolver al reo, es decir se debe resolver a favor del imputado (Citado en Peña Cabrera Freyre, 2014, p.43). Es por ello que antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

4.2.5.2 Principio de guardar silencio y a la no incriminación

Dentro del derecho a la defensa material encontramos el derecho del ciudadano imputado a formular sus propios argumentos de defensa que puede, incluir el derecho de no declarar, el derecho a no auto incriminarse.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal reconoce diversos derechos y garantías a favor del investigado y del imputado, entre los cuales dentro del mismo artículo numeral 2 menciona: “nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”¹³; de esta manera, el imputado no puede ser conminado a auto incriminarse o declarar en contra de su descendencia hasta el grado fijado por la ley, por lo que surge el derecho al silencio (Angulo Morales, 2012, p.41).

El derecho a no incriminarse y el derecho a mantenerse silente tienen reconocimiento en múltiples instrumentos de Derecho Internacional Público como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.3, literal g), la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 55.1 literal

¹³ Art. IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

a y art. 55.2 literal b), el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra (Art. 75.4, literal f) (Reyna Alfaro, 2015, p. 251), entre otros.

Reyna Alfaro citando a Kirsch menciona que el derecho a no auto incriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus propias faltas; no pudiendo exigírsele al ciudadano que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra (Reyna Alfaro, 2015, p. 253. Cita a Kirsch)

Como lo mencionamos anteriormente que se reconoce la inocencia del imputado, hasta que no se compruebe judicialmente su culpabilidad, correspondiendo tener la carga de la prueba al Ministerio Público; del cual no tiene el imputado porque contribuir con la administración de justicia a costa de sí mismo, lo que supondría una violación directa del principio de dignidad humana y afectación a la propia esencia de su personalidad. (Reyna Alfaro, 2015, p. 253).

Asimismo, corresponde al Estado el rol de garante de la protección de este derecho, evitando que el ciudadano se auto inculpe sin haber sido debidamente informado de los derechos procesales que le asisten (Reyna Alfaro, 2015, p.260), esencialmente contenidos en el artículo 71.2, a) del Código Procesal Penal.

4.2.5.3. Principio de libertad probatoria

Veliz Mariconde menciona que es uno de los principios más invocados en materia probatoria. La libertad de la prueba se sustenta en la regla de que todos se pueden probar y por cualquier medio. (Citado en Sánchez Velarde, 2009, p.227), salvo las prohibiciones y limitaciones que nacen de la Constitución y el respeto a los derechos de la persona. Es decir, este principio permite que la prueba de los hechos se realice tanto por aquellos que se encuentran desarrollado por el NCPP, como por cualquier otro medio que pueda generar actos de fe, certeza y cuya obtención no

obedezca a procedimientos que vulneren los derechos humanos (Angulo Morales, 2012, p.39).

También se posibilita la limitación de la prueba por el Juez cuando aquella resulte manifiestamente excesiva. Así pues, el juez solo podrá excluir las pruebas que “no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución”¹⁴

Los límites a la libertad probatoria guardan estrecha relación con la prohibición de la prueba, restricción destinada a proteger los derechos individuales ante una eventual afectación en el proceso penal, por lo que el Estado velará de la manera más idónea la imposición de las garantías fundamentales constitucionalmente reconocidas (Angulo Morales, 2012, p. 41).

Talavera Elguera citando a Taruffo menciona que deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados. Sin embargo, el derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos (Talavera Elguera, 2009, p. 25).

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, oportunos, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos [STC 6712-2005-HC/TC]. Constituyendo de esta manera un serio e importante avance para proteger el derecho fundamental a la prueba, la regulación sobre la admisión de las pruebas que ha efectuado el nuevo Código Procesal Penal (Talavera Elguera, 2009, p. 25).

¹⁴ Art. 155.2 del Código Procesal Penal.

4.2.5.4. Principio de legitimidad de la prueba

En principio de legalidad constituye en un presupuesto principal en la valoración probatoria; así el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal refiere que todo medio de prueba será valorado solo si ha ido obtenido e incorporado al proceso con sujeción a un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido de los derechos fundamentales de la persona, la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional, establecida a favor del procesado, no podrá hacerse valer en su perjuicio (Angulo Morales, 2012, p.38).

Por ello, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a los principios de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Principios que informan a la actividad probatoria y, al mismo tiempo, establecen límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no pueda establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Por ello, el Tribunal Constitucional ha desarrollado conceptualmente los límites del derecho a la prueba en la STC 6712-2005-HC/TC que son:

Pertinencia. Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

Conducencia e idoneidad.- el legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos sean probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o vedado para verificar un determinado hecho.

Utilidad.- Se presenta cuando contribuye a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluto.

Preclusión o eventualidad.- Quiere decir que, en todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios; pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria, y por último.

Licitud.- Entendiéndose por tal, que no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida. Asimismo en la STC 1014-2007-PHC/TC, se exige la constitucionalidad de la actividad probatoria, lo cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba

Respecto a la exigencia de licitud, el nuevo Código Procesal Penal estipula que un medio de prueba podrá ser valorado solamente si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo (art. VIIIº.1 del Título Preliminar). Por lo tanto, carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa (prueba ilícita) o indirectamente (fruto del árbol envenenado) con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (art. VIIIº.2 del Título Preliminar) (Talavera Elguera, 2009, p.31 y 32)

CAPITULO V

LA PRUEBA ILICITA

De acuerdo a lo mencionado en el capítulo anterior, uno de los principios de la prueba, es la legitimidad de la misma, significando que los elementos de la prueba se deben obtener e incorporar al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley, caso contrario representaría una prohibición probatoria, que ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales; por ello para entender el tema explicaremos la misma a continuación.

5.1 Cuestiones generales.

Consideramos como punto de partida que la implementación de un nuevo proceso penal exige un alto grado de eficiencia y eficacia; y, teniendo en cuenta que los modernos procesos penales acusatorios con rasgos adversariales se basan en el respeto irrestricto a las garantías constitucionales de todos los sujetos procesales, cobrando cabal sentido la expresión de que “la verdad no puede ser conseguida a cualquier precio” (Villegas Paiva, 2015, p.202), ello es así, por la sencilla razón de que el proceso penal no es un instrumento dirigido únicamente a la materialización del *ius puniendi* estatal, sino también como mecanismo garantizador de la libertad personal y dignidad humana, conforme a los principios esenciales de un orden democrático de derecho (Peña Cabrera Freyre, 2014. P. 96).

Por eso, el término verdad debe ser tomado en su sentido correcto, por un lado, en el sentido de la verdad sustraída a la influencia que las partes, por su comportamiento procesal, quieran ejercer sobre ella; por otro lado, en el sentido de una verdad que tratando de corresponderse con la realidad, no debe entenderse como absoluta u ontológica ha de ser antes que nada una verdad judicial, práctica, una verdad jurídica y procesalmente válida, que se acepte como verdad última, que aun no siendo infalible, será final, en el sentido que pondrá fin al conflicto autorizadamente (Villegas Paiva, 2015, p.202), y para el caso del derecho penal, permitirá establecer la existencia del hecho delictivo y la identidad de sus responsables.

Por ello, el Tribunal Constitucional en la STC. Exp. N° 02333-2004-HC/TC¹⁵, caso Foronda Crespo, señaló que el problema del proceso penal no consiste en solo conocer la verdad material, sino en que esta sea obtenida con el respeto de un procedimiento legítimo compatible con los principios rectores y cautelados en los derechos fundamentales. De allí que solo cuando esta compatibilidad se encuentre asegurada cabra afirmar que dicha verdad es jurídicamente válida.

Por ello es necesario determinar cuándo un medio probatorio pueda considerarse ilícito, y para ello primero determinaremos el concepto de prueba ilícita. Sin embargo, es pertinente mencionar, que existen en la doctrina diversidad de terminologías para denominar al tema en análisis, no siendo uniforme.

5.2 Concepto.

Ahora bien, para determinar el concepto de prueba ilícita, es necesario mencionar que es uno de los temas característicos, más complejos y difíciles de precisar es el de las llamadas “prohibiciones probatorias”, traducción del término alemán *Beweisverbote*, siendo el penalista alemán Ernst BELING quien inició el estudio científico de estos problemas (Citado en Villegas Paiva, 2015, p.201)

¹⁵ Extraída del Pronunciamiento del TC, en el caso seguido en la STC 02333-2004-PH-TC (Caso Floronda Crespo y otros).

En cuanto a la multiplicidad de denominaciones utilizadas para referirse a la prueba ilícita se coincide con Miranda Estrampes en señalar que no existe unidad terminológica ni consenso (Citado en Castro Trigos, 2009, p.62) en la doctrina; pues para la misma terminología se suele utilizar denominaciones como prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba ilegal, prueba inconstitucional, prueba nula.

Es así, que para Gimeno Sendra, considera que la prueba ilícita es la que infringe cualquier Ley (sea constitucional o legislación ordinaria); mientras que la prueba prohibida (o inconstitucional), la que surge como consecuencia de la violación de normas constitucionales que tutelan derechos fundamentales. Así, considera que mientras la prueba ilícita ocasiona la nulidad de las actuaciones; la prohibida, la prohibición de valoración del resultado probatorio que podrá derivar incluso en la absolución del acusado sin motivar algún tipo de nulidad procesal (Oré Guardia, 2015, p. 146)

En cambio, Martínez García menciona que la prueba irregular expresa aquellas pruebas obtenidas con violación de normas de rango no constitucional tanto en su obtención como en su incorporación al proceso, y la prueba ilícita la obtenida con violación de normas constitucionales (Citado en Oré Guardia, 2015, p. 147)

Por eso al margen de los matices individuales que cada autor pudiese aportar en la definición de prueba ilícita, siguiendo a Miranda Estrampes, es posible sintetizar las diferencias clasificándolas en dos grandes grupos: **a) una concepción amplia** que considera que la prueba ilícita es aquella que vulnera el ordenamiento jurídico en general, así se trate de normas constitucionales u ordinarias; y **b) una concepción restringida** que la define como aquella que es su obtención ha vulnerado derechos fundamentales, lo que implica necesariamente la trasgresión de normas constitucionales y no ordinarias. (Citado en Castro Trigos, 2009. p.64)

Quienes se acogen a la concepción amplia, entre otros se encuentra Devis Echandía, quien sostiene que son pruebas ilícitas las que están expresa o

tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo, medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución o ley amparan (Citado en Mixán Mass, 2005, p.320)

Asimismo el profesor Bustamante Alarcón menciona que, al no haber unanimidad respecto al concepto de prueba ilícita, el destaca que “es aquella que ofende la dignidad humana”, y la dificultad que tiene esta expresión es al momento de delimitar el alcance que se le debe de dar a la expresión “ordenamiento jurídico” (...) Así, desde una perspectiva amplia, parte de la doctrina que entiende por prueba ilícita a la que es contraria a la Constitución la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general (...)”. Llegando a estar de acuerdo con la conceptualización que hace Devis Echandía, respecto al tema en mención. (Bustamante Alarcón, 2001. p. 143)

Por otro lado a partir de la concepción restringida, es que se diferencia entre prueba ilícita o prueba irregular.

5.2.1. Prueba Ilícita.- Llamada también prueba prohibida, la cual ha de entenderse como aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales (Miranda Estrampes, 2010, p. 133), ya sea que estén reconocidos directamente en la Constitución o indirectamente por poseer una naturaleza análoga a aquellos expresamente recogido en la Carta Fundamental o por fundarse en la dignidad del hombre (Art. 3 de la Constitución) (Villegas Paiva, 2015, p 204).

