

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**INCLUSIÓN DE LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA
ILÍCITA Y LAS EXCEPCIONES A LA REGLA EN EL PROCESO
PENAL PERUANO PARA UNA EFICACIA PROBATORIA EN
TIEMPOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN**

TESIS

PRESENTADA POR:

EFRAÍN CONDORI VENEGAS
LUPO AGUSTÍN ZAPANA SANIZO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXV

PUNO – PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

INCLUSIÓN DE LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y
LAS EXCEPCIONES A LA REGLA EN EL PROCESO PENAL PERUANO
PARA UNA EFICACIA PROBATORIA EN TIEMPOS DE CRIMINALIDAD
ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN

TESIS PRESENTADA POR:

EFRAÍN CONDORI VENEGAS
LUPO AGUSTÍN ZAPANA SANIZO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO



APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE

Abog. Peter Jesús Manzaneda Cabala

PRIMER MIEMBRO

:
Abog. Juan José Barrios Estrada

SEGUNDO MIEMBRO

:
M.Sc. Wilder Ignacio Velazco

DIRECTOR

:
Abog. Julio Jesús Cuentas Cuentas

ÁREA : Ciencias Sociales
LÍNEA : Derecho
SUB LINEA : Derecho Procesal Penal
TEMA : Prueba Penal y el Proceso Penal Peruano

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 31 DE OCTUBRE DEL 2018

DEDICATORIA

A Dios por darme fortaleza para continuar cuando a punto de caer he estado; por ello con toda la humildad, de corazón dedico en primer lugar mi trabajo a Dios.

Efraín y Lupo.

AGRADECIMIENTO

“A la Universidad Nacional del Altiplano - Puno, por la oportunidad que nos brinda, a los estudiantes que buscan superarse académicamente.

A mis compañeros de estudio del pre-grado; a todas las personas quienes han contribuido de manera directa e indirecta en el logro y desarrollo de la presente investigación. A todos, mis agradecimientos”.

Efraín y Lupo.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURA	9
ÍNDICE DE CUADROS.....	10
ÍNDICE DE ACRÓNIMO	11
RESUMEN.....	12
ABSTRACT	13
I. INTRODUCCIÓN	14
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	16
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	19
1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	19
1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	20
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	23
II. REVISIÓN DE LITERATURA	24
2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL	24
2.1.2. A NIVEL NACIONAL.....	35
2.1.3. A NIVEL LOCAL	38
2.2. MARCO TEÓRICO	39
2.2.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	39
2.2.1.1. GENERALIDADES	39
2.2.1.2. ELEMENTO DE PRUEBA	41
2.2.1.3. ÓRGANO DE PRUEBA	45
2.2.1.4. MEDIO DE PRUEBA	46
2.2.1.5. OBJETO DE LA PRUEBA	47
2.2.1.6. SÍNTESIS	48
2.2.1.7. CARACTERES DE LA PRUEBA PENAL.....	49
2.2.1.8. ELEMENTOS DE HECHO Y DERECHO EN EL PROCESO PENAL	50
2.2.1.9. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA	51
2.2.1.10. FINALIDAD DE LA PRUEBA	53

2.2.1.11. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA.....	54
2.2.1.12. LOS PRINCIPIOS.....	54
2.2.1.13. VERDAD REAL Y VERDAD PROCESAL	56
2.2.1.14. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA	57
2.2.1.15. ESTADOS INTELECTUALES DEL JUEZ RESPECTO DE LA VERDAD.	58
2.2.2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL	60
2.2.2.1. CONCEPCIÓN	60
2.2.2.2. PRUEBA ILÍCITA Y DE PRUEBA IRREGULAR	65
2.2.2.3. CLASIFICACIÓN	66
2.2.2.4. EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	68
2.2.2.4.A. LA PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y DE VALORACIÓN.....	68
2.2.2.4.b. EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA ILÍCITA	70
2.2.3. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	72
2.2.3.1. ORIGEN	72
2.2.3.2. FUNDAMENTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	75
2.2.3.3. MODELO NORTEAMERICANO	76
2.2.3.4. MODELO EUROPEO-CONTINENTAL	77
2.2.3.5. LA POLÉMICA SOBRE EL ALCANCE Y SU TRATAMIENTO DOCTRINARIO	78
2.2.3.6. POSICIONES TEÓRICAS	79
2.2.3.7. LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.....	80
2.2.3.8. LAS PRUEBAS ILÍCITAS POR DERIVACIÓN.....	80
2.2.4. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA.	81
2.2.4.1. SEGÚN EL PROFESOR DANIEL SALA.....	81
2.2.4.1.a. LA PRUEBA JURÍDICAMENTE INDEPENDIENTE	81
2.2.4.1.b. LA TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE.....	82
2.2.4.1.c. HALLAZGO CASUAL	82
2.2.4.1.d. LA CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD	83
2.2.4.1.e. CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL INculpADO CONTINUANDO CON LAS EXCEPCIONES.....	83
2.2.4.1.f. LA REGLA DE LA BUENA FE	84
2.2.4.2. SEGÚN EL PROFESOR ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	85

2.2.4.2.1. LA PRUEBA PROHIBIDA Y LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN	85
2.2.4.2.2. TEORÍAS DE LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN	85
2.2.5. EL DEBIDO PROCESO PENAL	87
2.2.5.1. CONCEPCIÓN	87
2.2.5.1.a. EL DEBIDO PROCESO ADJETIVO O FORMAL	89
2.2.5.1.b. EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO	90
2.2.6. JURISPRUDENCIA NACIONAL DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	92
2.2.6.1. PRUEBA ILÍCITA Y EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN	92
2.2.6.2. LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA (PROHIBIDA) EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA	98
2.2.6.2.i. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA	98
2.2.6.2.ii. PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA IRREGULAR	100
2.2.6.2.iii. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA PROHIBIDA	101
2.2.6.2.iv. EXCEPCIONES A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA PROHIBIDA	103
2.2.7. MARCO JURÍDICO-NORMATIVO	106
2.2.7.1. NORMATIVA NACIONAL	106
2.2.7.1.a. EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL	106
2.2.7.1.b. EN LA CONSTITUCIÓN, CORTE SUPREMA Y EL TC.	106
2.2.7.1.c. NORMATIVA INTERNACIONAL	106
2.3. MARCO CONCEPTUAL	107
2.3.1. PRUEBA ILÍCITA	107
2.3.2. REGLAS DE EXCLUSIÓN	107
2.3.3. DEBIDO PROCESO	108
2.3.4. DERECHOS FUNDAMENTALES	109
2.3.5. DERECHO A PROBAR	109
2.3.6. DERECHO A LA VERDAD	110
2.3.7. PROCESO PENAL	111
2.5. OPERACIÓN DEL EJE TEMÁTICO (dimensiones, indicadores, Método, Técnica e Instrumento), en el Marco del MAPIC	112

III. MATERIALES Y MÉTODOS	113
3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	113
3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	113
3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	114
3.2. OBJETO DE ESTUDIO.....	115
3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO	115
3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	116
3.4.1. MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA	116
3.4.2. LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	120
3.4.3. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	121
3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS).....	122
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	124
4.1. SUB CAPITULO N° 01.....	125
4.2. SUB CAPITULO N° 02.....	137
4.3. SUB CAPITULO N° 03.....	147
V.CONCLUSIONES.....	155
VI. RECOMENDACIONES	158
VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	160

ÍNDICE DE FIGURA

FIGURA 1: SISTEMATIZACIÓN DEL MÉTODO SISTEMÁTICO	118
---	-----

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 1: SÍNTESIS DE LAS CATEGORÍAS DE LA PRUEBA.....	49
CUADRO 2: EXCEPCIONES A LAS CONSECUENCIAS DE LA PRUEBA ILÍCITA	103

ÍNDICE DE ACRÓNIMO

Const.	: Constitución
CC.	: Código penal
CPP	: Código Procesal Penal
PI.	: Prueba Ilícita
JP.	: Juzgado Penal
D.V.	: Derecho a la Verdad
D.F.	: Derechos Fundamentales
TC	: Tribunal Constitucional
P.I.	: Prueba Irregular
P.P.	: Prueba Prohibida
Ibídem	: Ahí mismo
Juris.	: Jurisprudencia
D. L.	: Decreto Legislativo
Art.	: Artículo
Ob. Cit.	: Obra citada
Et al.	: Cita de varios Autores
pp.	: Páginas
p.	: Página
F.J.	: Fundamentos Jurídicos
Sic.	: Así está

RESUMEN

La investigación aborda sobre la prueba ilícita (reglas de exclusión y las excepciones) y su inclusión en el Código Procesal Penal, para tal efecto se analizó la jurisprudencia y la doctrina desde una mirada teórica y práctica. El estudio fue desarrollado con el OBJETIVO: Proponer la inclusión de las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión en el Código Procesal Penal y analizar las implicancias en el debido proceso y en la persecución de la organización criminal. METODOLOGÍA: La investigación tuvo un enfoque cualitativo y se siguió el DISEÑO dogmático-propositivo. En cuanto a los resultados obtenidos se llegó a las siguientes CONCLUSIONES: Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable; ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admite e incorpora válidamente en el proceso penal. Las excepciones a la prueba ilícita tienen implicancia negativa en el debido proceso y una implicancia positiva en la persecución de la organización criminal.

Palabras claves: Prueba ilícita, reglas de exclusión, debido proceso, derechos fundamentales y derecho a probar.

ABSTRACT

The investigation of the unlawful evidence and its inclusion in the Criminal Procedure Code, for this purpose, the criminal procedural regulations were analyzed from a theoretical and practical perspective. The study was developed with the OBJECTIVE: to establish and analyze the rules of exclusion of the illegal evidence, the exceptions to the exclusion rule and the implications in the process. METHODOLOGY: The research had a qualitative approach and the dogmatic DESIGN was followed. Regarding the results obtained, the CONCLUSIONS were reached: The exclusion rules refer to the following assumptions; fundamental rights, irregularity and the incorporation of fundamental rights, irregularity in obtaining and incorporation, and evidence that is derived from an illicit source, assumptions that must be evaluated in terms of the purposes, guarantees and effectiveness of the criminal process. While the exceptions to the exclusion rules are determined by the following criteria; independent source, attenuated link, inevitable discovery; however, the evidence of illicit origin that is admitted and validly incorporated in the criminal process, and the proof of illicit source that is excluded by fundamental rights has a direct implication in due process.

Keywords: Illicit evidence, rules of exclusion, due process, fundamental rights and the right to prove.

I. INTRODUCCIÓN

La exclusión de la prueba ilícita, se puede abordar de dos perspectivas, desde una perspectiva clásica, que tiene un fundamento constitucional de reafirmación de los derechos fundamentales; mientras que el fundamento de la segunda perspectiva es evitar las conductas policiales violatorias de los derechos fundamentales, un mecanismo de afinamiento de la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ahí es que se habla de las excepciones a las reglas de exclusión. Ahora bien, la consecuencia de la primera perspectiva es excluir la prueba ilícita por ser atentatoria a los derechos constitucionales, sin embargo, la segunda perspectiva propone como consecuencia castigar a las agencias o personas que han ocasionado o producido la prueba ilícita, mas no la exclusión de la prueba, sino buscar la ponderación, ahí está la diferencia central de las dos vertientes de los fundamentos a cerca de la prueba ilícita.

Ahora, desde una tercera percepción podemos sostener que la aplicación de la prueba ilícita tiene un fundamento en enfrentar la criminalidad organizada, sacrificar algunos tópicos constitucionales, a fin de llegar y probar los delitos cometidos por las empresas de fachada, vinculas al crimen organizado nacional o transnacional, y el otro fundamento descansa en el derecho a la verdad, llegar a la verdad de los hechos investigados incluso sacrificando algunas garantías constitucionales y ahí es donde aparece la ponderación, realizar una operación ponderando adecuadamente los derechos en juego, si el resultado de esta operación fuera positivo, entonces se incorpora dicho medio de prueba en el proceso penal, sin mayor restricción. Es así que:

En la introducción se establece el planteamiento del problema de investigación; que abarca la descripción del problema, formulación del problema, las limitaciones, la delimitación de la investigación, la justificación del problema y los objetivos de la investigación.

En la revisión de la literatura se considera el marco teórico, donde se desarrolla los antecedentes, sustento teórico, marco conceptual y la operación de unidades de estudio; que nos dan una visión de los pormenores teóricos empleados en el desarrollo de esta investigación.

En los materiales y métodos se encuentra el diseño metodológico de la investigación, considerando el tipo y diseño de la investigación, el universo de estudio, la ubicación y descripción del universo de estudio, las técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Por último, **en los resultados y discusiones** se hace referencia a los resultados de la investigación, tomando en cuenta los objetivos logrados en cuanto a las unidades de estudio analizadas y discutidas con teorías, doctrina y la jurisprudencia.

Finalmente, como en toda investigación, se presenta las conclusiones a las que se ha llegado y en función de ella se realizó las respectivas sugerencias. Además, se presenta la referencia bibliográfica y los anexos correspondientes.

Los Autores (2018)

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La problemática surge a partir de los pronunciamientos y el debate doctrinario, respecto a las reglas de exclusión probatoria, es así, que los doctrinarios procesalistas, por un lado sostienen que cualquier medio probatorio que se haya obtenido con vulneración a los derechos fundamentales debe ser una regla ineludible de exclusión por constituir prueba ilícita, mientras que el otro grupo de procesalistas sostienen lo contrario, en el sentido que la prueba ilícita puede entrar y ser válidamente admitida en un proceso penal, ello en mérito del derecho a la verdad y el principio de proporcionalidad.

La regla básica en su versión clásica, parte de la base que toda prueba que vulnera los derechos constitucionales debe ser expulsada, anulada; pero en la jurisprudencia existe diversos contrastes; algunos tribunales partiendo del mismo hecho factico llegan a diferentes conclusiones, es decir, para unos si es prueba ilícita y para otros no es prueba ilícita, el asunto es argumentación, demostración de los fundamentos para llegar a uno u otro resultado, pero el asunto no queda ahí sino, básicamente el punto central del debate es desarrollar los criterios, reglas y presupuesto, para sostener en que estos supuestos estamos ante una prueba ilícita, cuáles son sus excepciones y cuál es la implicancia de la prueba ilícita en el debido proceso.

Ahora bien, la investigación que se propone, está centrado en tres dimensiones de estudio; (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

La primera dimensión de estudio tiene su fundamento en el principio “la prueba no puede ser obtenida vulnerando los derechos fundamentales”, sin embargo, este principio de un tiempo a esta parte ha ido relativizándose (flexibilizándose), no solo porque ha variado la concepción a cerca de la prueba, comprendiéndose en la actualidad como fuente dinámica para probar los hechos, sino básicamente se flexibiliza el principio antes indicado, a fin de enfrentar la criminalidad organizada (nacional o transnacional), los delitos de orden económico se cometen con alto nivel de sofisticación, ello justamente ocasiona que este delito sea de difícil probanza, es así, que los agentes de investigación recurren a interceptaciones telefónicas, allanamiento de domicilios, detenciones, incautaciones de documentación de las empresas involucrados en la comisión de ilícitos penales, y la utilización de la prueba trasladada, por ejemplo en la Ley 30077, Ley de crimen organizado.

El segundo componente de estudio, tal como se señaló líneas arriba, tiene que ver con las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, aquí el debate es más intenso, porque se tolera la violación de los derechos constitucionales en ciertas circunstancias o supuestos; al respecto la doctrina ha dado algunas pautas, para su aplicación: 1.- Buena fe del quien descubrió la prueba, 2.- Fuente independiente, 3.- Nexo de causalidad atenuado, 4.- Descubrimiento inevitable, 5.- Urgencia, 6.- Consentimiento, 7.- Fruto del árbol envenenado, 8.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, el asunto aquí no está en descubrir cuantas excepciones existen sino cual es la justificación para que estas excepciones sean aplicadas en los casos concretos, los fundamentos que lo respaldan, porque se quiera o no, estamos ante la

vulneración de un derecho fundamental, y necesitamos un argumento estándar para justificar su aplicación .

La tercera dimensión de estudio, desarrolla la implicancia de la prueba ilícita en el debido proceso, aquí notamos que para determinar esta dimensión necesitamos previamente desarrollar, si la procedencia de la prueba que se pretende incorporar al proceso penal, es lícita o ilícita, en el escenario de que estamos ante una prueba ilícita, pese a ello ha sido incorporado en el proceso penal, y valorado por el órgano judicial y dictado sentencia condenatoria con la prueba en cuestión, entonces indudablemente se afectó la garantía procesal del debido proceso penal, se flagela totalmente esta garantía constitucional en su componente del derecho a la prueba y el derecho a defensa, y no solamente ello sino la libertad de un ser humano.

Estos son los puntos controvertidos que motivaron la presente investigación.

Es así como nace la necesidad de generar planteamientos para buscar soluciones en la doctrina y la jurisprudencia para delimitar y planear las reglas de exclusión probatoria, las excepciones a las reglas de exclusión y la prueba ilícita y su implicancia en el debido proceso penal.

Por estas consideraciones se delimitó la problemática en los siguientes términos:

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cuáles son los presupuestos de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión para incluir en el proceso penal peruano y que implicancias tiene en la persecución de la criminalidad organizada?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1.- ¿Cuáles son los presupuestos para excluir la prueba ilícita y bajo que fundamentos dogmáticos?

2.- ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y bajo que fundamentos?

3.- ¿Las excepciones a la prueba ilícita que implicancias tiene en el debido proceso y en la persecución de la criminalidad organizada y corrupción?

1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL

Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, deben considerarse los fines del Derecho penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, del vínculo atenuado, del descubrimiento inevitable; es así que la prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso

1.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

1.- Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos: A.- Que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Deben considerarse los fines del Derecho penal, C.- Tener bien en claro cuál es el alcance del debido proceso, D.- La prueba ilícita debe ser declarada judicialmente como tal para que no tenga efectos probatorios; y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

2.- En un estado democrático de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están delimitados por las siguientes reglas: A.- fuente independiente, B.- Del vínculo atenuado, C.- Del descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.

3.- La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La investigación desarrollada se justifica porque aborda un tema de interés, de actualidad y controvertido, debido a que existen diversos niveles de análisis discrepantes entre los mismos, relacionado con la prueba ilícita, para tal efecto

la investigación analiza y debate sobre tres componentes de estudio: (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

El aporte fundamental de la investigación es haber delimitado, los criterios, las reglas, y los presupuestos para excluir la prueba ilícita, y en esta línea, un asunto no menos importante que se propone es referido al porque se da el debilitamiento de las reglas de exclusión. Por otro lado, el aporte de la tesis radica en haber establecido, las excepciones a la regla de exclusión probatoria, ello en el marco de las teorías, doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado. Y como tercer aporte del estudio es desarrollar la prueba ilícita y su implicancia en el debido proceso penal, este último es importante porque se estableció que la prueba ilícita afecta directamente el debido proceso, porque justamente es aquella que se ha obtenido con violación a los derechos fundamentales.

El fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, se puede abordar de dos perspectivas, desde una perspectiva clásica, que tiene un fundamento constitucional de reafirmación de los derechos fundamentales; mientras su fundamento de la segunda perspectiva es evitar las conductas policiales violatorias de los derechos fundamentales, un mecanismo de afinamiento de la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ahí es que se habla de las excepciones a las reglas de exclusión. Ahora bien, la consecuencia de la primera perspectiva es excluir la prueba ilícita por ser atentatoria a los derechos constitucionales, sin embargo, la segunda perspectiva propone como consecuencia castigar a las agencias o

personas que han ocasionado o producido la prueba ilícita, mas no la exclusión de la prueba, sino buscar la ponderación, ahí está la diferencia central de las dos vertientes de los fundamentos a cerca de la prueba ilícita.

Ahora, desde una tercera percepción podemos sostener que la aplicación de la prueba ilícita tiene un fundamento en enfrentar la criminalidad organizada, sacrificar algunos tópicos constitucionales, a fin de llegar y probar los delitos cometidos por las empresas de fachada, vinculadas al crimen organizado nacional o transnacional, y el otro fundamento descansa en el derecho a la verdad, llegar a la verdad de los hechos investigados incluso sacrificando algunas garantías constitucionales y ahí es donde aparece la ponderación, realizar una operación ponderando adecuadamente los derechos en juego, si el resultado de esta operación fuera positivo, entonces se incorpora dicho medio de prueba en el proceso penal, sin mayor restricción.

La investigación, no se queda únicamente con los aportes que se realiza en función a cada dimensión de estudio, sino el aporte más importante radica en plantear una iniciativa legislativa, donde se materializa los criterios y reglas de exclusión probatoria, las excepciones a las reglas de exclusión, en tal sentido se propone la inclusión en el capítulo de la prueba, los criterios antes señalados, para que su aplicación no genere dudas, y se haga conforme al principio de legalidad procesal.

Como se puede verificar, el problema expuesto se halla en discusión; por tanto, el objeto de la presente investigación fue analizar con mayor profundidad la temática y plantear las alternativas de solución. Éstos son los aportes que justifican la investigación.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVOS GENERAL

Proponer la inclusión de las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión en el Código Procesal Penal y analizar las implicancias en el debido proceso y en la persecución de la organización criminal.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Establecer los presupuestos para excluir la prueba ilícita y bajo que fundamentos dogmáticos.
- 2.- Analizar y establecer las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y bajo que escenarios.
- 3.- Analizar la posible implicancia de la prueba ilícita en el debido proceso penal y en la persecución de la organización criminal.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional (Derecho comparado) se encontró estudios materializados en tesis científicas y/o jurídicas, referidos al tema, materia de estudio; asimismo, se recabó trabajos materializados en artículos jurídicos publicadas en la página virtual de internet, la cual se citó y se tomó como punto de referencia para realizar el presente estudio:

1.- Tesis Publicada por LUZ DARY GONZALES RODRIGUEZ y FRANCINE ARIAS GALVIS (2015), titulada: **“EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ÍLICITA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CON TENDENCIA ACUSATORIA LEY 906 DE 2004”**, tesis de grado de la Universidad de San Buenaventura – Santiago de Cali, Colombia.

Teniendo como planteamiento principal: De igual forma se plantea como objetivo general de éste trabajo: identificar si las excepciones de la prueba ilícita, son medios que viabilizan su licitud sin importar que haya vulneración de derechos fundamentales y de medios legales para su obtención. Y como objetivos específicos, se plantean los siguientes: 1) Examinar la figura jurídica de la prueba ilícita dentro del proceso penal, a partir de la Constitución Política de 1991. 2) Conceptualizar la figura jurídica de las excepciones de la prueba ilícita y los casos en que procede, conforme al sistema procesal penal acusatorio colombiano, reglamentado mediante la ley 906 de 2004. 3)

Determinar la relevancia que adquiere la regulación de la cláusula de exclusión, que propone algunas excepciones a dicha regla general.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Las pruebas ilícitas están sometidas a la regla de exclusión, esto por cuanto el Constituyente ha incorporado la nulidad de la prueba obtenida por fuera del debido proceso. Sin embargo, este mandato es limitado ya que se tiene previstos excepciones que contribuyen a subsanar las ilicitudes que los entes de investigación y los particulares incurran en la obtención de la prueba. (ii) Las excepciones de la prueba ilícita posibilitan potencialmente la valoración de la prueba obtenida, con violación del debido proceso, esto dado que el sistema procesal penal al incorporarlas busca eficacia en la persecución penal y tal como se encuentran previstas; por tal razón podemos concluir que las excepciones del “descubrimiento inevitable, fuente independiente y vinculo atenuado”, dan lugar a que se valore las pruebas ilícitas en casos particulares. (iii) El Juez debe tener en cuenta las reglas de la experiencia y de la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito. (p. 29-30) Santiago de Cali, Colombia.

2.- Tesis publicada por JOSÉ MANUEL ALCAIDE GONZÁLEZ (2012), titulada: “**LA EXCLUSIONARY RULE DE EE.UU. Y LA PRUEBA ILÍCITA PENAL DE ESPAÑA**”, tesis de post-grado de la Universidad Autónoma de Barcelona - España.

Teniendo como planteamiento principal: La investigación jurídica del presente trabajo se halla encaminada al estudio y comparación de la institución procesal de la prueba ilícita o prueba inconstitucional de España con su homóloga de los EE.UU., denominada exclusionary rule o regla de exclusión. En su planteamiento inicial había que tener presente una distintiva premisa básica, dadas las considerables diferencias que median entre ambas culturas jurídicas. En términos generales a priori una posible comparación de una institución procesal del derecho de los países del Common Law, como es el caso de EE.UU. y el Derecho propio del sistema continental, Romano–Germánico, en nuestro caso de España, me parecía insalvable aunque los expresados contrastes pueden ser obviados o atenuados si tenemos en cuenta la consideración de que en ambos sistemas existen principios doctrinales, característicos de la dogmática jurídica, auténticas Constituciones democráticas, con derechos fundamentales o Enmiendas y todo ello potencialmente refrendado por el acercamiento de las culturas, la supresión de fronteras y la globalización. La regla de exclusión o exclusionary rule me resulta una materia muy atrayente, en especial por el hecho de tener que remontarse a unos orígenes decimonónicos en EE.UU. en contraste con lo sucedido en España unos cien años después inspirándose en la Jurisprudencia americana.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) LA EXCLUSIONARY RULE O REGLA DE EXCLUSIÓN. Esta institución procesal fue una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América siendo su primer precedente el caso, Boyd vs US, resuelto en 1886. La citada resolución prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita

por un agente de la autoridad federal. En EE.UU. y de forma paralela fue conformándose la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado. Ésta surge por primera vez en 1920, a partir de unas intervenciones telefónicas ilegales, pero no se acuña esta expresión hasta 1939. Es sabido que esta doctrina otorga la nulidad de las pruebas que se derivan de otras directas obtenidas de modo inconstitucional, produciendo una especie de efecto dominó en su validez valorativa por el juzgador. En España, el reconocimiento jurisprudencial de la prueba ilícita llegó casi cien años después que en EEUU. Sucede en 1984 cuando el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de noviembre de 1984 (STC. 114/1984) valiéndose de un caso laboral común se pronuncia sobre la prueba ilícita. Ya en esta primera Sentencia se cita profusamente jurisprudencia norteamericana, de lo que se infiere una significativa inspiración doctrinal del Tribunal Constitucional de España en el Tribunal Supremo Federal de EEUU. (ii) RAÍCES Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES. EEUU. Uno de los temas centrales que han generado enfrentados debates en torno a la exclusionary rule ha sido la cuestión de la búsqueda de sus raíces y fundamentación constitucional. Si examinamos el texto constitucional de EE.UU., puede deducirse que la regla de exclusión no tiene apoyo literal en la Constitución estadounidense ni en ninguna de las Constituciones de los cincuenta estados federados. La regla es una opción a disposición del tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costes que conlleva su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos. (iii) INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN ESPAÑA. DIFERENCIAS. En España

las raíces y fundamentación de la regla de exclusión resultan similares. Se sostiene que no existe norma expresa en la CE y que sucede en parte lo mismo que en Norteamérica, de modo que la doctrina y la jurisprudencia también han proclamado y defendido la misma línea que en EE.UU. En un análisis diferencial, en nuestra cultura jurídica, por un lado, sí existe una norma legal expresa, el art. 11.1. de la LOPJ., pero las excepciones a la prueba ilícita, tanto refleja como directa, especialmente surgidas en los años noventa y la Jurisprudencia han podido dejar a esta norma sin un contenido real y efectivo. Por otro lado en cuanto la exclusión de las pruebas derivadas de las ilícitamente obtenidas debe oscilar sobre la idea de tutela de los derechos fundamentales, y a diferencia de en EE.UU., en menor grado sobre la necesidad o conveniencia del efecto disuasorio (Deterrence effect) sobre conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal. (iv) INSTAURACIÓN DE LAS EXCEPCIONES EN ESPAÑA. Todas estas excepciones a la prueba refleja y a la directa después, han tenido eco y entrada en la jurisprudencia española y su aplicación es similar a los EE.UU., pese a tratarse de sistemas jurídicos y judiciales tan dispares. Pronto fueron surgiendo las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado en nuestra jurisprudencia, de forma que, en ocasiones, se ha evidenciado la razonabilidad de admitir pruebas derivadas de una ilícita por las tres razones concretas antes manifestadas, es decir la doctrina de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal. (p. 546-149) Barcelona – España.

