

**UNIVERSIDAD NACIONAL AMAZONICA DE MADRE DE
DIOS**

FACULTAD DE EDUCACION

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS**



**“ESTUDIO DE LOS ASPECTOS: POLÍTICO – CRIMINALES Y
DOGMÁTICO – PROCESALES QUE SUBYACEN EN EL USO
DE LA PRUEBA PROHIBIDA, BAJO LA APLICACIÓN DE LA
TEORÍA DE PONDERACIÓN DE INTERESES, EN EL PERÚ”**

**TESIS PRESENTADA POR LOS
BACHILLERES:**

**TINTA MAMANI, Juan Carlos y
HERLES CUTIPA, Alexander**

**PARA OPTAR AL TITULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

**ASESORA: Abog. KUENTAS ARAGON
Shelni Ady**

PUERTO MALDONADO, ENERO 2020

**UNIVERSIDAD NACIONAL AMAZONICA DE MADRE
DE DIOS**

FACULTAD DE EDUCACION

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**



**“ESTUDIO DE LOS ASPECTOS: POLÍTICO – CRIMINALES Y
DOGMÁTICO – PROCESALES QUE SUBYACEN EN EL USO
DE LA PRUEBA PROHIBIDA, BAJO LA APLICACIÓN DE LA
TEORÍA DE PONDERACIÓN DE INTERESES, EN EL PERÚ”**

**TESIS PRESENTADA POR LOS
BACHILLERES:**

**TINTA MAMANI, Juan Carlos y
HERLES CUTIPA, Alexander**

**PARA OPTAR AL TITULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

**ASESORA: Abog. KUENTAS ARAGON
Shelni Ady**

PUERTO MALDONADO, ENERO 2020

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de investigación a mis padres y, muy en especial a mi hermano que se encuentra en el cielo; quien fue el motivo y motor que inspiro toda mi formación académica.

Juan Carlos Tinta Mamani.

Dedico esta tesis a mis padres, por su inquebrantable esfuerzo que han depositado en mí formación de valores éticos y morales.

Alexander Herles Cutipa.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar damos gracias a Dios, por permitirnos vivir una hermosa experiencia dentro de las aulas universitarias, a mi universidad que con todas sus carencias y dificultades ha hecho posible que culminemos nuestros estudios superiores, asimismo, queremos dar un especial agradecimiento a nuestra asesora la Dra. Shelni Ady Kuentas Aragón, quien con mucho entusiasmo, nos supo guiar a lo largo de la presente investigación, no solo, en el ámbito académico sino también en los trámites administrativos. Sin su apoyo incondicional y profesional, no habría sido posible culminar este proceso.

Gracias también, a todos nuestros docentes, que con vocación académica y con un desprendimiento admirable, contribuyeron a nuestra formación profesional en el campo del Derecho; gracias a nuestros padres por todo el apoyo que nos brindaron y por la confianza depositada en nosotros.

Finalmente agradecemos a todos nuestros compañeros de aula con quienes compartimos; vivencias, debates académicos y momentos memorables; a nuestros amigos, que, a pesar de todo, siempre estuvieron en los momentos más importantes y difíciles de nuestras vidas y a todas las personas que creyeron en nosotros ¡muchas gracias.

Los Autores

PRESENTACION

El presente trabajo de investigación tiene como propósito, analizar de manera crítica los aspectos político - criminales y dogmático - procesales que se encuentran inmersos en el uso de la prueba prohibida bajo la ejecución de la teoría de ponderación de intereses.

En la actualidad, existe un gran debate en la comunidad jurídica respecto a la utilización de la prueba prohibida dentro de un proceso penal, es así, que parte de la doctrina considera que la prueba ilícita es absolutamente ineficaz y en consecuencia el juez no puede ni debe valorarlo, ya que, actualmente el país se encuentra en un Estado Constitucional de Derecho, sin embargo, otro sector de la doctrina, piensa que en algunos casos concretos que se encuentran revestidos de una especial gravedad o complejidad como por ejemplo; el narcotráfico, los delitos de corrupción de funcionarios, terrorismo, organización criminal, lavado de activos, etc., la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, si podría ser manejada a través de la aplicación de la Teoría de Ponderación de Intereses, constructo teórico que en la actualidad es considerado tanto en el sistema euro-continental como en el anglosajón, como excepción a la regla de exclusión probatoria. Es necesario resaltar que los juristas que sostienen esta última postura usualmente hacen uso del Test de Proporcionalidad del profesor alemán Robert Alexy, por ello, es sumamente relevante y también será tratado en la presente investigación.