Asimismo el autor peruano San Martín Castro se adscribe a este criterio cuando estipula que para que pueda hablarse de “prohibición probatoria”, la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental (Citado en Talavera Elguera, 2009, p.150)

Agregando que, aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles —mediante su lesión— de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y el secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática (Citado en Talavera Elguera, 2009, p.150), la inviolabilidad de domicilio.

5.2.2. Prueba Irregular.- Sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales (Miranda Estrampes, 2010, p. 133), en esa misma postura se encuentra Neyra Flores, el cual menciona que la violación que no infringe la Constitución sino una ley ordinaria, una garantía establecida en el Código Procesal Penal se le llamaría prueba ilícita o irregular. (Neyra Flores, 2010, p. 652)

Dicho de otro modo, de la noción de prueba irregular o ilegal (aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario, no constitucional, tanto en su obtención como en su incorporación al proceso) se entiende que alude, generalmente, a infracciones a normas de procedimiento o la forma regular en la que se debe actuar determinada prueba. La violación de estas normas se da en los casos de defectos en la notificación de la resolución, la no asistencia del secretario judicial, las extralimitaciones de la policía (que no afecten derechos fundamentales), 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. (Villegas Paiva, 2015, p. 206)

Por eso debemos diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba. El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley; y el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales (Miranda Estrampes, 2010, p. 132). Pues con la base de estos principios, desde un plano

dogmático y con la finalidad de aclarar el tema, es que se hizo la diferenciación conceptual de prueba ilícita y de la prueba irregular.

Siendo así, en conclusión podemos señalar que si bien no hay uniformidad en la doctrina al determinar el concepto de prueba prohibida, prueba ilícita y prueba irregular, considero que para este trabajo consideramos correcta la postura restringida de modo tal que prueba prohibida es aquella que ha sido obtenida por vulneración de derechos fundamentales, y que no puede ser valorada en ningún caso, dando lugar a la nulidad de la misma. Mientras que la prueba irregular es aquella obtenida con vulneración de normas ordinarias del proceso, siendo que en determinadas circunstancias si puede ser objeto de valoración.

Esta posición es también defendida por autores como Mirada Estrampes, Elky Villegas y San Martín Castro. Y, a ello se agrega la posición de Oré Guardia el cual menciona que el criterio que permitirá diferenciar los conceptos antes mencionados debe girar en torno a la afectación de los derechos fundamentales. Lo único relevante es verificar si a través de la vulneración de una norma (constitucional u ordinaria) se ha afectado el contenido esencial de un derecho fundamental para declarar la nulidad del acto y, consecuentemente, la prohibición de su uso en el proceso penal. (Oré Guardia, 2015, p.147)

En tal sentido, a nuestro juicio el concepto de prueba ilícita o también llamada prueba prohibida es aquel elemento o medio de prueba que ha sido obtenido lesionando el contenido esencial de un derecho fundamental (posición defendida por la concepción restringida), tal concepto, no obstante, no es tampoco absoluto, como tampoco lo son los derechos fundamentales, sino que debe ser aplicado en cada caso con la relatividad apropiada a cada situación concreta (Asencio Mellado, 2008, p.23); no bastando que solo haya sido obtenida en contravención de una norma legal u omitiendo alguno de los presupuestos formales y/o materiales que prevé la constitución o la ley para ser tildada como ilícita, en todo caso estaríamos hablando del concepto de prueba irregular o ilegal.

De acuerdo a esto, el legislador peruano se ha inclinado por la posición que hemos sostenido respecto a la prueba ilícita, siendo que en nuestro ordenamiento jurídico será considerada prueba prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal¹⁶ considerando como sinónimos las expresiones de “prueba ilícita”, “prueba prohibida” y “prueba inconstitucional”, asimismo en el Código Procesal Penal en el art. VIII.2 del Título Preliminar prescribe lo siguiente: “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”, regla que ha sido complementada con el Artículo 159 del mismo cuerpo legal el cual menciona: “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”

De la redacción que realiza el legislador 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”. En esa línea Oré Guardia, señala que para que se considere un medio probatorio como ilícito debe existir: i) una lesión de un derecho fundamental (en su contenido esencial); ii) una actividad probatoria (actividad de obtención del medio de prueba) que haya ocasionado esa lesión; u, iii) un nexo de causalidad entre ambos. (Oré Guardia, 2016, p.419)

Asimismo, los efectos de la prueba ilícita trae consigo la exclusión del medio de prueba del proceso penal, puesto que la lesión al derecho fundamental deviene en irremediable.

En ese orden, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, y en sus inicios se inclinaba y manejaba una concepción amplia de prueba ilícita como se evidencia

¹⁶ Recaído en el STC. Exp. N° 00655-2005-HC/TC-LIMA. (Caso Quimper Herrera). Fundamento jurídico N° 15.

en el EXP.N°2053-2003-HC/TC¹⁷: “La prueba ilícita (prueba prohibida) es aquella en cuya obtención o actuación se lesiona a derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”

Luego, cambia de criterio posicionándose y definiendo el concepto de prueba ilícita mediante la concepción restringida recaída en el EXP. N°00655-2010-PCH/TC¹⁸ el cual menciona: “En nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no del rango legal o infralegal”

Adicionalmente a ello, para lograr excluir el medio de prueba obtenido ilícitamente, se encuentra como herramienta de defensa la tutela de derechos, conforme ha señalado el acuerdo plenario N° 4-2010/CJ-116 el cual menciona: “... La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba- axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona – que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba que ésta regulado en el artículo 159 del Código Penal, el cual establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulnerada del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección”¹⁹

¹⁷ EXP.N°2053-2003-HC/TC – LIMA (Caso Edmi Lastra Quiñones) en el fundamento N° 03

¹⁸ Exp. N° 00655-2005-HC/TC-LIMA. (Caso Quimper Herrera) en el fundamento N° 15.

¹⁹ Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-11 de fecha 16 de noviembre del 2010. Véase en el fundamento N° 17.

Es por eso que, la prueba ilícita constituye una categoría procesal, con origen constitucional y que tiene lugar ante dos situaciones muy concretas: la primera, que se origine en el momento de la obtención de la prueba no de su práctica; la segunda que dicha obtención lo sea con infracción de derechos fundamentales de eficacia directa (Asencio Mellado, 2008, p. 36) dicha vulneración tiene que afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales; correspondiendo al juez determinar su exclusión, el cual se da en dos situaciones: al momento de la admisión de la prueba en el proceso y en el momento de la valoración de la misma en el juicio.

5.3. La Regla de la Exclusión.

5.3.1 Concepto.

La regla de exclusión (exclusionary rule), es la terminología empleada por la jurisprudencia norteamericana, cuyo fundamento es el efecto disuasorio, y para el sistema eurocontinental el fundamento de esta regla de exclusión es la preeminencia de los derechos fundamentales y su respeto frente a cualquier actividad, aun cuando esta fuera pública (Oré Guardia, 2015, p.161).

Siendo así, se denomina regla de exclusión a la exigencia de aquellas fuentes o medio de pruebas que hayan sido incorporadas al proceso mediante vulneración de derechos constitucionales, no produzcan ningún tipo de efecto legal, es decir no deberán ser admitidas ni valoradas en el proceso (Villegas Paiva, 2015, p.207), tal como lo menciona el Art. VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Asimismo, Giner Alegría nos menciona que la discusión sobre la aplicación categórica y absoluta de la cláusula de exclusión nos lleva a considerar dos aspectos fundamentales, por un lado, se encuentra la efectivización de la sanción penal y la materialización de la justicia y reparación a que tiene derecho la víctima, y por otra parte, el posible choque o dicotomía entre el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y el respeto de la dignidad humana de quien es procesado,

esto debido a la posible violación de sus derechos fundamentales para la obtención de los medios de prueba que serán valorados y practicados dentro del juicio Oral y Público.(Giner Alegría, 2008, p.588)

5.3.2 Fundamento de la Regla de Exclusión

Si bien la regla de exclusión de la prueba ilícita se ha universalizado, lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de cual sea la explicación que ofrezca acerca de su fundamento. Pues el indagar por el fundamento de la regla de exclusión de la prueba prohibida, no es una simple cuestión teórica, sino que por el contrario reviste una importancia trascendental en lo referente a los alcances o restricciones que pueda dársele a dicho instituto en proceso penales concretos (Miranda Estrampes,2010, p.133).

Por ello, el análisis del fundamento de exclusión de la prueba ilícita puede entenderse desde dos modelos teóricos explicativos.

5.3.2.1 Modelo Norteamericano

Tal y como se ha mencionado líneas anteriores, este modelo es propio del sistema procesal penal de Estados Unidos, donde surgió primero la regla de exclusión probatoria (exclusionary rule) de la prueba ilícita y posteriormente la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Su origen de la exclusionary rule apareció directamente vinculada con la IV²⁰ y V²¹ Enmiendas de la Constitución de EE.UU, llegándose a considerar que el

²⁰ Las enmiendas IV: No se violara el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún documento, sino a virtud de causa probable, apoyada por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.

²¹ Las enmiendas V señalan lo siguiente: Ninguna persona será obligada a responder capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas del mar y tierra, o en una milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público, ni podrá ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la idea o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado

verdadero fundamento de dicha regla es disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (llamados *deterrent effect*).

Así mismo, puede afirmarse que este modelo consta de etapas para la aplicación de la regla de exclusión (Castro Trigos, 2009. p.159); siendo la primera de ellas, referido a la aplicación absoluta de la regla de exclusión, en el que tenemos el caso *Boyd vs. United States*, en 1886, fallando por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que se cuestionó una prueba consistente en una factura que el acusado fue obligado a aportar en contra de su voluntad. La Corte excluyó la prueba por considerar que la aportación de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien, fue obligado a hacerlo, violaba la Cuarta y Quinta Enmiendas Constitucionales (Villegas Paiva, 2015, p.208).

De igual manera, el caso *Weeks vs. United States* (1914). En el cual, el señor Weeks fue arrestado y durante el arresto, los agentes federales y estatales confiscaron, sin orden judicial, su correspondencia y otros documentos privados en su negocio y domicilio, en la que se transportaban billetes de lotería (lo cual estaba prohibido). Posteriormente Weeks fue condenado con base en estas pruebas. En sede de la Corte Suprema, esta por votación unánime, estimó que se violó en perjuicio de Weeks la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, y reconoce el derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos contra incautaciones y cateos arbitrarios, indicando el Supremo Tribunal que la Constitución exige implícitamente la exclusión de los materiales probatorios obtenidos en violación de los derechos constitucionales, independientemente de las eventuales sanciones que se impongan al responsable de esa violación.

En uno de los párrafos de la sentencia menciona que, el fundamento que inspiraba tal decisión estaba basada en cautelar con la *exclusionary rule* los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos. Asimismo Palacios Meléndez (Citado en Villegas Paiva, 2015, p. 2009) menciona que en esta sentencia en una de sus apreciaciones que da, se consolida lo que se denominó

de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación.

la *silver platter doctrine*, que significa que la Constitución Federal y la interpretación que de esta se hace no era vinculante para las actuaciones de la policía estatal, solo era vinculante para la policía federal. Así el punto de referencia para determinar si nos encontramos ante una violación que merecía la aplicación de la regla de exclusión era determinar si el hecho fue realizado por funcionarios estatales o federales y no la violación en sí.

Así mismo, el desarrollo de la regla de exclusión llegó a su máximo apogeo en el caso de *Mapp vs Ohio* (1961), la cual terminó ratificando lo decidido por *Rochin vs California* (1952), en el sentido de que la regla de exclusión debía extenderse su aplicación a los procesos penales de todos los Estados, cuando estuviese involucrada la IV enmienda.