3.- Tesis Publicada por ALEJANDRA ISABEL OSMAN NAOUM (2008), titulada: **“LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA OBTENIDA CON**

INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍA DE VALDIVIA Y PUERTO MONTT”, tesis de grado de la Universidad Austral de Chile – Valdivia, Chile.

Teniendo como planteamiento principal: En todo estado de derecho debe existir, como elemento básico el respeto a los derechos de las personas, así como también un adecuado resguardo de los mismos. Es por esto que la institución del debido proceso debe ser lo suficientemente eficiente y eficaz para lograr que la justicia aplicable a las contravenciones de ley que se produzcan, sea una justicia transparente, estable, y en la cual los ciudadanos puedan confiar. Para lograr dicho cometido el legislador debe elaborar normas que conduzcan a procesos racionales y justos, y al mismo tiempo den una pauta adecuada a los ejecutores últimos del derecho. Con la reforma procesal penal se crea la figura del Juez de Garantía, órgano llamado al resguardo de los derechos y garantías del imputado. Es así como el Código Procesal Penal (en adelante CPP) en su artículo 276 inciso 3º manda al Juez de Garantía a excluir aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) No existe unanimidad en la doctrina acerca del concepto de prueba ilícita. Existen dos corrientes al respecto, para algunos autores el concepto de prueba ilícita comprende tanto aquella que proviene de actuaciones o diligencias que han sido declaradas nulas, como aquella obtenida con infracción de garantías fundamentales, en cambio para otros la prueba ilícita solo comprende aquella que ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales. Es por esto que los resultados prácticos de exclusión probatoria por ilicitud variarán dependiendo

de la interpretación que le otorguen al artículo 276 inciso 3º los distintos operadores jurídicos. (ii) No toda infracción legal lleva aparejada o recae en una infracción de garantías fundamentales, es necesario, según la doctrina mayoritaria, realizar un segundo análisis a fin de determinar si existe vinculación de la ilegalidad o la trasgresión de la norma legal con una garantía fundamental eventualmente infringida. (iii) El órgano llamado a excluir la prueba ilícita es el Juez de Garantía, y el momento procesal la audiencia de preparación de juicio oral. Sin embargo hay ocasiones en las que la evidencia viciada pasa por dicha etapa sin ser eliminada. Al respecto existen dos teorías en nuestra doctrina, una defendida por el profesor Hernández, quien señala que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal está facultado para excluir prueba ilícita; y otra postulada por López, quien aduce que la única solución es que el Tribunal Oral valore la prueba ilícita para que posteriormente la parte afectada con la inclusión de dicha prueba pueda para presentar el recurso de nulidad respectivo. (iv) La jurisprudencia de la Corte Suprema relativa al recurso de nulidad en materia de exclusiones de prueba por infracción de garantías fundamentales no ha sido uniforme. Desde los comienzos de la reforma procesal penal ésta ha ido variando, desde un pronunciamiento desfavorable para la ilicitud probatoria, con temor a pronunciarse sobre el fondo de los asuntos, hasta llegar actualmente a un análisis de los recursos que permite decretar la nulidad de un juicio, o de una sentencia en los cuales el imputado fue juzgado a partir de prueba ilícita. (v) Del análisis cualitativo se deduce que los Jueces de Garantía de la ciudad de Valdivia no excluyen prueba ilícita obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, ya que de las audiencias de preparación que fueron estudiadas, es decir las celebradas

durante el año 2007, en ninguno de los casos se accedió a acoger los incidentes de exclusión presentados por la defensa. (vi) Del análisis cualitativo se desprende que los Jueces de Garantía de Puerto Montt adhieren a distintas posturas doctrinales en sus resoluciones. En cuanto a los límites de la exclusión se adhiere, en la causa RIT 3020-2006 a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, excluyendo toda la prueba que deriva de una ilicitud primigenia, en cambio en la causa RIT 119-2006 el Juez fundamenta sus resoluciones en base a la doctrina de la fuente independiente, rechazando los incidentes de exclusión, por ser la prueba presentada en dicha ocasión obtenida de una fuente independiente a la ilicitud. En la causa RIT 1484-2007 el Juez de Garantía expone que es posible presentar prueba sobre prueba ilícita en el juicio oral, postura que el profesor Hernández rechaza categóricamente, ya que si bien considera que el Tribunal Oral está facultado para excluir prueba ilícita en casos particulares, no acepta que en dicha ocasión sea posible desacreditar una prueba ilícita a través de otros medios de prueba. (p. 45-46) Valdivia – Chile.

4.- Tesis Publicada por TRINIDAD DEL PILAR LUENGO MONTT (2008), titulada: **“EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA OBTENIDA CON INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES”**, tesis de grado de la Universidad de Chile – Santiago, Chile.

Teniendo como planteamiento principal: Antes de entrar de manera pormenorizada en la enunciación de los distintos acápite y objetivos que pretenden desarrollarse en las siguientes páginas, estimamos que, para lograr una mejor comprensión de los temas a tratar, es menester realizar una breve reseña de las razones por las cuales hemos decidido escribir sobre esta

materia. Con una frase más bien breve nuestro Código Procesal Penal ha introducido a la normativa nacional un tema que ha dado origen a una vasta literatura creadora de una arraigada y a su vez sólida construcción jurídica en los sistemas procesal-penales extranjeros. El Artículo 276 del Código Procesal Penal, que será objeto de nuestro estudio, ordena al juez de garantía proceder a la exclusión de aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. De esta manera ingresa a nuestro sistema esta institución de antigua data en la mayor parte de los sistemas procesal-penales de derecho comparado, circunstancia que nos lleva de manera natural a dirigir nuestra mirada al ámbito del constitucionalismo y jurisprudencia de los tribunales, por ejemplo de Estados Unidos de América.¹ Suele señalarse que es sólo en 1914 cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos, por primera vez, resolvió que si no se excluía o proscribía de los juicios la prueba obtenida por la policía, en forma inconstitucional, los términos de la Cuarta Enmienda de la Carta Fundamental estadounidense constituirían meras palabras sin contenido, declaración apoyada años más tarde, en 1949, cuando la Corte, en palabras del juez Félix Frankfurter, sostendría que la seguridad de la propia privacidad, frente a la intrusión policial arbitraria, es básica en una sociedad libre, dando el sentido que alcanzaría en lo sucesivo la evolución jurisprudencial que conforma las reglas de exclusión: se trata de detener las incursiones policiales que vulneran el derecho a la privacidad, por la vía de no aceptar en juicio, las evidencias obtenidas en infracción a las normas constitucionales que amparan los derechos de las personas. En consecuencia, cuestionar si corresponde introducir o excluir la prueba obtenida de manera ilegítima supone, en definitiva, plantear un conflicto de supremacía o

subordinación entre la pretensión punitiva estatal (representada por el actuar de los órganos encargados de llevar a efecto la investigación penal, a saber: el ministerio público y la policía) y el derecho individual del imputado a que se respeten sus derechos y garantías fundamentales.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) La reciente vigencia en el país del conjunto de cuerpos legales que constituyen la denominada “Reforma Procesal Penal”, ha traído al mundo jurídico chileno notables consecuencias: no sólo hemos reemplazado una legislación por otra, sino que, especialmente, hemos volcado la atención sobre aspectos de las relaciones entre las personas y la organización estatal, usualmente preferidos en nuestra historia institucional. Todo ello ha abierto, al mundo jurídico nacional, ámbitos de conocimiento y debate ignorados hasta ahora. Dentro de este ámbito de conocimientos y nuevo debate se inserta el tema que ha sido objeto de la presente obra, a saber, la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, llamada “Prueba ilícita” y, en particular, las excepciones a la inadmisibilidad de dicha prueba. (ii) El tema de la prueba ilícita, si es fundamentalmente legal, se sitúa esencialmente en un ámbito de valores. En efecto, tras el reciente análisis arribamos a la siguiente idea: un proceso penal es un elemento de la vida política de un país. Es que el proceso penal decide cómo se regularán las relaciones del Estado y los hombres, del Estado y los ciudadanos, cuando aquél pone en juego el poder de que se le ha revestido. Cuando el Estado pone en funcionamiento su poder persecutorio y sancionatorio, se desata un cúmulo de actividades que deja al sujeto en una muy precaria situación de oposición. (iii) Como suelen formular Cartas, Constituciones, Tratados y pensadores, el Bien Común es la justificación del

proceder estatal. En consecuencia, si el Estado se explica por el hombre, quienes ejercen el poder han de sujetarse a recíprocos controles, bajo un marco preestablecido, lo que nos lleva a afirmar que la conducta estatal se desarrolla sometida a un marcado régimen de límites y controles. Por lo tanto, lo que identifica a una Estado Democrático de Derecho es la observancia de las fronteras que se autoimpone en su actuar. Así, como toda conducta estatal persigue el Bien Común, sólo es permitido al Estado recurrir a medios éticamente aceptables, teniendo, además en cuenta que el sistema legal no puede aprovecharse de pruebas de cargo obtenidas a partir de una violación al mismo sistema legal. (iv) De esta manera, encontramos en nuestro nuevo sistema procesal penal el Artículo 276, que “ordena al juez de garantía proceder a la exclusión de aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, norma que lleva inmersa en sí y de manera innegable la idea de límite, la cual a su vez va de la mano de la noción de renuncia a parte o incluso, a toda la información, por estimarse de mayor valor ciertas razones que lo exigen, cobrando un protagonismo innegable el respeto los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile. Tras analizar nuestra realidad jurídica y contrastarla con el escenario que se da en sistemas como el norteamericano y el alemán, llegamos a la siguiente conclusión: cuestionar si corresponde introducir o excluir la prueba obtenida de manera ilegítima supone, en definitiva, plantear un conflicto de supremacía o subordinación entre la pretensión punitiva estatal (representada por el actuar de los órganos encargados de llevar a efecto la investigación penal, a saber: el ministerio público y la policía) y el derecho individual del imputado a que se

respeten sus derechos y garantías fundamentales. (v) Este conflicto sede a favor de uno u otro, dependiendo de la realidad sociocultural de cada país y, en particular, de las circunstancias y necesidades sociales. A esta idea arribamos luego de estudiar la evolución que ha tenido la temática de la prueba ilícita en el ámbito comparado que, después de comenzar siendo un principio de aplicación absoluta, ha ido cediendo en atención a la ocurrencia de ciertos acontecimientos, como por ejemplo, los hechos acaecidos el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, así como también el cambio de ideología que se ha dado en su Suprema Corte, ex post a la Corte Warren. (vi) Ahora bien, como señalamos en su oportunidad, las diferencias que pueden apreciarse en los países que fueron objeto de nuestro análisis, han de servir como referente, tratando de evitar caer en la tentación de “importar” acríticamente y en bloque sistemas interpretativos que se desarrollan en contextos normativos diferentes y responden a convicciones y necesidades sociales específicas, que no necesariamente tienen un correlato en Chile. Esta elasticidad que se ha ido dando a la regla de exclusión, ha traído aparejado el desarrollo de una serie de excepciones a la inadmisibilidad de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, a saber, prueba ilícita a favor del imputado, hallazgo casual, buena fe en el agente, principio de proporcionalidad, descubrimiento inevitable, fuente Independiente de prueba, entre otras que han ido desarrollándose a nivel comparado. (p. 146-148) Santiago – Chile

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

Al indagar diversas fuentes bibliográficas con el fin de encontrar antecedentes que se relacionen directa o indirectamente con el proyecto de investigación, se

encontró trabajos de investigación materializados en tesis, asimismo se encontró artículos de opinión y ensayos jurídicos; mencionamos los siguientes:

1.- Tesis Publicada por HAMILTON CASTRO TRIGOSO (2008), titulada: **“CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA”**, tesis de post-grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Teniendo como planteamiento principal: Como es sabido, para resolver el conflicto sometido al proceso penal, los operadores procesales y, de manera especial el juzgador, necesariamente deben recurrir al manejo y valoración del material probatorio acopiado, resultando inimaginable el funcionamiento del sistema de administración de justicia sin dicha actividad. Este material probatorio, sin embargo, debe respetar los derechos y garantías del procesado pues, sólo de este modo, la resolución del conflicto y eventualmente la condena al imputado serán legítimas dentro del Estado Constitucional de Derecho. Es en este sentido que se afirma que la prueba actuada en el proceso debe ser lícita, descartándose la prueba ilícita.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados. (ii) La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado de manera orgánica criterios respecto de la prueba ilícita. Sin embargo, en la sentencia del caso “Rafael García Mendoza

contra SERPOST S.A. (1058-2004-AA/TC) ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita. (iii) Las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores deben ser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidad podrá ser aplicado en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que optar entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango. (iv) En un número significativo de casos conocidos por la Sala Penal Especial Nacional de Terrorismo se ha alegado vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, lo que se corrobora con una alta incidencia de casos en los que los operadores procesales han tenido la necesidad de recurrir a criterios concernientes a la prueba ilícita. (v) De la interpretación de los conceptos de debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, consagrados en el artículo 139.3 de la Constitución, se deriva la vigencia de un derecho fundamental a la prueba. A igual resultado puede

arribarse considerando el derecho fundamental a la presunción de inocencia prevista en el artículo 2.24, literal e) de la Constitución. En efecto, se concibe al derecho a la prueba o derecho a probar como un componente del derecho genérico al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. De igual modo, se plantea que, si toda persona sometida a proceso es presumiblemente inocente hasta no ser condenada firmemente, entonces debe aceptarse que el único modo de destruir o enervar esa presunción de inocencia, es a través del ejercicio del derecho a producir una actividad probatoria suficiente. (p. 166-168) Lima – Perú.

2.1.3. A NIVEL LOCAL

En la Región de Puno y más precisamente en la facultad Ciencias Jurídicas y Políticas en la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, asimismo, en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez Sede Puno, a la fecha, no existen investigaciones en el que se sistematice y desarrolle con amplitud el tema materia de investigación.

Las investigaciones y los trabajos académicos antes mencionadas, son las que sirvieron de base y cimiento de la presente investigación que proponemos a la comunidad jurídica.

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

2.2.1.1. GENERALIDADES

Según el diccionario jurídico: la prueba es la certificación de la existencia de un hecho material (hechos) o de un acto jurídico que cuya forma está establecida y determinada por la Ley.

El profesor Echandia citado por Cafferata (1998) señala que la *prueba es lo que confirma o desacredita una hipótesis o una afirmación precedente*. Esta afirmación nos indica que la prueba tiene dos propósitos, acreditar un hecho, y segundo desvirtuar una imputación, entonces hasta aquí queda claro las finalidades de una prueba.

Ahora, siguiendo con las definiciones, invitamos al profesor Castro, citado por Cafferata (1998) este autor indica que la prueba es definida como aquel elemento que sirve para adentrarse a la verdad en otras palabras como aquel que destapa la verdad acerca de los hechos que son imputados a los que cometieron el delito y respecto de los cuales se aplicara la ley sustantiva. Lo que cabe rescatar de este pensamiento es que la prueba es o sirve para descubrir la verdad.

Por otro lado Carnelutti citado por Bravo, (2010, p. 12), señala lo que no es la prueba (faz negativa de la prueba), en esta línea indica que la prueba sirve para verificar un juicio, demostrar su verdad o falsedad y no para evidenciar un hecho. Esta definición es indirectamente discrepante con lo antes

señalado en el sentido que señala que la prueba no es para evidenciar un hecho, sino demostrar la veracidad o falsedad de un hecho en el juicio.

Desarrollando las pruebas judiciales invitamos al profesor Devis Echandía quien define a las pruebas de naturaleza judicial como: *“El conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”* (Echandía, citado por Bravo, 2010, p. 13), lo que importa en esta postura se señala las etapas por las que una prueba transcurre, ahí tenemos la admisión, producción, asunción y valoración, cuatro fases que se deben tomar en cuenta en el juicio, para que haya un debido procedimiento en la incorporación de un medio probatorio.

En este punto de argumentación acerca de la prueba en general, corresponde desarrollar como es la prueba en los sistemas penales acusatorios, ello es importante analizar puesto que la prueba es un elemento que se debate tanto en el proceso civil, penal, laboral y administrativo, es así que la prueba en el sistema de corte acusatorio (penal) *está conformada por aquella actividad que han de desarrollar la parte acusadora en colaboración con el tribunal con la finalidad y objeto de desvirtuar el estado de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye.* (Bravo, 2010, p. 19), el autor señala que el punto de partida es la presunción de inocencia que debe ser desvirtuada con la prueba, más allá de toda duda razonable.

En este punto vamos a desarrollar la prueba como una actividad humana, relacionado incluso con la dignidad humana, para tal efecto invitamos al profesor Serra Domínguez, este autor tiene un planteamiento muy distinto al

considerar que la prueba es una actividad humana que atiende a su propia naturaleza, dinámica, la configura como una actividad de comparación.

Para el profesor de la Universidad de Barcelona, reflexionando sobre la prueba indica: *“probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces”* (citado por Miranda Estrampes, 2010. P. 17).

Para finalizar este desfile de conceptualizaciones, tenemos que hacer algunas precisiones necesarias, a cerca de la prueba, primero de ellos es que toda prueba acredita un hecho, una afirmación y finalmente una pretensión, y una vez acreditada la teoría del caso entonces la consecuencia lógica vendría a ser una decisión positiva, dependiendo de quién sea el sujeto procesal, si es para el Ministerio Público la sentencia será condenatoria, y si es para la defensa técnica entonces la sentencia positiva a dictarse será una sentencia absolutoria, entonces debemos afirmar con claridad que una prueba es un elemento central de un proceso penal.

Dicho esto vamos a desarrollar ampliamente las categorías antes mencionados por el autor que cuya definición analizamos:

2.2.1.2. ELEMENTO DE PRUEBA

Elemento de prueba no es más que la huella o un indicio objetivo que indica la comisión de un delito, A decir de Vélez Mariconde, define haciendo alusión a esta categoría probatoria, como *“todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”* (Velez Mariconde, citado por Cafferata Nores, 2008, p. 16). Este autor nos ilustra con una definición técnica,

y como indicador señala al dato objetivo, desde nuestra perspectiva el dato objetivo es una huella, y como ejemplo tenemos a un charco de sangre que se registra en una habitación. Ello sería un excelente elemento de prueba para indicar que ha existido una agresión o una muerte.

El término “dato” encierra un concepto que tiene que ver con aquellos indicadores que indican la existencia de un delito, por ejemplo, estos pueden ser:

Bienes: en bienes tenemos, las roturas en las ventanas o puertas, machas de sangre u otros fluidos que podemos notar en el piso o en algún lugar de la pared.

Cuerpo: en el cuerpo tenemos; equimosis, excoriaciones, entre otras que establezcan el grado de las lesiones mortales o no inferidas a la víctima, todo ello lo notamos en el cuerpo, y generalmente con ello se acredita un delito por lesiones.

Psiquis, tenemos, es captado por los sentidos, percepción de los hechos testigos, el agraviado y otros, así como el resultado de una secuencia de experimentos u operaciones que el perito practique sobre los indicios, a fin de que nos conduzcan a la verdad de los hechos.

Dato también se puede identificar todo lo que contienen un documento, un documento de escritura pública por ejemplo contiene varios datos.

Es necesario, sin embargo, que el dato posea fuerza conviccional y que se incorpore al proceso a través de los medios previstos en la Ley (Ángeles, 2009)

Elemento de prueba también es denominada por la doctrina como prueba propiamente dicha, tal como el profesor Mariconde señaló como todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.

Ahora la pregunta es, ¿En qué consisten los rastros y las huellas?, la respuesta es que un acontecimiento delictivo deja en los objetos (rotura, mancha, etc.) o en el cuerpo (lesiones) o en la psiquis (daño psicológico) de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos la pericia demostrará de que se trata realmente, y el documento llamado pericia es la que acreditará hechos postulados en el juicio oral.

Los datos o elementos de la prueba tienen las siguientes características que serán resaltadas y desarrolladas en este apartado, los datos provienen de la realidad fáctica, de las declaraciones, de las evidencias y corroboraciones, el nivel de corroboración dependerá de la calidad de los medios probatorios.

1. Objetividad.

Como hemos afirmado líneas arriba, el elemento de prueba está caracterizado por aquel *dato objetivo*, en tal sentido este dato debe provenir de un mundo externo al proceso penal, y no una imaginación del órgano jurisdiccional carente de todo dato objetivo. Y su dirección va (desde fuera hacia dentro del proceso) ello debe ser controlado por las partes en el juicio, para advertir cuál es ese elemento objetivo, huellas o rastros.

2. Legalidad.

El principio de legalidad es un presupuesto básico del elemento de la prueba cuya utilización debe ser legal ello con la finalidad de no viciar el debido proceso y para que sea valorado adecuadamente por el juez.

La ilegalidad de los elementos de prueba generalmente se da por dos razones fundamentales: 1.- su irregular obtención o 2.- su irregular incorporación al proceso.

3. Relevancia.

La característica de relevancia se expresa cuando permite fundar sobre éste un juicio de razonabilidad como el que se requiere para establecer una condena, este debe convencer al juez, no porque solamente sea objetivo, sino suficiente para sostener la gravedad de las imputaciones que se da en un determinado juicio penal.

En suma se conoce como relevancia aquel dato que permite al juez una alta probabilidad y sobre todo utilidad para probar una proposición fáctica.

4. Pertinencia.

Otra característica de los elemento probatorios es la pertinencia para la vinculación del imputado con los hechos y para con el proceso, ello está relacionado con dos vertientes: 1.- El mundo externo objetivo (existencia del relato fáctico) y 2.- el mundo externo subjetivo (participación del procesado) de la imputación delictiva, o con todo hecho o circunstancia que sean necesarios para el proceso.

Se dice pertinente a todo dato que sirva para acreditar las agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; conducta del agente; existencia o extensión del daño ocasionado para su terminación, debe ser un baremos para establecer, en caso de que un dato de prueba no se capaz de acreditar estos extremos simplemente no será un elemento pertinente.

En suma se conoce como pertinencia a la relación que debe existir entre el hecho objeto de acreditación y el dato o elemento de prueba que se utilizará para probar ese hecho, a ello se denomina pertinencia, estos conceptos son desarrollados a partir de las ideas del profesor Cafferara. (1998, p. 19-23).

2.2.1.3. ÓRGANO DE PRUEBA

El órgano de prueba es la persona, agente, testigo o agraviado a través del cual se incorpora el dato o elemento probatorio. En este punto es preciso citar lo que menciona el profesor Cafferata, quien sostiene que: “*órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo trasmite al proceso*” (2008. p. 25).

Este será, entonces, el sujeto o la persona que intermedie entre el objeto de prueba y el órgano jurisdiccional (juez), que no son otros que el testigo (conocimiento accidental de los hechos que juzgan) y el perito (conoce de los hechos por mandato jurisdiccional) (Ángeles, 2009).

La función del órgano de prueba es intermediar entre los datos de prueba y el juzgado a ello se le considera como órgano de prueba persona de transmitir la prueba al órgano jurisdiccional.

El proceso penal regula su actuación en el capítulo de la actividad probatoria, donde señala las pruebas testimoniales: testigos, así también la declaración del imputado, la declaración de los agraviados y justamente admite la participación de las personas que no están involucradas directamente, es decir la partes que celebran la contienda; el imputado y agraviada, ello hace referencia a los peritos que son nombrados por el juez a fin de que a través de su pericia establezca o dilucide un aspecto que es necesario la intervención de la ciencia y la expertis de un profesional especializado para acreditar un determinado hecho.

2.2.1.4. MEDIO DE PRUEBA

El medio de prueba desde la perspectiva de la doctrina constituye el canal o el conducto a través del cual se incorpora el elemento de prueba al proceso penal.

Este mecanismo se encuentra regulado de modo expreso en la ley, de tal suerte que encontraremos medios de prueba documental, testimonial o pericial (Ángeles, 2009).

Por otro lado el medio de prueba es el procedimiento establecido por la norma a fin de que esta permita el ingreso de los datos de prueba al proceso penal y consecuentemente al juicio oral.

En suma podemos definir como aquel canal que posibilita la penetración de un objeto o elemento probatorio al proceso penal, a fin de que sea valorada por el órgano jurisdiccional, estos conceptos son desarrollados y argumentados en merito a las ideas vertidas por el profesor Cafferata (1998, p. 38).

2.2.1.5. OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de prueba responde a la pregunta ¿Qué es lo que se va probar en el proceso?. Y el objeto que se quiere probar puede ser las causas de la muerte, la lesión, y otros, como bien afirma el profesor Mixán Más, “*objeto de prueba es todo aquello que constituye materia de probanza. Es aquello que requiere ser averiguado, conocido y acreditado. Debe tener la calidad de real o probable o posible*” (1992. p. 180).

Para ser más concreto y consecuente, por cierto, con el concepto de Prueba acuñado en la introducción del presente artículo, considero que el objeto de la prueba es aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba; es decir hechos naturales y humanos, cualidades de la persona, cosas, lugares y calidades jurídicas (Ángeles, 2009).

La prueba ha de versar fundamentalmente sobre los hechos imputados en el juicio, la controversia establecida por las partes; como consecuencia, se excluyen los conocimientos generales, es decir, los notorios.

En primer lugar, el objeto de la prueba está constituido por los hechos o puntos que se van a probar en el proceso penal, que se compone del hecho histórico tipificado penalmente (el hecho criminal, en palabras de algunos autores) y del sujeto a la que se imputa o atribuye dichos hechos. Pues, los hechos están delimitados en la acusación, y justamente para acreditar estos hechos necesitamos actividad probatoria, a fin de generar convicción en el juzgador caso contrario se cae el proceso penal, y como consecuencia de ello se dicta una sentencia absolutoria.

Así también, hay que considerar la teoría caso de la defensa, esto como es lógico tienden a excluir la responsabilidad de su patrocinado (imputado), dificultar o debilitar la convicción del juez, esto es, sirve para absolver o descartar los hechos materia de imputación. Igualmente, para establecer las atenuantes, o las circunstancias privilegiadas a fin de determinar la pena concreta.

Por último, mencionar que la prueba verse sobre máximas de experiencia (llamadas reglas de la lógica, de la ciencia y la sana crítica, etcétera), en caso de que se cuestionen las mismas y siempre que se encuentren en estrecha relación con los hechos principales controvertidos (Ostos, 2005).

Finalmente cabe señalar que Objeto de la prueba es aquel que debe ser acreditada y sobre lo cual recae la prueba, es aquel punto controvertido sobre la que se debate, aquella duda llevada al órgano jurisdiccional a fin de que sea solucionada.

2.2.1.6. SÍNTESIS

En este punto cabe poner algunos ejemplos tomando en cuenta la prueba testimonial, de la siguiente manera:

Cuadro 1: Síntesis de las Categorías de la Prueba

Medio de prueba	Elemento de prueba	Órgano de prueba	Objeto de la prueba
Es el canal o medio mediante el cual se transmite un determinado dato probatorio, el Código Procesal Penal regula la forma: testigos, citación y otros.)	Es el dato que proporciona el testigo, el contenido de sus declaraciones y respuestas sobre las preguntas.	Es el testigo, también puede ser el imputado y el agraviado que aporta datos y elementos probatorios.	Aquel sobre la cual recae la prueba, aquel punto controvertido sobre lo cual se interroga al testigo.

FUENTE: Cafferata, 1998, p. 24-27.

2.2.1.7. CARACTERES DE LA PRUEBA PENAL

Las características que tiene la prueba en un sistema acusatorio con tendencia adversarial, como en el Perú, son los siguientes:

- 1.- La carga de la prueba conforme al Código Procesal Penal corresponde al Ministerio Público, órgano encargado de acusar.

2.- La prueba únicamente se produce en el juicio oral, las únicas excepciones son la prueba constituida y la prueba anticipada que se da en la investigación preparatoria.

3.- Las pruebas deben obtenerse por medios lícitos permitidos por la ley.

4.- Las pruebas deben ser corroboradas periféricamente, no solo deben ser simples sospechas ni indicios.