Por otro lado, en el presente trabajo también se analizará la regulación jurídica de la doctrina de la regla de exclusión probatoria, en el ordenamiento jurídico nacional, desde un enfoque constitucional y procesal, así como, la interpretación que realiza nuestra Corte Suprema y el Tribunal Constitucional respecto a dicha institución jurídica.

Finalmente, partiendo de los puntos expuestos, lo que se pretende con esta investigación es asumir una posición crítica sobre la posibilidad de valorar la prueba prohibida dentro de nuestro actual proceso penal en los casos que revistan una especial gravedad y complejidad, a través de la adecuada utilización de la teoría de ponderación de intereses y del test proporcionalidad. Asimismo, el presente trabajo tiene como objeto contribuir con la identificación de los aspectos dogmáticos, jurisprudenciales, y de política criminal que los operadores del derecho (Jueces, Fiscales y Abogados) podrían enfrentar al momento de aplicar la Teoría de Ponderación de Intereses en un caso concreto.

Los Autores.

RESUMEN

La presente investigación se ha planteado el estudio de las diferentes doctrinas a fin de analizar las teorías, jurisprudencias, y políticas criminales en los procedimientos que subyacen en el uso de pruebas prohibidas, valorada a través de la teoría de ponderación de intereses, se efectuó una revisión de las fuentes que establecen la garantía y respeto a los derechos fundamentales ahondando en las políticas criminales y su función como instrumento idóneo de pretensión penal del Estado; la muestra del análisis constó en cinco (05) jurisprudencias obtenidas del Tribunal Constitucional del Perú y (05) jurisprudencias de la Corte Suprema del Perú, relacionadas con la Noción de la prueba prohibida, la regla de exclusión probatoria y la teoría de ponderación de intereses y la forma en que los tribunales penales aplican la valoración de pruebas ilícitas con base a los subprincipios de la ley de ponderación de intereses, para lograr solución de conflictos en un proceso jurídico probatorio.

Confeccionándose mediante una investigación cualitativa de tipo dogmático no experimental, con escrutinio de documentaciones, el uso de la técnica de análisis de contenido: ficha técnica y estudio crítico de leyes. Logrando el objeto principal de la investigación al determinar la postura mixta que adopta el sistema jurídico nacional, en la aplicación de excepciones para la valoración de los medios e instrumentos de pruebas obtenidas por violación de derechos fundamentales, la interrelación causal entre el acto controvertido y el acto generador de la violación. E incluso, alcanzar de manera armoniosa un equilibrio entre los derechos controvertidos.

Palabras Claves: Proceso penal, derechos fundamentales, núcleo esencial, prueba ilícita, teoría de ponderación.

ABSTRACT

The present investigation has raised the study of the different doctrines in order to analyze theories, jurisprudence, and criminal politics at procedures that underlie the use of prohibited evidence, assessed through the theory of interest weighting, the review of the sources that establish the guarantees and respect for fundamental rights, delving into criminal politics and their function as an ideal instrument for criminal pretense of the State; The sample of the analysis consisted about five (05) jurisprudence obtained from the Constitutional Court of Peru and (05) jurisprudence of the Supreme Court of Peru, consistent with the notion of prohibited evidence, the rule of probation exclusion and the theory of interest weighting and the way in which the criminal courts apply the valuation of illicit evidences whit based on the sub-principles of the law of interest weighting, to achieve conflict resolution in a probative legal process. Preparing through qualitative research of non-experimental dogmatic type, scrutiny of documentation, and use of content analysis technique: technical sheet and critical law study. Achieving the main purpose of the investigation in determining the mixed position adopted by the national legal system, in the application of exceptions for the assessment of the means and instruments of evidence obtained for violation of fundamental rights, the causal interrelation between the act in question and the rape generating act. And even harmoniously strike a balance between the rights at issue.

Key Words: Criminal proceedings, fundamental rights, core essential, unlawful evidence, weighting theory.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, tuvo por finalidad responder algunas cuestiones relacionadas con los aspectos políticos - criminales y dogmático procesales que subyacen a la ejecución de la teoría de ponderación de intereses. El trabajo fue delimitado al estudio de las distintas teorías, dogmas, jurisprudencias y política criminal, que se encuentran relacionadas a la prueba prohibida, regla de exclusión probatoria y la teoría de ponderación de intereses dentro de las normas jurídicas peruana. En consecuencia, se orientó a establecer los criterios jurídicos dogmáticos y demás contenidos en el ordenamiento jurídico peruano, así como a analizar las consecuencias de las modernas tendencias de normativización y flexibilización de la regla de exclusión probatoria.