Posteriormente, a pesar de todo este desarrollo y apogeo que la *exclusionary rule* tuvo, también poco a poco fue en decadencia y muestra de ello fue con la sentencia en el caso *Calandra vs. Estados Unidos* (1974) en la que pone fin a la justificación de los derechos constitucionales de la regla de exclusión, sustentándose ahora en prevenir las conductas inconstitucionales de los agentes policiales en los actos de investigación que realizan. Por ello se dice, que a partir de 1974 se da la decadencia de la *exclusionary rule*, pues se la toma como una que busca disuadir conductas disfuncionales de los efectivos policiales: *deterrent effects*, y ya no como una garantía de los derechos fundamentales, pues no está dirigida a proteger los derechos de los agraviados, sino a evitar conductas inconstitucionales de los agentes de policía (Sánchez Córdova, 2017, p.9)

Asimismo este efecto disuasorio (*deterrent effects*) es el único fundamento en la actualidad que sostiene la regla de exclusión, y de acuerdo con la fundamentación en el caso *Janis vs. Estados Unidos* (el cual mencionare más adelante) ha descartado la aplicación de la regla de exclusión cuando las pruebas obtenidas por particulares o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (Caso. *Verdugo-Urquidez vs. Estados Unidos* en 1990) o finalmente cuando la policía hubiera actuado de buena fe (Good faith excepción),

entre otras excepciones a que da lugar dicho fundamento (Villegas Paiva, 2015, p.211)

Es así que en el caso *Janis vs. Estados Unidos* (1976), la Corte Suprema de dicho país declaró que “ el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar la conductas policiales ilícitas” y más adelante añade que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de una efecto disuasorio (de la violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada. (Villegas Paiva, 2015, p.211).

Otro casos a mencionar son: *Estados Unidos vs. Ceccolini* (1978) en el que sucedió que la declaración de un testigo fue admitida, no obstante que el testigo había sido obtenido a través de un registro ilícito, bajo el argumento de la voluntariedad de la cooperación del testigo. Caso *Michigam vs. De Filippo* (1979) se valió evidencia obtenida por agentes policiales que habían actuado al amparo de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema y en el caso *Estados Unidos vs. Paymer* (1980) se hizo obtener prueba obtenida en un registro ilegal contra el tercero no titular del derecho afectado (Castro Trigoso, 2009, p.157)

Por lo tanto las razones por la que se fundamenta la exclusionary rule en el modelo norteamericano está encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas. Y para Díaz Cabiale y Martín Morales²² menciona que este fundamento se produce como efecto indirecto, es decir es un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter

²² DIAZ CABIALE, José Antonio y MARTIN MORALES. Ricardo. “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida” Madrid: Civitas 2001, p 77 Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Revista Catalana de Seguretat Pública, Cataluña, 2010, p. 134.

subordinado o meramente instrumental. (Citado en Miranda Estrampes, 2010, p.134)

El autor Miranda Estrampes menciona que siendo este el fundamento en el modelo norteamericano, si la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo (Congreso) llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada, aunque por el momento esta situación aún no se ha producido. (Miranda Estrampes, 2010, p.135)

Ahora como en un inicio mencionamos, primero surgió la regla de exclusión probatoria (*exclusionary rule*) de la prueba ilícita y posteriormente la doctrina de los frutos del árbol envenenado; es aquí donde la regla de exclusión se aplicó en los casos *Silverthorne Lumber vs. United States* (1920) y *Nardone vs. United States* (1939), en los cuales aparte de declarar ineficaz la prueba misma obtenida ilegalmente, también se hizo lo mismo con las derivadas, doctrina que se ha conocida con la denominación de los frutos del árbol envenenado.

Esta teoría, dejando sentado que el efecto que genera la exclusión de la prueba ilícita debe extenderse a las pruebas derivadas de aquella. Es lo que la doctrina española llama efecto reflejo de la prueba prohibida y, la doctrina estadounidense, frutos del árbol envenenado (Sánchez Córdova, 2017, p.51)

En este sentido apunta Fidalgo Gallardo que “la doctrina del árbol del fruto prohibido descansa (...) sobre un argumento relacional: para considerar una determinada prueba como fruto del árbol envenenado hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuando hay ilegalidad primera es condición *sine qua non* y motor de la obtención posterior de las pruebas derivadas, que no hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria” (Citado en Sánchez Córdova, 2017, p.52)

Esta teoría se desarrolla en Estados Unidos, pero también busca ser aplicada en los sistemas romano-germánicos o eurocontinentales. Así, Díaz Cabiale y Martín Morales refieren que “no es posible la existencia de garantías 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 fundamentales (Citado en Sánchez Córdova, 2017, p.52) Sin embargo dicha posición no pudo ser sostenida en la jurisprudencia estadounidense y es por ello que existen las excepciones que crearon a la regla, las cuales más adelante haremos mención.

5.3.2.2 Modelo Euro-continental.

Este es el segundo de los modelos justificativos, característicos de los sistemas europeo- continentales, su fundamento a diferencia de la norteamericana, es constitucional y se basa en lugar preferente de los Derechos Fundamentales que tienen nuestro sistema. Su verdadero fundamento (Miranda Estrampes, 2010, p.135) de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, estaría caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos

Veremos a continuación el origen que ha tenido este sistema en los países euros continentales:

En Italia.

El tribunal Constitucional italiano se situó en el contexto justificativo declarando que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos era una *prove incostituzionali*.

Teniendo su origen – según Miranda Estrampes- en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 34/1973, en un tema de intervenciones telefónicas, donde proclamo la inutilizabilidad (*inutilizzabilita*) en el proceso, de las pruebas obtenidas

mediante métodos o comportamientos realizados en desprecio de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la Constitución, basándose en el artículo 13.3 de la constitución de la República Italiana, la cual sanciona la violencia sobre cualquier investigado (Citado en Neyra Flores, 2010, p 669).

La doctrina italiana acuñó el término inutilizzabilità, para referirse a la consecuencia jurídica que deriva de la infracción de las prohibiciones legales en la obtención de la prueba, consistente en su ineficacia, cuyo contenido es la proscripción de admitir pruebas con violación de derechos fundamentales en dos casos: i) al momento de incorporarlos al proceso y ii) al momento de valorarlos en la sentencia (Neyra Flores, 2010, p.669).

En Alemania

Los autores alemanes reconocen como descubridor de la prueba prohibida a Beling (Citado en Neyra Flores, 2010), y fue este quien las caracterizó como límites en la averiguación de la verdad en el proceso penal y divide las reglas aplicables a ella en dos partes: i) de forma negativa, limitando la obtención de pruebas por razones diferentes al aseguramiento de la verdad y ii) de forma positiva por proteger intereses extra-procesales.

Para ello el Tribunal Federal (BGH) creó la teoría del entorno jurídico en auto 21-1-58 que prohíbe el aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse cuando la violación afecta de forma esencial el ámbito de derechos del acusado y no cuando tenga importancia secundaria.(p.670)

Esta teoría resulta cuestionable, pues la abstracción hecha de la impresión de esta fórmula, la teoría implicaría una restricción de los derechos procesales del acusado en su acepción de derechos fundamentales, a pesar de que el acusado tiene derecho a un debido proceso legal y justo en su totalidad. Asimismo la distinción entre afectación especial y accesoria de la esfera jurídica no posibilita la fijación de un criterio de delimitación razonable produciendo, a veces resultados contradictorios (Villegas Paiva, 2015. p. 213)

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal Alemán elaboró la teoría de los tres círculos o esferas en atención al grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad garantizado en el art. 2.1 en relación con la dignidad de la persona humana reconocida en el art. 1.1, ambos de la ley fundamental Alemana.

Con arreglo a dicha doctrina, en la primera esfera se reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio de ius puniendi. En la segunda esfera de protección la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del ius puniendi, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere relevancia el de la gravedad del delito objetivo de investigación. Por último, en la tercera esfera las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, en afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Miranda Estrampes, 2010, p.136)

En España

La legislación española tiene como base el lugar preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, pues de determinarse una prueba prohibida, se violarían las garantías propias del proceso y se institucionalizaría la desigualdad de las partes.

En la STC español 114/1984 sostiene que: “Aún careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (Art. 10.1 Código Español) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para

nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la “resistencia” frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de “elemento esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...”²³

A partir de esta sentencia, es que se creó el artículo 11.1.de la Ley Orgánica del Poder Judicial español en 1985. El cual positiviza la regla de exclusión lo que ha generado todo un debate en ese ámbito ya que se discute si es positivizado la doctrina de los frutos del árbol prohibido: “En todo tipo de procedimientos se respetan las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

Es así como podemos apreciar, que la teoría de la prueba prohibida o ilícita tiene rasgos distintos en base a la fundamentación de cada sistema le otorgue, el sistema norteamericano se fundamenta en el efecto disuasivo hacia la actuación de los agentes policiales, pero no en un efecto disuasivo en pos de proteger los derechos fundamentales de las personas (Neyra Flores, 2010, p.672), como ocurre en el sistema euro continental.

No obstante Miranda Estrampes menciona, que el Tribunal Constitucional español, ha ido introduciendo en su discurso argumental referencias a las necesidades de disuasión limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran parte en la jurisprudencia norteamericana (citado en Villegas Paiva, 2015, p.214); y de ello se puede ver la influencia en nuestro sistema de las diversas teorías que se han desarrollado a partir del tema en mención.

²³ STC. Español N° 114/1984, fundamento jurídico N° 04.

Perú

Como se hizo mención en párrafos anteriores, el proceso penal peruano sigue la concepción restringida cuyo fundamento es la protección los derechos fundamentales de las personas. Es así – volvemos a citar- el artículo:

- Artículo VIII del título Preliminar del Código Procesal Penal, la misma que ha sido complementada con:

- Art. 159 Código Procesal Penal, la misma que dice: “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”.

Así también el ordenamiento jurídico peruano, menciona que la regla de exclusión sería una garantía procesal de naturaleza constitucional, y menciona dos prohibiciones de valoración de prueba contenidos en la Constitución Política del Perú.

- Art. 2 de la Constitución Política del Perú: “ Toda persona tiene derecho:
 - 9. “A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habilita o sin mandato judicial, salvo fragante delito o muy grave peligro de su perpetración...”

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

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

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

En el mismo sentido, la jurisprudencia peruana también ha hecho eco de esta postura. Así tenemos, las sentencias.

- Exp. 0014-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional menciona que: (...) “aunque la Constitución de 1993 no tenga una clausula semejante a la que existe en los ordenamientos de España y Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa. (...)”
- Exp. N° 1014-2007- PHC/TC: (...) “La prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: “(...) (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o trasgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba (...)”
- Exp. N° 2053-2010-HC/TC: (...) “La prueba ilícita (prueba prohibida) es aquella cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”.
- Exp. N°00655-2010-PCH/TC: El cual menciona: (...) “En nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no del rango legal o infralegal” (...)

Por eso, los Jueces Superiores Penales de las distintas Cortes Superiores de Justicia del país, reunidos en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre del 2004 acordaron:

Primero.- Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución seas estas directas o indirectas, no

deben ser reguladas por el legislador, sino que debe ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional.

Segundo.- Admitir la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de fragancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal.

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

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

Quinto.- Admitir la doctrina de ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor.

Pues la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ya se pronunció en el recurso de Nulidad N° 4826-2005/ Lima (Caso El Polo), y utilizó la justificación conflictual de la ponderación de intereses para resolver el caso. El mismo, que en el capítulo posterior ampliaremos información.

Sexto.- Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado pues la prueba ilícita nos es usada para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado.