5.- Libertad en el ofrecimiento de los medios probatorios de parte de los sujetos probatorios, pruebas de cargo y pruebas de descargo.

6.- Libre y sana valoración de los elementos probatorios.

7.- Deben tener relación con el hecho que se investiga, pertinencia y conducencia (Bravo, 2010, p. 20)

2.2.1.8. ELEMENTOS DE HECHO Y DERECHO EN EL PROCESO PENAL

Los principales elementos de la prueba penal que he tomado para el análisis son dos que considero de mayor importancia: los elementos de hecho y los elementos de derecho.

Elementos de hecho.-

El elemento de hecho hace referencia al escenario donde se produce o en el lugar donde esta o se manifiesta los efectos del delito. Entre el lugar de la comisión del delito y el lugar donde se genera los efectos no siempre coinciden, porque los delincuentes siempre tienen a esconder el cadáver en un lugar distinto donde se cometió el delito.

Elementos de derecho.

En este punto lo que debemos indicar es que las pruebas cumplen la función de reconstruir los hechos, y a través de ese camino llegar a la verdad de los hechos, en realidad no podemos reconstruir hechos a través de suposiciones ni especulaciones, sino a través de medios probatorios en forma objetiva, de esa manera llegar a la verdad material, ahora bien las pruebas están limitados por la ley, donde se establecen las reglas de exclusión, las excepciones a la regla para su aplicación.

Las proposiciones fácticas y los modos relacionados con el delito podrán ser acreditados con los medios probatorios legalmente obtenidos, respetando los derechos fundamentales establecidos en la constitución y los tratados internacionales.

Las pruebas deben ser incorporadas en el proceso de acuerdo a la disposiciones constitucionales y las normas del Código Procesal Penal, es que justamente tanto la obtención, la incorporación y la valoración está regulada en estos instrumentos legales. Ahora bien, la única limitación está dado por las garantías y los derechos fundamentales y el respeto a los principios contenidos en el debido proceso (Bravo, 2010, p. 25).

2.2.1.9. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba es el ejercicio mental que realiza el juez en base a los hechos acreditados

Otros autores señalan como la aceptabilidad de las conclusiones. La valoración es el aspecto central que se hace sobre la base de las pruebas; es

la actividad que conduce a dictar una sentencia, a través de los elementos probatorios y la actuación de las mismas determina la responsabilidad del imputado.

La valoración de la prueba es un derecho que tiene las partes en un determinado proceso, para ello es necesario aplicar una serie de reglas como por ejemplo las reglas epistémicas o las reglas de racionalidad generales a fin de valorar la prueba. Este proceso de la valoración probatoria no puede ser una operación libre de criterios con carga subjetiva sino básicamente debe estar regida por las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica, de esa manera se debe valorar las pruebas.

El razonamiento judicial en relación a las preposiciones fácticas, en palabras del profesor (jurista) Daniel Gonzales Lagier, las proposiciones fácticas constituyen los insumos para el desarrollo de los argumentos, en esta línea debemos sostener que las máximas de experiencias son las que garantizan el debido proceso, las inferencias y los enunciados son las que respaldan la garantía de los argumentos.

En este punto hay que resaltar, que con la prueba se debe poner fin a la incertidumbre con la que inicialmente se recurre al proceso judicial y la confirmación de una postura que postula una de las partes, dando la razón a una parte y desacreditando la postura de la otra parte. Es decir se descarta una hipótesis y se prueba la otra hipótesis, otorga valor judicial y confirmación de la tesis postulada (Obando, 2013).

2.2.1.10. FINALIDAD DE LA PRUEBA

Una de las finalidades más importantes de la prueba es la averiguación de la verdad, esa es la finalidad última del debate probatorio que se da en el juicio oral de un determinado proceso. En este punto invitamos al profesor Michele Taruffo, que en una ponencia en el evento internacional sobre la Teoría de la prueba, (Lima, 2012), ha sostenido que el órgano jurisdiccional es el único que tiene el deber de acreditar la verdad de los hechos, toda vez que los abogados no buscan la verdad real sino defender una determinada posición con medios probatorios que lo conviene o que mejor acredite su teoría del caso, con ello buscan persuadir al juez a fin de absolver de la responsabilidad penal. Entonces concluimos que el abogado y su cliente no buscan la verdad de los hechos sino defender su posición (teoría del caso).

El derecho a la verdad representa un objetivo (ideal) que da pautas a la actividad probatoria y la acreditación a los elementos facticos. Para que el proceso se conduzca jurídicamente a fin de que las decisiones sean coherentes y correctas, y justas, es que esté direccionado a determinar la verdad de acuerdo a los hechos expuestos en los fundamentos facticos de una posición. (Taruffo: "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa").

En conclusión el objetivo y la finalidad de los medios probatorios es producir en el juez una certeza de los hechos que postula las partes del proceso, esto es, la íntima convicción que debe ser advertido a partir de la valoración conjunta de la prueba (Obando, 2013).

2.2.1.11. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA

La prueba (el derecho a probar) es un derecho que está regulado y protegido por la Constitución Política del Perú, es un derecho que está implícito y dentro del debido proceso, es un componente. Prueba para establecer una condena, asimismo prueba para desvirtuar la imputación penal, prueba para absolver.

En este estado de cosas, el ofrecimiento y la valoración es un derecho, y una garantía del proceso, presentar los medios probatorios que generen convicción en el juzgador para corroborar la verdad de los argumentos (Cas. N° 2169-2009-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31/01/2011, página 29415).

En este punto corresponde mencionar citar al Tribunal Constitucional (TC) en la STC N° 010-2002-AI/TC, donde señala que el derecho a la prueba es un contenido implícito de la tutela jurisdiccional efectiva; las partes están habilitados para presentar todos los medios y elementos probatorios para sustentar su petitorio y sobre todo generar convicción al órgano jurisdiccional (STC N° 01557-2012-PHC/TC de fecha 4 de junio de 2012, Fundamento Jurídico 2).

2.2.1.12. LOS PRINCIPIOS

1.- La valoración entendida como aquella operación de inferencia realizado por el juez está sujeta a ciertos principios que señalan los criterios que se debe tomar en cuenta para valorar las pruebas:

Vamos a desarrollar cuatro principios: 1) principio de identidad, ello implica aplicar el mismo razonamiento en casos similares, en estos casos debe

identificarse si los casos son iguales o similares; 2) principio de contradicción, implica que el razonamiento debe ser coherente y convergente, no se puede afirmar y negar al mismo tiempo; 3) principio de razón suficiente, para este principio se debe hacer una inferencia partiendo de las premisas y determinar si son aptas y valederas para argumentar una conclusión; 4) principio de tercero excluido, en este principio identificar dos posturas mediante las cuales en uno se afirma y en el otro se niega, y se determina que solo uno de ellos es válido, entonces ya no hay lugar para un tercer argumento.

2.- Un determinado razonamiento para determinar si es o no correcto se explica mediante dos principios: de veracidad y racionalidad. Asimismo, la motivación de una resolución judicial implica una argumentación racional, no subjetiva, de la misma, utilizando un argumento concreto y no abstracto. Una resolución debe contener la siguiente justificación: A.- Seleccionar un hecho y su respectiva norma; B.- La utilización de la norma jurídica, y, C.- Respuesta a las pretensiones y alegaciones de las partes.

3.- La Cas. N° 3244-2010-Lima). En general, se controla si la Resolución está correctamente justificada y cumple con el principio de logicidad. Es tarea del órgano jurisdiccional, sin embargo es importante que el apelante en su fundamento de apelación lo que debe realizar es el análisis de la aplicación de los principios lógicos de los hechos y la norma. Existe la sentencias arbitrarias que no interpretan adecuadamente los hechos ni aplica correctamente la norma únicamente se hace relucir la arbitrariedad del juez (Obando, 2013).

2.2.1.13. VERDAD REAL Y VERDAD PROCESAL

La finalidad de todo proceso es buscar y encontrar la verdad, en este escenario el proceso se sirve de medios probatorios, instrumentos y técnicas de investigación, se despliega toda una maquinaria del Ministerio Público a fin de buscar la verdad, esta búsqueda de la verdad pasa por etapas, secuencias y tiene sus propias reglas de juego, y dirigido por el Ministerio Público, con la ayuda de la Policía Nacional del Perú, y otros agentes especializados.

La verdad como categoría filosófica es la búsqueda de la esencia de las cosas, ahora trasladando al proceso podemos entender nos sirve para buscar la verdad del hecho delictivo que implica la individualización de los autores las circunstancias del cómo se ha cometido el hecho punible y establecer quienes son los verdaderos agraviados. Ahora en este punto la verdad para el proceso penal es una categoría que buscan los detectives y los agentes de investigación.

La verdad se divide en dos dimensiones: una dimensión real y otra la dimensión procesal; entonces la verdad real es aquel descubrimiento tal cual han ocurrido los hechos para llegar a esta verdad real o también llamado verdad absoluta es casi imposible llegar en un proceso penal dada la complejidad de los casos que se presentan por esta razón que los doctrinarios han planteado como solución la verdad procesal, esta verdad procesal implica acercarse a la verdad real, ¿Cómo se llega a la verdad procesal?, se llega a la verdad procesal a través de los medios probatorios aportados por las partes y valoradas por el juez, estimando la verdad procesal en la sentencia.

La verdad será siempre una categoría difícil de definir dado que tiene una acepción filosófica como la búsqueda de la esencia de las cosas y la acepción jurídica como la búsqueda del acontecimiento delictuoso.

2.2.1.14. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

La prueba es considerada como un medio más eficaz y confiable para descubrir la verdad real, asimismo es entendido como una garantía ante las arbitrariedades de los órganos judiciales, es un control a fin de evitar las motivaciones aparentes.

El camino de descubrimiento de la verdad sobre las proposiciones fácticas contenidos en la hipótesis de la acusación se debe desarrollar reconstruyendo la verdad real a partir de los medios probatorios aportados. Y para ello es el medio más idóneo para la reconstrucción de manera que sea demostrable y comprobable, indicando las huellas y los rastros dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentaciones o de inferencias sobre aquéllos hechos materia de debate.

Además, en mérito al ordenamiento jurídico, en las resoluciones judiciales únicamente se podrá consagrar datos objetivos debidamente probadas y acreditadas no debe consignarse datos que no son objetivas ni improbadas, lo cual impide que aquéllas sean fundadas en elementos de tendencia subjetiva.

El juez debe generarse una certeza en la culpabilidad para imponer una condena al imputado, y hacerlo en merito a los medios probatorios debidamente incorporadas al proceso y con un debido proceso, algunos

doctrinarios sostienen que las pruebas son las que condenan y no los jueces, esto es una garantía constitucional. La prueba, al ser un fundamento insustituible para establecer la condena se caracteriza como un rasgo importante (Cafferata, 1998).

2.2.1.15. ESTADOS INTELECTUALES DEL JUEZ RESPECTO DE LA VERDAD

La finalidad del proceso penal es el descubrimiento de la verdad, para ello hace uso de los medios probatorios, pero el asunto no queda ahí sino que el juez hace una operación mental, para poder valorar conjuntamente las pruebas y al final toma la decisión de condenar o absolver al sujeto que está procesando.

Es en ese escenario es que el juez se forma la convicción, se aproxima a la verdad de los hechos, para tal efecto es oportuno definir cada una de las categorías básicas para entender la cognición del juez en el proceso penal, verdad, certeza, duda y probabilidad.

a) Verdad.

La verdad es una categoría que expresa la correspondencia entre la verdad real y la verdad procesal, asimismo, por otros teóricos es definido como aquella convención social, desde un punto de vista pragmáticos se ponen de acuerdo para generar una convención respecto a las cosas.

Otro aspecto importante que hay que señalar es que la verdad difiere de cultura a cultura de persona a persona, de ahí que se entiende que cada persona tiene su propia verdad, cada individuo maneja su propia concepción de las cosas.

b) Certeza.

La certeza es una categoría que tiene una doble dimensión, una dimensión positiva y la otra negativa; la dimensión positiva indica la firme creencia de algo que existe una creencia que apunta a una sola dirección. Por otro lado tenemos la dimensión negativa, ella indica la creencia firme de algo que no existe, un hombre está seguro que no existe.

Y en este tránsito se va produciendo los estados intelectuales del juez, hay incluso posiciones intermedias, altas o bajas probabilidades.

c) Duda.

La duda es una categoría que se ubica entre la certeza positiva y la certeza negativa ahí está la duda en sentido estricto, es aquella indecisión del intelecto humano, un punto neutral entre la existencia y la no existencia.

Ahora bien, en un proceso penal ante la duda evidentemente debe ocurrir la absolución, ante la indecisión judicial debe absolverse al procesado, esta duda es un principio que favorece al imputado.

Es por esa razón que el fiscal en un proceso penal debe acreditar los hechos más allá de la duda razonable, esa es el estándar exigido para imponer la condena.

d) Probabilidad.

La probabilidad es un estado de coexistencia de elementos positivos y negativos, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional

a los negativos; es una pugna entre el umbral mayor y el umbral menor, es una lucha permanente.

Ahora, trasladando al terreno judicial, debemos decir que es una pugna entre la defensa y el Ministerio Público, y el que debe establecerla alta probabilidad o baja probabilidad es el juez de investigación preparatoria (Cafferata, 1998, p. 6 - 9).

2.2.2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL

2.2.2.1. CONCEPCIÓN

La prueba ilícita, es aquella prueba que se obtiene violando algún derecho fundamental y tal como lo dispone directamente el texto constitucional, su consecuencia, es la nulidad absoluta, al no admitir saneamiento ni convalidación. (*Concepto personal*)

Aquí tenemos otra concepción de la prueba ilícita, esta concepción señala La prueba ilícita se define como aquella que está vinculado directamente a la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas a la hora de obtener las pruebas que tengan que ser utilizadas en el proceso.

(SALA, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

Por otro lado, la Prueba ilícita es conceptualizada como aquel que contraviene los principios del ordenamiento jurídico, en este punto es necesario distinguir algunas precisiones terminológicas para su mayor y mejor entendimiento entre: prueba irregular, prueba ilícita y prueba prohibida. La Prueba irregular es la que se produce contraviniendo la norma constitucional

que regula su obtención y valoración; prueba ilícita se entiende como aquella en la que en su origen o desarrollo se ha restringido un derecho o libertad fundamental; y prueba prohibida no es más que la consecuencia de la prueba ilícita, entendida como aquella que no puede ser traída al proceso puesto que deriva de otra producida con directa afectación de derechos fundamentales protegidas constitucionalmente (Rives, 2010).

Otros doctrinarios indican que el contenido de “prueba ilícita” se encuentra dentro de la más amplia categoría denominada “pruebas prohibidas”; es decir entre la primera categoría y la segunda existe una relación de especie a género (Pellegrini Grinover, 1997, p. 306).

Haciendo una interpretación, “prueba prohibida” es aquel elemento que sirve para demostrar una proposición fáctica, sin embargo, esta ha sido obtenida en contra de una norma legal o constitucional, incluso violando un principio general del derecho, en una prueba prohibida lo que se cuestiona es la forma de obtención, y esto evidentemente genera su nulidad (Midón, 2005: 30).

Sin embargo, la denominada prueba ilícita importa un elemento más estricto y riguroso. Su admisión está supeditada que la regla o el principio vulnerada en la obtención y puesta en la práctica de dicha prueba, pertenezca a las normas de rango constitucional o en su defecto a las normas internacionales regulados en su jerarquía (Art. 75 inc. 22, C.N.).

Hacer una distinción es sumamente importante. En tanto que la prueba prohibida no ilícita se da el supuesto de “ilegitimidad” y, entonces, configura un “acto nulo”, hora bien la prueba ilícita propiamente denota una hipótesis de

“ilicitud” y, entonces, configura un “acto inexistente”, es decir un acto que no existe.

Sin embargo la postura adoptada, no puede dejarse de lado toda vez que el tema resulta complejo y hasta polémico no solamente para la ciencia procesal, sino también para la doctrina reconocida, y es que no existe unanimidad a cerca de la concepción de la prueba ilícita (Anselmino, 2012, p.3).

Por otro lado la prueba ilícita debe ser conceptualizada como aquella prueba que se ha obtenido y se ha actuado con violación de los derechos constitucionales. Ahora bien, la prueba irregular es aquella que es obtenida, ofrecida o actuada con infracción de la normativa procesal que regula la actividad probatoria pero sin afectar el núcleo central de los derechos fundamentales.

La diferencia conceptual antes señalada tiene una fuerza vinculativa, pues la regla de exclusión de la prueba ilícita y la afirmación de su eficacia refleja, se debe explicar y estudiar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, la prueba irregular está sometida a la nulidad del proceso penal, algunos autores sostienen que se pueden convalidar y otros señalan que es imposible que se convalide.

Los ordenamientos jurídicos de naturaleza o tendencia acusatorio, está presente en las legislaciones, la figura de las reglas de exclusión probatoria, razón por la cual no se reconocen los efectos de las pruebas obtenidas con vulneración a los derechos fundamentales (denominada ilicitud probatoria).

Hay un principio interesante que provenía del sistema inquisitivo: «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio» (Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de catorce de junio de 1960).

De un tiempo a esta parte la invocación del derecho a la verdad material (real), ha servido por mucho tiempo para justificar y fundamentar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita.

Se tenía la concepción de que todo aquello que servía para descubrir la verdad debía ser incorporado al proceso y ser valorado por el órgano jurisdiccional a fin de generarse una convicción. Y se invocaba el principio de libre valoración de la prueba, así como en el sistema actual. En el escenario inquisitivo, el develamiento de la verdad real se justificaba cualquiera fuera su forma y la manera de obtención.

Lo señalado en el párrafo anterior es la manifestación clara del sistema inquisitivo, que caracterizando podemos sostener que estamos ante manifestaciones maquiavélicas el mismo que es incompatible con un Estado de derecho y el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

La exclusión de una prueba es la garantía que está reconocido constitucionalmente, no es admisible una prueba que vulnere derechos fundamentales, sea objeto de valoración de un juez, debe ser expulsado de un determinado proceso penal. (Miranda, 2010, p. 04-06)

En palabras del profesor Rafael Chanjan Documet, dice: En la doctrina no existe pacificidad en relación a la concepción de la prueba ilícita. Clásicamente se aceptan dos conceptos uno amplio y otro restringido.

Ahora bien, en sentido amplio se razona por prueba prohibida aquella que se incorpora o se produce con la vulneración de una disposición constitucional y/o legal, atacando la fuente y su actuación.

Asimismo, en sentido restrictivo se interpreta por prueba prohibida como aquel medio probatorio que se ha obtenido con vulneración de uno o más derechos fundamentales que están consagrados constitucionales.

En la legislación acotada, tal como se ha señalado en el párrafo anterior tanto el máximo intérprete de la constitución así como la Corte Suprema han coincidido en considerar que la prueba prohibida en su acepción limitada o restringida, señalando que existe una diferencia entre ellos, el máximo intérprete de la Constitución la ha definido como aquel medio probatorio que se “obtiene” vulnerando los derechos constitucionales (fundamentales), en la misma línea la Corte Suprema la ha conceptualizado como aquella que se “obtiene o actúa” quebrantando los derechos protegidos constitucionalmente.

En el criterio que establece la Corte Suprema existen dos momentos en que los medios probatorios podrían adquirir esa condición de pruebas ilícitas y/o prohibidas. En el momento que fue recabada (ex ante: extra-procesal o previa al proceso) o en la actuación probatoria.

Recapitulando la idea, se debe mencionar que la prueba prohibida es aquella que ha sido obtenida mediante la transgresión de los derechos fundamentales, por lo menos un derecho (afectación al núcleo del derecho fundamental) y no a la practicada vulnerando algún derecho fundamental dado que en el proceso civil la actuación probatoria se da en la audiencia de pruebas, y es poco probable que ahí se vulnere. (Chanjan Documet, Rafael. La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. <http://www.lozavalos.com.pe> Visitada el 02 de Abril de 2013)

En este último párrafo cabe indicar que lo estipulado en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que indica, que los jueces deben interpretar y aplicar las leyes y normas reglamentarias de acuerdo con los principios constitucionales y la interpretación de los mismos que efectúe el Tribunal Constitucional tenemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, ha quedado esclarecido los conceptos amplio y restringido de la prueba prohibida.

En concepción del Tribunal Constitucional que es el máximo intérprete de la norma, la prueba prohibida se define como aquella que se obtenga mediante la contravención directa o indirecta de algún derecho fundamental, en este caso se excluye la afectación a uno de rango legal o infra-legal (Gómez Colomer, citado por Villa, recuperado en: <http://vlex.com.pe/vid/prohibida-jurisprudencia-constitucional-380351182>. Visitada el 02 de Abril de 2013).

2.2.2.2. PRUEBA ILÍCITA Y DE PRUEBA IRREGULAR

Como se ha señalado en puntos anteriores, por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con infracción de derechos

fundamentales. Ahora bien, haciendo un contrapunto, prueba irregular es aquella recabada, ofrecida o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales con regulación constitucional.

La delimitación conceptual tiene mucha importancia, pues las reglas de exclusión probatoria y el reconocimiento efecto reflejo, que se trabajó líneas arriba, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría como aquella obtenida con vulneración, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación, y desde la línea de las garantías procesales se indica que no hay forma de que sea convalidada (Miranda, 2010, p. 133).

2.2.2.3. CLASIFICACIÓN

En palabras del profesor Serra Domínguez (1991, p. 99): Hay una clasificación a la que se denomina como pruebas “en sí mismas ilícitas”, es por “por derivación”, a ello también se le conoce como pruebas indirectas o por efecto reflejo.

Prueba ilícita “en sí misma” es aquel indicador que sirve para verificar una proposición fáctica y que es actuado u recabado directa e inmediatamente por medio de un procedimiento inconstitucional, vulnerando la norma con rango de ley.

En otros términos, cuando se trata de esta forma de probanzas, existe una tensa relación próxima e inminente con el medio de prueba ilícita y la garantía o derecho fundamental afectado por su recolección. Como ejemplo

podemos citar: a un sujeto se le hace confesar mediante la grave tortura y ensañamiento. A su vez, la prueba ilícita “por derivación” conocido como el acto que es en sí mismos ilícito, con la que se permite conocer un hecho investigado, pero a la que se accede a través de un medio probatorio ilícitamente obtenido. Es decir, en esta reflexión participa una prueba adquirida de modo regular, pero a ello se llega por información que es recabada mediante elementos de convicción contaminada.

Ahora seguimos con la segunda clasificación: Esta clasificación es acuñada por la Corte Nacional al sentenciar el caso “Reginald Raydford y otros” donde justamente distingue entre prueba material y los testimonios de quienes están dotados de “voluntad autónoma”. Definiendo que la prueba ilícita material es todo aquel elemento físico o corporal que viene a ser, directa o indirectamente recogido, por el contrario la prueba ilícita testimonial es la que proviene de las personas a través de sus expresiones. En palabras del Máximo Tribunal de Justicia, si una determinada prueba ilícita consiste en un elemento objetivo (físico, material o corporal), entonces se indica como aquel que a perdido su valor; ahora si se trata de testimonios, como se hallan provistos de “voluntad autónoma”, aquí surge la necesidad de atenuar con la exclusión de la prueba ilícita.

De los antes mencionados en los párrafos anteriores existen otras clasificaciones que es necesario desarrollar y estos criterios de clasificación son: a) El que está en el momento mismo donde se produce la ilicitud, puede ser dentro del proceso o ex-post, fuera del proceso, y aquí cabe destacar entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal (Cafferata Nores, 1986: 14) y b) el que es consciente de las causas que origina la ilicitud de los medios

probatorios, y se establece la diferencia entre pruebas expresas prohibidas, irregularidad probatoria o ilegalidad probatoria, y pruebas que afectan la Constitución. (Anselmino, 2012, p. 3)

2.2.2.4. EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

2.2.2.4.a. LA PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y DE VALORACIÓN

Hay dos momentos donde la prueba ilícita se contamina, y como tal produce su inutilización procesal, para no afectar el debido proceso penal, y estos dos momentos son: obtención y la actuación con violación al núcleo central de los derechos fundamentales, y el efecto directo es que la prueba ilícita no sea admitida en el proceso penal, ni mucho menos sea valorada por el órgano juzgador.

En este punto hay que destacar, que a diferencia de la prueba irregular, la prueba ilícita en ninguna forma se puede convalidar, ni mucho menos subsanarse, por afectación a un derecho fundamental de la persona, en las legislaciones comparadas estas reglas no tienen un carácter absoluto y ello quiere decir que admite excepciones.

Ahora, la pregunta es: ¿Cuál es la oportunidad para ejercer control de los medios probatorios que tiene un contenido ilícito o que hayan sido obtenidos o practicados con transgresión a los derechos fundamentales?, desde nuestro punto de vista existen dos momentos para cuestionar; primero en la etapa de investigación preparatoria vía tutela de derechos y el segundo en la etapa intermedia vía exclusión de la prueba ilícita en el debate del control de la acusación (control probatorio), ello ante el juez del juzgado de

investigación preparatoria. Una acusación fiscal, que únicamente se base en la prueba ilícita, esto devendría en un sobreseimiento de plano, y la consecuencia directa es que no se emita el auto de enjuiciamiento sino en su lugar se dicte un auto de sobreseimiento poniendo fin al proceso penal.

Los controles antes mencionados tienen por finalidad que los jueces de juzgamiento no tengan contacto con las pruebas en el juicio oral, que sean obtenidos con vulneración de un derecho fundamental, de esa manera se evita las consecuencias derivadas de la prueba ilícita, como puede ser la condena del imputado con prueba prohibida (Miranda, 2004, 109 y ss.).

Excepcionalmente, la ilicitud de la prueba puede ser denunciada y pedido su exclusión en la etapa de juicio oral, y más precisamente en el momento que se actúa los medios probatorios. En otros términos, si la prueba ilícita se incorporó al proceso no se impide que sea denunciada y excluido de un proceso penal, todo depende del abogado defensor que ejerce la defensa de la causa (Miranda, 2010, p. 08)

La finalidad que persigue la exclusión de una determinada prueba ilícita, es que esta no tenga ningún valor probatorio y por tanto la salida del proceso penal, a fin de que no sea valorada ni mencionada en la sentencia para sustentar la condena. Y como ejemplo citamos: no puede ser valorada aquella prueba que haya sido obtenida como consecuencia de un allanamiento domiciliario que no cuente con la autorización judicial. (Sala, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

2.2.2.4.b. EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

Tenemos a la teoría de los frutos del árbol envenenado, lo que se debe mencionar es la inclusión del adverbio “indirectamente” de ello se entiende el efecto reflejo que genera la prueba ilícita y aparece la teoría de los “frutos del árbol contaminado”.

Ahora bien, aquella prueba que indirectamente o directamente tenga como su fuente a una prueba ilícita, esto es la causa generadora, siempre generara una ineficacia en el proceso penal. A ello el Tribunal Supremo ha denominado como efecto domino, que genera la nulidad en cascada o contaminación procesal.

La doctrina antes mencionada resultó ser garantista, y se aplicaba expansivamente, ello limitada por las reglas de excepción, los juzgados han venido admitiendo para salvar situaciones escandalosas donde los hechos ilícitos muy notorios quedaban sin sanción penal por las excesivas consecuencias por aplicación del efecto indirecto de la prueba prohibida. (Sala, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

Otro conflicto que se presenta a partir de esta teoría denominada el fruto del árbol envenenado es la afirmación de efectos reflejos. La indicada teoría tiene sus orígenes en el derecho norteamericano, mediante el establecimiento de la teoría del árbol envenenado, los agentes de investigación acopiaban elementos probatorios cuyo análisis permitía el descubrimiento de nuevas prueba de cargo.

Asimismo se sostiene que la exclusión probatoria de la prueba ilícita alcanzaba también a las manifestaciones realizadas por el imputado al momento de su detención, dado que se establecía la detención ilegal y las confesiones, ello evidentemente generaba la nulidad de todo el proceso, en esos contextos lo mejor era mantener un silencio que no implicaría ni una consecuencia ni positivo ni mucho menos negativo.