Para el análisis de los resultados se referenciaron cinco jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional y cinco sentencias de la Corte Suprema del Perú.

La investigación corresponde al Tipo de investigación dogmático; en el Nivel explicativo. Los métodos generales inductivo-deductivo, exegético, hermenéutico entre otros; la información fue compendiada aplicando técnicas de observación y fichaje para la obtención y sistematización de la información obtenida de repositorios bibliográficos físicos y virtuales.

Con el propósito antes descrito, el presente informe se encuentra dividido de manera general en cinco capítulos.

En el primer capítulo, se aborda uno de los aspectos principales del presente informe de investigación, pues desarrolla la descripción del problema, el planteamiento del problema y los objetivos, Así; como la determinación de las dimensiones con sus respectivas subcategorías.

En el segundo capítulo, se desarrolla los alcances dogmáticos - procesales y políticos - criminales de las principales categorías de análisis, los antecedentes y definición de términos.

En el tercer capítulo se plasma la metodología, donde se develan las técnicas y métodos de investigación, así como el tipo y el diseño metodológico que se usó para realizar la presente investigación.

En el cuarto capítulo, se desarrolló el análisis y discusión de las normas jurídicas de carácter sustantivo y procesal que están relacionadas al objeto de la presente investigación, así, como de la doctrina y jurisprudencias; sustentadas con cinco (05) jurisprudencias de la Corte Suprema y cinco (05) jurisprudencias emitidas por Tribunal Constitucional; finalizando con el respectivo análisis relacionado a los criterios que utilizan o deberían utilizar los operadores del derecho para el uso de la prueba prohibida a través de la aplicación de la teoría de ponderación de intereses.

Finalmente, se presenta los resultados de la investigación y producto del análisis concreto de lo explanado en las jurisprudencias y doctrinas contenidas en el capítulo IV, se realiza un cierre descriptivo, crítico y conclusivo propia de los investigadores, sobre la postura asumida por el sistema jurídico nacional en materia penal, los cuales se encuentran resumidas en las conclusiones y sugerencias plasmadas en la presente investigación. Por último, se presentan las referencias bibliográficas y los anexos.

INDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
PRESENTACIÓN.....	V
RESUMEN.....	VII
ABSTRAC.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	IX
INDICE.....	XI
CAPITULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	Pág.13
1.1. Descripción del Probelma.....	Pág.13
1.2. Formulación del Problema.....	Pág.16
1.2.1 Problema General.....	Pág.16
1.2.2 Problema específico.....	Pág.16
1.3. Objetivos.....	Pág.16
1.3.1 Objetivo General	Pág.16
1.3.2 Objetivo Específicos.....	Pág.17
1.4. Categorías.....	Pág.17
1.4.1 Categoría 01.....	Pág.17
1.4.2 Categoría 02.....	Pág.18
1.5. Operacionalización de categorías.....	Pág.18
1.6. Justificación.....	Pág.19
1.7. Consideraciones eticas.....	Pág.20
CAPITULO II: MARCO TEORICO.....	Pág.21

2.1. Antecedentes de estudio realizados.....	Pág.21
2.1.1 Antecedentes Internacionales.....	Pág.21
2.1.2 Antecedentes Nacionales.....	Pág.22
2.2. Marco Teórico.....	Pág.24
2.2.1 La prueba.....	Pág.24
2.2.2 Funcion y finalidad.....	Pág.25
2.2.3 Elementos o aspectos de la prueba.....	Pág.26
2.2.3.1 Elementos de la prueba.....	Pág.27
2.2.4 La prueba probida.....	Pág.30
2.2.5 La regla de exclusion.....	Pág.32
2.2.6 Fundamentos de la prueba de exclusion.....	Pág.32
2.2.7 Teoria del fruto del arbol venenoso.....	Pág.35
2.2.8 Execciones a la regla de exclusion probatoria.....	Pág.37
2.2.9 El concepto la ponderacion y estructura.....	Pág.42
2.2.10 Aplicación del tes de proporcinalidad.....	Pág.46
2.2.11 Aplicación y Ponderacion de Principios Constitucionales.....	Pág.48
2.2.12 La politica criminal.....	Pág.53
2.2.13 Juriprudencia del la Corte Suprema y del TC.....	Pág.58
2.2.14 Definición de términos.....	Pág.70
CAPITULO III: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.....	Pág.73
3.1. Tipo de estudio.....	Pág.73
3.2. Diseño de estudio.....	Pág.74
3.4. Métodos y Técnicas.....	Pág.74
CAPITULO IV: RESULTADOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACION.....	PÁG.78
4.1. Resultado.....	Pág.78