Séptimo.- Admitir la teoría del riesgo, en casos de confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la

delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hacer revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas a este.

Octavo.- Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. La primera se da en la obtención de la fuente de prueba se trasgrede el contenido esencial de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso.

5.3.3. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Tanto en la doctrina como a nivel jurisprudencial se han elaborado excepciones a la regla de exclusión probatoria, es por ello tal y como mencionamos anteriormente la regla de exclusión procede al verificar y analizar un vicio dentro del proceso de formación de un acto procesal, siendo imposible su subsanación, por lo que se exige una conexión causal entre el acto vulnerador de derechos fundamentales y el acto de investigación obtenido; asimismo, esta misma conexión causal se puede dar entre la prueba originaria y la derivada de ella, debiendo la segunda también excluirse del proceso penal.

A esto es lo que la doctrina española llama efecto reflejo de la prueba prohibida y, la doctrina estadounidense, frutos del árbol envenenado; y fueron esas doctrinas las que no resistieron por mucho tiempo, estableciéndose una serie de excepciones a la regla de exclusión.

Las excepciones que se tratan puede dividirse en dos clases: las excepciones a la regla de exclusión, es decir aquellos criterios por los cuales un acto de investigación viciado entra al proceso. Y la segunda clases son las excepciones a la prueba refleja o fruto del árbol envenenado.

Dentro de la primera clase se encuentra: i) Excepción de buena fe, ii) Prueba prohibida a favor del reo, iii) Prueba ilícita para terceros, iv) Ponderación de intereses, v) Teoría del riesgo, vi) Fuente independiente, entre otros.

En la segunda clase esta: i) Hallazgo inevitable, ii) Nexo causal atenuado, entre otros. De los cuales mencionaremos algunas, habiéndose centrado con mayor énfasis en la teoría de Ponderación de intereses, pues consideramos el más relevante para el presente trabajo.

5.3.3.1 Excepción de la buena fe.

Esta excepción es propia del sistema estadounidense, se crea y se fundamenta en el efecto disuasivo, y es común sobre todo en materia de allanamiento y requisas, cuando por error se lleve a cabo un procedimiento que vulnera la garantía constitucional en juego o su reglamentación, en la cual hubo buena fe de los funcionarios, pues creen actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Los autores Díaz Cabiale y Martín Morales, la primera vez mencionan, que se usó fue en el caso León vs. Estado Unidos en 1984 donde un agente policial realiza un registro con una autorización judicial que el tribunal considera ilícita por falta de motivación (Citado en Sánchez Córdova, 2017. p. 126). Sin embargo, el Tribunal Supremo se pronunció argumentando que se realizó una acción objetivamente inconstitucional de obtención de evidencia, pero el policía lo hizo en la creencia que actuaba dentro de la ley, obrando de buena fe (Neyra Flores, 2010. p. 681).

Esta doctrina se complementa con el caso Illinois vs. Krull (1987), donde se allano sin orden judicial, basados en una ley estatal que luego fue declarada inconstitucional y en el caso de Arisona vs. Evans (1995) que extiende la excepción a los supuestos en que la policía ha actuado sobre la base de errores cometidos por el personal de apoyo del poder judicial.

Es de anotar, que esta excepción no es propiamente aplicable al remedio procesal de la regla de exclusión, sino una excepción a las mismas exigencias

sustantivas de la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal, pues supone que no habido vulneración alguna. Siendo claro que esta excepción únicamente se limita a la aplicación de la Cuarta Enmienda referida a la prohibición de registros irrazonables, de ahí la importancia que la jurisprudencia le da a la autorización para realizar un registro.

Desde la posición preferente que ocupa los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de dicha excepción de buena fe. En el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente relevante no son las creencias de los concretos agentes actuantes (policiales o judiciales), sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental. Constatada su presencia la consecuencia debe ser la prohibición de admisión y la prohibición de valoración de la prueba así obtenida pues está en juego la propia noción de proceso justo o equitativo (Villegas Paiva, 2015. p. 213)

5.3.3.2 Teoría del Riesgo.

Cuando una persona se reúne voluntariamente con otra para revelar o contar sus actividades delictuosas o realiza determinadas acciones relacionadas con el delito, está asumiendo la teoría del riesgo. Pues si el mismo interesado no cuida sus garantías no puede pretender que el juez lo haga (Castro Trigos 2009, p. 131)

En EE.UU. lo vemos en el caso Haffa vs. Estados Unidos de 1996, donde se señala que no se de BERNAL PULIDO, Carlos. “Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, CEPC, Madrid, 2003, p.75. be excluir la declaración del informante que aprovechó su amistad con el acusado para visitarlo con frecuencia y enterarse de sus manifestaciones reconociendo haber sobornado jurados. Es así, que se diferencia “entre actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza que estos no relevaran su delito.(Neyra Flores, 2008. p.282)

En el Perú este asunto ha sido discutido en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional llevado a cabo en la ciudad de Trujillo en diciembre del 2004, donde se sostuvo que: “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 este. Pues el propio individuo con este actuar lo permite.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Exp. 10-2001/Acumulado N°45-2003-A-V (contra Alberto Fujimori Fujimori) ha hecho uso de criterios (Villegas Paiva, p.2015. p 245)

Los audios entregados por el periodista Uceda Pérez conteniendo conversaciones entre el Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército, Coronel EP. Oliverios Pérez, el General Rivero Lazo, y algunos agentes de inteligencia operativo integrantes por el denominado Grupo Colina, realizada el 22 de marzo de 1994; mientras estos permanecían detenidos en el Cuartel Simón Bolívar; diálogos en los que se refiere a la ley de amnistía ofrecida y hacen gala de los pagos y la protección que los dispensaba el ejército y el gobierno fueron, cuestionados por la defensa bajo el argumento de la vulneración de dos derechos fundamentales: intimidad y no autoincriminación. La defensa alegó que las conversaciones tenían contenido íntimo, pues se mencionan temas familiares y personales, y al mismo tiempo hacen referencia a hechos que comprometen a los que conversan como posibles autores de un delito.

Es necesario precisar que, en este caso, quien grabó las conversaciones fue uno de los intervinientes en los diálogos, el agente de inteligencia operativa Sosa Saavedra.

Asimismo, en la doctrina Hamilton Castro (Castro Trigos, 2009. P.135) refiere que si esta teoría implica admitir la validez de grabaciones o filmaciones consentidas por uno de los interlocutores, así como a las grabaciones de una conversación telefónica propia, entonces no se trata de una excepción a la regla de exclusión, en la medida que ha quedado claro que la obtención y el

aprovechamiento de la información lograda a través de dichos medios no supone lesión alguna a los derechos a la intimidad y al secreto a las comunicaciones. Y en concordancia con Elky Villegas (Villegas Paiva, 2015. p. 247) menciona:

“Como se habrá podido observar, en realidad la teoría del riesgo no es una verdadera excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, en tanto lo único que se hace es verificar si ha existido una vulneración a algún derecho fundamental, determinando para ellos cuales son las conductas que se enmarcan dentro del contenido constitucionalmente protegido de aquellos derechos, y cuáles no. Una vez logrado este propósito se estará en la posibilidad de dilucidar si el material probatorio ha afectado aquel contenido constitucionalmente protegido, con lo cual la prueba será reputada de ilícita y deberá ser expulsada del proceso, por el contrario si no se ha vulnerado ese contenido constitucionalmente de los derechos fundamentales entonces el material probatorio es lícito y podrá desplegar plena eficiencia en el proceso”

5.3.3.3 Fuente independiente.

La excepción de fuente independiente (independent source doctrine). De origen jurisprudencial norteamericano, esta excepción se remonta al caso *Silverthorne Lumber vs. EE.UU* (1920), en el cual se establece que cuando además de una prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, existen a su vez otras pruebas que para su obtención no se ha dependido causalmente de la primera, sino que se derivan de una fuente independiente, entonces no procederá aplicar la *fruit of the poisonous*; es decir, no procederá excluirlas. (Sánchez Córdova, 2017, p.154).

Se trata, en definitiva, de que la prueba ilícita no puede afectar a la restante prueba obrante, cuando existe entre esta y aquella una desconexión causal, ya que esta última proviene de una fuente independiente; es decir, no proviene de un árbol envenenado sino de uno perfectamente sano. (Villegas Paiva, 2015, p. 247).

La aplicación de esta excepción es en el caso *Bynum vs. EE.UU* (1960), en el cual se excluyeron las huellas dactilares de un detenido ilegalmente. En el momento de la detención se le tomaron las huellas dactilares que tras la oportuna prueba pericial coincidían con las tomadas en el lugar del robo. No obstante, esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener casusa razonable. A pesar de ello, la policía presento con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con la recogida tras la detención ilegal. La corte Suprema acepto esta nueva prueba pericial al considerarla independiente y no relacionada con el arresto ilegal.

Pues, lo que plantea esta doctrina es la ausencia de conexión casual entre la prueba inicialmente obtenida de modo ilícito y la que es reputada independiente, es decir, que la primera no es causa de la segunda, entonces no se trataría de una verdadera excepción, en la medida en que se trataría propiamente de un caso que no caería dentro de los alcances de las exclusiones probatorias, pues, en puridad, la prueba es obtenida lícitamente y de modo directo, esto es sin afectación de derechos fundamentales. De lo que se trataría aquí es de una confluencia de pruebas ilícitas y lícitas, siendo estas últimas independientes de aquellas y por tal razón aprovechable. (Villegas Paiva, 2015 .p.235).

El cual fue aplicado en el caso *Won Sun vs. UU. EE*, pues aquí el acusado fue arrestado ilegalmente, llevado a la comisaria, donde prestó declaración, y posteriormente fue puesto en libertad. Pero poco después volvió a la comisaria por propia iniciativa y, tras ser informado de sus derechos, confeso ser culpable de los hechos investigados. La corte Suprema Federal consideró que, pese a existir una relación causal entre el inicial registro ilegal y la confesión posterior, la voluntariedad de la confesión y el hecho de que el acusado fuera advertido de sus derechos debilitaba (o rompía) es cadena causal.

Siendo así, que en esta excepción el problema no reside en su reconocimiento y admisión de la prueba ilícita, sino en la calificación como independiente de aquella prueba que realmente tiene este carácter (Miranda Estrampes, 2010, p.143).

5.3.3.4 Ponderación de intereses.

Nace en EE.UU. con el Balancing Test, cuya regla es: si ponderamos que la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se logrará el efecto disuasorio, entonces no tiene sentido excluir la prueba prohibida. Esto se explica porque ese sistema asume que la fundamentación de la exclusión de material probatorio se encuentra en el efecto que su exclusión puede tener en el actuar de los agentes policiales, pes deberían actuar respetando los derechos fundamentales al momento de obtener las fuentes de prueba. (Neyra Flores, 2010, p. 680)

Gonzales Cuellar Serrano (Citado en Castro Trigoso, 2009, p 117) ha escrito que “el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a trata de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto. En esta definición reside implícita la idea de ponderación a la que se ve obligado a recurrir el operador para resolver una situación en la que es preciso optar por uno de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos en conflicto.

En España no encontramos el balancing test como excepción a la regla de exclusión, pero sí en Alemania (como técnica de ponderación) en los casos en los cuales exista una prohibición de valoración independiente, es decir, aquella que no está en la ley, sino en los principios constitucionales; en ese sentido Roxin (Citado en Villegas Paiva, 2015 .p.213) señala que se pondera, con razón, entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, de modo tal que si se trata de delitos muy graves, la valoración es admisible.