Esta teoría puede plantearse de la siguiente manera: la exclusión de la prueba ilícita no solamente genera la exclusión y la invalidación de la prueba originaria sino sobre todo y ante todo también la exclusión de aquella prueba derivada de la prueba prohibida principal, dado que su origen nace a través de informaciones o datos obtenidos como derivación de la actuación de la prueba ilícita inicial.

En el derecho comparado como en España la regla de exclusión está regulada en el art. 11.1 LOPJ, donde se menciona sobre la eficacia refleja cuando se indica que *«no surtirán efecto las pruebas adquiridas directa o indirectamente, con transgresión de derechos constitucionales»*.

El reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita es una consecuencia que deriva a partir de la aplicación de la regla de exclusión probatoria, ello en su oportunidad ha sido establecido por el Tribunal Constitucional Español en el caso de las intervenciones telefónicas.

La exclusión de la prueba ilícita por efecto reflejo es una garantía constitucional, que es compatible con el sistema garantista y sobre todo por el respeto estricto de los derechos fundamentales, poner a los derechos

fundamentales encima de cualquier derecho inferior, y ello se analiza y pondera con la eficacia del proceso penal (Miranda, 2010, p. 08).

2.2.3. REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

2.2.3.1. ORIGEN

En el país norteamericano, (Estados Unidos), hay que señalar que las reglas de exclusión probatoria no tienen un reconocimiento constitucional, ello ha sido una creación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo vinculándose a la IV y V Enmiendas de la Constitución norteamericana, en esta norma constitucional interpretada por el tribunal supremo donde se pronuncian los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables y a no declarar contra sí mismo, a no autoincriminarse, ello está establecido con los siguientes casos: *Boyd vs. United States*, 116 US 616 (1886) y *Weeks vs. United States*, 232 US 383 (1914), jurisprudencias que son relevantes para tener una idea clara de las reglas de exclusión de la prueba ilícita.

El fundamento de la regla de la exclusión de la ilicitud probatoria tiene un fundamento constitucional, y lo que se pretende es evitar que ingresen los medios probatorios que vulneren los derechos fundamentales, para garantizar el debido proceso, a efectos de no contaminar el proceso a partir de un medio probatorio contaminado. Ahora bien, más adelante, el Tribunal Supremo norteamericano ha señalado que el fundamento más importante es preservar la integridad judicial y evitar que los agentes policiales realicen actividades ilícitas en la obtención de los medios probatorios con lesión de los derechos individuales.

Lo que prevalece en el ordenamiento jurídico norteamericano es el efecto disuasivo para que la policía, o los agentes persecutores del delito no cometan abusos para obtener medios probatorios, ello es una prohibición que viene en efecto de la jurisprudencia Norteamericana, y esto es importante porque no se puede incorporar mucho menos condenar a una persona con prueba ilícita, ello vulneraría e iría en contra de un estado constitucional de derecho.

El efecto disuasorio, en el modelo norteamericano de alguna manera ha funcionado, una prevención general para los agentes de investigación a fin de que tengan todo los cuidados en la obtención de los medios probatorios, no solamente en las pruebas personales sino también en las pruebas documentales. Aquel personal que incurre en este supuesto de obtener un medio probatorio vulnerando algún derecho tiene una responsabilidad civil y disciplinaria, vale decir incurre también en una responsabilidad administrativa de los agentes policiales.

En los países latinoamericanos la exclusión de la prueba ilícita tiene siempre un origen constitucional, dado que esta norma con rango de ley, es la que indica las pautas, cuando estamos frente a una prueba ilícita. Y a partir de la interpretación del texto constitucional se realiza la interpretación para cada caso concreto.

Ahora bien, llegado a este punto tenemos que enmarcar que el fundamento sustancial de la regla de exclusión de la prueba contaminada es garantizar y proteger los derechos fundamentales y las libertades de la

persona, impidiendo que las pruebas ilícitas sean valoradas y sirvan de sustento para imponer condena.

En los países europeos como Italia y España, se observa una tendencia de desarrollar las reglas de exclusión de la prueba ilícita en la jurisprudencia donde fija las reglas.

En el país de Italia, en su Código Procesal Penal de 1988, ha introducido una concepción interesante a cerca de la prueba ilícita: señalando que está prohibido valorar las pruebas por el juez cuando estas se hayan adquirido vulnerando los derechos, y las prohibiciones expresas de la ley. Y la figura procesal, con la que se cuestiona la prueba ilícita es “la inutilizabilidad”, en aplicación de esta figura jurídica el juez no podrá valorar bajo ningún argumento la prueba ilícita. La Corte Constitucional de italiana ha añadido esa regulación, creando un catálogo o una categoría de pruebas inconstitucionales, son aquellas que tienen un origen ilícito, o que en su incorporación se haya vulnerado derechos constitucionales (SSCC 34/1973, de 21 de marzo y 81/1993, de 26 de febrero).

Ahora bien en países como Portugal, Brasil o México, en la actualidad han incorporado en su constitución a fin de regular la exclusión de la prueba ilícita, el mismo que esta proclamado constitucionalmente, con ello se otorga fuerza constitucional a la exclusión de la prueba.

En Portugal, en su art. 32.8 de la Constitución portuguesa de 1976, modificada parcialmente en el 2005, dentro del capítulo de las “garantías del proceso”, señala que la nulidad de todas “las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa a la integridad física o moral de la persona,

intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”. Con ello tenemos claro que en ese país europeo está claramente regulada la exclusión de la prueba ilícita.

Finalmente, en este tópico donde se desarrolla los antecedentes vamos a mencionar a un país centroamericano, México, este país ha incorporado en su ordenamiento jurídico dentro de la sección de los principios generales, la expresa prohibición ello en su artículo 20, del apartado A, inciso IX, donde a la letra señala: *“cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”*.

La Constitución de México regula en una norma específica la exclusión probatoria ilícita ello cuando se refiere a las interceptaciones telefónicas, al señalar en sus incisos del art. 16 que *“las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio”*.

2.2.3.2. FUNDAMENTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

De un tiempo a esta parte la regla de exclusión de las pruebas ilícitas ha tenido una tendencia de universalizarse, su naturaleza jurídica, el alcance y los efectos dependerá exclusivamente del fundamento que se maneje de ellos, ahora bien el análisis de los fundamentos se puede realizar desde dos modelos explicativos-teóricos (Miranda, 2010, p. 07).

Como un segundo argumento señalaremos que la regla de exclusión de la prueba ilícita constituye una piedra angular para garantizar los derechos

fundamentales que alcanza a todos los procesos donde se excluye aquellas pruebas que directamente lesionan un derecho, sino también aquellos otros derechos que derivan indirectamente de la misma (Gascón, 2005, p. 77).

2.2.3.3. MODELO NORTEAMERICANO

En el modelo de Norteamérica básicamente se caracteriza porque la exclusión de la prueba ilícita no tiene un fundamento constitucional sino básicamente un fundamento jurisprudencial materializado en sus precedentes.

El profesor Fidalgo Gallardo (2003, p. 28), señala que las razones pragmáticas son las que fundamentan en el modelo norteamericano la exclusión de la prueba, dirigida a evitar aquellas pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales. Aquí estamos ante una figura jurídica que no descarta la aplicación de otras figuras a las agencias que vulneren derechos fundamentales (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto demostrasen su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria.

También es cierto que un grupo de doctrinarios critican el fundamento no constitucional de la exclusión de la prueba en los Estados Unidos de Norteamérica, dado que no es una exigencia constitucional sino únicamente presenta un carácter subordinado y/o instrumental, como señalan los profesores Díaz Cabiale y Martín Morales (2001, p. 77).

El Tribunal Supremo Federal norteamericano ha rechazado la aplicación de las reglas de exclusión probatoria cuando la prueba es obtenida por particulares ello materializado en el caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465,

192) o por policías que no pertenecen a la base estadounidense ello explicado en el caso US vs. Verdugo-Urquidez, 494 US 259, 1990, que no aplicó la regla de exclusión probatoria donde se trataba de pruebas obtenidas por los policías de México o, por último la policía haya actuado con buena fe, en todos estos casos se aplica la excepción a las reglas de excepción.

En la jurisprudencia y en la doctrina en Norteamérica muchas veces llegan a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad del proceso, dado que existe otros remedios alternativos que son incluso muchos más adecuados, su razón de ser se va debilitando y la regla de exclusión está cediendo su eficacia, aunque actualmente no se ha producido ello (Miranda, 2010, p. 134-135)

2.2.3.4. MODELO EUROPEO-CONTINENTAL

Ahora, nos corresponde desarrollar el segundo modelo justificativo, este modelo en sus orígenes reconoce en la regla de exclusión un componente no sólo ético sino constitucional, aquí se advierte dos fundamentos uno constitucional y el otro un componente ético social, este modelo habla de la reafirmación constitucional. En palabras del profesor Ferrajoli (1995, 537 y ss.), este modelo está *caracterizado por la funcionalidad de todos los poderes públicos al servicio de la garantía constitucional de los derechos fundamentales a fin de consagrar la carta magna, en palabras del profesor Ferrajoli esa es el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.*

Siguiendo con la línea de análisis, se debe mencionar que el Tribunal Constitucional italiano ha mencionado que las pruebas recabadas con

vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos de a pie eran una *prove incostituzionali*.

En este punto hay que mencionar que la teoría del entorno jurídico que fue formulada por el tribunal supremo alemán se puede considerar como el más importante para respaldar este modelo europeo continental.

Para argumentar con mayor propiedad sobre los fundamentos de las reglas de exclusión probatoria vamos a invitar al maestro alemán Claus Roxin (2000), nos indica que la incorporación o la exclusión de un medio probatorio depende exclusivamente si se afecta el núcleo central del derecho fundamental o no; en el caso de que no afecte gravemente el derecho fundamental debe ser admitido al proceso Penal, en caso que la afectación es al núcleo del derecho fundamental en ese caso se excluye declarando judicialmente su ilicitud de la prueba (Gössel, 2002, p. 85).

2.2.3.5. LA POLÉMICA SOBRE EL ALCANCE Y SU TRATAMIENTO DOCTRINARIO

La polémica surge cuando se enfrentan dos derechos, valores y principios, la doctrina y la jurisprudencia ha tomado partido de uno o por otro lado, el debate central es a cerca de la teoría del árbol envenenado, el mismo que es abordado desde diferentes ángulos, algunos sostienen que toda prueba que afecte los derechos debe ser excluido, y otros sostienen que antes de excluir un medio probatorio debe realizarse una ponderación entre dos derechos que entran en conflicto.

2.2.3.6. POSICIONES TEÓRICAS

a) Tesis restringida:

Esta tesis sostiene que todo los medios probatorios que sirvan para acreditar un hecho y por ende descubrir la verdad debe ser valorado por el juez, y a partir de ello generarse una convicción, en este caso, y según esta teoría es irrelevante la forma como sea obtenido. Esta tesis sigue un pensamiento que se materializa en el siguiente principio: *“el supremo fin de adquirir la verdad ennoblece el empleo de cualquier medio, aún ilícito”*, no se preocupan por los efectos reflejos de la prueba ilícita, es decir, admiten plenamente aquellos medios probatorios que se han obtenido con ilegalidad, asimismo admiten las pruebas obtenidas en forma irregular (Guariglia, 2005: 159) (5).

b) Tesis ecléctica:

Esta es una postura que se ubica entre las dos tesis contradictorias, sostiene que es necesario buscar una solución respetando los derechos garantizados por las prohibiciones normativas, asimismo señalan que no debe limitarse radicalmente el derecho a probar y ofrecer pruebas en el juicio. En este orden de ideas la solución podría estar según esta tesis identificando los fundamentos de las normas vulneradas.

Esta tesis centra su mirada en la finalidad, es decir, si la prohibición limita la eficacia del proceso penal, entonces debe ponderarse, aplicando una excepción a la regla de exclusión, y si la prohibición es positiva entonces se excluye la prueba ilícita.

c) Tesis amplia:

Esta tesis sostiene que la prueba ilícita, sea porque se ha obtenido con vulneración, o se haya actuado con violación directa de un derecho constitucional, o simplemente porque deriva de una prueba contaminada, (efecto reflejo), en toda estas circunstancias la prueba ilícita y/o prohibida debe ser excluida judicialmente. A diferencia de otras tesis, la TESIS AMPLIA su postura apunta a excluir todo los medios probatorios que afecten los derechos fundamentales, ello en resguardo de las garantías constitucionales, persigue la afirmación de la constitución, no admite la convalidación.

2.2.3.7. LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

La prueba es un elemento esencial para probar un hecho, la comisión del delito, y por consiguiente la responsabilidad penal, ahora bien nos preguntamos: ¿Cómo se ha obtenido dicha prueba?, si la hipótesis es que se ha obtenido con vulneración de los derechos fundamentales, la consecuencia es su inadmisión, a esto se llama las reglas de exclusión probatoria, la exclusión de una determinada prueba debe ser debidamente motivada, así como también su admisión, mencionar su utilidad y pertinencia.

2.2.3.8. LAS PRUEBAS ILÍCITAS POR DERIVACIÓN

Hasta donde se extiende su expansión de una prueba ilícita, en este punto hay que precisar hasta qué punto y/o cuál es su límite, la existencia de la irregularidad se expande, proyecta y contamina otros actos, audiencias, actos procesales a partir de aquella irregularidad inicial descubierta, este límite es de vital importancia señalar.

El reto de fijar los límites se hace necesario cuando con una prueba cuestionada se condene a una persona, es decir desfavorece y afecta la garantía constitucional en este contexto debe excluirse, como ejemplo tenemos; una sentencia condenatoria basada en una confesión realizada y generada por la tortura, allanamiento ilegal, o basada en una grabación que se realizad a través de la interceptación telefónica. En este contexto la prueba obtenida en estas circunstancias definitivamente no debe ser valorada.

De esta manera nace el debate de las pruebas ilícitas “por derivación”, o sea, son aquellas pruebas que nacen de una prueba ilícitamente obtenida (Anselmino, 2012, p. 3-4)

2.2.4. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

2.2.4.1. SEGÚN EL PROFESOR DANIEL SALA

Las excepciones a la regla de exclusión es un remedio que tanto la doctrina, como la jurisprudencia ha establecido, estas excepciones se han planteado desde diferentes matices y se han expandido.

En concreto se ha planteado las siguientes excepciones a las reglas de exclusión, en este punto vamos a desarrollar cada una de ellas, explicando el contenido y como debe ser su aplicación práctica en los casos:

2.2.4.1.a. LA PRUEBA JURÍDICAMENTE INDEPENDIENTE

Esta categoría jurídica de la **prueba jurídicamente independiente**, está desarrollada en la STC 86/1995, de 6 de junio. En esta sentencia el tribunal

Constitucional advierte que existe la prueba ilícita, pero lo que hace es separar las pruebas y excluir aquello que es ilícita, para que no sea valorada, a fin de que los demás pruebas válidamente admitidas sean valoradas conforme a ley. Lo que hace el juez es analizar si esa prueba es o no legal y si a través de esa prueba si puede desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

2.2.4.1.b. LA TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Otra excepción que la doctrina ha planteado se llama el **descubrimiento inevitable**, la misma que ha sido acogida en la STS 974/1997 de 4 de julio. En esta jurisprudencia se resta valor a la prueba ilícita incorporada, no toma en cuenta, dado que por otros medios alternativos se hubiera llegado a conocer los mismos datos que se ha conocido por la prueba ilícita, por ser muy notorios los hechos.

2.2.4.1.c. HALLAZGO CASUAL

La tercera regla que desarrollamos se denomina **hallazgo casual**, El Tribunal Supremo ha desarrollado esta excepción a la regla de exclusión probatoria, en la STS 1313/2000, de fecha 21 de julio, el hallazgo casual es una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable, fundamentada en el descubrimiento de hechos delictivos no necesariamente buscadas ni pretendidas, sino que de un momento a otro se descubre, en forma casual, pero ya al ser obtenidas ya son susceptibles de ser valoradas por el juez u órgano jurisdiccional, es como dar a conocer una noticia criminal de un delito flagrante a las agencias de investigación .

2.2.4.1.d. LA CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD

La cuarta regla de excepción es denominada: la conexión de antijuricidad. Ella es ampliamente desarrollada en la STC 81/1998, de fecha dos de abril, en la que el órgano constitucional se pregunta ¿si la conexión causal con una prueba ilícita contaminaba?, si el contacto es casual tranquilamente puede fundar una sentencia condenatoria, ello quiere decir que puede ser susceptible de ser valoradas.

Para respaldar los argumentos antes mencionados debemos citar al Tribunal Constitucional donde señala que las pruebas reflejas son constitucionalmente legítimas y más adelante señala que habrá de precisarse que se encuentran vinculadas a las pruebas que vulneraron los derechos fundamentales sustanciales de modo directo, para ello hay que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad); en la presencia o ausencia de esta conexión reside, la restricción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivada de otras que vulneran los derechos constitucionales.

2.2.4.1.e. CONFESIÓN VOLUNTARIA DEL INCULPADO CONTINUANDO CON LAS EXCEPCIONES

Esta es una excepción relacionada con la declaración del propio imputado, La confesión voluntaria, libre del procesado, esta categoría ha sido ampliamente desarrollado en la STC 161/1999, de fecha veinte siete de septiembre, mediante esta categoría se de en las propias manos del investigado a fin de que pueda convalidar o negar los datos obtenidos por la prueba ilícita, si el

acusado confirma y acepta los hechos, se incorporara el medio probatorio, ello por hecho de reconocer los hechos con relevancia jurídico-penal. En caso de que el imputado niegue los datos en ese supuesto se excluirá dicho medio probatorio.

2.2.4.1.f. LA REGLA DE LA BUENA FE

Finalmente tenemos la categoría de excepción a las reglas de exclusión denominada la regla **de la buena fe**. Esta regla es desarrollada en la STC 22/2003, de fecha diez de febrero, trae a colación la regla de buena fe. Es aquella situación donde los agentes de investigación obtienen un determinado medio probatorio con vulneración de los derechos fundamentales, sin embargo no se tenía conciencia de ello, toda vez que han realizado de buena fe.

La buena fe, es una categoría que determina, si un medio probatorio debe ser excluida o incorporada, aquí no basta que se haya obtenido con violación de un derecho, sino que se exige que el agente que ha obtenido el medio probatorio haya hecho con intención, en ese caso se excluye el medio probatorio, en caso de que haya realizado de buen fe, ahí se incorpora siendo susceptible de ser valorada por el órgano jurisdiccional, y con ello incluso puede dictarse una sentencia condenatoria, en conclusión señalar que el elemento determinante es la buena fe el mismo que debe ser corroborada mínimamente para no excluir la prueba. (Sala, Recuperado el 31-08-2017, disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>).

2.2.4.2. SEGÚN EL PROFESOR ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA.

2.2.4.2.1. LA PRUEBA PROHIBIDA Y LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN

Ahora bien, es de advertir que tanto en el art. VIII del Título preliminar del Código Procesal Penal, y más precisamente en el art. 159° del CPP., ahí está prevista la prueba ilícita.

Es así que al obtenerse (o incorporarse) pruebas sin respeto a las garantías constitucionales como el debido proceso penal, ese medio probatorio no serán utilizadas ni valoradas por órgano jurisdiccional.

Asimismo, estos carecen de toda consecuencia jurídica las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación al núcleo central de los derechos fundamentales reguladas en la Constitución Política del Perú. Estas pruebas no pueden ser utilizadas por el Juez directa ni indirectamente.

2.2.4.2.2. TEORÍAS DE LAS EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN

Reseñamos brevemente las principales teorías, para luego explicar con mayor detenimiento las excepciones que se aplican al caso:

a) Teoría de la fuente independiente.

El profesor Ugaz entiende que se puede llegar a la fuente de prueba por medios probatorios legalmente establecidas en el Código Procesal Penal. Asimismo señala el profesor Ugaz, que aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (ejemplo: digamos, la confesión del imputado bajo tormentos del lugar donde se encuentra el arma homicida), se puede llegar igualmente a sus

consecuencias (en el ejemplo, obtención del arma) por vías legales (testigo que declare haber visto el lugar de ocultación) (Hairabedián, 2002, p. 67).

b) Teoría del descubrimiento inevitable.

Esta teoría es la derivación de la fuente independiente. Esta teoría se utiliza cuando las consecuencias del acto irregular se hubieran obtenido por otros caminos que ineludiblemente se hubiesen presentado, se puede llegar por otro camino, a través de pruebas alternativas (Hairebedián, 2002, p. 73).

En la jurisprudencia norteamericana este supuesto ha sido desarrollado en el caso *Nix vs. Williams* (467 U.S. 431 (1984).), en este caso se admitió la evidencia, el cuerpo de la víctima, obtenida mediante una confesión ilícita (sin perjuicio de que se ha excluido la confesión misma), si bien el dato de la confesión era clave, sin embargo haciendo una exhaustiva investigación se hubiera llegado a los mismos resultados.

c) Teoría del vínculo atenuado o de la tinta indeleble.

Las actuaciones posteriores que se realizan a partir de la prueba ilícita van perdiendo la intensidad, los efectos venenosos se van subsanando, la propagación del vicio se atenúa o diluye ya por completo.

De la misma forma que la anterior teoría, esta regla ha sido desarrollada con mayor amplitud en los casos *Wong vs. U.S* (371 U.S. 471 (1983).) y *U.S. vs. Ceccolini* (435 U. S. 268 (1978).). En el primero se advierte que una persona arrestada ha sido puesta en libertad, después se presenta a confesar en forma voluntaria sobre los hechos. En el otro caso (*U.S. vs. Ceccolini*), se da el caso que primeramente es recibida la declaración de un testigo, pese a que

la información que lo relaciona con los hechos investigados había sido obtenida mediante un allanamiento ilegal, es decir el allanamiento no ha sido autorizado judicialmente, porque es brindada libre y espontáneamente por él, donde no media error ni dolo, entonces se convalida la prueba.

d) Teoría de la Buena fe.

La excepción de buena fe se refiere a la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas pues estas fueron cubiertas de legalidad sin embargo en el fondo son ilícitas. Dicha excepción busca salvar estas pruebas ilícitamente obtenidas pero de buena fe; ello implica que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención dolosa de cometerlo, y al suponerse que se ha actuado conforme a derecho puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias (convencer a las agencias policiales de no violar derechos fundamentales), no puede considerarse a alguien que actúa de buena fe, ya que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo (Ángel Fernando Ugaz Zegarra, en Instituto de Ciencia procesal Penal, 2009, p. 1-9).

2.2.5. EL DEBIDO PROCESO PENAL

2.2.5.1. CONCEPCIÓN

El debido proceso es la garantía más importante en todo proceso sea civil, penal, administrativo, laboral y otros; es un faro que ilumina todo el proceso desde el inicio hasta el final; definido desde la perspectiva doctrinaria como un conjunto de garantías mínimas que encubre al imputado o al ciudadano de a

pie que está sometido a un proceso, ello asegura una administración de justicia real, efectiva y sobre todo imparcial; asimismo con esto se garantiza la seguridad jurídica y también garantiza que las resoluciones judiciales sean dictadas con la debida motivación en pruebas y en derecho.

El actuar conforme al debido proceso es que los servidores judiciales resuelvan las pretensiones en estricto cumplimiento de las leyes y el respeto irrestricto de los derechos y garantías que amparan a un justiciable con la finalidad de alcanzar la justicia. En suma, se trata de lo que la Constitución española de 1978 en su Artículo 24.2 denomina “un proceso con todas las garantías”; en ese sentido el núcleo del debido proceso es asegurar la objetividad y la imparcialidad en el juicio penal.

Ahora bien, en este punto vamos a mencionar a la Corte Constitucional de Colombia donde se establece el “bloque de constitucionalidad” referido al debido proceso y justamente ello está materializado en la sentencia T-280 del año de mil novecientos noventa y ocho, en esta sentencia constitucional el ponente ha sido el magistrado Alejandro Martínez Caballero, la nota distintiva de esta sentencia es haber señalado que el debido proceso es todo un engranaje de derechos del ciudadano y su importancia se liga a la búsqueda de lo justo; dejando de lado las concepciones anteriores como por ejemplo el asunto de tipificar meramente conductas delictivas, establecer las competencias de los juzgados, determinar las reglas de sustanciación del proceso y algunos ritualismos, además de indicar algunas formalidades.

Según Prieto (2003) para este jurista el debido proceso ampara la tutela de las normas constitucionales que buscan un orden justo a fin de resguardar

los derechos fundamentales; asimismo, asegura que el poder público se sujete a la constitución y la ley tanto en los actos jurisdiccionales y los actos administrativos. (p. 819).

Ahora el profesor Prieto citando a Álvaro Tafur Galvis establece una conexión entre el debido proceso y la función jurisdiccional del Estado, prevista por el artículo 228 de la Constitución Colombiana, para establecer esta conexión primero, señala que todo proceso debe estar ajustado a las formas que establece la Constitución, a fin de posibilitar a que las partes del proceso tengan igualdad en sus derechos y también en sus intereses, el segundo presupuesto que establece el autor es que las reglas establecidas en un determinado proceso deben ser siempre conducir a la finalidad que las partes se proponen en el proceso esto es, resolver el conflicto de intereses sea en materia penal u otra materia; ello deriva del mandato del principio de la administración de justicia estatal.(p. 819).

Portocarrero (2005) indica que el derecho al debido proceso es entendida como aquella garantía que tutela los demás derechos fundamentales y no solamente aquellos que se ejercen en la función jurisdiccional, sino también aquellas que ejercen en la función administrativa; y este mismo autor señala que el debido proceso tiene dos dimensiones (dos caras de la moneda): una dimensión material-sustantivo y otra dimensión adjetiva-procesal. (p. 4)

2.2.5.1.a. EL DEBIDO PROCESO ADJETIVO O FORMAL

El debido proceso adjetivo se reflexiona como aquellas condiciones que deben efectuarse con la finalidad de asegurar una defensa eficaz en el proceso, donde los derechos y obligaciones están discutiéndose en sede judicial,

adicionalmente este mismo constitucionalista indica que esta garantía procesal otorga a la persona respeto de sus derechos en igualdad de condiciones.

Por lo expresado por Sáenz Dávalos el debido proceso adjetivo indica la estructura de principios y derechos, que deben ser respetarse en un juicio justo. (1999, p. 483)

Desde nuestra perspectiva el debido proceso señala el camino como debe transcurrir un juicio desde su inicio hasta su finalización, esto es, que el debido proceso señala el íter procesal, señalando las pautas de intervención de las partes, en otras palabras señala las reglas de juego, en este escenario el juez es el llamado para hacer cumplir estas reglas de juego. Ahora bien, si estas reglas no se cumplen sea por la actuación de una de las partes o del juez el proceso devendrá en inevitablemente en nulo, o será declarada nulo por inobservancia a las reglas procesales establecidas en la Constitución y la Ley.

Entonces como conclusión en este punto señalamos que el debido proceso es el conjunto de valores, reglas, presupuestos y principios que se deben tomar en cuenta en la celebración de un proceso.

2.2.5.1.b. EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO

El debido proceso sustantivo implica la coherencia que debe de haber en todo pronunciamiento jurisdiccional o extra jurisdiccional es un indicador que señala el estándar de las decisiones judiciales, ello quiere decir que el juez debe aplicar correctamente las reglas de valoración probatoria aplicar el derecho a un caso concreto y finalmente tomar una decisión justa, resolviendo el fondo de la materia controvertida.

El debido proceso esencialmente es comprendido como una finalidad no solamente como un instrumento ajeno al proceso, esta garantía constitucional debe garantizar a las partes la reivindicación de los derechos y sus intereses.

El debido proceso en sede administrativa también debe ser invocado para una adecuada tutela administrativa porque en esta sede también se resuelve conflictos buscando el respeto de los derechos estando en juego intereses del particular frente al del Estado, es por esta razón que en esta sede debe existir el debido proceso en la decisión materializada en acto administrativo que resuelve una situación jurídica puesta ante el conocimiento del funcionario público.

Es importante señalar que el debido proceso también tiene una regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y más precisamente en el artículo 8.1 donde en resumidas cuentas señala que el debido proceso es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos judiciales y procedimientos no judiciales.