Hay situaciones en las que el operador se encuentra frente a una colisión entre dos derechos fundamentales. Piénsese, verbigracia, en el caso de aquel niño

alemán que fue secuestrado en septiembre del 2002, cuyo paradero fue descubierto por la policía, en un intento desesperado, amenazó con torturar al autor si no le revelaba el lugar en el que encontraba el menor, obviamente con el propósito de salvar su vida. Lamentablemente, en este caso, como da cuenta Roxin, la víctima fue encontrada, pero muerta. En el ejemplo propuesto, enseguida se advierte que lo que está en conflicto, es por un lado, el derecho del sospechoso a no sufrir amenaza de tortura y a no inculparse; y, por otro lado, el deber del Estado de descubrir la verdad sobre un hecho criminal y la preservación de la vida de la víctima.

El examen del caso en concreto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad exige un análisis en tres niveles que son los sub principios de idoneidad, necesidad o de intervención mínima y proporcionalidad strictu sensu. Tales requisitos debe cumplirse en forma concurrente pues, si faltase tan solo uno de ellos, la conclusión sería que nos encontraríamos frente a un caso de injerencia desproporcionada y, por tanto, injustificada. (Castro Trigos, 2009, p.118)

Por eso el operador debe examinar el fin perseguido por la injerencia en el ámbito del derecho fundamental y establecer si aquella es adecuada o pertinente para la consecución de dicho fin. Si la respuesta es positiva, entonces se podrá decir que se cumple con el requisito de idoneidad. En segundo lugar, se preguntará si la medida o no es necesaria, es decir, si el fin puede ser logrado a través de otros medios alternativos que impliquen un menor o nulo menoscabo del interés en conflicto, de tal manera que si la respuesta es negativa se tratará de una injerencia necesaria.

En el último lugar, el operador deberá realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, examinando si existe proporción entre el fin perseguido y la afectación de los derechos fundamentales, realizando propiamente un ejercicio de ponderación y valoración para determinar finalmente si la injerencia o afectación es razonable o admisible a la luz del bien jurídico que se trata de salvaguardar. (Castro Trigos, 2009, p.118)

Entonces, se puede decir que la ponderación de intereses es una técnica de evaluación o ponderación para finalmente decidir sobre controversias constitucionales:

- *Mapp vs Ohio* (1941).- En este caso la Suprema Corte declaró que la regla de exclusión forma parte de las Enmiendas Cuarta y Décimo Cuarta. En este caso la Policía de Cleveland, con la sospecha que un infractor de la ley se ocultaba en cierta vivienda, irrumpió en ésta, maltrató a su ocupante, la señorita Mapp, y registró todo el recinto sin una orden judicial. En la vivienda se encontró un baúl conteniendo material obsceno. La señorita Mapp fue procesada y condenada por la posesión del mismo. Sin embargo, la Suprema Corte anuló la condena porque el material probatorio utilizado en contra de la mujer se había incautado por medios inconstitucionales.
- *Linkletter vs Wlaker* (1965), donde a partir de la adopción del precedente *Mapp vs Ohio* se pidió la aplicación retroactiva de esta a casos anteriores al precedente. Pues la Corte Suprema señaló que la decisión sobre retroactividad o irretroactividad debí tomarse sopesando las ventajas y los inconvenientes en cada caso, teniendo en cuenta la historia previa de la regla en cuestión, su finalidad y efecto, y si la aplicación retrospectiva facilitaría o dificultaría su operatividad; siendo así la Corte Suprema decidió, basarme en el efecto disuasivo, que la actuación irregular ya había tenido lugar y que con la retroactividad de este precedente y la liberación de los implicados no sería corregida, por eso no aplicó retroactivamente la regla de exclusión.
- En el caso que si efectivamente se aplicó la presente exclusión fue en caso de *Williams vs. EE.UU* (1980), en el cual se aceptó el valor de un secuestro de heroína hallado en la requisita a un vehículo interceptado por una infracción de tránsito sin que haya habido sospecha previa de la presencia del narcótico.

- Caso Schmerber vs California, donde se permitió valorar el resultado de una extracción de sangre al acusado, la misma que no contaba con una orden judicial en virtud de la urgencia para evitar la eliminación del alcohol.

Son en este tipo de cuestiones que son resueltas bajo la cobertura del principio de proporcionalidad. Pues naturalmente este no solo opera en casos extremos, sino en todo caso que se produzca un conflicto entre bienes jurídicos fundamentales. En ese sentido, el principio de proporcionalidad sirve pues, como criterio metodológico para el operador que debe determinar el contenido de los derechos fundamentales.

Pero, cabría preguntarse ¿el principio de proporcionalidad tiene regulación constitucional? Al igual que en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) le ha dado rango constitucional a través de su jurisprudencia, en nuestro país puede sostenerse que el principio de proporcionalidad deriva del concepto de Estado Constitucional de Derecho o más contemporáneamente de la idea de Estado Constitucional de Derecho, modelo que proscribe el abuso de arbitrariedad y que consagra como valores fundamentales la justicia, el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución (Castro Trigoso, 2009,p.120).

Desde otra óptica se ha considerado al principio de proporcionalidad como una excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita en la medida en que su aplicación en casos concretos puede servir para admitir prueba ilegalmente obtenida bajo los criterios antes mencionados como es el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Asimismo, el legislador nacional se ha inclinado por la posición de prueba ilícita en sentido estricto, la misma que lo ha plasmado en el Código Procesal Penal en el Art. VIII del título preliminar en el que: “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”; la misma que ha sido complementado con el Art. 159 del mismo cuerpo legal que menciona: “el juez no podrá utilizar,

directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales”

Ante ello, es necesario preguntarse ¿Qué es lo que se entiende por derechos fundamentales? A lo que nos remitiremos al desarrollo jurisprudencial que sobre la materia a efectuado el Tribunal Constitucional Peruano.

- En Exp. 0050-2004-AI: Menciona que los derechos fundamentales son “bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Está noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica”
- En Exp. 1042-2002-AA: Destaca la condición de los derechos fundamentales que los erige como componentes estructurales básicos de todo el orden jurídico objetivo, en tanto expresión jurídica de un sistema de valores que irradia a la totalidad de la organización política y jurídica de la Nación y que, en esa línea, permiten la manifestación práctica del postulado previsto en el artículo 1 de la Constitución que dice: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Ha de advertirse también, que en el Art. VIII del Título Preliminar y el Art. 159 del Código Procesal Penal refieren al término “contenido esencial” de los derechos fundamentales de la persona, como aquello que es vulnerado por la prueba ilícita, por ello es necesario determinar, ¿Qué es lo que se entiende por el contenido esencial? A lo que debemos remitirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N°1041-2002-AA el cual menciona que debe entender como tal – contenido esencial- a “aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indispensable para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda naturaleza y entidad”; constituyendo el mismo en indispensable no solo para el legislador sino también para jueces, fiscales, funcionarios, policías, etc.

De acuerdo a ello, puede afirmarse que los principios fundamentales que son susceptibles de ser lesionados por la prueba ilícita son aquellos consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado, asimismo esos no excluyen los demás derechos que la Constitución garantiza, o que deriven de la dignidad humana, entre otros. La doctrina ha señalado que los que resultan más susceptibles de ser quebrantados son los derechos a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad de domicilio, etc.

En Perú se aceptó esta excepción mediante el acuerdo quinto Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en al aplicación de la norma penal, procesal penitenciaria”, realizado en la ciudad de Trujillo el 11 de diciembre de 2004, señalando que admite “la doctrina de la ponderación de interés, entendiéndose que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por sí ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad, como los que valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja”

- Sentencia recaída en el Exp. 21-2001 emitido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, donde se pronuncia señalando que “en el presente caso los temas del conflicto entre los derechos a la intimidad y privacidad y la tranquilidad pública son solo aparentes y no sustanciales, por lo que corresponde resolverse a favor del bien jurídico tranquilidad pública, en estricta pertinencia de la teoría de la “ponderación de intereses involucrados”
- Caso El Polo en el Recurso de Nulidad N° 4826 -2005/Lima.- Ha utilizado la justificación conflictual de la ponderación de intereses, y aún más ha elaborado dicho juicio de ponderación sobre la base del descubrimiento inevitable, llamado es esta sentencia como caso probable”, veamos:

- Décimo “ (...) que de autos aparece que miembros de la DIRCOJE venían efectuando un sigiloso seguimiento a los acusados Meza Majino y a su conviviente Anaya Nalvarte, quienes cohabitaban en el mismo inmueble, al punto que con el objetivo de la búsqueda y obtención de evidencias o elementos de prueba que los vinculara o asociara con el atentado terrorista en el Centro Comercial "El Polo", contando con la anuencia y presencia del representante del Ministerio Público y por la urgencia del caso, en función a los signos evidentes o percepción sensorial de su vinculación delictiva en función al seguimiento efectuado, decidieron ingresar a la vivienda, oportunidad en que fueron atendidos por la acusada Anaya Nalvarte quien por registrar una orden de captura (por delito de traición a la patria) fue aprehendida; que en el registro domiciliario se halló evidencia pertinente y relevante, entre otros, ropa de Meza Majino, diversa documentación de claro contenido y vinculación terrorista y un costal con nitrato de amonio, que convertido en anfo se utiliza en acciones de sabotaje o estragos; que si se asume la concepción o "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto”, es de puntualizar como sustento inicial de esa línea teórica que ante un incumplimiento de un requisito de producción de un elemento probatorio -ausencia de flagrancia delictiva en el caso de un allanamiento o entrada y registro- no necesariamente sigue una prohibición de valoración, pues en esos casos, sin perjuicio de reconocer que en la generalidad de los mismos la regla de exclusión tendrá plena operatividad, es de tener en cuenta, de un lado, el peso de la infracción de procedimiento incurrida -en este caso, la inviolabilidad domiciliaria-, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio, cuanto, por otro lado, los intereses de una efectiva persecución penal -que no merme la confianza ciudadana en el proceso penal y la propia justicia, de suerte que en casos singularmente graves y excepcionales es posible reconocer validez de valoración a una fuente de prueba obtenida en esas circunstancias cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, en el caso concreto, importe una afectación de menor entidad frente a la gravedad del delito objeto de acreditación -su propia dimensión como consecuencia del estrago

generado- y, en especial, a las circunstancias que determinaron su obtención, en la que la noción de urgencia o inevitabilidad y el comportamiento y niveles de seguridad adoptados por lo autoridad legítima para la consecución de la evidencia será determinante; que, en el presente caso, a posteriori, no sólo se tiene el concurso del Ministerio Público –que concede garantía de limpieza en el acto de intervención domiciliaria-, sino que con anterioridad los factores que determinaron la incursión domiciliaria -lugar y tiempo de ejecución- y, en especial, las diligencias de seguimiento previo y lo ya obtenido en la propia investigación hacen aplicable la doctrina del denominado "caso probable" plasmada, por ejemplo, en la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos (mil novecientos ochenta y cuatro), en cuya virtud se atenúa la regla de exclusión cuando una prueba se obtenga sin orden judicial siempre que se acredite que en el momento del registro ya existían indicios suficientes para que el Juez la hubiera emitido de haberla solicitado; que esto último ocurrió en el presente caso, pues estando acreditado que uno de los lugares que visitaba el acusado Meza Majino era la vivienda de la acusada Anaya Nalvarte, ubicada en lo avenida Rimacpampa sin número sector cuarto B Asentamiento Humano Balnearios - Ventanilla -quien por lo demás tenía una requisitoria por delito de Traición a la Patria-, era muy probable que en dicho predio se albergaría a dirigentes, cuadros y militantes de la organización terrorista de Sendero Luminoso o bienes delictivos vinculados a la misma: que es así que por lo relevante de la investigación en curso -el momento culminante y decisivo de la actuación policial fiscal-, la gravedad del delito cometido y el tiempo o momento del propio acto de intervención que es trascendental en atención a que caía la noche, había pocos efectivos policiales en ese momento y el lugar estaba relativamente aislado, incluso la propia encausada mencionó que con motivo de su detención y de sus gritos advirtió que sus vecinos se acercaron al lugar (véase fojas siete mil treinta y siete) decidieron intervenir simultáneamente a ambos acusados -con una diferencia de treinta minutos-, y evitar de este modo que la acusada Anaya Nalvarte sea avisada de la intervención policial de su conviviente el acusado Meza