Esta garantía en materia penal debe ser observada en el ámbito judicial sino también por el ministerio público, esto es, en la recabación e investigación y realización de diligencias preliminares o actos de investigación para el esclarecimiento de un determinado hecho que reviste relevancia jurídica; con esto estamos diciendo que el debido proceso en materia penal debe coadyuvar la búsqueda de la verdad respetando las reglas mínimas. En conclusión asumimos que el debido proceso en el proceso penal es considerado como la garantía más importante porque garantiza la tutela de bienes jurídicos imprescindibles y sensibles para el derecho como la vida y la libertad.

2.2.6. JURISPRUDENCIA NACIONAL DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

2.2.6.1. PRUEBA ILÍCITA Y EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN

En lo que respecta a la excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita tenemos en la jurisprudencia un primer caso nacional sobre la materia, recaída en el expediente N° 11-2001 decisión dada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en la Sentencia de fecha 18 de febrero de 2003 correspondiente al caso de Ernesto Ramón Gamarra Olivares, donde el imputado adujo en su defensa que la prueba en que se sustentan los delitos que se le imputan procedían de un hecho ilícito e irregular, al haber sido obtenido contra la ley pues este era un video denominado “Entrevista Polo Gamarra y amigo Lucho”, que carecía de valor probatorio porque fue obtenido como producto de una incautación llevada a cabo sin autorización judicial.

Ante estos argumentos la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en su fundamento Décimo Primero consideró que: “sin embargo, teniendo en consideración que tal reunión filmada en dicha prueba videográfica, ha sido reconocida por todos los participantes, tanto en la fecha, circunstancias y secuencias en que ha desarrollado (...) ha sido valorada como medio indiciario, pues ha sido confirmado por las demás declaraciones y testimoniales ya referidas que merituadas en su conjunto, han llevado a la convicción de los integrantes de esta Sala Penal Especial; en ese sentido, se considera que ha quedado probada la comisión de los delitos materia de la acusación, así como

la responsabilidad penal del encausado, resultando por tanto irrelevante para el presente caso el origen y modo de obtención de esta prueba (...).”

En tanto la Corte Suprema, aunque liberadamente no aplica la teoría de la fuente independiente para dar validez a la prueba videográfica cuestionada, reconoce que ese cuestionamiento es irrelevante puesto que la participación en la reunión captada y la responsabilidad penal del encausado han sido probados por otros medios de prueba actuados durante el juicio.

Otro ejemplo tenemos Expediente 21 – 2001 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, que corresponde al caso José Ramos García Marcelo, donde también se discute la incautación de un video sin autorización judicial previa; sin embargo el imputado utiliza el criterio jurisprudencial del “fruto del árbol envenenado” pretendiendo que se declare la invalidez del video incriminatorio; al respecto la Sala Penal precisó que: “(...) a) el video no se encontraba en poder del encausado, b) que la pertenencia y secreta custodia le correspondía a Vladimiro Montesinos Torres, c) que el requerimiento del video se hizo en domicilio distinto, y d) que la supuesta indefensión de sus derechos, provino de su actuación ilícita, por lo tanto, la incautación del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado, menos de la teoría “de la bandeja de plata” (arresto de una persona con violación de domicilio y obtención de pruebas que lo incriminan), a la de la jurisprudencia norteamericana denominada “doctrina del fruto del árbol envenenado”, y a la teoría “del efecto reflejo de la prueba ilícita o efecto expansivo”; deviene improcedente lo sostenido por García Marcelo (...).”

En el caso explicado líneas arriba la Sala Penal refiere que la presunta vulneración a la inviolabilidad de domicilio que es la base para la alegación de incautación de pruebas sin orden judicial, no afectó al encausado porque la posesión del video lo tenía otra persona, y al no ser el titular del bien jurídico presuntamente violentado no puede ampararse la regla de exclusión de la prueba así obtenida. En ese sentido el tribunal consideró que: “(...) en el presente caso el tema del conflicto entre los derechos a la intimidad, privacidad y, la tranquilidad pública, en estricto cumplimiento de la “teoría de la ponderación de los intereses involucrados”, resulta que el propio acusado quien permitió tal estado de indefensión al ser filmado cuando delinquiría. Entonces el Ministerio Público tiene derecho a probar mediante el citado video (...)”.

En consecuencia, para la Sala Penal de la Corte Suprema ante la colisión del derecho a la intimidad y la privacidad del sujeto y el principio de tranquilidad pública se prefiere el último cuando el individuo al participar en un hecho delictivo permite el estado de indefensión de esos derechos que alega se vulneraron. Este caso entonces, se constituye en un interesante caso de aplicación de la teoría de la proporcionalidad por un tribunal peruano, donde ponderó los intereses de la sociedad en la tranquilidad pública por encima del derecho a la privacidad y a la intimidad de un individuo.

Para Pellegrini Grinover (2000) las excepciones a la regla de exclusión, que revisaremos más adelante consienten la admisión de prueba ilícitamente obtenida aplicando el criterio de proporcionalidad, razonamiento que es aplicado por los tribunales por ejemplo de Alemania siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves. (p. 288)

Proporcionalmente la contraposición de los valores fundamentales que se encuentran en tensión, la eficiencia y éxito de la administración de justicia por un lado, la garantía del acusado a no ser condenado en base a pruebas ilícitas, por el otro. La aplicación del principio de proporcionalidad, pese a dar admisibilidad a un medio de prueba inconstitucional, es el camino a seguir como medio de evitar peores desastres proporcionalmente mayores.

De otro lado, Sala Penal Nacional, en el Expediente N° 634-03 del caso Wilbert Elki Meza Majino y otros; examina un caso de juzgamiento por delito de Terrorismo, donde se restó valor probatorio a las pruebas obtenidas en un allanamiento sin orden judicial. En principio el Tribunal verificó que los agentes policiales que allanaron la vivienda de la procesada no contaban con una orden judicial, más aún cuando en el momento de los hechos la ciudad de Lima no se encontraba bajo Estado de Excepción, los agentes policiales tuvieron tiempo para solicitar una orden judicial de allanamiento, no existió consentimiento del titular de la vivienda para el allanamiento policial. En ese estadio la Sala Penal Nacional paso a valorar la prueba ilícita a la luz del principio de ponderación o de excepciones por razón de seguridad pública, magnitud de la imputación o gravedad del delito en el caso concreto, precisando que al violarse el debido proceso “no cabe más que declarar que toda la documentación, diskettes y material encontrados en dicho registro constituyen prueba ilícita, la cual no puede valorarse ni se puede sobre la misma fundamentarse una condena, es radicalmente nula”.

En consecuencia, la Sala Penal Nacional al advertir la vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas, declaró éstas ilícitas y por tanto las inutilizó, restándoles cualquier valor probatorio. Además en ese

respecto la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante Recurso de Nulidad N° 4824-2005, de fecha 24 de mayo de 2006, confirmó la decisión de la Sala Penal Nacional de no valorar pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales.

Un caso similar al anterior lo constituye la Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2005, caso Lucy Margarita Romero Acosta y otros, resuelto por la Sala Penal Nacional, donde se discutió la validez de medios probatorios obtenidos en un allanamiento ilegal de domicilio por parte de agentes policiales; se resolvió que luego de advertir la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio producido por el allanamiento ilegal analiza si es posible aplicar las excepciones a las reglas de exclusión de las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, haciendo para el efecto una reseña de las principales excepciones.

En principio la Sala pondera que no es posible la aplicación de la teoría de la fuente independiente porque no existen testigos que atestigüen sobre las pruebas halladas. Tampoco es de aplicación la teoría del descubrimiento inevitable porque no existían actos de investigación o búsqueda de fuente de prueba que hubiera dado lugar al descubrimiento de las evidencias obtenidas con el allanamiento ilegal. Tampoco es de aplicación la excepción de buena fe, ya que los efectivos policiales actuaron sin una orden judicial, y sabían que requerían de la misma para allanar un domicilio; al respecto precisa la Sala que esta excepción sólo es aplicable cuando los agentes policiales realizan un allanamiento contando con una orden judicial, aunque después se sepa que carecía de esta.

Finalmente, la Sala analiza la excepción de proporcionalidad, precisando que para que sea atendible su aplicación la ponderación no puede ser arbitraria, ni siempre en atención de la gravedad de los hechos investigados, sino que la ponderación debe inclinarse a favor de la sociedad, sin que, se hace indispensable la verificación de cierta razonabilidad, lo que se logra a través de una explicación de criterios o factores. Por lo que la Sala explica de la siguiente manera: “Primero, la gravedad o entidad objetiva de la infracción, se trata de un allanamiento ilegal de domicilio (...). Segundo, los efectivos policiales actuaron bajo el conocimiento cierto de que para poder ingresar a un domicilio requerían de una orden judicial (...). Tercero, el allanamiento ilegal de domicilio no estuvo orientado a evitar un mal grave o que las fuentes de prueba hubieran sido obtenidas por una situación de estado de necesidad. Por las razones anteriormente expuestas, al no ser aplicable ninguna de las excepciones a la prueba ilícitamente obtenida, deben de ser excluidos del acervo probatorio (no pueden ser valoradas) las fuentes de prueba recogidas en el acta de registro domicilio (...)”.

En el caso analizado por la Sala Penal Nacional, entonces, luego de verificarse la vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio y al no aplicarse ninguna de las excepciones a las reglas de excepción, declaró que las fuentes de prueba incautadas irregularmente carecían de valor probatorio y las inutilizó (Ángel Fernando Ugaz Zegarra, en Instituto de Ciencia procesal Penal, 2009, p. 1-9).

2.2.6.2. LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA (PROHIBIDA) EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Respecto a la prueba prohibida o ilícita el órgano jurisdiccional a través de la Corte Suprema ha desarrollado varios pronunciamientos. Tal es así que resulta sumamente importante analizar y debatir este asunto en los procesos penales donde se sigue investigaciones contra los funcionarios del estado ello por la comisión de los delitos contra la administración pública, dado que a través de los medios de comunicación la persona toman conocimiento de ello, asimismo los delitos muchas veces son descubiertas en flagrancia, o hechos que son susceptibles de probar con grabaciones, audios, videos y sobre todo mediante la instalación de las cámaras ocultas.

2.2.6.2.i. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA

La Corte Suprema en una jurisprudencia importante recaída en el Recurso de Nulidad N° 05-02-2008-LIMA de fecha cuatro de mayo del dos mil nueve introduce una definición en el sentido que la prueba prohibida es aquel que se ha obtenido y/o actuado, vulnerando directa e indirectamente los derechos de la persona y las normas contenidas en la constitución política del Perú, vale decir, derechos fundamentales y la constitución.

El máximo intérprete de la norma Constitucional, y en el Expediente N° 2053-2003-HC/TC utilizó la misma definición de la prueba prohibida, el tribunal constitucional hace dos grandes aseveraciones: el primero se interpreta como aquella prueba en la que puede operar las excepciones a las reglas de exclusión, de ahí se infiere que no es absoluta su prohibición sino que en un caso concreto excepcionalmente puede ser admitido en el proceso.

En esta misma línea el máximo intérprete de la constitución con ocasión del expediente N° 655-2010-PHC/TC de 27 de octubre de 2010, define a la prueba prohibida como un derecho fundamental, ello implica el derecho a no ser utilizado y el derecho a no ser valorado por el juez, estos últimos derechos no están expresamente mencionado en la constitución política del Perú (...) (Fundamento N° 07)

Además el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 655-2010-PHC/TC establece reiterando su posición en el sentido que la prueba prohibida es la que se ha obtenido lesionando derechos fundamentales, con esto el tribunal constitucional pone un candado a fin de que las pruebas que se obtengan con alguna vulneración constitucional deben ser excluidas de plano.

En el mismo sentido el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de la Republica indica que la prueba prohibida se configura cuando se obtiene o se actúa lesionando o contraviniendo las normas y sobre todo a los derechos fundamentales; es así que la Corte Suprema establece dos grandes presupuestos para excluir la prueba ilícita, el primero de ellos es la “obtención” y el segundo presupuesto para la exclusión de la prueba ilícita es la “valoración” y la actuación en el juicio oral (Fundamento 15).

Es menester señalar nuestra postura; la prueba ilícita se configura cuando en su obtención se ha violado normas de carácter procesal y sustantivo, aquí debemos reconocer que al postular la exclusión de una prueba ilícita lo que se debe demostrar es la afectación directa al núcleo central de los derechos fundamentales. Cuando señalamos que se afecta a las normas procesales estamos haciendo referencia a que la incorporación y la valoración

han sido realizados con infracción a las normas del código procesal penal, y cuando se asevera la afectación a las normas sustantivas aquí la prueba ilícita afecta directamente a los derechos fundamentales y constitucionales; ello debe ser cuestionado en cualquier fase del proceso penal incluso en sede Casatoria.

El octavo Acuerdo del Pleno Jurisdiccional llevada a cabo en el año 2004 en la ciudad de Lima llegan a una feliz conclusión indicando que se debe hacer una diferencia sustancial entre la obtención de la prueba ilícita entendida como fuente de la prueba y la incorporación irregular y/o ilícita esta última entendida como medio de prueba; siendo esto así cabe enfatizar que la primera trae como consecuencia o da lugar a la prueba prohibida y la segunda trae como consecuencia o da lugar a la prueba irregular.

En este párrafo es ineludible hacer mención al artículo VIII del Código Procesal Penal del 2004 el título preliminar mencionado hace énfasis a la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental, aquí nos encontramos con una dificultad y una valla un tanto complicada, en el sentido que este artículo nos desafía a interpretar que es realmente el contenido esencial de un derecho, a partir de esta dificultad se entiende que este precepto legal materializado en el T.P. hace referencia a la violación de un derecho constitucional pero de manera genérica, dejando la libertad a los jueces para que realicen una interpretación adecuada.

2.2.6.2.ii. PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA IRREGULAR

El tratadista Castro Trigoso (2011) refiere que en las sentencias emitidas por la Corte Suprema abordan la diferenciación entre la prueba prohibida o ilícita y la prueba irregular:

1.- Para el Supremo Tribunal la prueba prohibida es reflexionada como aquella que se ha incorporado y actuado con violación al núcleo central de los derechos fundamentales, esto es el primer escenario.

2.- Cabe señalar de manera diligente que puede haber pruebas ilícitas que no vulneran normas constitucionales en su incorporación, sino vulneran aquellas normas de rango infra constitucional que están debajo de la constitución, a este último el Supremo tribunal lo llama prueba irregular; ello en la ejecutoria suprema N° 342-2001-LIMA (p. 211-225).

Del mismo modo, José María y José Carlos Ugaz (2008) señalan que la Ejecutoria Suprema donde se ha emitido el Recurso de Nulidad N° 9-2006 emitida en fecha 14-04-2007, ¿Qué hace esta Ejecutoria?, esta ejecutoria distingue dos conceptos de suma importancia: en su primer momento señala que con la prueba irregular lo que se cuestiona son los vicios y formalidades esenciales, en otras palabras lo que se cuestiona es la vulneración a una norma legal (infra constitucional). En su segundo momento, esta Ejecutoria Suprema señala que con la prueba prohibida lo que se cuestiona es la vulneración a una norma constitucional o normas de rango constitucional.

2.2.6.2.iii. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA PROHIBIDA

En este párrafo lo que vamos abordar son las consecuencias que trae la prueba ilícita y nos preguntamos ¿Cuáles son esas consecuencias?, aquí mencionamos una de las consecuencias:

Cuando una prueba haya sido obtenida mediante actos de tortura y violencia, es decir, con lesión a los derechos fundamentales, la consecuencia

directa es aplicar la regla de exclusión a fin de expulsar este medio probatorio del proceso; al respecto nuestro ordenamiento jurídico señala que esta prueba no debe ser valorada, porque deriva de una prueba prohibida aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado, esta teoría también es utilizada para excluir aquellas pruebas que tengan una relación directa o indirecta con la prueba ilícita primigenia.

Respecto a las consecuencias de la prueba ilícita existe un debate interesante el conflicto es si debe valorarse o no la prueba prohibida, otro conflicto es cuál debe ser su efecto de esta prueba ilícita, su efecto sería ineficaz, sería nula, sería inutilizable, inapreciable, inefectiva, en suma cuál sería su efecto, respecto a este punto nuestro ordenamiento jurídico aún no ha zanjado.

El máximo intérprete de la norma constitucional ha establecido algunas pautas para desarrollar la distinción entre efectos procesales y constitucionales de la prueba prohibida, señalando el siguiente efecto: en el proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida está establecida y consagrada en el artículo 159 del CPP, este artículo establece una prohibición al juez a fin de que no utilice por haber sido obtenida mediante la vulneración.

El Tribunal Constitucional en la sentencia N°02333-2004-HC/TC indica donde está regulada constitucionalmente los efectos de la prueba prohibida señalando que la misma está regulada en el artículo 2 de la Constitución y más precisamente en el inciso 24 donde refiere que las declaraciones obtenidas mediante la violencia o cualquier forma de agresión genera la inadmisibilidad de la prueba y también señala que la otra consecuencia es la ineficacia de esa

prueba, esto guarda coherencia con la presunción de inocencia dado que a un imputado no se le puede obligar que se le auto incrimine.

Aquí añadimos otra consecuencia; la prueba ilícita desde una perspectiva constitucional no debe ser valorada por el juez, por tanto no debe generar ningún efecto jurídico, ni procesal ni sustantivo, cabe añadir también que aquella prueba que tenga ilegitimidad constitucional inexorablemente genera su expulsión del proceso.

2.2.6.2.iv. EXCEPCIONES A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRUEBA PROHIBIDA

En este párrafo lo que vamos a sostener y desarrollar referida a las excepciones que se establecen a las reglas de exclusión de la prueba ilícita como por ejemplo tenemos:

Cuadro 2: Excepciones a las consecuencias de la Prueba Ilícita

EXCEPCIONES A LAS CONSECUENCIAS DE LA PRUEBA ILICITA	
1. Fuente independiente	Hace referencia a que la prueba es independiente, muy diferente a la prueba ilícita, es decir, no proviene de una prueba ilícita.
2. Descubrimiento inevitable	Esta excepción implica que el hecho descubierto mediante la prueba ilícita también ha podido ser descubierta necesariamente por ser muy evidente y a través de otras pruebas lícitas.

3. Buena fe	<p>Esto implica que los agentes de investigación han obrado de buena fe, por ejemplo al realizar un allanamiento domiciliario sin mandato judicial, en este punto el policía debe ignorar que el allanamiento no necesita autorización judicial.</p>
4. Proporcionalidad o ponderación	<p>En este punto hay que establecer una proporción entre los derechos vulnerados y la eficacia del proceso penal para enfrentar los actos criminosos.</p>
5. Nexo causal atenuado	<p>Es aquella relación indirecta y muy lejana a la fuente de la prueba ilícita, es decir la relación entre la prueba ilícita y la prueba derivada ha desaparecido por el paso del tiempo, etc.</p>
6. La infracción constitucional beneficiosa para el imputado	<p>Es aquella situación donde la prueba ilícita descubre un hecho; sin embargo este hecho beneficia al imputado, en este caso la prueba debe ser admitida.</p>
7. La destrucción de la mentira del imputado	<p>Si la prueba ilícita aporta al descubrimiento de un hecho y que este hecho sirve para destruir la mentira del imputado entonces debe ser admitido.</p>
8. La teoría del riesgo	<p>Esto implica que la prueba ilícita atenúa el riesgo que se presenta en proceso penal, sea en contra del agraviado o en contra del imputado. Esta excepción</p>

	<p>se utiliza para optimizar el proceso penal.</p> <p>Esta teoría permite la valoración de la prueba ilícita cuando es el propio afectado el que no cuida sus garantías y asume voluntariamente el riesgo de que se revele la comisión del delito o la realización de un delito que no se conocía con claridad en el proceso.</p>
9. Eficacia de la prueba ilícita para terceros	<p>Esta excepción señala que si la prueba ilícita ayuda a desvirtuar un hecho para la intervención del tercero o para desestimar la intervención del tercero en el proceso debe ser admitida.</p>
10. Infracción Constitucional ajena	<p>Implica que la prueba ilícita que haya vulnerado los derechos constitucionales de un país ajeno pero que esta prueba es ofrecida en un ordenamiento jurídico distinto a la fuente de vulneración, entonces debe ser admitido sino afecta al derecho constitucional del país distinto.</p>

FUENTE: Elaboración Propia

2.2.7. MARCO JURÍDICO-NORMATIVO

2.2.7.1. NORMATIVA NACIONAL

2.2.7.1.1. RESPECTO A LA PRUEBA ILÍCITA

2.2.7.1.a. EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Actualmente en nuestro Código Procesal Penal vigente la prueba ilícita está regulada en el título preliminar, artículo VIII, cuyo texto es el siguiente:

A. Artículo VIII. Regula la legitimidad de la prueba

B. Artículo 159: La Utilización de la prueba

2.2.7.1.b. EN LA CONSTITUCIÓN, CORTE SUPREMA Y EL TC.

A. Artículo 2.10 de la Constitución referido al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

B. Artículo 2.24.h de la Constitución referido a la libertad y seguridad personal

C. Recurso de Nulidad N° 05-02-2008 de fecha 04 de mayo del 2009.

D. Sentencia del Tribunal recaído en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC de fecha 27 de octubre de 2010.

2.2.7.1.c. NORMATIVA INTERNACIONAL

A. Convención Americana de Derechos Humanos.

B. "Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. PRUEBA ILÍCITA

La prueba ilícita como se ha sostenido a lo largo del marco teórico de la investigación se configura en aquellas situaciones donde en su obtención se ha vulnerado algún derecho tutelado constitucionalmente o legalmente, una segunda situación donde se configura la prueba ilícita es cuando esta prueba previamente obtenida en forma ilícita se incorpora al proceso penal ocurriendo una segunda violación constitucional. Otra circunstancia donde se configura la prueba ilícita es cuando el juez valora la prueba ilícita y en merito a esta valoración dicta una sentencia condenatoria.

A partir de lo señalado anteriormente la prueba ilícita tiene dos concepciones, una primera concepción que se fundamenta en la protección de la constitución y los derechos fundamentales, y una segunda concepción hace referencia a la eficacia de los agentes policiales en la investigación y la sanción administrativa disciplinaria a estos agentes si obtienen la prueba con alguna vulneración de los derechos fundamentales.

2.3.2. REGLAS DE EXCLUSIÓN

Para excluir una prueba contaminada tanto la doctrina, la jurisprudencia han establecido una serie de reglas para que estos medios probatorios que provienen de una fuente ilícita o en su incorporación se han infringido normas de carácter procesal deben ser expulsadas de estos se deriva las siguientes reglas de exclusión: afectación a las normas infra constitucionales, afectación a las normas constitucionales, afectación a las normas convencionales,

afectación al proceso establecido para la incorporación de los medios probatorios, afectación en la valoración de los medios probatorios; estas reglas de exclusión tienen tres finalidades; la primera es expulsar del proceso penal dejando sin efecto jurídico en el proceso; la segunda es resguardar el debido proceso y una tercera es respetar los derechos fundamentales.

2.3.3. DEBIDO PROCESO

El debido proceso tanto en su componente formal como sustantivo lo que busca es la preservación de las normas constitucionales, son una especie de caparazón que protege los derechos fundamentales y también protege las reglas y los procedimientos establecidos para cada proceso y/o materia.

El debido proceso es la garantía más importante en todo proceso sea civil, penal, administrativo, laboral y otros; es un faro que ilumina todo el proceso desde el inicio hasta el final; definido desde la perspectiva doctrinaria como un conjunto de garantías mínimas que encubre al imputado o al ciudadano de a pie que está sometido a un proceso, ello asegura una administración de justicia real, efectiva y sobre todo imparcial; asimismo con esto se garantiza la seguridad jurídica y también garantiza que las resoluciones judiciales sean dictadas con la debida motivación en pruebas y en derecho.

El derecho al debido proceso es entendida como aquella garantía que tutela los demás derechos fundamentales y no solamente aquellos que se ejercen en la función jurisdiccional, sino también aquellas que ejercen en la función administrativa; y este mismo autor señala que el debido proceso tiene dos dimensiones (dos caras de la moneda): una dimensión material-sustantivo y otra dimensión adjetiva-procesal.

2.3.4. DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son posiciones jurídicas a respetar por el Estado, en consecuencia y en una acepción más subjetiva los derechos fundamentales son las facultades y prerrogativas de importancia universal que amparan a los ciudadanos, siendo en un Estado constitucional regulado por la Constitución de cada Estado, y en los instrumentos internacionales; asimismo en el Perú los derechos fundamentales están regulados ampliamente en el artículo 2; sin embargo ello no limita a todos los demás derechos no considerados en este artículo, puesto que el artículo 3 de nuestra carta magna adscribe una cláusula abierta en donde entraría a tallar cualquier otro derecho que por su contenido esencial sea considerado derecho fundamental.

2.3.5. DERECHO A PROBAR

El derecho a probar es un componente del debido proceso es decir es una manifestación implícita del principio del debido proceso, todo imputado de acuerdo a la teoría dinámica de la prueba debe probar que no cometió el delito y de esa manera reivindicar su derecho a la presunción de inocencia, por otro lado el ministerio público en merito a su Ley Orgánica y en merito a la Constitución Política del Perú soporta la carga de la prueba, esto quiere decir que el fiscal que busca condenar a un imputado debe acreditar su responsabilidad más allá de la duda razonable, estableciendo la certeza de la imputación, esta viene a ser la única posibilidad y el único escenario donde al imputado se debe imponer una pena.

Ahora bien, cosa distinta ocurre en el proceso civil dado que en este proceso existen demandante, demandado y el juez que cumplen tareas y

funciones distintas en un proceso civil por ejemplo el demandante tiene una pretensión, postula una pretensión, y esta debe ser probada con medios probatorios idóneos y adecuados sean pruebas testimoniales, documentales o actuaciones procesales (inspecciones o periciales y otros) de la misma forma el demandado debe probar su contra pretensión acreditando fehacientemente que el derecho que invoca el demandante no se ciñe a la verdad ni a las normas vigentes; en este proceso ambas partes tienen igualdad de condiciones para probar sus pretensiones.

2.3.6. DERECHO A LA VERDAD

En la concepción filosófica el derecho a la verdad es comprendida como aquella búsqueda incansable de la realidad efectiva de los hechos incluso flexibilizando algunas garantías constitucionales, este derecho permite a los afectados encontrar la causa del porque el cómo, que, en que tiempo y en qué circunstancias se ha cometido el acto criminal; este derecho si bien es cierto no está regulado en la Constitución; sin embargo a través de una interpretación sistemática con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos podemos inferir que este derecho tiene un rango supra constitucional que va más allá de lo que protege la Constitución.

Este derecho nace a partir del “ius cogen” y con este derecho se ha llegado a conocer muchos crímenes de lesa humanidad, torturas, matanzas que han ocurrido en diferentes naciones a lo largo de la historia en el caso Colombia de las fuerzas revolucionarias (FARC) que han matado etnias completas de las poblaciones, del mismo modo en el Perú los terroristas que

mataron a la población andina de Ayacucho, Cusco, Puno, con so pretexto de reivindicar derechos e intereses.

También este derecho ha permitido descubrir la verdad de las guerras civiles que han ocurrido dentro de una determinada nación; asimismo ha permitido descubrir cuantas muertes y desaparecidos se tuvo por las guerras mundiales; en suma este derecho a la verdad sirve para conocer y descubrir la realidad de los acontecimientos criminales e históricos a fin de que estos hechos no queden impunes y sean sancionados los responsables.

2.3.7. PROCESO PENAL

El proceso penal es el conjunto de reglas y procedimientos que inicia desde la comisión del delito hasta la sanción del presunto responsable por esta comisión; en el caso peruano tenemos un código proceso penal que establece etapas procesales tanto para la investigación, procesamiento; inicia con la etapa de diligencias preliminares en sede fiscal con simples datos de la comisión de un delito, una vez cerrada esta etapa continua con formalización de la investigación preparatoria que comprende desde la disposición de la formalización hasta la acusación y la otra etapa estelar es la etapa intermedia donde se da un filtro sustantivo y procesal a la investigación, esta etapa culmina con la emisión de un auto de enjuiciamiento donde la causa queda listo para ingresar al juicio oral y la otra etapa del proceso penal peruano es el juicio oral que inicia con los alegatos de apertura, continua con la actuación probatoria y culmina con los alegatos de cierre, quedando así la causa expedita para emitir sentencia; es así como se desarrolla el proceso penal desde la comisión del delito hasta el establecimiento de la responsabilidad del imputado.

2.5. OPERACIÓN DEL EJE TEMÁTICO (dimensiones, indicadores, Método, Técnica e Instrumento), en el Marco del MAPIC.

EJE TEMÁTICO	DIMENSIONES	INDICADORES	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<p>“INCLUSIÓN de las REGLAS de EXCLUSIÓN de la prueba ilícita y las EXCEPCIONES a la regla en el Código Procesal Penal”.</p>	<p>1.- Los presupuestos de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento dogmático.</p>	<p>1.1. Afectación al debido proceso 1.2. Prueba derivada 1.3. Afectación a los derechos fundamentales, 1.4. Declaración judicial de la prueba ilícita, 1.5. Mala fe</p>	<p>1.- Método Sistemático</p>	<p>-Análisis de contenido -Parafraseo -Resumen -Consulta bibliográfica</p>	<p>-Fichas de análisis de contenido -Ficha de Resumen -Fichas bibliográficas.</p>
	<p>2.- Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y bajo que escenarios se funda.</p>	<p>2.1. Notoria realidad de los hechos descubiertos. 2.2. El vínculo atenuado, 2.3. El descubrimiento inevitable, 2.4. Buena Fe, 2.5 Fuente independiente, 2.6 Consentimiento.</p>	<p>2.- Método Dogmático</p>	<p>- Interpretación - Citas textuales</p>	<p>-Ficha Textual -Ficha de análisis Documental.</p>
	<p>3.- La prueba ilícita y sus implicancias en el debido proceso penal y persecución de la organización criminal.</p>	<p>3.1.- La prueba ilícita tiene una incidencia directa en el debido proceso penal, en su componente del derecho a probar.</p>	<p>3.- Método de Interpretación jurídica.</p>	<p>- Revisión Documental. - Estudio de caso</p>	<p>-Ficha de análisis de caso cualitativo.</p>

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

La investigación desarrollada se enmarca dentro del enfoque cualitativo, a decir del profesor Carlos Muñoz Razo, sostiene que la investigación cualitativa tiene como finalidad de inspeccionar, analizar e interpretar la realidad que es objeto de estudio empero no necesariamente para corroborarla.

Asimismo este mismo autor sostiene que esta inspección se realiza recopilando toda la información relevante, de los mismos aflora unos resultados que permite formular ciertos puntos de vista y otros aspectos subjetivos que no se pueden contar solo se perciben; de ese modo se entiende la realidad en función de dichos puntos de vista subjetivos que fueron el resultado del análisis efectuado (Muñoz Razo, 2011, p. 22).

En esta misma línea los profesores: Taylor y Bogdan (1986), refieren que las investigaciones cualitativas no son deductivas sino inductivas, dando posibilidad a los investigadores de analizar y desarrollar definiciones que tienen como base los datos que produjo la investigación comenzando por interrogantes vagamente formulados siguiendo un diseño de investigación flexible. (p. 7-8).

El estudio sigue la línea del enfoque cualitativo, dado que, analizamos e interpretamos la unidad de estudio: **“INCLUSIÓN de las REGLAS de EXCLUSIÓN de la prueba ilícita y las EXCEPCIONES a la regla en el Código**

Procesal Penal”, para tal efecto desarrollamos los siguientes aspectos: (i) Las teorías de la regla de exclusión de la prueba prohibida y el fundamento de su debilitamiento, (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal..

3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Según el especialista Kerlinger (1999), define al diseño de investigación como un plan estructurado para encontrar respuestas a las preguntas formuladas en la investigación. Del mismo modo el diseño es considerado la estructura básica de una investigación puesto que engloba todos los elementos de una investigación. En conclusión para Kerlinger el diseño refleja la estructura del problema, como el plan a seguir para obtener una evidencia empírica. (Recuperado en fecha 03 de Abril del año 2017, y disponible en <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>).

En la investigación se siguió el diseño: DOGMÁTICO (Estudio Dogmático y propositivo), dado que para concretizar los objetivos del estudio se recurrió a la teoría, doctrina, jurisprudencia, la ley penal, legislación comparada, la disposición constitucional y la normativa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Nótese, que la investigación no utiliza indicadores de tipo cuantitativo ni estadístico, únicamente se enmarca en el estudio de la dogmática penal.

Ahora bien, refiriéndonos a los planos de la investigación, primero se enfocó en el plano teórico; al análisis de las teorías, doctrinas, jurisprudencia y

la legislación, y por otro lado, se enfocó en el plano de la propuesta, para tal efecto hemos sugerido la inclusión de las reglas de exclusión, las excepciones a las reglas de exclusión en el rubro de la actividad probatoria del Código Procesal Penal.

3.2. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto o también llamado tema o asunto del estudio en una investigación lo constituye aquella parcela de la realidad jurídica procesal y material en la que centramos la atención para analizar, describir, comparar, e identificar la evolución de un problema en el ámbito jurídico; este objeto es el eje sobre la cual gira una investigación para conducirnos a un resultado que era desconocido o confuso al iniciar la investigación.

En consecuencia, el objeto de esta tesis es: la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO Penal.

3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio de la investigación está conformado, por las teorías, doctrina, jurisprudencia y la norma penal referida a la prueba ilícita, para ello se recurrió a los libros, revistas especializadas, artículos científicos, ensayos y opiniones relevantes por parte de los juristas nacionales e internacionales.

Asimismo, para desarrollar la propuesta dogmática y legislativa se desarrolla en base al análisis efectuado de cada una de las propuestas doctrinarias desarrolladas y las líneas jurisprudenciales establecidas, por la Corte Suprema y la jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional.

3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.4.1. MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Históricamente se ha concebido al método como la vía para alcanzar una meta, es decir, un conjunto de procedimientos que permiten investigar y obtener el conocimiento. Técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos.

Métodos que se utilizaran en la presente investigación:

a) El Método Dogmático.

“La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que tiene tres pasos; (i) análisis gramatical (exégesis del texto legal), esto hace referencia a la interpretación literal, (ii) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios (‘ladrillos’ del futuro edificio), esto hace referencia a la fase de análisis donde se descompone el texto legal en sus unidades mínimas, (iii) Construcción del sistema (con los ladrillos), ello se refiere a la fase de interpretación a la construcción del texto legal de acuerdo al caso concreto” (Zaffaroni, 2009: 18)

Aplicación del método de la dogmática Jurídica en la investigación:

En el presente estudio, la norma en análisis es el artículo 159° del Código Procesal Penal, referido a la utilización de la prueba, el procedimiento que se sigue para la interpretación de esta norma procesal es el siguiente: **1)** lectura literal de la norma (Artículo 159 sobre la utilización de la prueba) **2)**

procede descomponer esta norma extrayendo los elementos que son: primero la utilización de la prueba, segundo, el contenido esencial de los derechos fundamentales, a partir de estos el siguiente paso es subsumirlo al caso particular y, **3)** Construir una argumentación aplicando las reglas de exclusión probatoria ya que existe una prueba ilícita o prohibida. Asimismo aplicar la ponderación entre la afectación del derecho fundamental versus el derecho a probar y la finalidad procesal.

b) El Método Sistemático.

El método sistemático recurre para interpretar e investigar el Derecho a los siguientes elementos: a) tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y b) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. (Witker, 1985, p. 187).

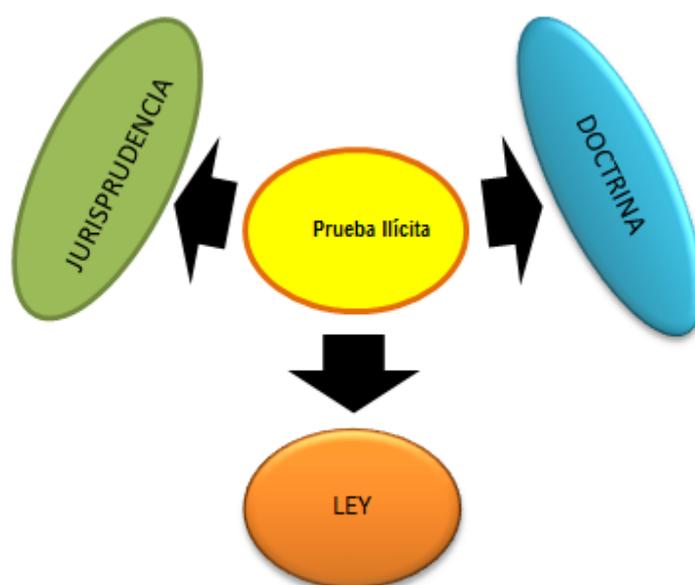
En palabras del profesor Víctor Emilio Anchondo Paredes en su trabajo titulado *Métodos de interpretación Jurídica*, define a la interpretación sistemática como: esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.

La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas. (Recuperado en fecha 05 de abril de 2017, y disponible en: <file:///G:/2017/METODOLOGIA/metodos%20de%20la%20interpretacion%20juridica.pdf>).

En la investigación desarrollada el método interpretación sistemática se utilizó para 1.- Establecer los presupuestos, los criterios, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento. 2.- Analizar las excepciones a la regla de exclusión y cuál es su fundamento; dado que para acreditar estos objetivos específicos se recurrió a las teorías planteadas por los juristas, asimismo, la jurisprudencia desarrollada por los jueces de la Corte Suprema y la normatividad regulada en el Código Procesal Penal, y la legislación comparada.

El método sistemático, nos ayudó para desarrollar el tema materia de investigación en forma holística, desde las tres vertientes; legislación, doctrina y la jurisprudencia.

Figura 1: Sistematización del método Sistemático



Fuente: Elaboración propia.

c) Método de argumentación jurídica

“La argumentación como método permite suplir la falta de pruebas cuantitativas y la verificación experimental respecto de la veracidad o falsedad de una información producto de la investigación científica” (Aranzamendi, 2010, p. 186.). Su rol de conocimiento al servicio de la actividad cognoscitiva, consiste en hacer uso de razonamientos y construcciones lógicas, al racionalizar la experiencia y no limitándose simplemente a describirla y cuantificarla.

Básicamente la función práctica o técnica de la argumentación, dado que facilita una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar derecho. Función metodológica, denota amplitud como enfoque epistemológico para la construcción, interpretación y aplicación del derecho.

Este método se ha utilizado a lo largo de la investigación y más precisamente en cuarto capítulo donde hemos construido la argumentación planteando que los supuestos de prueba ilícita y las excepciones a la prueba ilícita deben de incluirse en el Código Procesal Penal. (Revisar Anexo 8: Proyecto de Ley)

d) Estudio de Casos

(...) Eisenhardt (1989) concibe un estudio de caso contemporáneo como “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría. Eisenhardt (citado por Martínez, 2006, p. 174).

Mediante este método se ha hecho mención a numerosas sentencias, jurisprudencias derivados de casos emblemáticos, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, jurisprudencia que desarrolla sobre las prohibiciones de la prueba ilícita, sobre las excepciones a las reglas de exclusión, donde nos ilustran con pautas, señalándonos cuando estamos ante una afectación grave de un derecho fundamental, y cuando hay una afectación leve que incluso puede ser objeto de subsanación o convalidación.

Lo que a través de este método lo que se ha recabado son precisamente esas reglas de exclusión, y los supuestos de excepción desarrollados y abordados ampliamente en la jurisprudencia, y lo que la investigación pretendió es traer esas reglas para que estas sean positivizadas e incorporadas en el Código Procesal Penal.

3.4.2. LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

La técnica de la investigación jurídica, es el resultado del saber empírico-técnico persigue la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático, genético o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes de conocimiento jurídicas, de forma de obtener de ellas los datos concretos para su ulterior elaboración metodológica. Es un saber práctico al servicio de un saber científico.

Las técnicas utilizadas en la presente investigación:

1. Análisis de contenido
2. Revisión documental
3. Consulta Bibliográfica

4. Estudio de Caso
5. Parafraseo
6. Resumen

3.4.3. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Bernardo y Calderero (2000), consideran que los instrumentos es un recurso del que puede valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información. Dentro de cada instrumento pueden distinguirse dos aspectos diferentes: una forma y un contenido. La forma del instrumento se refiere al tipo de aproximación que establecemos con lo empírico, y las técnicas que utilizamos para esta área. En cuanto al contenido, este queda expresado en la especificación de los datos concretos que necesitamos conseguir; se realiza, por tanto, en una serie de ítems que no son otra cosa que los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, etc. (recuperado en fecha 07 de mayo del año 2017, y disponible en: <https://es.slideshare.net/oscarlopezregalado/instrumentos-de-investigacin-217795>).

Es así, que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación tanto de primer, segundo y tercer componente se utilizó los siguientes instrumentos:

1. Fichas de análisis de contenido
2. Fichas de Revisión Documental
3. Fichas bibliografías
4. Fichas de Análisis de caso cualitativo
5. Ficha textual
6. Ficha de Resumen

3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es el siguiente:

PRIMERO: Se seleccionó las fuentes (directas e indirectas) tanto bibliográficas como hemerográficas necesarias para proceder con la recolección de los datos requeridos. De las cuales se consideró las principales fuentes legislativas de nuestro ordenamiento jurídico, partiendo con el análisis de la Constitución Política del Estado referido a la prueba ilícita y los derechos fundamentales, Código Procesal Penal, y los instrumentos internacionales pertinentes, asimismo teorías, doctrina y jurisprudencia, así como textos de renombrados juristas en el tema materia de la presente investigación.

SEGUNDO: En el segundo paso como parte del desarrollo de la investigación, se elaboró los instrumentos de investigación jurídica, los mismos que ayudaron a almacenar los datos recabados a través de las técnicas de investigación, estos datos recabados nos sirvieron para construir el marco teórico de la investigación (base teórica) así como también se elaboró instrumentos para analizar y sistematizar la base fáctica y propuesta del estudio.

TERCERO: Se seleccionó y aplicó las técnicas de investigación jurídica, de las cuales tenemos: análisis de contenido para analizar los datos recabados en los textos y páginas virtuales sobre los planteamientos teóricos para *proponer la inclusión de las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión en el Código Procesal Penal y analizar que implicancias tiene en el debido proceso.*

Asimismo, se aplicó el método sistemático, a fin de abordar el tema de estudio en forma integral, desde las diferentes vertientes, para tener una visión general del tema, y llegar al estado de la cuestión, al debate central de la investigación y a partir del desarrollo y problematización plantear las propuestas de solución.

CUARTO: Los procedimientos antes señalados se realizaron con la única finalidad de conseguir los objetivos de la investigación, primeramente establecer los presupuestos, los criterios, las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; para ello justamente se utilizó la técnica y los instrumentos para trasladar la información de los libros y las páginas virtuales (pdf) al marco teórico u los resultados de la investigación; ahora bien, para el segundo componente se planteó el siguiente objetivo; Analizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y cuál es su fundamento y como tercer componente de estudio tenemos; Establecer qué implicancia tiene las reglas de exclusión y las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en la garantía del debido proceso penal, para estos dos últimos se siguió el mismo procedimiento que lo establecido para el primer objetivo específico.

QUINTO.- Finalmente se procedió al análisis e interpretación de la información obtenida, ello considerando como parámetros, el sistema de unidades y componentes, por tratarse de una investigación de corte cualitativa.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En los resultados y discusiones de la investigación jurídica nos permitimos analizar los tres componentes de estudio: (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento dogmático, (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento. (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la persecución de la organización criminal; los mismos que son analizados y debatidos a la luz de las teorías, doctrina, jurisprudencia, la ley y el Derecho comparado.

Cada componente de estudio, persigue un determinado objetivo específico, una vez concretado los objetivos, es sistematizado y materializado en las conclusiones del estudio, y finalmente en base a los resultados obtenidos se plantea la propuesta de investigación.

En la presente investigación la propuesta es haber planteado una propuesta legislativa a fin de que las reglas de exclusión, y las excepciones sean incorporadas en el Código Procesal Penal, y más precisamente en el artículo 159. Por otro lado también se ha sugerido la reforma del artículo 160 del Código Procesal Penal, a fin de que la valoración de la prueba ilícita sea causal de nulidad absoluta del proceso penal.

En este estado de cosas anunciamos el debate y la discusión respecto a los tres tópicos planteados en la investigación, lo que tenemos que anunciar es la tesis general de los tres componentes el mismo que lo hacemos afirmando categóricamente que las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales,

que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben de ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable; ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admite e incorpora válidamente en el proceso penal, y la prueba de fuente ilícita que se excluye por atentar los derechos fundamentales tiene una implicancia directa en el debido proceso.

Esto es la tesis central con la que se inicia la discusión, y será la postura que se defenderá a lo largo del desarrollo en este capítulo cuarto, ahora bien, iniciemos con los postulados que presenta y propone la presente tesis de investigación, en materia jurídica, sobre la materia objeto de discusión, expulsión de la prueba ilícita.

Estos son los puntos que sea debatido a lo largo de este capítulo cuarto de la investigación.

4.1. SUB CAPITULO N° 01

4.1.- PRIMER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.

4.1.1.- *Establecer los presupuestos para excluir la prueba ilícita y bajo que fundamentos dogmáticos.*

4.1.1.1.- ANÁLISIS DE LOS PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS PARA ESTABLECER LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN.

Discusión y Debate:

UNO.- *¿Causales de exclusión probatoria por contravención constitucional y derecho fundamental?* Las reglas de exclusión de la prueba ilícita tienen su fuente principal en la protección del sistema constitucional y la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ello se derivan las reglas de exclusión probatoria que se debe aplicar para excluir una determinada prueba que afecte el núcleo del derecho fundamental: A.- Que la irregularidad en la obtención y la incorporación sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, D.- La condición de prueba ilícita para que no tenga efectos en el proceso debe ser declarada judicialmente, E.- Afectación a la dignidad de la persona, F.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita a fin de generar derechos y obtener ventaja; y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a conocer la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación incluso restringiendo algunos derechos para enfrentar a la corrupción sistemática y organizada.

DOS.- *Prueba ilícita y nulidad del proceso.*- Como se ha señalado en el marco teórico de la investigación, una de las consecuencias directas del uso de la prueba ilícita en el juicio es la nulidad del proceso Penal, y justamente para desarrollar este extremo de la discusión vamos a invitar al profesor Carbonell

(2012); quien sostiene en líneas generales que la justificación de que la prueba ilícita sea causal de nulidad del proceso se muestra cuando las autoridades violan derechos fundamentales, ¿pero dónde y cuándo? Ello en la investigación preliminar y en la investigación preparatoria, estos dos últimos en el proceso de obtención de elementos probatorios; también se da en la etapa intermedia incluso en el juicio oral, aquí la vulneración ocurre en el ofrecimiento y la actuación probatoria, ello debe ser neutralizada en la investigación misma a fin de evitar la nulidad procesal.

La nulidad es una sanción procesal, pero el asunto no debe quedar ahí sino también debe ejercerse una sanción a la autoridad policial por haber investigado y recabado elementos de convicción con afectación a los derechos, y esta sanción debe ser totalmente independiente, previo procedimiento administrativo disciplinario, que puede terminar en una suspensión del personal o la destitución del cargo. Ello con la finalidad de prevenir que los policías o agentes de investigación, grupos terna, que no sigan investigando vulnerando derechos fundamentales.

En los casos donde los medios probatorios se haya recabado desde un principio cometiendo irregularidades insubsanables y ella haya permanecido en el proceso hasta la sentencia, se observa una doble vulneración de los derechos constitucionales, el primero de ellos se da en la obtención de la prueba ilícita, como ejemplo para este primer supuesto tenemos el ingreso a un domicilio privado sin autorización judicial o de una interceptación telefónica sin orden expreso del juez, y una segunda vulneración se da cuando esos elementos probatorios ilícitos se hayan incorporado en el proceso y aun así se hayan valorado dándole un valor probatorio y en base a ese dato se haya

dictado una sentencia condenatoria. A partir de esta doble vulneración debidamente probada, debemos señalar que la primera vulneración es la que debe ser atacada en forma contundente hasta lograr su expulsión, ello no solo evitará la segunda vulneración si no que se evitará una sentencia condenatoria y probablemente una vez expulsado la prueba ilícita se dará por sobreseído el proceso. Finalmente, debemos señalar que la tutela de derechos juega un papel importante para la expulsión de un elemento probatorio en la fase de investigación preparatoria.

En este párrafo, corresponde señalar que la nulidad de la prueba abarca a dos dimensiones: el primero a la actividad probatoria, es decir a todo lo debatido y valorado y la segunda dimensión es a la prueba misma, sin afectar la actividad probatoria, expulsada la prueba continúa el proceso, como ocurre en el control probatorio de la etapa intermedia, donde se plantea la exclusión de la prueba por haber sido obtenido con afectación a un derecho sustantivo. Ahora, si la afectación se hubiera dado en la etapa del juicio oral entonces ahí cabe la nulidad de la actividad probatoria, porque lo que se cuestiona es su valoración de la prueba ilícita, y la consecuencia de ello es la nulidad de la actividad probatoria.

La incorporación de los elementos probatorios comprende la aportación de las fuentes y la proposición de los medios de prueba y finalmente, como acto procesal que integra el círculo tenemos a la valoración de parte del juez, para tomar la decisión final.

Asimismo, Fidalgo Gallardo (p. 49), según este autor, la nulidad de la prueba ilícita ha sido desarrollada en la jurisprudencia de los países

norteamericanos donde se conoce como exclusionary rule, la misma que es concebida como una regla mediante el cual las evidencias probatorias, sean materiales o de otro tipo obtenidas mediante las fuerzas policiales con infracción a los derechos procesales constitucionales que están debidamente reconocidas en los cuatro enmiendas (cuarta, quinta, sexta o decimocuarta) de la Constitución Federal, no podrán ser valoradas por el juez en la fase decisoria del juicio oral a efectos de determinar la culpabilidad o la inocencia del imputado, dado que se vulnerarían los derechos constitucionales de todo imputado.

Para terminar con el análisis en este segundo punto, es menester mencionar una teoría que si bien es clásico, no deja de tener vigencia “*el fruto del árbol envenenado y/o contaminado*”, la regla para esta teoría es que la prueba ilícitamente obtenida debe ser expectorada del proceso, asimismo esta teoría sostiene que es completamente nulo todo lo que se deriva de una prueba ilícitamente obtenida, y pone una condición, con aquel que haya una conexión lógica entre la violación inicial y las pruebas adicionales. La cuestión importante para la comprensión de esta teoría es identificar esa conexión lógica existente entre una primera violación es decir en la obtención y de lo que finalmente puede derivarse de ella.

TRES.- La utilización de la prueba ilícita, en este tercer punto del debate cabe iniciar con una afirmación irrefutable; la utilización de la prueba ilícitamente obtenida, debe constituirse en una prohibición absoluta. Para esta afirmación surgió un debate acalorado entre los jueces que eran partidarios de la exclusión probatoria y los integrantes que seguían la doctrina tradicional, su defensor más importante era el Juez Benjamín Natham Cardozo, este juez ha

sentado una postura muy particular donde señala que cuando una prueba ilícita sirve para acreditar comisión del delito y al autor quien participo en la comisión del hecho, indica que debe de castigarse dos cosas, hechos: como es lógico se debe castigar el crimen descubierto, al autor del delito, así como también al agente quien obtuvo la prueba ilícita. El sustento se basa en que un hecho delictivo no puede quedarse impune debe ser sancionado conforme a ley pero tampoco podemos permitir a los agentes policiales que cada vez que investigan que obtengan medios probatorios con violación a los derechos, ello también merece un castigo.

CUARTO.- *Análisis bajo la teoría del árbol envenenado.*- Esta teoría ha sido acuñada por el año 1939 por un juez llamado Frankfurter, ahora bien, el postulado principal de esta teoría se sustenta que la prohibición de valorar las pruebas ilegalmente recabadas comprende también, y/o alcanza a las pruebas que se han derivado de ella.

El principio antes mencionado se ha aplicado al resolver el caso Nardone donde se ha delimitado que aquella prueba que ha sido adecuadamente ofrecida en la etapa de acusación fiscal, pero que este medio probatorio nace a raíz de una obtención ilegal, dado que provenía de una interceptación telefónica que no ha sido autorizado judicialmente.

Al respecto el juez ha sido claro en sostener que el uso indirecto de la prueba prohibida que cuyo fuente es ilegal no debe ser valorado bajo ningún argumento, porque al no poner freno a la prueba que tiene una fuente ilegal, constituiría un motivo para que muchos ofrezcan regular y adecuadamente una

prueba prohibida, además sería incompatible con la ética y sería una enfermedad grave que destruya la libertad personal.

Ahora bien, Rives (2010), este autor en el año 1964, realiza un análisis del famoso caso Elkins, donde el Tribunal Supremo Federal, reconoció algo que era fundamental, para zanjar un debate que en ese entonces era polémico y el tribunal dijo: la prohibición de valorar el dato o el resultado de una prueba ilegítimamente obtenida constituye la forma más efectiva de controlar la arbitrariedad de los agentes de investigación o policiales; en la misma línea tenemos el caso Calabra (1974), donde se señala claramente que la exclusión probatoria no es un derecho constitucional del imputado, sino es un remedio procesal regulada para proteger los derechos inculcados en la IV Enmienda Constitucional, además de prevenir las futuras ilegalidades e irregularidades de la policía.

Finalmente, en este punto cabe argumentar que la inadmisibilidad de la prueba prohibida tiene su sustento principal en generar una prevención general en los agente policiales (una persuasión a los agentes policiales) a fin de que no acudan a métodos o técnicas de investigación que están prohibidos.

QUINTO.- La Legitimidad y la legalidad de la prueba.- recurriendo al Código Procesal Penal y más precisamente el Título Preliminar el artículo VIII.1, en ese precepto legal encontramos regulado el principio de legitimidad de la prueba, donde indica con suma claridad que únicamente será valorado aquel medio de prueba que haya sido obtenido e incorporado el procedimiento legalmente establecido, contrario sensu sostenemos que aquel medio probatorio que haya

sido incorporado con violación a los procedimientos regulares no podrá ser regulado.

Talavera (2015), este connotado profesor, señala que el máximo intérprete de las disposiciones constitucionales precisamente en su sentencia recaída en el expediente N° 1014-2007-PHC/TC al interpretar el derecho a la prueba sustenta que la actividad probatoria debe ser constitucionalizado, ello con la finalidad de proscribir la violación al contenido central de los derechos fundamentales, eso al mismo tiempo implica que toda las transgresiones en la obtención, incorporación y la valoración de la prueba debe ser proscrito, con la finalidad de salvaguardar los derechos constitucionales.

SEXTO.- Reglas de exclusión en la normatividad.- sigamos analizando el Código Procesal Penal, este instrumento legal le denomina prueba prohibida ello justamente está regulada en el artículo (155.2), este precepto normativo menciona a dos tipos de prohibiciones: 1.- prohibición referida a los medios probatorios propiamente dichas y 2.- prohibición referida a los métodos probatorios. Y como ejemplo para ilustrar esta situación tenemos: los datos o hechos que un párroco guarda en razón de su secreto profesional de un culto religioso, no pueden ser incorporados como elementos probatorios en el proceso penal, por más que ya no esté vinculado con la iglesia, ello en mérito al artículo 165:2:a del C.P.

Otra de las prohibiciones se extienden a la prohibición de ciertas actividades probatorias por ejemplo está prohibida el careo entre el imputado mayor de edad y la agraviada o víctima menor de edad, eso es un supuesto

que está prohibido taxativamente probatoria, regulación que encontramos en el artículo 183.3 del Código Procesal Penal.

En ese sentido Talavera (2015), centrándose en los métodos probatorios que están prohibidas por la ley, que evidentemente no pueden ser empleados porque hay técnicas o métodos que atentan los derechos o procedimientos constitucionales, por ejemplo aquellos métodos o técnicas que afectan la libertad de autodeterminación de los imputados o métodos que pueden alterar el ejercicio de recordar o valorar objetivamente ciertos hechos, la regulación de esta prohibición encontramos en el artículo 157.3 del Código Adjetivo.