Majino, y que huyera o desapareciera evidencias comprometedoras: que justamente por la oportuna intervención policial garantizada con la presencia del representante del Ministerio Público y en presencia de dos de sus vecinos (Inocente Melchor Gregorio y Elba Ceferina Abanto Cotrina) es que se descubrió un cúmulo de evidencias señalados en el acta de fojas cuatrocientos noventa del expediente acumulado y que la vinculan no sólo con el acusado Meza Majino sino con el delito de terrorismo y específicamente con el atentado al Centro Comercial "El Polo" (en el acta de fojas quinientos sesenta y nueve se verificó que en el croquis encontrado en la vivienda de la acusada Anaya Nalvarte figura como objetivo principal el Banco de Crédito del Centro Comercial "El Polo"); que, por tanto, el objeto del allanamiento domiciliario no ha sido desproporcionado con los propósitos legítimos perseguidos, tiene justificación razonable y fue compatible con las circunstancias particulares del caso, por lo que no se está frente a una prueba de valoración prohibida por existir una excepción razonable que la permite: que, en ese sentido, esta fuente de prueba es jurídicamente admisible y debe ser incorporada al proceso como un medio de prueba excepcionalmente válido; en consecuencia, debe efectuarse un nuevo juicio oral al respecto.”

- Caso Mónica Adaro vs. Magaly Medina en el STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC.- El Tribunal consideró necesario aplicar el test de proporcionalidad por considerar la existencia de un conflicto entre libertad de información y el derecho a la vida privada; estableciendo que para “(...) determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del balancing o ponderación”

Ante la exhibición explícita de imágenes en el reportaje, el Tribunal concluyó que se trataba de una medida innecesaria, puesto que para denunciar un caso de prostitución clandestina, “bastaba hacer un seguimiento de la persona que se

estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado Democrático y Social de Derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo.

CAPITULO VI

RESULTADOS A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CASO: EXP. N°1674-2009-57-1706-JR-PE-01

Habiéndose estudiado precedentemente sobre la teoría de la ponderación, procedemos a determinar los resultados que ha dado cada instancia judicial en el caso en mención.

6.1.- DATOS:

6.1.1 Tipificación del delito

- Delito de Tráfico Ilícito de Drogas

6.1.2. Sentenciados.

- **Carlos Guillermo Mendoza Martino.**- Condenado a 11 años de pena privativa de libertad, 180 días multa y una reparación civil a favor del Estado de seis mil (S/. 6000.00) soles.

- **Consuelo Esperanza Leyva Caicay.-** Condenada a 9 años de pena privativa de libertad, 180 días multa y una reparación civil a favor del Estado de cuatro mil (S/. 4000.00) soles.
- **Lita Leyva Caicay.-** Condenada a 10 años de pena privativa de libertad, 180 días multa y una reparación civil a favor del Estado de cinco mil (S/. 5000.00) soles.

6.2. HECHOS:

6.2.1. Intervención

Con fecha 28 de marzo de 2009 efectivos policiales de la División Antidrogas de la Policía Nacional del Perú y con la participación del Representante del Ministerio público intervinieron:

Primer inmueble

- El inmueble ubicado en la cuadra 2 de la Calle Mesones Muro – Pueblo Joven San Antonio- Chiclayo, aproximadamente a las 7:00 pm, y al ingresar se encontró un total de 2951 “ketes” de pasta básica de cocaína; la cual estaba dividida en 13 muestras: Las cuales estaban divididas la 1era bolsa con 100 ketes, 2da bolsa con 100 ketes, 3era bolsa con 104 ketes, 4ta bolsa con 302, 5ta bolsa con 301 ketes, 6ta bolsa con 300 ketes, 7ma bolsa con 302 ketes, 8va bolsa 301 ketes, 9na bolsa con 300 ketes, 10ma bolsa con 301 ketes, 11va bolsa con 300 ketes, 12va bolsa con 140 ketes y 13va bolsa con 100 ketes; las mismas que hacen un peso neto total de 618 gramos, entre otras cosas.

Se hace mención que en el referido inmueble no se encontró a ninguna persona dentro del mismo, pero si se encontraron cartas que vinculaban a Carlos Guillermo Mendoza Martino y Consuelo Esperanza Leyva Caycay.

Segundo inmueble

- Ubicado en el jirón Pumacahua N°262 del Pueblo Joven San Antonio – Chiclayo, aproximadamente a las 8:40 pm, los efectivos policiales al ingresar encontraron sobre una mesa 116 ketes hechos de papel periódico conteniendo pasta básica de cocaína y 22 bolsas plásticas de semillas vegetal de cannabis sativa (marihuana), entre otras cosas.

Además de ello, se encontró 04 bolsas plásticas conteniendo cada una 100 ketes de papel bond es decir haciendo un total de 400 ketes conteniendo pasta básica de cocaína. Se menciona que en dicho domicilio se encontró a Lita Leyva Caycay y otras personas.

6.2.2 Acusación

➤ Ministerio Público.

- Acredita la responsabilidad penal de los acusados Lita Leyva Caycay, Consuelo Esperanza Leyva Caycay y Carlos Guillermo Mendoza Martino por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas.
- Si bien la Constitución consagra el derecho a la inviolabilidad de domicilio, este derecho no es absoluto, cuando se trate de un delito flagrante o por orden judicial, y menciona que el presente caso se trata de un delito flagrante.
- En el inmueble ubicado en la cuadra 2 de la Calle Mesones Muro – Pueblo Joven San Antonio- Chiclayo, se encontró un total de 2951 “ketes” de pasta básica de cocaína, y cartas cuyo remitente es “concho”, se agrega que al momento de la intervención no se encontró a ninguna persona.
- Los documentos encontrados en dicho inmueble consignan como remitentes y destinatarios a Consuelo Leyva Caycay y Carlos Martino.

- En el inmueble ubicado en el jirón Pumacahua N°262 del Pueblo Joven San Antonio – Chiclayo, encontraron 116 ketes conteniendo pasta básica de cocaína y 22 bolsas plásticas de semillas vegetal de cannabis sativa (marihuana), así como también se encontró 04 bolsas plásticas conteniendo cada una 100 ketes de pasta básica de cocaína, y a la persona de Lita Leyva Caycay.

- Formula acusación para Lita Caycay la pena la pena de 10 años de PPL, 180 días multa y S/. 5 000.00 de reparación civil.

- Formula acusación para Consuelo Caycay la pena de 09 años de PPL, 180 días multa y S/. 4 000.00 de reparación civil.

- Formula acusación para Carlos Mendoza Martino la pena de 11 años de PPL, 180 días multa y S/. 6 000.00 de reparación civil.

- Refiere que estas personas han tenido un modus operandi, vendiendo droga de propia mano, con el único fin de lucrarse.

6.2.3 Defensa

➤ De Carlos Guillermo Mendoza Martino.

- El poder punitivo del Estado no es ilimitado y sus límites estriban en el respeto a la dignidad de la persona como fin supremo.

- Señala que no existen pruebas suficientes que demuestren su responsabilidad, pues la intervención de la policía en su domicilio no contó con autorización judicial, y que por lo tanto las evidencias encontradas, como la droga incautada, tarjetas y cartas remitidas por Consuelo Esperanza Leyva Caycay y viceversa, constituyen pruebas prohibidas, al ser la consecuencia de la violación de sus derechos fundamentales a al secreto de las

comunicaciones y a la inviolabilidad de domicilio respetivamente, pues la policía habría leído el contenido de dichas cartas sin autorización judicial.

- Además precisa que la irrupción a su domicilio es ilegal porque la policía no actuó en un supuesto de flagrancia delictiva, pues si bien la policía tuvo conocimiento de que en dicho lugar había droga, aún así debió pedir autorización judicial para ingresar, la cual no hubo.

- La representante del Ministerio Público no ha demostrado que haya existido flagrancia.

- Menciona que no hubo consentimiento por parte de propietario ni del poseedor del inmueble para ingresar al mismo, ya que en el acta de allanamiento no se consigna eso.

➤ **De Consuelo Esperanza Leyva Caycay.**

- Menciona que no existía orden judicial de allanamiento (segundo inmueble), ni se ha consignado en el acta el motivo por el cual entraron a su vivienda, pues han actuado bajo sospecha.

- Pues menciona que el acta de registros domicilio y el acto de allanamiento no pueden ser usado como medio probatorio para que se le condene, ya que de estas desprende las pericias de droga; pues al haberse realizado esta sobre la base de bienes incautados de una manera ilegal, menciona que por la teoría del árbol prohibido también resulta ilícita, por lo que no constituye una prueba válida.

➤ **De Lita Leyva Caycay**

- Menciona que no se le ha encontrado nada que le asocie al delito de tráfico ilícito de drogas, puesto que las monedas y billete que encontraron en su dominio dieron negativo para adherencias con la droga.
- El Ministerio público sostiene que por tener antecedentes tiene modus operandi, lo cual rechaza, por cuanto en este juicio se le está juzgando por los hechos ocurridos el 28 de marzo del 2009.
- Asimismo menciona que la droga encontrada en el inmueble ubicado en jirón Pumacahua N°262 del Pueblo Joven San Antonio – Chiclayo, es una prueba prohibida porque la policía no actuó en el supuesto de flagrancia delictiva, pues la policía necesita autorización judicial para ingresar a un domicilio e incautar la droga y no debió ser valorada por el juzgado colegiado.

6.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (JUZGADO COLEGIADO)

6.3.1 Fundamentos

- El día 28 de marzo del 2009 con participación del representante del Ministerio Público intervinieron el inmueble ubicado en la cuadra 2 de la calle Mesones Muro – PP-JJ San Antonio – Chiclayo, encontrándose un total de 2951 ketes conteniendo pasta básica de cocaína, y documentos que vinculan a Carlos Mendoza Martino con Consuelo Leyva Caycay.
- En el mismo día se intervino el inmueble ubicado en jirón Pumacahua N° 262 del PP.JJ. San Antonio – Chiclayo, encontrándose 116 ketes conteniendo pasta básica de cocaína y en el piso se encontró 4 bolsas plásticas conteniendo cada una de ellas 100 ketes haciendo un total de 400 ketes, entre otras más, como se acredita con el registro domiciliario y

testimoniales de los efectivos policiales Miguel Villegas y Carlos Sandoval; y en el inmueble en mención se encontró a Lita Leyva Caycay.

- Los abogados defensores mencionan que existe ante un supuesto de prueba prohibida, en la medida que la intervención policial con presencia del Ministerio Público se ha producido, sin que exista un supuesto de flagrancia delictiva, no ha existido orden judicial de allanamiento ni consentimiento de las personas que viven ahí, en tanto operaría la teoría del fruto del árbol envenenado.

- Al respecto el Colegiado menciona que no cualquier vulneración a derechos fundamentales puede servir de sustento para invocar la existencia de prueba prohibida, pues en el Perú tiene que tener la condición que afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

- El Colegiado considera desde la óptica del principio de proporcionalidad la intervención de la policía y de la representante del ministerio público en los actos de investigación realizados, resultan válidos y con eficacia para generar certeza del delito cometido por lo siguiente:

- Nadie ha sostenido en el juicio que la droga incautada no se haya encontrado en los inmuebles.
- Resulta razonables que personal policial y la representante del ministerio público, al tener conocimiento por acciones de inteligencia que en dichos inmuebles se comercializa droga, ingresan a los inmuebles, en los cuales efectivamente se encontró la droga.
- Distinto sería el razonamiento, si los intervinientes sin motivo razonable hubieran ingresado al inmueble con resultado negativo para su existencia.

- Por otro lado, se cuestiona que la intervención no se habría producido en flagrancia delictiva. Al respecto el Colegiado considera que si había un estado de flagrancia delictiva al momento de producirse la intervención del inmueble ubicado en jr. Pumacahua N° 262, y describe la droga que se encontró.
- Igualmente menciona que en el inmueble ubicado en la calle Mesones Muro cuadra 2, se ha producido en un estado de flagrancia y prueba evidente de ello es que se encontró la droga incautada, y no se ha cuestionado en este juicio su existencia y el lugar donde se encontró dicha droga. Agrega que la presencia de las personas en el inmueble es irrelevante por cuanto la imputación en el presente caso es de posesión de drogas y basta que haya estado en la esfera de dominio de los que habitan en dicho inmueble para habilitar la intervención por flagrancia.
- Que habiéndose presentado un supuesto de flagrancia durante la intervención, la policía nacional estaba habilitada para intervenir, en tales circunstancias que se combata un delito tan grave para la sociedad, no se puede exigir autorización judicial, puesto no se ha afectado el contenido esencial de los derechos fundamentales invocados por la defensa.
- Si la defensa invoca derechos fundamentales reconocidos en la Constitución a favor de sus patrocinados, también es que la misma Carta Fundamental en su art. 2 numeral 19 consagra la facultad de que tales intervenciones puedan producirse “en fragante delito o muy grave peligro de su perpetración”. Es por eso que en tales circunstancias y en mérito al principio de ponderación de intereses, prevalece el interés del Estado en perseguir el delito y más que siendo uno tan grave como es el caso.
- Que si bien los acusados Carlos Mendoza Martino y Consuelo Leyva Caycay residían en el inmueble ubicado en la calle Mesones Muero cuadra 2 del PP.JJ San Antonio y durante el registro no se les encontraron, el juzgado menciona que para que se configure el delito no es necesario encontrársele

en su poder la droga, sino que basta que se acredite que se encontraba dentro de la esfera de su dominio.

- Igual situación ocurre con el segundo inmueble allanado, pues la droga se le encontró dentro de la esfera dominio.
- Con respecto a la defensa de Lita Leyva Caycay, menciona que al no haberse solicitado la confirmación del allanamiento (2do inmueble) se está afectando el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y en consecuencia el Juzgado menciona que dicho argumento no es suficiente para restar validez a la intervención efectuada por personal policial con la participación del representante del ministerio público.

6.4. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA (SALA DE APELACIONES)

6.4.1. Fundamentos

- Menciona respecto a la valoración de las prueba prohibidas, y aclara que los registros de los domicilios de los apelantes contaron con la presencia de representante del Ministerio Público; sin embargo, conviene en que no se contó con autorización judicial; pero ello en sí mismo no impide que las evidencias obtenidas, es decir las pruebas actuadas, sean valoradas, pues la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, de un parte la inviolabilidad de domicilio y de la otra la inviolabilidad de las comunicaciones y de la otra el derecho a la salud pública, la sala estima que la violación de los derechos de los apelantes se compensó por el beneficio en favor de la tutela de la salud pública.
- Asumiendo la tesis de los apelantes, es decir que la incautación de droga, documentos es prueba es prohibida; la sala estima que la regla de exclusión probatoria contenida en el inc.2 del art VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, le permite al Estado en cierto casos valorar la prueba

prohibida o ilícita, cuando el beneficio obtenido de su actuación es mayor que el del perjuicio causado al imputado.

- La Sala no debate si la policía actuó en un supuesto de fragancia delictiva, pues se adhiere a la posición de los apelantes, según la cual la policía debió contar con autorización judicial para ingresar en el domicilio, y a pesar de causar perjuicio a sus derechos fundamentales a la inviolabilidad de su domicilio y de la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privado, cedió ante el descubrimiento de la droga.
- Menciona que dicho descubrimiento, ha permitido al Estado tutelar la salud pública impidiendo que la droga incautada sea consumida por decenas y quizás cientos de ciudadanos, así como la seguridad pública, en conclusión la Sala pondero los derechos fundamentales en conflicto, pues está plenamente justificada por ser mayor el beneficio conseguido que el perjuicio causado.

6.5 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

6.5.1. Fundamentos.

- Respecto a la inviolabilidad de domicilio, el Tribunal sostiene que nuestra Constitución tutela la garantía de inviolabilidad de domicilio, siendo que terceros, particulares o agentes públicos están prohibidos de penetrar el ámbito domiciliario donde habita la persona, salvo que medio consentimiento de está, exista una autorización judicial, se haya configurado una situación de flagrancia delictiva o el peligro inminente de la perpetración de un hecho ilícito.
- Considera que el allanamiento de los inmuebles no ha sido inconstitucional, puesto que se buscaba impedir la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas; es decir, el supuesto constitucional de excepción como muy grave

peligro de su perpetración. Por ello el cuestionado allanamiento es compatible con las circunstancias que se dieron en este caso, como serían los reportes de inteligencia que determinan la intervención policial garantizada por la representante del Ministerio Público.

CAPITULO VII

ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CASO: EXP. N°1674- 2009-57-1706-JR-PE-01

Habiéndose en el anterior capítulo determinado el resultado que dio cada instancia en el Exp. N° 1674-2009-57-1706-JR-PE-01 procedemos a realizar el análisis y/o crítica a cada uno de los fundamentos esbozados.

7.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (JUZGADO COLEGIADO)

7.1.1 Crítica

Primero hay que precisar que el Juzgado Colegiado sostuvo que no habría prueba prohibida; por cuanto la defensa técnica no alegó nada en relación a la posible vulneración del contenido esencial de algún derecho fundamental.

Siendo así, para el Juzgado la prueba sería lícita. Sin embargo, luego decide aplicar el principio de proporcionalidad o de ponderación, lo cual es una contradicción con lo que sostuvo primero; pues, si utiliza una excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, entonces reconoce que la prueba es

precisamente ilícita, y de acuerdo a lo estudiado se sabe que las excepciones se aplican a las pruebas ilícitas, mas no a las pruebas lícitas.

Asimismo el juzgado no motiva o justifica porqué en el caso concreto no se habría vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales, ni tampoco menciona que la fiscalía –qué es la institución que tiene la carga de la prueba- haya demostrado que no se vulneró el contenido esencial de los derechos alegados por las partes. En otras palabras, invierte dicha carga a la defensa técnica vulnerando su presunción de inocencia.

Posteriormente en un segundo momento, de forma incomprensible, aplica la excepción de la teoría de la ponderación, y vuelve a dar a entender que la prueba fue lícita, en la medida que sostiene que el allanamiento se dió por una flagrancia delictiva.

Respecto al último párrafo mencionado, verificamos que tampoco se habría dado una flagrancia delictiva, por cuanto se dice en primer lugar, que el operativo (es decir el allanamiento al inmueble) se dio por un aviso al personal de la policía de parte del servicio de inteligencia, el cual mencionaba que en aquel lugar se comercializaba la droga, y de acuerdo a la requisitos de la flagrancia esto no daba lugar a la necesidad urgente de intervención policial. Pues efectivamente al haber un seguimiento por parte del servicio de inteligencia pudo haberse pedido autorización al juzgado competente, para ingresar al bien inmueble e incautar la droga.

Por eso reiteramos que, ese aviso de inteligencia no se puede subsumir en alguno de los tipos de flagrancia que regula el artículo 259 del Código Procesal Penal de 2004, por cuanto se trata de una posible prueba indirecta lo que no es posible considerarla a efectos de determinar la flagrancia.

Ahora pues como se sabe, la flagrancia delictiva para que se configure tiene que: primero.- el agente tiene que ser descubierto en la realización del hecho punible, es decir como se dice coloquialmente tiene que “ser encontrado con

las manos en la masa”, y en el caso en mención no se ha cumplido con la inmediatez, puesto que el policía menciona que por información del servicio de inteligencia es que se tomó conocimiento que en dicha lugar se comercializaba la droga y procedieron a realizar el allanamiento, siendo que en ningún momento se evidencio directamente el acto ilícito.

Segundo.- Para ser considerada flagrancia delictiva tiene que ser evidencial o de forma directa, y en el caso concreto no se ha realizado dicho accionar, puesto que como se mencionó, se dio dichos allanamientos por la información que le brindo el servicio de inteligencia a la policía mencionándoles “que es ahí donde se estaba comercializando la droga”. Siendo que, lo correcto debería haber sido de forma directa, es decir que el testigo haya visto directamente que se estaba vendiendo la droga o que el policía haya visto “que se estaba vendiendo la droga y que por ejemplo dichos sujetos se han introducido al inmueble para escapar del acto delictivo”, lo cual hubiese originado una persecución y producto de esto el allanamiento sin autorización judicial, pero esto no es lo que se dio en el presente caso; es decir solo por información de inteligencia es que actuaron e irrumpieron en los inmuebles, no habiéndose evidenciado el acto ilícito de forma directa.

Tercero.- En el supuesto que, si hubiese sucedido que los agente policiales en el momento hubiesen visto que se estaba comercializando la droga y producto de esto el agente hubiese intentado escapar, originándose inmediatez la persecución del mismo, es decir que aquí estuviésemos introducidos al otro requisito de la flagrancia, ya que el que cometió el delito huyo, pero para que esto se aplicará al caso concreto tendría que alguien haber visto directamente el accionar ilícito.

Por eso, de todo lo mencionado se concluye que no es posible, que haya habido flagrancia puesto que no se cumplió con los presupuestos de la misma, y al no haber habido tampoco autorización judicial, las pruebas no debieron ser valoradas por el Juzgado Colegiado, por cuanto se trataba de una prueba prohibida.

7.2. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA (SALA DE APELACIONES)

7.2.1. Crítica

Caso contrario ocurre en la segunda Instancia. Aquí, la Sala de Apelaciones reconoce que no se trató de un supuesto de flagrancia, también reconoce que no dictó previamente una orden o autorización judicial para el allanamiento, agregando a todo ello que se trató de una prueba ilícita, y por lo tanto decide aplicar una de las excepciones a la regla de exclusión, en concreto la teoría de la ponderación.

Es aquí, donde el asunto es determinar si aplicó o no correctamente esa excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, refiriéndonos a la teoría de la ponderación. Y es, en nuestra opinión y criterio personal, que no se hizo de la forma correcta, por cuanto solo señala que la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Colegiado, solo verificó que el perjuicio causado a los derechos fundamentales de los procesados, como son la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones se dió ante el interés mayor del Estado en descubrir el delito de tráfico ilícito de drogas.

Sin embargo, se tiene que poner énfasis y mencionar que la Sala no analizó si esa evaluación hecha por el Juzgado Colegiado es racional o correcta, es más ni siquiera menciona cuales son los criterios o elementos que deben ser valorados al utilizar la excepción de la teoría de la ponderación (también llamado proporcionalidad), como son los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Además de ello, se demostró que la Sala no analizó la sentencia de primera instancia, y tampoco lo hace al momento de redactar la sentencia de segunda instancia, simplemente se limita a decir que en aplicación de la mencionada teoría de la ponderación prevalece el interés superior del Estado en perseguir y sancionar el delito; lo cual no se condice en la sentencia con una debida

motivación; ya que esta exige una justificación, que se explique porqué tal o cual medida debe prevalecer en el caso concreto, y se debió detallar porqué se debe ceder o sacrificarse los derechos fundamentales aludidos como son el derecho a la inviolabilidad de domicilio y derecho al secreto de las comunicaciones; en otras palabras no detalló ni mucho menos justificó de manera detallada porqué en el caso concreto debe aceptarse la vulneración a los derechos fundamentales.