SIETE.- Concepto amplio de la prueba prohibida.- En este punto se hará referencia a la concepción amplia y la concepción restringida de la prueba ilícita, para tal efecto vamos a recurrir al máximo intérprete de las normas constitucionales, y más precisamente al Expediente N° 2053-2003-HC/TC, donde se desarrolla la concepción amplia en los términos siguientes: la prueba prohibida es aquel que se ha obtenido o actuado con lesionar las garantías y derechos con violación a la constitución o la violación legal.

Y por otro lado tenemos a la concepción restringida, esta segunda concepción se define como aquellas pruebas ilícitas obtenidas, indirecta o directamente con quebrantamiento del contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado. (Art. VIII.2 T.P.)

OCHO.- Efectos negativos (reflejos) de la prueba prohibida.- Son aquellos medios probatorios que se producen por derivación directa de las pruebas que se han obtenido de manera ilícita, en si misma estas pruebas son lícitas, el asunto es que derivan o tienen una fuente ilícita en su obtención en el recojo;

por ejemplo, tenemos aquella situación donde el imputado ha sido sometido a una tortura mediante violencia física y psicológica y mediante este método ha confesado donde se encuentra el producto o los hallazgos del delito, y con este dato el ministerio público ha recabado regularmente el producto o los efectos del delito, sin embargo la confesión ha sido realizado con tortura, por ello desde nuestro punto de vista ello no debe ser valorado ni incorporado al proceso penal.

Ahora bien, recurriendo a la doctrina norteamericana, esta doctrina, nos trae a colación el tema de los frutos del árbol envenenado, donde en resumidas cuentas se indica que es ineficaz la prueba prohibida, y esta ineficacia debe alcanzar a los demás medios probatorios que se derivan de ella, pero que por sí misma son lícitas. Es decir, que estos medios probatorios tienen como causa – fuente a una prueba ilícita, teniendo como consecuencia que estos medios probatorios no deben ser valorados ni admitidos en el proceso penal.

Talavera (2015), el mencionado autor haciendo alusión al Código Procesal Penal, indica que las pruebas derivadas carecen de todo efecto legal, ello por mandato legal regulada en el Título Preliminar del artículo VIII, no solamente ello sino no pueden ser utilizadas en un proceso sea penal o civil ello en el marco del Artículo 159 del Código Procesal Penal, la condición básica es que no debe ser obtenida ni directa ni indirectamente con transgresión al núcleo central de los derechos constitucionales.

NUEVE.- Ponderando la eficacia del proceso en relación a la prueba ilícita en el derecho comparado.- ahora bien, lo que respecta a la eficacia de una prueba ilícitamente obtenida, a nivel internacional se tiene que:

- ❖ En Estados Unidos la consecuencia de la valoración de la prueba prohibida es aplicar la regla de exclusión, es decir ante un supuesto de prueba ilícita se excluirá la prueba.
- ❖ En Italia la consecuencia jurídica es la inutilizabilidad de la prueba prohibida.
- ❖ En España la consecuencia de la valoración de la prueba prohibida es la declaración de Ineficaz y/o nula la prueba prohibida.
- ❖ En Francia se sanciona con la nulidad la presentación de una prueba obtenida ilícitamente.
- ❖ En Alemania: se aplica la prohibición de valoración o prohibición de aprovechamiento.
- ❖ En el país de Portugal su consecuencia es la nulidad.
- ❖ En el país latinoamericano de Colombia la prueba prohibida es nula por lo tanto su ordenamiento jurídico la excluye de los medios de prueba legalmente obtenida.
- ❖ En Brasil resulta inadmisibles la prueba ilícitamente obtenida.
- ❖ En Chile se excluye la prueba prohibida.

DIEZ.- Regulación de la prueba ilícita en las constituciones del Perú.- En este punto de análisis vamos a referirnos concretamente a las constituciones del Perú para advertir su regulación, en primer lugar tenemos, a la constitución de 1834 en su Artículo 156, señala que es inviolable el secreto de las cartas

privadas inter partes: las que sean robadas o sustraídas de los correos, de los carteros o de sus conductores carecen de todo efecto legal.

Segundo; esta misma concepción, ha sido regulada o reiterada en las constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979. Tercero, ahora bien, La Constitución de 1993 es más claro, al expresar que es ineficaz las pruebas recabadas con vulneración a los derechos fundamentales ello está regulada en el artículo 2.24.h) al prescribir que no tienen valor las declaraciones que han sido obtenidas con violencia, ya sea moral, psíquica o física, y adiciona que al que utiliza incurre en responsabilidad.

Asimismo, los documentos privados que hayan sido incorporados u obtenidas con violación a la norma constitucional no tendrán ningún efecto legal, ello está previsto en el artículo 2 inciso 10 de la Carta Magna.

Al cerrar este punto de análisis, debemos señalar en forma resumida que serán excluidas todas las pruebas prohibidas por ley, y una prueba ilícita es una prueba que esta liminar-mente prohibida por la ley, toda vez que tiene un origen ilícito, en consecuencia, no debe ser admitida.

ONCE.- instrumentos legales para controlar la prueba ilícita.- En la legislación de Estados Unidos la solución se basa en suprimir la evidencia. Ahora, en el país latinoamericano de Chile la solución se basa en excluir la prueba, previa audiencia en la preparación del juicio oral (art. 276). En el país europeo de España en merito a su jurisprudencia nos señala que la prueba prohibida debe ser controlada en la etapa del control probatorio y el segundo momento para plantear su exclusión es el momento de valoración, es decir en el juicio oral.

Si bien el Código Procesal Penal, no regula taxativamente la oportunidad y el momento para postular la exclusión de la prueba ilícita, sin embargo realizando una interpretación sistemática tenemos que la exclusión de la prueba ilícita se puede plantear en tres momentos: primero en la investigación preliminar bajo la figura de tutela de derechos, segundo, en la etapa intermedia bajo la figura de exclusión probatoria en la audiencia de control de acusación, y un tercer momento para plantear la acusación es en el juicio oral, en la actuación probatoria.

4.2. SUB CAPITULO Nº 02

4.2.1.- SEGUNDO COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

4.2.1.1.- *Analizar y establecer las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y bajo que escenarios.*

4.2.1.2.- EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.

Discusión:

UNO.- *Excepciones a las reglas de exclusión;* En un estado democrático y constitucional de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están enmarcadas dentro del principio de proporcionalidad de intereses, entre la protección absoluta de los derechos fundamentales frente al derecho a la verdad que implica el cabal conocimiento de la realidad de los hechos; los mismos que deben ser aplicadas verificando estrictamente las siguientes reglas: A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, B.- El vínculo atenuado, C.- El descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad, E.- Buena

Fe, F.- Fuente independiente, G.- Urgencia y necesidad, H.- Consentimiento; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en el derecho a la verdad, y la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.

DOS.- *Jurisprudencia norteamericana.*- En la jurisprudencia de Estados Unidos, el aporte en relación a la prueba ilícita está en haber desarrollado los estándares, para verificar bajo qué circunstancias se puede establecer que no existe relación entre la fuente ilícita primigenia y los medios probatorios posteriores, es decir en qué casos no existe esa relación entre una primera vulneración y otros que aparentemente derivan de esa vulneración, en consecución de este objetivo es la que se plantean los siguientes estándares probatorios:

2.1. Teoría de la fuente independiente.- Esta teoría viene desde Norteamérica, ella indica que aquellas pruebas que derivan de una fuente diferente a una prueba ilícita y que no hayan sido contaminadas con alguna actuación de la policía, son perfectamente aceptables en el proceso penal para su valoración, en este caso estamos frente a una excepción ya que la prueba objetada no está directamente relacionada con pruebas anteriores porque deriva de una fuente independiente, es decir de una fuente limpia.

Esta categoría jurídica de la prueba jurídicamente independiente, advierte que existe la prueba ilícita, pero lo que hace es separar las pruebas y excluir aquello que es ilícita, para que no sea valorada, a fin de que las demás pruebas válidamente admitidas sean valoradas conforme a ley. Lo que hace el

juez es analizar si esa prueba es o no legal y si a través de esa prueba se puede desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

2.2. Teoría de la conexión atenuada, Las actuaciones posteriores que se realizan a partir de la prueba ilícita van perdiendo la intensidad, los efectos venenosos se van subsanando, la propagación del vicio se atenúa o diluye ya por completo.

En esta teoría se advierte que una persona arrestada ha sido puesta en libertad, después se presenta a confesar en forma voluntaria sobre los hechos. Ejemplo: se da el caso que primeramente es recibida la declaración de un testigo, pese a que la información que lo relaciona con los hechos investigados había sido obtenida mediante un allanamiento ilegal, es decir el allanamiento no ha sido autorizado judicialmente, porque es brindada libre y espontáneamente por él, donde no media error ni dolo, entonces se convalida la prueba.

Al respecto, Fidalgo Gallardo (p. 441-442), el mencionado profesor señala tres criterios para identificar en qué circunstancias se configura la teoría de la conexión atenuado, los mismos que desarrolla de la siguiente manera: a) el primer criterio adopta un elemento temporal, donde señala que el tiempo que ha transcurrido de la primera ilicitud probatoria respecto de las pruebas derivadas, a mayor tiempo transcurrido es lo más probable que el juez admita la prueba derivada. b) el segundo criterio plantea un elemento factico, donde se indica que si los acontecimientos entre la primera prueba ilegal y la prueba derivada es extensa, es probable que sea admitida por el juez, pero si los acontecimientos es corta entonces lo más probable es que se inadmitida. c) el

tercer y último criterio que plantea el autor está referido a la gravedad, donde se indica que si ha sido grave e intensa la violación de la prueba ilícita entonces es lo más probable que se extienda a los demás medios probatorios que derivan de ella, y en estas circunstancias es muy difícil que se admita por tener frutos contaminados.

2.3. Teoría del descubrimiento inevitable, Esta teoría se utiliza cuando las consecuencias del acto irregular se hubieran obtenido por otros caminos que ineludiblemente se hubiesen presentado, se puede llegar por otro camino, a través de pruebas alternativas (Hairebedián, 2002, p. 73).

En la jurisprudencia norteamericana este supuesto ha sido desarrollado en el caso *Nix vs. Williams* (467 U.S. 431 (1984).), en este caso se admitió la evidencia, el cuerpo de la víctima, obtenida mediante una confesión ilícita (sin perjuicio de que se ha excluido la confesión misma), si bien el dato de la confesión era clave, sin embargo haciendo una exhaustiva investigación se hubiera llegado a los mismos resultados.

TRES.- Límites a las excepciones de las reglas de exclusión probatoria.-

La jurisprudencia ha estipulado ciertos límites una especie de “límites de los límites”, este supuesto se configura por ejemplo cuando una persona presenta una declaración jurada afirmando categóricamente algo, sin embargo esta declaración jurada carece de elementos que los pueda corroborar, carece de base probatoria, en otras palabras no hay indicios que los pueda acreditar como tal, en estas circunstancias no se puede admitir esta declaración jurada por mas legalizado que este. Los límites se configuran cuando el juez en una determinada cuestión carece de neutralidad respecto aun caso, o también se

puede presentar en una situación donde en una ejecución de la orden judicial existan graves defectos, en estos casos simplemente se deja sin efecto porque en la ejecución de la orden judicial se han cometido una serie de atentados contra los derechos fundamentales.

CUATRO.- Apuntes necesarios de la Excepción a la regla.- El primer apunte necesario lo encontramos en el caso Jacobsen de 1984, la sentencia recaída en este caso señala que la regla no debe aplicarse a aquella prueba ilícita que haya sido obtenida por personas particulares, un caso típico es cuando los particulares logran obtener registros privados para generar convicción en el juez. (**Excepción por obtención de la prueba por particulares**)

Otro apunte importante tenemos señalado en el caso Brualy (1967), señalando que es completamente admisible aquel medio probatorio que haya sido obtenido en forma ilícita por la policía extranjera, ejemplo la policía mexicana obtiene la prueba ilícita por disposición de la policía americana, ello puede ser valorada por el juez, ya que la ilicitud es cometida por otra dependencia policial que no es de la jurisdicción nacional. (**Excepción por la obtención de la prueba por la policía extranjera**)

Ahora bien, en este punto cabe desarrollar una de las excepciones a la regla muy importantes denominada **la excepción de buena fe**, esta teoría admite perfectamente las pruebas obtenidas por los agentes policiales, y la condición básica para que ello ocurra es que su actuación policial haya sido razonable y que su creencia sea el obrar dentro de la legalidad (una sana ignorancia).

Esta doctrina es interesante pero también tiene sus riesgos, un ejemplo clásico tenemos en la sentencia del caso Michigan vs. De Filippo, en donde se admitió una prueba de registro domiciliario sin la autorización judicial, pero los agentes policiales actuaron en la confianza de una determinada ley que posteriormente ha sido declarada inconstitucional.

En otras circunstancias, las pruebas obtenidas como por ejemplo los registros incorporados incluso teniendo serias irregularidades, fueron admitidas ello justamente porque los agentes policiales han obrado de buena fe en la obtención, pensando siempre en la buena fe, incluso respaldados con un mandato judicial.

Por último tenemos la excepción **por efecto reflejo de la prueba ilícita**, esta excepción esta materializada en el caso Wong Sun en 1963, el elemento determinante de esta teoría es la confesión voluntaria, dado que esta confesión voluntaria logra independizar jurídicamente de aquella prueba que ha sido obtenida con vulneración a los derechos constitucionales, dado que el imputado decidió regresar voluntariamente a la dependencia policial para realizar su confesión, este acto atenúa y/o rompe la cadena de las evidencias, en ese sentido la confesión debe ser perfectamente valorado admitido por el juez de la causa.

CINCO.- Intensidad de la infracción en la obtención de la prueba ilícita como criterio para determinar su exclusión o su valoración.- para desarrollar estas ideas invitamos al profesor Rives (2010), quien sostiene nuevos criterios o elementos que se debe tener en cuenta a fin de tomar una decisión que puede implicar la condena o absolución a un determinado

imputado, el ingrediente más importante para tomar la decisión de si procede o no la exclusión de una prueba ilícita, es la intensidad de la infracción provocada en la incorporación de la fuente de la prueba ilícita. Para ello hay que hacer una ponderación entre todo los elementos en juego, entre la intensidad de la intromisión a la esfera íntima de las personas y entre la eficacia del proceso penal, optimizar la persecución y la sanción penal.

Este examen es importante, para determinar la exclusión de una determinada prueba ilícita por la grave afección a un derecho fundamental o en su defecto aplicar la excepción a la regla probatoria por la mínima afectación al derecho constitucional y postular válidamente al proceso penal para que sea valorada.

SEIS.- Excepciones a las reglas de exclusión: fuente independiente.- Un vacío profundo que aqueja a nuestro Código Procesal Penal, es que si hacemos una lectura literal de todo los artículos que contiene, no vamos a advertir ninguna regulación respecto de las excepciones a las reglas de exclusión probatoria.

Y todo lo contrario ocurre en el Código Procesal Penal de Colombia, donde en su artículo 455 establece claramente que para los efectos del artículo 23 se deben considerar las siguientes reglas o elementos: 1.- El vínculo atenuado, 2.- La fuente independiente, 3.- El descubrimiento inevitable y 4.- los demás que establezca la ley.

Y justamente mediante esta investigación, se propone la incorporación de estos y los demás supuestos de excepción a las reglas de exclusión en el Código Procesal Penal, a fin de optimizar la regulación y facilitar la

interpretación en el juez, y a fin de evitar pronunciamientos contradictorios como ocurre en la actualidad.

SIETE.- Excepciones a las reglas de exclusión: el descubrimiento inevitable.- Esta es una teoría que sostiene que si bien la prueba es ilícita (totalmente probado su condición), por derivar de una fuente envenenada, en mérito a la teoría del árbol envenenado esta prueba sería excluida, sin embargo el hecho que se prueba o acredita con esta prueba ilícita, igualmente ha podido ser probado por otros medios probatorios incorporados en el proceso, tal es así que este medio probatorio debe ser admitido, porque sin o con este medio probatorio se pudo acreditar el hecho y consiguientemente dictarse una sentencia condenatoria, en eso consiste esta teoría del descubrimiento inevitable.

En este caso, la teoría parte de la idea que se tiene certeza absoluta de que la prueba obtenida tiene un origen ilegal, y que si lo sometemos e interpretamos en razón a la teoría del árbol envenenado sería inadmisibles, pero bajo la teoría del descubrimiento inevitable la prueba derivada se considera admisible, porque el hecho que se pretende probar igualmente sería acreditado o descubierto inevitablemente por otros medios lícitos, por la jerarquía y el estándar de correspondencia y preponderancia de las pruebas.

OCHO.- Excepciones a las reglas de exclusión: Teoría de la conexión atenuada.- La teoría materia de análisis implica que si las violaciones originarias a los derechos fundamentales son muy lejanas o casi ha desaparecido su relación con las pruebas posteriores (que a partir de ello se han derivado), entonces debe admitirse la prueba derivada, es decir que la

propagación de sus efectos ha disminuido o se ha atenuado, la relación entre la prueba ilícita y la prueba derivada ya no es intensa ni directa sino muy lejano, en esos supuestos opera la teoría de la conexión atenuada.

Uno de los requisitos que se debe tomar en cuenta es la falta de intermediación entre los actos violatorios originarios y los actos posteriores. Un último aspecto que se debe tener presente al momento de evaluar y aplicar esta teoría es la gravedad entre la violación originaria y la naturaleza de las pruebas que se han derivado, pruebas actuales.

NUEVE.- Excepciones a las reglas de exclusión: Teoría de la buena fe.-

Esta teoría sustenta su postulado en el error y la ignorancia, es verdad que en algunas ocasiones hay allanamientos y pesquisas por parte de la policía nacional se realizan por error involuntario vulnerando así las garantías constitucionales del debido proceso, en ese caso existió buena fe de parte de los policías que realizan el allanamiento, ellos no se percataron si hubo o no autorización judicial para ello, lo que se valora aquí es la buena fe de los funcionarios públicos por encima de la vulneración.

Esta teoría fue desarrollada en el caso United States v. León donde se señaló con claridad que esa teoría consiste en la posibilidad de valorar las pruebas obtenidas con vulneración a los derechos constitucionales, siempre que esta haya sido realizada sin mala intención, ello en la generalidad por error o ignorancia. En este supuesto es perfectamente admisible incorporar un acta de allanamiento que no se sustenta en la autorización judicial, tal situación ha sido ignorada por la policía.

DIEZ.- Ponderación de intereses.- Esta teoría es desde nuestro punto de vista la más importante, ¿Qué indica esta teoría?, indica que antes de admitir o desechar un medio probatorio se debe realizar una ponderación entre dos intereses o derechos igualmente importantes: esto es, entre el derecho de la verdad, que implica la averiguación de la verdad y la tutela judicial efectiva, que implica el acceso a la justicia.

En tal sentido, aquellos medios probatorios que hayan sido obtenidas con violación de derechos o bienes jurídicos en menor grado, deben ser admitidos. Ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas, penales que darían lugar a la persona que realizó dicha vulneración al obtener un medio de prueba. Ahora bien, la ponderación en palabras del Profesor Robert Alexy es la manera cómo se aplican los principios constitucionales, es decir, las normas tienen en su estructura mandatos de optimización que deben ser correctamente ponderados; asimismo, el profesor Dworkin indica que ponderar consiste en establecer e identificar cuál es el peso específico de los principios que están en juego, la misma que debe ser resuelto aplicando los sub principios; necesidad, idoneidad y la proporcionalidad.

ONCE.- ¿Que teoría adopta nuestra jurisprudencia peruana?.- La jurisprudencia peruana se manifiesta con la Ejecutoria Suprema recaída en R.N. N 4826-2005 de fecha 19 de julio de 2007, donde se alinea a la teoría del vínculo atenuado, señalando en resumidas cuentas que se atenúa la regla de exclusión probatoria, por ejemplo cuando una prueba se obtenga sin autorización judicial, para ello esta jurisprudencia exige como condición básica, que debe acreditarse (fehacientemente) es que antes del registro domiciliario ya existía suficientes indicios para poder allanar el domicilio, si es que se

hubiera solicitado el juez igualmente lo hubiera autorizado, lo más importante en esta sentencia que debemos mencionar es que esta jurisprudencia plantea unos criterios interesantes para solucionar los problemas que se presentan en los casos concretos, los mismos son: 1. Ponderación de intereses en conflicto, 2. Teoría del ámbito jurídico, 3. Proporcionalidad y 4. Caso probable

4.3. SUB CAPITULO Nº 03

4.3.1.- TERCER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.

4.3.1.1.- *Analizar la posible implicancia de la prueba ilícita en el debido proceso penal y en la persecución de la organización criminal.*

4.3.1.2.- LA PRUEBA ILÍCITA Y SU IMPLICANCIA CON LA GARANTÍA PROCESAL DEL DEBIDO PROCESO:

Discusión:

UNO.- *Prueba ilícita y el debido proceso.*- La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.

La obtención y la incorporación de la prueba son componentes esenciales del debido proceso, tal es así que ante el defecto de ésta, la consecuencia directamente se manifiesta en el proceso, en razón que su finalidad se ve perturbada, desviada de su cauce normal; si una prueba es ilícitamente obtenida pero se incorpora lícitamente en el proceso penal evidentemente vulnera el derecho fundamental, sin embargo, hay medios

probatorios que se debe incorporar pese a tener algunos defectos, ello aplicando estrictamente el principio de proporcionalidad en el caso concreto.

DOS.- La prueba como elemento del debido proceso.- aquí cabe reflexionar sobre la prueba que en palabras del profesor Juan Colombo es un elemento importante del debido proceso, tal es así que al fallar o dictar la sentencia en un proceso el juez de la causa debe estimar la sentencia llegando a la verdad material, en su defecto debe dictar una sentencia absolutoria.

La base de una sentencia está constituida por los hechos probados por las partes, ello se da a partir de la actividad probatoria; y si los hechos en el proceso no son debidamente probados, la consecuencia es que no genere convicción en el juez, y por ende se dicte una sentencia absolutoria. Ahora bien, el concepto del debido proceso no es un concepto retórico, sino que es una garantía constitucional que indica que la prueba debe ser adecuadamente ofrecida, admitida y valorada por el órgano jurisdiccional, y otorgar a las partes procesales el derecho irrestricto de probar sus pretensiones y las pruebas de descargo, para que el juez en base a las pruebas postuladas valore adecuadamente y dicte la sentencia que corresponda (Colombo, 2006).

TRES.- El derecho a probar.- En este punto lo que se destaca es el derecho a probar que tienen las partes en un proceso, es un derecho constitucional, pero ello no quiere decir que sea absoluto, sino tiene sus limitaciones, por ejemplo una prueba ilícita no podría ser admitida, puesto que se aplicaría una regla de exclusión probatoria.

Al respecto, el profesor Mario Capeletti, pone un ejemplo, y dice si estamos ante una prueba que cuya obtención es ilegal entonces esta prueba

no debe ser partícipe del proceso, debiendo ser excluida de plano, puesto que un debido proceso se caracteriza justamente porque los medios probatorios pasan varios filtros hasta llegar a la etapa de valoración probatoria, entonces concluimos en este punto señalando que el derecho a probar cede frente a otros intereses o valores constitucionalmente protegidos. En consecuencia, el derecho a la prueba puede ceder frente a otros valores. (CAPPELLETI, 1974, p. 560)

CUATRO.- La actividad probatoria.- La actividad probatoria forma parte de la actividad procesal, en nuestro modelo procesal lo encontramos en el juicio oral, esta es la etapa procesal donde se da con intensidad la actividad y el debate probatorio, y toda la actividad procesal debe estar sujeta al principio de legalidad, obtención, ofrecimiento, admisión y valoración, si uno de estos procedimientos fallara, el proceso devendría en nulidad.

Las partes pueden aportar absolutamente todo los medios probatorios, la limitación en que estos medios probatorios no deben afectar los derechos fundamentales, debe tener una fuente lícita, porque la prueba ilícita devendría en exclusión o nulidad del proceso que puede ser incluso declarado por la corte suprema (Conget MorraL, 2015).

CINCO.- Principio de libertad probatoria.- Este principio indica que las partes en el proceso tienen toda la libertad, la amplia libertad para probar sus afirmaciones, o para la parte contraria negarla aportando medios probatorios que es permitido por la ley y la constitución, las únicas exigencias de un medio probatorio es que sean útiles, pertinentes y conducentes, ellos son los presupuestos para que los medios probatorios ingresen al proceso, este

principio impone a las partes la carga probatoria, en un modelo procesal dinámica ambas partes tienen la obligación probatoria, sin embargo debemos indicar que el ministerio público es la que tiene la carga de la prueba en nuestro modelo procesal.

En este orden de ideas, este principio exhorta a las partes a emplear cualquier medio de prueba, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ahora si estos medios probatorios vulneraran en un hipotético caso los preceptos constitucionales en ese caso, debe ser excluido por afectación a la constitución y los derechos fundamentales.

En este punto, lo que hay que destacar es que en un estado democrático de derecho lo que se prioriza es la búsqueda de la verdad, y otros sostienen que el objetivo del proceso no es la búsqueda de la verdad sino poner fin al conflicto tal como está indicado.

Finalmente, cabe destacar que ante la incorporación de una prueba ilegal, su consecuencia es la exclusión probatoria, eso es la solución a una situación de vulneración a los derechos fundamentales, ello tiene su sustento en la Constitución Política del Perú. Esta libertad probatoria debe ir de la mano con probar o incorporar medios probatorios lícitos aceptados por el ordenamiento jurídico (Torres, 2015, p. 9).

SEIS.- Buena fe y lealtad procesal en la prueba.- Un proceso sea penal civil o de cualquier otra índole debe llevarse bajo los parámetros de la ley, eso es la exigencia de un estado democrático de derecho, donde en un proceso ambas partes, contendientes tengan la posibilidad de probar cada uno de sus pretensiones, sean civiles o penales, el proceso en realidad gira en base a la

prueba que es un elemento indispensable, no puede existir sentencia sin medios probatorios. Sin embargo, en el proceso hay sujetos procesales que se manejan o que recurren al órgano jurisdiccional de mala fe, con intenciones negativas, para hacer valer pretensiones con pruebas ilegales, esto debe ser controlado en última instancia por el juez de la causa, si bien en el sistema acusatorio el que debe probar y controlar la prueba son las partes en forma recíproca.

Con el principio de buena fe y lealtad en el proceso implica desterrar conductas maliciosas y temerarias de las partes el proceso debe transcurrir con suma cordialidad donde se respete toda las garantías procesales, se debe evitar cualquier acto fraudulento o actuación oscura de una de las partes procesales, lo que ocurre en la práctica judicial es que las partes muchas veces guiados por los abogados van al proceso pero cargada de ideas de mala fe, este es un hecho que debe ser cambiado (Torres, 2015, p. 11).

SIETE.- Necesaria distinción entre pruebas ilícitas y pruebas ilegales y la implicancia en el proceso.- En este escenario es importante destacar una distinción básica de lo que se llaman las pruebas ilícitas y las pruebas ilegales, esta es una clasificación de la prueba ilícita, entre estas dos figuras mencionadas se presentan diferencias tanto sustanciales como diferencias procesales los mismos que a continuación vamos a desarrollarlas.

Apuntando directo al grano señalemos que la diferencia sustancial, la prueba ilícita es un antivalor que se produce como con violación a los derechos, libertades y las garantías contempladas en la Constitución política del Perú, es decir nace con vulneración a la normatividad constitucional o

supra-constitucional. Ahora bien, la prueba ilegal es comprendida como aquel medio probatorio que se ha obtenido no respetando los requisitos que exige la norma, su nacimiento se ha dado vulnerando la ley, es decir surge por no cumplir los requisitos que exige la ley para la práctica de la prueba correspondiente, ambas pruebas detectado su irregularidad deben ser expulsadas de un proceso penal (Alfonso Rodríguez, 2003).

OCHO.- Causales de inadmisibilidad de los elementos probatorios.- La prueba en un proceso penal cumple una función trascendental de probar las afirmaciones, sin embargo los medios probatorios deben cumplir ciertos requisitos como la utilidad, pertinencia y conducencia, en caso de que no cumplan estos requisitos simplemente no serán admitidas, en este orden de ideas señalemos de modo general las causales de inadmisibilidad de los medios probatorios: (a) Aquellos medios de prueba que no acreditan ningún hecho afirmado de las partes en el proceso, es decir no es útil; (b) Hay medios probatorios que se incorporan al proceso, pero que estos medios probatorios prueban hechos que no son controvertidos; (c) medios probatorios que no tienen incidencia en la decisión, es decir un medio probatorios que no afecta el posible contenido de la sentencia final, en otras palabras son redundantes; (d) hay medios probatorios que pretenden probar hechos muy evidentes y notorios y; (e) medios probatorios que no coadyuvan a probar el objeto del proceso, apuntan a otra dirección (Maturana, 2009, p. 161-162).

NUEVE.- Limitación a la regla de exclusión y el debido proceso.- Una de las manifestaciones de la limitación a las reglas de exclusión probatoria es conceder la posibilidad de valorar aquellas pruebas ilegales que han sido incorporadas en el proceso penal, por ejemplo una de ellas es el

descubrimiento inevitable, que fue desarrollado en el segundo componente de la presente investigación.

Como hemos señalado en los párrafos anteriores, en un mundo del debido proceso no se pueden valorar aquellos medios probatorios que se han obtenido con vulneración directa de las garantías procesales, en otras palabras el debido proceso constitucional prohíbe al funcionario público (juez) valorar las pruebas ilícitamente obtenidas para dictar o emitir una sentencia final, especialmente aquellas pruebas, como las declaraciones obtenidas como consecuencia de las graves torturas, maltratos físicos, tratos inhumanos y degradantes. Esta garantía procesal es un límite para que el proceso se desenvuelva dentro del marco constitucional y legal.

DIEZ.- *Justificación del uso de las excepciones y el debido proceso.*- Las excepciones a las reglas de exclusión probatoria implican el uso y la valoración de una prueba incorporada con afectación del debido proceso penal, ¿esto con que finalidad?, ello se hace con la finalidad de afianzar y generar la eficacia del proceso penal (sistema penal) en la persecución del crimen, esto es muy importante dado que en la actualidad el derecho penal debe enfrentar la criminalidad organizada, y es necesario flexibilizar el uso de las reglas y pruebas que se han obtenido con vulneración de derechos. Para tal efecto el uso de las excepciones como del “descubrimiento inevitable, fuente independiente y vinculo atenuado”, es totalmente justificado, y hay que valorarlas como tal en casos concretos donde se está procesando a un integrante de la organización por ejemplo en un caso de sicariato, si bien esto no es regla general pero en casos particulares se debe utilizar tales excepciones.

Ahora bien, también se debe tener en cuenta que el juez debe usar su amplia experiencia para valorar estos aspectos, y decidir cuándo debe excluir o no un medio probatorio. Para ello tiene tres reglas sagradas denominadas: máximas de experiencia, la sana crítica y la libre valoración de la prueba, ello para establecer cuando estamos ante un supuesto de nexos causal atenuado, o en su defecto cuando una situación debe solucionarse mediante la ponderación de los intereses, tales como los derechos fundamentales del procesado. Todo esto es importante porque las normas se deben aplicar con razonabilidad y ponderación en cada caso concreto (Gonzales y Arias, 2015, p. 29).

V.CONCLUSIONES

PRIMERA: Se propone la inclusión de los siguientes presupuestos referidas a la exclusión de la prueba ilícita; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba derivada a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Y las excepciones a las reglas de exclusión que proponemos se configuran en los siguientes criterios; fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable; ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admita y/o incorpore válidamente en el proceso penal, y las excepciones a la prueba ilícita tienen implicancia negativa en el debido proceso y una implicancia positiva en la persecución de la organización criminal.

SEGUNDA: Las reglas de exclusión de la prueba ilícita tienen su fuente principal en la protección del sistema constitucional y la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ello se derivan las reglas de exclusión probatoria que se debe aplicar para excluir una determinada prueba que afecte el núcleo del derecho fundamental: A.- Que la irregularidad en la obtención y la incorporación sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, D.- La condición de prueba ilícita para que no tenga efectos en el proceso debe ser declarada judicialmente, E.- Afectación a la dignidad de la persona, F.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita a fin de generar

derechos y obtener ventaja; y el fundamento dogmático está en la protección del sistema constitucional de los derechos fundamentales y la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, castigando la mala maniobra de los agentes de investigación.

TERCERA: En un estado democrático de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están enmarcadas dentro del principio de proporcionalidad de intereses, entre la protección absoluta de los derechos fundamentales frente al derecho a la verdad que implica el cabal conocimiento de la realidad de los hechos; los mismos que deben ser aplicadas verificando estrictamente las siguientes reglas o supuestos de excepción: A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, B.- El vínculo atenuado, C.- El descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad, E.- Buena Fe, F.- Fuente independiente, G.- Urgencia y necesidad, H.- Consentimiento; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en el derecho a conocer la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación incluso restringiendo algunos derechos para enfrentar a la corrupción sistemática y organizada.

CUARTA: La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.

La obtención y la incorporación de la prueba son componentes esenciales del debido proceso, tal es así que ante el defecto de ésta, la consecuencia

directamente se manifiesta en el proceso, en razón que su finalidad se ve perturbada, desviada de su cauce normal; si una prueba es ilícitamente obtenida pero se incorpora lícitamente en el proceso penal evidentemente vulnera el derecho fundamental, sin embargo, hay medios probatorios que se debe incorporar pese a tener algunos defectos, ello aplicando estrictamente el principio de proporcionalidad en el caso concreto.

Las excepciones a la prueba ilícita tienen implicancia negativa en el debido proceso y una implicancia positiva en la persecución de la organización criminal.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda modificar el numeral 2) del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 con la finalidad de que sea regulada taxativamente: incorporando un cuarto supuestos de aplicación: **4.- Para excluir la prueba ilícita se verificará las reglas de exclusión y las excepciones a las reglas probatorias, y realizar un adecuado test de ponderación.**

SEGUNDA: Se recomienda realizar el test de proporcionalidad, a fin de evaluar su admisión al proceso penal, esta ponderación se realizara entre los derechos que entran en conflicto en un caso de admisión o inadmisión de un determinado medio probatorio, por ejemplo en un caso concreto se puede presentar conflicto entre el derecho a la verdad y la vulneración a un derecho fundamental, ello debe ser solucionado por el órgano jurisdiccional, este órgano deberá motivar adecuadamente porque está aplicando una regla de exclusión o en su defecto porque está aplicando una excepción a la regla de exclusión probatoria.

TERCERA: Se recomienda incluir como supuestos de nulidad absoluta del proceso penal a la utilización de la prueba ilícita en el artículo 150 del Código Procesal Penal del 2004, en los siguientes términos:

Nulidad de prueba ilícita. Cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos humanos y fundamentales será nulo. También serán nulas las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud.

No se considerará violatoria de derechos humanos y fundamentales aquel dato o prueba que provengan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre éstas.

CUARTA: Se sugiere la modificatoria del artículo 159 del Código procesal penal en los siguientes términos: Proponer la incorporación de tres nuevos supuestos en el artículo 159 del Código Procesal Penal, en los términos y condiciones siguientes: **“Artículo 159 Utilización de la prueba.** 1. El Juez no podrá **valorar ni** utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. **2. Reglas de exclusión:** A.- La ilicitud en la obtención y la incorporación comprometa el debido proceso, B.- Prueba derivada a partir de una fuente ilícita, C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, D.- La prueba ilícita para que no tenga efectos debe ser declarada judicialmente, E.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita con la finalidad de generar derechos y obtener ventaja. **3. Excepciones a las reglas de exclusión:** El juez al momento de aplicar las reglas de excepción deberá realizar un test de ponderación entre los derechos en conflicto. A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, B.- El vínculo atenuado, C.- El descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad, E.- Buena Fe, F.- Fuente independiente, G.- Consentimiento. **4. Test de ponderación.- Tanto para aplicar las reglas de exclusión como para aplicar las excepciones a las reglas de exclusión el juez deberá realizar la ponderación.**

VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Alcaide, J. M. (2012). *La exclusionary Rule de E.E.U.U. y Prueba Ilícita Penal de España*. (Tesis doctoral) Barcelona – España.
- Alejo, E. (2016). *Sistemas de valoración en la prueba penal*, Recuperado el 22/07/17 y disponible en: <http://legis.pe/sistemas-valoracion-la-prueba-penal/>.
- Anaya, M. A. y J. L. (2016). *La prueba ilícita y la regla de exclusión en la Constitución mexicana*. Recuperado el 04/06/17 y disponible en: <http://www.elcotidianoenlinea.com.mx/pdf/19704.pdf>.
- Angeles, L. V. (2009). *Conceptos Básicos de la Teoría de la Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, *Iuris Lex Societas*.
- Anselmino, V. (2012). *Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal*. ANALES N° 42 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.
- Araujo, J. R. (2006). *Las Pruebas Penales*, Recuperado el 22/07/17 y disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos67/pruebas-penales-salvador/pruebas-penales-salvador.shtml>.
- Beltran, R. (2010). *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*. Revista IUS ET PRAXIS, Año 17, N° 2, ISSN 0717 – 2877, p. 571 – 574. Santiago – Chile.
- Bolaños, C. A. (2009). *El debilitamiento de la regla de exclusión probatoria en el ordenamiento jurídico penal colombiano*. Revista de la Facultad de

Derecho y Ciencias Políticas U de A, Numero 1, Año I – ISSN 2145 – 2784. Colombia.

Bravo, R. (2010). *La Prueba En Materia Penal*, (Tesis de Post grado) Cuenca- Ecuador.

Cafferata, J. I. (1996). *La Prueba en el Proceso Penal*, Ediciones Depalina – Buenos Aires.

Campos, F.S. (2010). *La Prueba*.

Carbonell, M. (2012). *Sobre el principio de exclusión de las pruebas ilícitas*, recuperado el 26/07/17 y disponible en: <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/principio de exclusion de las pruebas ilicitas.shtml>.

Caro, D. C. (2015). *La prueba ilícita*. Recuperado el 12/07/17 y disponible en: <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/prueba-ilicita-dino-carlos-caro-coria-216045>.

Castillo, F. V. (2008). *Prueba Ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso*. MICROJURIS. Boletín N° MJD199 – Doctrina.

Castro, H. (2008). *Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana*. (Tesis de Post grado) Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima – Perú.

Chanian, R. H. (2004). *La Prueba Prohibida en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, recuperado el 18/0817 y disponible en: <http://www.iterciminis.pe/2012/05/la-prueba-prohibida-en-la.html>.

- Daza, A. (2009). *Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión*, Revista N° 27, Colombia. Recuperado el 11/06/17 y disponible en: http://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8095404ce0430a010151404c.
- Delgado, L. E. (2009). *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*. Recuperado el 04/06/17 y disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=83469>.
- Diban, M. (2013). *Excepciones a la Exclusión de Prueba Ilícita: Legislación & Jurisprudencia Internacional*. Nicaragua – Moquegua. Recuperado el 04/06/17 y disponible en: <http://www.cicad.oas.org/pps/Document.aspx?Id=1831>.
- Fonseca, R. C. (2016). *Prueba Ilícita: Regla de exclusión y casos de admisibilidad*. Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, p. 11-39.
- Galeano, E. A. (2013). *Excepciones a la Exclusión de la prueba ilícita*. Recuperado el 06/06/17 y disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11345/1/GaleanoPorrasErikaAdriana2013.pdf>
- Gascon, M. (2000). *La prueba y su institucionalización: La presencia de objetivos no epistemológicos en la regulación de la prueba*, p.47 – 88.
- Gonzales, L. D., y Arias, F. (2015). *Excepciones a la Exclusión de la Prueba Ilícita en el Sistema Procesal Penal con Tendencia Acusatoria Ley 906 de 2004*. (Tesis de grado) Santiago de Cali.

- Ibañez, P. A. (2002). *Sobre Prueba y Proceso Penal*, p. 55 – 66.
- Jaen, M. (2000). *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, España, p. 368.
- Jara, C. y F. (2014). *La Prueba Ilícita en Materia de Familia*, Recuperado el 08/06/17 y disponible en: <http://www.coaduc.cl/revistacoaduc/38/>.
- Juarez, M. G. (2012). *La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XVIII, ISSN 1510-4974, Bogotá, p. 285-314.
- Luengo, T. P. (2008). *Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales*. (Tesis pre grado) Santiago de Chile.
- Miranda, M. (2010). *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Recuperado el 06/06/2017 y disponible en: [file:///C:/Users/ly%20sol/Downloads/194215-260507-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/ly%20sol/Downloads/194215-260507-1-PB%20(3).pdf)
- Monsalve, S. (2010). *La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la Constitución de 1991*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 40, No. 113 / p. 351-379 Medellín – Colombia, ISSN 0120-3886.
- Mora, L. P. y Gonzales, D. (1991). *La Prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina*, Revista de Ciencias Penales, Costa Rica.
- Neyra, J. A. (2000). *Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal*, Lima – Perú.

- Obando, V. R. (2013). *La valoración de la prueba*, Suplemento de Análisis Legal, p. 2 – 3.
- Osman, A. I. (2008). *La exclusión de prueba ilícita obtenida con inobservancia de garantías fundamentales en los Tribunales de Garantía de Valdivia y Puerto Montt*. (Tesis de pre grado) Valdivia – Chile.
- Ostos, J. M. (2006). *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, España.
- Piscoya, J. (1993). *Procedimiento de Exclusión de la Prueba Ilícita*, recuperado el 18/08/17 y disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>.
- Rives, A. P. (2010). *Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita*, España – Castilla la Mancha, recuperado el 26/07/17 y disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4605-reflexiones-sobre-el-efecto-reflejo-de-la-prueba-ilicita/>.
- Romero y García (1999). *Las pruebas en el sistema de justicia penal acusatorio*, México.
- Salas, D. (2005). *Encaje legal de la prueba prohibida en el proceso penal español*, España. Recuperado el 01/06/17 y disponible en: <http://www.domingomonforte.com/prueba-ilicita-y-reglas-de-exclusion/>.
- San Martín, C. (2006). *Los Acuerdos Plenarios de los vocales superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004*. Recuperado el 04/06/17 y disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/72b7478046d47810a53fa544013c2be7/C7POLT.JUR.1PLENONAC.PRES.pdf?MOD=AJPERES&CA_CHEID=72b7478046d47810a53fa544013c2be7

- Sanabria, M. A. (2012). *Oportunidades procesales para solicitar la exclusión probatoria en el Proceso Penal*. Recuperado el 02/07/17 y disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dp4.pdf>.
- Talavera, P. (2009). *La prueba en el Nuevo Procesal Penal, Cooperación Técnica Alemana*.
- Talavera, P. (2015). *La Prueba Ilícita*.
- Ugaz, F. (2002). *Algunas reflexiones en torno a la prueba ilícita*. Recuperado el 06/07/17 y disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1477/DL-1993-I-2-Gonzalez.pdf>
- Ugaz, F. (2013). *La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal*, Callao – Perú.
- Ugaz, F. (2013). *Prueba ilícita*. Recuperado el 10/08/17 y disponible en: <https://www.google.com.pe/search?q=prueba+ilicita&oq=prueba+ilicita+&aqs=chrome..69i57j0l5.5877j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
- Uribe, M. F. (2006). *El principio de exclusión probatoria*, recuperado el 26/07/17 y disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos41/exclusion-probatoria/exclusion-probatoria.shtml>.
- Vasquez, M. A. (2010). *El derecho a la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal mexicano y sus límites*. Recuperado el 01/05/17 y disponible en: <http://crimentropia.com.mx/el-derecho-a-la-exclusion-de-la-prueba-ilicita-en-el-proceso-penal-mexicano-y-sus-limites/>.
- Villa, J. (2013). *La Prueba Prohibida en el Proceso Civil*, Palestra Editores, Edición Mayo, p. 385; recuperado el 22/06/17 y disponible en:

<http://www.garciasayan.com/blog-legal/2013/09/16/la-prueba-prohibida-en-el-proceso-civil/>

Zambrano, A. (2008). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal: Estudio doctrinario y jurisprudencial*. Lima – Perú.

ANEXO N° 1.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMA GENERAL Y ESPECÍFICOS	OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS GENERAL Y ESPECÍFICAS	UNIDAD DE ESTUDIO Y DIMENSIONES	DE DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p align="center">" INCLUSIÓN DE LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA Y LAS EXCEPCIONES A LA REGLA EN EL PROCESO PENAL PERUANO PARA UNA EFICACIA PROBATORIA EN TIEMPOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN".</p>	<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Cuáles son los presupuestos de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión para incluir en el proceso penal peruano y que implicancias tiene en la persecución de la criminalidad organizada?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>1.- ¿Cuáles son los presupuestos para excluir la prueba ilícita y bajo que fundamentos dogmáticos?</p> <p>2.- ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y bajo que fundamentos?</p> <p>3.- ¿Las excepciones a la prueba ilícita que implicancias tiene en el debido proceso y en la persecución de la criminalidad organizada y corrupción?</p>	<p>GENERAL</p> <p>Proponer la inclusión de las reglas de exclusión de la prueba ilícita, las excepciones a la regla de exclusión en el Código Procesal Penal y analizar las implicancias en el debido proceso y en la persecución de la organización criminal.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>1.- Establecer los presupuestos para excluir la prueba ilícita y bajo que fundamentos dogmáticos.</p> <p>2.- Analizar y establecer las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y bajo que escenarios se funda.</p> <p>3.- Analizar la posible implicancia de la prueba ilícita en el debido proceso penal y en la persecución de la organización criminal.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, deben considerarse los fines del Derecho penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, del vínculo atenuado, del descubrimiento inevitable; es así que La prueba que se admite e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>1.- Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos: A.- Que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Deben considerarse los fines del Derecho penal, C.- Tener bien en claro cuál es el alcance del debido proceso, D.- La prueba ilícita debe ser declarada judicialmente como tal para que no tenga efectos debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.</p> <p>2.- En un estado democrático de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están delimitados por las siguientes reglas: A.- fuente independiente, B.- Del vínculo atenuado, C.- Del descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.</p> <p>3.- La prueba que se admite e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal.</p>	<p>UNIDAD DE ESTUDIO:</p> <p>Las REGLAS de EXCLUSIÓN de la PRUEBA ILÍCITA y sus IMPLICANCIAS en el DEBIDO PROCESO Penal.</p> <p>Dimensiones:</p> <p>1.- Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento dogmático.</p> <p>2.- Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y bajo que escenarios.</p> <p>3.- La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.</p>	<p>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Dogmático-Propositiva</p>	<p>MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</p> <p>1.- Método Sistemático</p> <p>2.- Método Dogmático</p> <p>3.- Estudio de caso</p> <p>TÉCNICAS:</p> <p>-Revisión Documental</p> <p>-Argumentación</p> <p>-Análisis</p> <p>-Interpretación</p> <p>INSTRUMENTOS:</p> <p>-Fichas de análisis de contenido.</p> <p>-Ficha de citas textuales.</p> <p>-Fichas Resúmen de</p>

ANEXO N° 02

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA BIBLIOGRÁFICA PARTICULAR

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel

“La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”

(Revista Catalana De Seguretat Pública)

1° Edición: Mayo del 2010, España.

Revista anual electrónica

Link:

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4055_miranda_estrampes_prueba_prohibida_reglas_de_exclusion_y_excepciones.pdf

pp. 131-151

El artículo jurídico aborda sobre las reglas de exclusión probatoria, y las excepciones a las reglas de exclusión, plantea los supuestos para cada una de ellas.

ANEXO N° 05
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

I.- IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

- 1.1. Título de contenido: **“LA PRUEBA ILÍCITA”**
- 1.2. Autor: MIRANDA, M. (2010).
- 1.3. Lugar de Edición:

II.- CRITERIOS DE ANÁLISIS

ARGUMENTOS
<p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
ANÁLISIS
<p>.....</p>
OBSERVACIÓN
<p>Esta información para su correspondiente análisis ha sido extraído del siguiente link: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-28/1384-la-responsabilidad-civil-del-notario-0-3733512194579013</p>

ANEXO N° 06

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

- 1.1. **TÍTULO:**
1.2. **Subtítulo:**
1.3. **AUTOR:**
1.4. **Categoría: Artículo Jurídico**

II CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN.

TEORÍA	ARGUMENTO	Pág.	ANÁLISIS
A.-		p. 1	
B.-		p. 23	

(Nota: este instrumento se ha elaborado con la finalidad de analizar las teorías, extrayendo sus fundamentos y analizando la misma desde nuestra propia perspectiva; asimismo con este instrumento se analizó los documentos: libros revistas, videos, audios, entre otros).

ANEXO N° 07**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

PROYECTO DE LEY

Proponemos el presente proyecto de LEY, la misma que debe ser enviada al Congreso de la Republica mediante el Ilustre Colegio de Abogados de Puno, donde se incorpora el numeral cuarto en el artículo VIII Legitimidad de la prueba del Título Preliminar del Código Procesal Penal y asimismo, se incorpora tres supuesto 2, 3 y 4 en el artículo 159, referida a las reglas de exclusión y las excepciones a las reglas de exclusión probatoria, a fin de que sea regulada taxativamente en el Código Procesal Penal, recogiendo y considerando los siguientes fundamentos que a continuación se expone:

1.- Exposición de Motivos**1.1.- Enfoque de la problemática**

La reforma legislativa con la finalidad de incorporar las reglas de exclusión, y las excepciones a la reglas de exclusión probatoria, dado que es un vacío legal que se advierte en el Código Procesal Penal del año 2004, asimismo el tópico es un tema de interés, de actualidad y que se genera controversias justamente porque no existe una regulación adecuada, debido a que existen diversos niveles de análisis discrepantes entre los mismos.

Los fundamentos del porque se propone la incorporación de los supuestos, en el artículo 159 del Código Procesal Penal, es que a partir de la

investigación realizada se ha acreditado científicamente la necesidad de su incorporación, asimismo, si hacemos una comparación, nuestro Código Procesal Penal tiene ese vacío a diferencia de los países latinoamericanos, la investigación antes mencionada abordó tres tópicos que es necesario mencionar: (i) Las reglas de exclusión de la prueba ilícita y el fundamento de su debilitamiento; (ii) Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita y su fundamento, (iii) La prueba ilícita y sus implicancias en la garantía del debido proceso penal.

El aporte fundamental de la investigación en su primer componente es haber delimitado, los criterios, las reglas, y los presupuestos para excluir la prueba ilícita, y en esta línea, un asunto no menos importante que se ha planteado es referido ¿Por qué? en la actualidad se da el debilitamiento de las reglas de exclusión.

En su segundo componente, el aporte de la tesis radica en haber establecido, las excepciones a la regla de exclusión probatoria, ello en el marco de las teorías, doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado. Y como tercer aporte del estudio es desarrollar la prueba ilícita y su implicancia en el debido proceso penal, este último es importante porque se estableció que la prueba ilícita afecta directamente el debido proceso, porque justamente es aquella que se ha obtenido con violación a los derechos fundamentales.

1.2.- Fundamentos: Constitucional y eficacia de la investigación

El fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, se puede abordar de dos perspectivas, desde una perspectiva clásica, que tiene un fundamento constitucional de reafirmación de los derechos fundamentales; mientras su

fundamento de la segunda perspectiva es evitar las conductas policiales violatorias de los derechos fundamentales, un mecanismo de afinamiento de la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ahí es que se habla de las excepciones a las reglas de exclusión.

Ahora bien, la consecuencia de la primera perspectiva es excluir la prueba ilícita por ser atentatoria a los derechos constitucionales, sin embargo, la segunda perspectiva propone como consecuencia castigar a las agencias o personas que han ocasionado o producido la prueba ilícita, mas no la exclusión de la prueba, sino buscar la ponderación, ahí está la diferencia central de las dos vertientes de los fundamentos a cerca de la prueba ilícita.

Ahora, desde una tercera percepción podemos sostener que la aplicación de la prueba ilícita tiene un fundamento en enfrentar la criminalidad organizada, sacrificar algunos tópicos constitucionales, a fin de llegar y probar los delitos cometidos por las empresas de fachada, vinculas al crimen organizado nacional o transnacional, y el otro fundamento descansa en el derecho a la verdad, llegar a la verdad de los hechos investigados incluso sacrificando algunas garantías constitucionales y ahí es donde aparece la ponderación, realizar una operación ponderando adecuadamente los derechos en juego, si el resultado de esta operación fuera positivo, entonces se incorpora dicho medio de prueba en el proceso penal, sin mayor restricción.

Finalmente, señalar que el objetivo central del presente proyecto de ley es incorporar los supuestos de exclusión y los supuestos de excepción a las reglas de exclusión, ello debe ser incorporado en el artículo 159 del Código Procesal Penal.

2.- Costo Beneficio:

La presente iniciativa legislativa, de ser aprobada y promulgada, no demandara recursos adicionales del Estado dado que únicamente se propone la adición o la incorporación de tres supuestos al artículo 159 del Código Procesal Penal, ello optimizará el usos racional de la prueba, excluir la prueba prohibida, verificando si concurre cualquiera de los supuestos, en su defecto mantener la prueba verificando las excepciones a las reglas probatorias

3.- Fórmula legal:**PROYECTO DE LEY N° 0001 - 2018**

Propuesta legislativa que incorpora el numeral cuarto en el artículo VIII *Legitimidad de la prueba* del Título Preliminar del Código Procesal Penal, y la incorporación de tres nuevos supuestos en el artículo 159 *la utilización de la prueba* del LIBRO SEGUNDO referida a la Actividad Probatoria del Código Procesal Penal del año 2004.

Artículo. 1.- Modifíquese el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, e incorpórese dos nuevos supuestos en el artículo 159 del Código Procesal Penal del año 2004, bajo los siguientes términos:

Redacción actual del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal:	Redacción modificada del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, Decreto Legislativo N° 957, incorporando el cuarto supuesto.
---	---

<p>“Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:</p> <p>1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.</p> <p>2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.</p> <p>3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.</p>	<p>“Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:</p> <p>1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.</p> <p>2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.</p> <p>3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio</p> <p><u>4.- Para excluir la prueba ilícita se verificará las reglas de exclusión y las excepciones a las reglas probatorias, y realizar un adecuado test de ponderación.</u></p>
<p>Redacción actual del artículo 159 del Código Procesal Penal del 2004.</p>	<p>Redacción modificada del artículo 159 del Código Procesal Penal, incorporando dos nuevos supuestos.</p>
<p>“Artículo 159 Utilización de la prueba.-</p> <p>1. El Juez no podrá utilizar, directa o</p>	<p>Proponer la incorporación de tres nuevos supuestos en el artículo 159 del Código Procesal Penal, en los</p>

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

términos y condiciones siguientes:

“Artículo 159 Utilización de la prueba.

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

2. Reglas de exclusión:

A.- La ilicitud en la obtención y la incorporación comprometa el debido proceso,

B.- Prueba derivada a partir de una fuente ilícita,

C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales,

D.- La prueba ilícita para que no tenga efectos debe ser declarada judicialmente,

E.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita con la finalidad de generar derechos y obtener ventaja.

3. Excepciones a las reglas de exclusión:

El juez al momento de aplicar las reglas de excepción deberá realizar un test de ponderación entre los derechos en conflicto.

A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos,

B.- El vínculo atenuado,

C.- El descubrimiento inevitable,

D.- Derecho a la verdad,

E.- Buena Fe,

F.- Fuente independiente,

G.- Consentimiento.

4. Test de ponderación.- Tanto para aplicar las reglas de exclusión como para aplicar las excepciones a las reglas de exclusión el juez deberá realizar la ponderación.

Artículo 2.- De la vigencia de la ley.

La presente ley, entrará en vigor dentro de un plazo no mayor de (30 días calendarios) una vez publicada en el diario oficial el peruano.

Disposiciones finales:**Primera.-**

Modifíquese o deróguese toda las disposición que se opongan a lo dispuesto en la presente ley, todo lo que no está prevista en la presente Ley, se rige por las reglas del proceso común, siempre en cuando estas sean compatibles a su naturaleza y resolución.

Puno, 31 de octubre del 2018.