Y finalmente para terminar la crítica a la sentencia de la Sala de Apelaciones, es que se debió analizar los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y recién ahí determinar que debía prevalecer en el caso concreto, si la exclusión del material probatorio ilícito por afectación de derechos fundamentales o por el contrario su actuación y valoración para sancionar el delito materia del proceso, a pesar de que se hubieren vulnerado los derechos fundamentales.

7.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

7.3.1. Crítica

Sin embargo, aquí el Tribunal Constitucional parece coincidir en parte con la sentencia de primera instancia, es decir sostiene o da a entender que no se trata de una prueba ilícita, sino antes bien de una prueba lícita, pues se habría actuado en un supuesto de flagrancia delictiva. Y aquí viene otra vez, el cuestionamiento, pues si en segunda instancia se determinó por la sala penal que no habría flagrancia, y que por lo tanto si se trató de una prueba ilícita, el Tribunal Constitucional parece contradecir esta sentencia de segunda instancia, sin embargo no hace alusión a ella en ningún momento.

Por lo tanto observamos que en este caso, se da que en un primer momento y se dice que la prueba es ilícita y se actuó en flagrancia, aunque de manera incomprensible se aplica la teoría de la ponderación (sentencia de primera

instancia), luego en un segundo momento la sala penal le da la razón a los apelantes procesados, al sostener que no hubo flagrancia y que sí se trató de prueba ilícita, aplicando una de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, esto es la teoría de la ponderación, aunque no explica o al menos justifica como se aplicó, ni porque se aplicó dicha teoría y a final terminó dando mayor valor a la persecución de los delitos en desmedro de la protección de los derechos fundamentales.

Es decir no dice porque en el caso concretó se acepta la vulneración de derechos fundamentales, ni tampoco hace mención a cuál es la fórmula que debe utilizarse para determinar el peso y valor de dos intereses aparentemente contrapuestos como lo serían la persecución y sanción de los delitos o la protección de los derechos fundamentales como son la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior) y finalmente el Tribunal Constitucional sin tomar en cuenta lo sostenido por la Sala Superior Penal, vuelve al criterio de sostenido en primera instancia, es decir que en el caso concreto se trató de un supuesto de flagrancia delictiva, sin embargo la supuesta existencia de flagrancia en el caso concreto fue descartado por la Sala Penal en segunda instancia.

Entonces se evidencia que en las resoluciones no existió unanimidad en los criterios, a pesar que el resultado de todas ellas confirme siempre la inicial (sentencia de Juzgado Colegiado), ni tampoco motivó cuál es la fórmula, ni los criterios que se utiliza para determinar el peso de intereses contrapuestos.

CAPITULO VIII

, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. CONCLUSIONES

- El proceso penal es el cauce institucional para la aplicación del *ius puniendi* del Estado, es decir tiene como objetivo la aplicación o realización del derecho penal material, debiendo entenderse cuando se habla de “actuación” del *ius puniendi* no solo se refiere a la función de aplicación de una sanción penal únicamente a través del proceso penal, sino a la realización de todos los fines del derecho penal material, entre los cuales tenemos el resguardo de bienes jurídicos, es decir, procura en última instancia a la realización de protección de los derechos fundamentales de toda persona.

- La prueba es el método más confiable para lograr descubrir la verdad real, constituyendo una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales, así mismo constituye una actividad pre ordenada por la ley, que se encuentra dirigida por la autoridad judicial; la misma que debe estar sometida a una ordenación que supone establecer limitaciones y condicionamientos. Siendo su función de la prueba buscar la verdad sobre los hechos materia de investigación; y, la finalidad de la misma será crear convicción en el juez.

- Si bien no hay uniformidad en la doctrina al determinar el concepto de prueba prohibida, prueba ilícita y prueba irregular, hemos adoptado la postura restringida de modo tal que se puede conceptualizar a la prueba prohibida como aquella que ha sido obtenida por vulneración de derechos fundamentales, y que no puede ser valorada en ningún caso, dando lugar a la nulidad de la misma. Mientras que la prueba irregular es aquella obtenida con vulneración de normas ordinarias del proceso, siendo que en determinadas circunstancias si puede ser objeto de valoración.
- Por otro lado, las reglas de exclusión (exclusionary rule), son las exigencia de aquellas fuentes o medio de pruebas que hayan sido incorporadas al proceso mediante vulneración de derechos constitucionales, los cuales no producen ningún tipo de efecto legal, es decir la consecuencia es que no deberán ser admitidas ni valoradas en el proceso. Su fundamento se rige de acuerdo al modelo que ha adoptado, es por eso que de acuerdo al sistema norteamericana, el fundamento es el efecto disuasorio que se tiene frente a los actos de los policías; mientras que para el sistema Euro continental el fundamento de esta regla de exclusión es la preeminencia de los derechos fundamentales y su respeto frente a cualquier actividad.
- La doctrina como a nivel jurisprudencial han elaborado excepciones a la regla de exclusión probatoria, es por ello que la regla de exclusión procede al verificar y analizar un vicio dentro del proceso de formación de un acto procesal, siendo imposible su subsanación, exigiéndose una conexión causal entre el acto vulnerador de derechos fundamentales y el acto de investigación obtenido.
- Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita son: Excepción de la buena fe, Teoría del Riesgo, Fuente independiente y Ponderación de intereses o balancing test, entre otras. Respecto a esta última en mención, diremos que se da en los casos en los cuales existe un conflicto de intereses; es decir, el interés de la persecución penal y la protección de la personalidad

del imputado (al haber vulneración de los derechos fundamentales); pues la valoración de la prueba se encuentra justificada por ser mayor el beneficio obtenido que el perjuicio causado a los apelantes, es por ello que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad se exige un análisis en tres niveles que son : los sub principios de idoneidad, necesidad o de intervención mínima y proporcionalidad strictu sensu.

- Por último, respecto al caso en concreto concluimos que se ha demostrado que no se ha aplicado adecuadamente la teoría de la ponderación de la prueba ilícita, porque como se ha señalado no hubo una adecuada motivación de las resoluciones tanto judiciales como fiscales, al momento de determinar si es prueba ilícita o no, es decir no se justificó en ninguna, la teoría de la ponderación puesto que en primera instancia sostiene que es prueba legal, luego repentinamente cambia de argumento el juzgado y dice que es por flagrancia delictiva y es por ello que se realizó el allanamiento sin autorización judicial, en segunda instancia la Sala opta y apoya la tesis de la defensa y menciona que si efectivamente hay prueba ilícita y que no hay flagrancia delictiva, no dejando claro la posición que toma, puesto si es prueba ilícita entonces ya no tendría por qué ser valorada en el proceso; pero sin embargo la Sala no hace mención a esto y repentinamente en fin de salvaguardar al Estado es que realiza un juicio de la teoría de la ponderación entre los intereses contrapuestos, pero sin embargo no especifica ni motiva bien su resolución respecto a cuales son los pasos, o criterios que ha seguido para determinar que el beneficio obtenido por el Estado es mayor al perjuicio causado a los imputados.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los miembros del Poder Judicial y Ministerio Público, que al momento de emitir sus resoluciones las motiven adecuadamente; y más aún cuando traten el tema en cuestión es decir, cuando pretendan utilizar la Teoría de la ponderación como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita; pues estas (resoluciones) deben ser motivadas, justificadas y explicadas para entender cuándo es que se deben utilizar las fórmulas o pesos que se debe aplicar en cada caso en concreto cuando existen intereses contrapuestos.
- Asimismo, se recomienda implementar cursos de capacitación dirigidos a los miembros del Ministerio Público, Poder Judicial así como también a la Policía Nacional del Perú con la finalidad que ante hechos similares a los que hemos estudiado, puedan actuar con la debida cautela, motivación y rigurosidad que implica un proceso penal, pues el tema a tratar no es fácil de manejarlo porque hay intereses contrapuestos, y no puede a la misma vez verse desprotegido la esfera de protección de los derechos fundamentales.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

- ASECIO MELLADO, José María (2016). *Derecho Procesal Penal. Estudios fundamentales*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- ASECIO MELLADO, José María. (2008) “Prueba Ilícita y lucha anticorrupción” El caso del allanamiento y secuestro de los “vladivideos”, Grijley.
- CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2009). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano*. Jurista Editores.
- ANGULO MORALES, Marco Antonio (2012). *El derecho probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano*, Gaceta Penal Jurídica.
- GARCIA DEL RÍO, Flavio (2005). *La Prueba en el proceso Penal*, Ediciones Legales -Editorial San Marcos, Lima.
- JAUCHEN, Eduardo (2004). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- MIXAN MASS, Florencio. (2005). *Cuestiones Epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la Prueba*, Ediciones BLG.
- NEYRA FLORES, José Antonio (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Lima: Idemsa.
- NEYRA FLORES, José Antonio (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de litigación Oral*, Idemsa.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio (2016). *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ORE GUARDIA, Arsenio (2015). *Manual Derecho Procesal Penal- La Prueba en el Proceso Penal*, Editorial Reforma, TOMO III.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2014). *Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnica de Litigación Oral – Derecho Procesal Penal*. TOMO I, Editorial Rodas.
- ROSAS YATACO, Jorge (2009). *Derecho Procesal Penal*, Jurista Editores.

- REYNA ALFARO, Luis Miguel (2015) *Manual de derecho Procesal Penal*. Instituto Pacífico.
- SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan (2017). *La Prueba Prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal Peruano*. Gaceta Jurídica.
- SANCHEZ VELARDE, Pablo (2009). *El Nuevo Proceso Penal*, Idemsa.
- SAN MARTÍN CASTRO, César (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*; Lima: Academia de la Magistratura.
- VILLEGAS PAIVA, Elky (2015). “La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamento, efectos y excepciones”. En: *La prueba en el proceso penal*. Mercedes Herrera Guerrero y Elky Villegas Paiva (coordinadores). Lima: Instituto Pacífico.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta.

Referencias hemerográficas

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2010). “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Cataluña.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. (2003). “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. En: *Jueces para la democracia*. Nº 47, Madrid: Asociación Jueces para la Democracia. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668798.pdf>
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2004). “Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penas de las conversaciones grabadas en ellos”. En: *Revista Penal* Nº 14, Barcelona: La Ley. Recuperado de: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/194/188>

- ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio (2009) “Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas a través de ‘trampas de escuchas’”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLII, N° 124, México D.F.: UNAM. Recuperado en:
<http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/15222/14471>

Referencias electrónicas.

- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “El problema de la Prueba ilícita: Un conflicto de Derechos. Una perspectiva Constitucional Procesal”, En *Themis*, segunda época, nro. 43, 2001, Lima, pp. 143. Recuperado en:
http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/el_problema_d_e_la_prueba_ilicita.pdf
- GINER ALEGRÍA, César Augusto. Prueba Prohibida y Prueba Ilícita. En *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. N° 26, 2008. P.588. Recuperado en:
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113751/107781>

Tesis.

- ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel (2012). *La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado en:
<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf;jsessionid=8CB1D1E702DEAD31BB7F2264EE5C755B?sequence=1>
- CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2008). *Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana*. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado en:
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/203/1/Castro_th.pdf