CONCLUSIONES.....	Pág.81
SUGERENCIAS.....	Pág.84
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	Pág.85
ANEXOS 1 MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	pág.91
ANEXO 2 CUADRO DE SENTENCIAS.....	pág.93

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del Problema

De la verdad de los hechos se habla mucho en el contexto del proceso penal, porque se entiende generalmente, que una adecuada averiguación de los hechos está relacionada íntimamente con la finalidad epistemológica del proceso penal, que no es otra cosa que la mayor aproximación posible a la verdad real o material de los hechos, lo que a su vez se verá reflejada en una sentencia justa. En este contexto la prueba juega un papel sumamente importante en razón de que al proceso solo le interesa lo que verdaderamente sucedió, es decir, la verdad histórica de los hechos. Sin embargo, esta averiguación de la verdad se encuentra limitada y regulada por nuestro ordenamiento jurídico y por normas de carácter internacional. Los sistemas acusatorios garantistas y la doctrina de la regla de exclusión probatoria se configuran como un verdadero límite a la averiguación de la verdad y la persecución del delito por parte del Estado, sancionando con su inutilización y en consecuencia con la imposibilidad de que se valore dentro de un proceso penal, la prueba obtenida con quebrantamiento de derechos fundamentales.

Dentro de este marco, el tema escogido para la presente investigación, es sin duda, un tema muy complejo y polémico en la doctrina Procesal Penal, ya que, gira en torno a la posibilidad de evaluar la prueba prohibida en sentido estricto. Es decir, la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del investigado o imputado, dentro de un proceso penal a través de la aplicación de la teoría de ponderación de intereses, por parte del Juez, como excepción a la regla de exclusión probatoria o *exclusionary rule*. En tal sentido, Nuestra Constitución, el Código Procesal Penal [CPP] del 2004 y el Tribunal

Constitucional, se han inclinado por una postura rígida y casi absoluta respecto a la exclusión de material probatoria obtenida con violación de derechos fundamentales elevándolo incluso a la categoría de derecho fundamental implícito, como consecuencia de ello, los jueces tienen enormes dificultades para aplicar la teoría de ponderación de intereses o *balancing test*, en los casos que son especialmente graves como: los delitos de corrupción de funcionarios, organización criminal, narcotráfico, terrorismo, lavado de activos, etc.

Por otro lado, la existencia de excepciones específicamente a la regla de exclusión probatoria, siendo una la teoría de ponderación de intereses desde hace varios años es aplicado en los países del sistema europeo/continental, como Alemania, España, Francia, e incluso el mismo Estados Unidos, ya que, la aplican y la aceptan para resolver casos especialmente graves en los cuales colisionan dos o más principios constitucionales, un ejemplo sería: el derecho a la intimidad como principio individual V/S la averiguación de la verdad o la persecución del delito como principios de naturaleza estatal y colectivos.

Para aplicar de manera adecuada la teoría de ponderación o proporcionalidad, es necesario que el Juez efectúe adecuadamente el Test de Proporcionalidad desarrollado por el profesor alemán Robert Alexy. Aunado a ello, que nuestro país cuente con una política criminal clara y adecuada a nuestra realidad, que sirva de base o instrumento para identificar cuáles son aquellos delitos que revisten una especial gravedad en relación a la transgresión de los bienes jurídicos protegidos mediante nuestro derecho penal.

En la compleja definición de los Derechos Fundamentales. A través de la revisión doctrinal, se logró observar que es uniforme admitir la existencia de un conjunto de derechos fundamentales que toda persona dispone y cuya acción se halla en oposición a los poderes del Estado. Estos derechos normalmente se encuentran positivados en la

Constituciones de los distintos países y guardan íntima relación con algunas normas de carácter internacional.

También es importante resaltar que los términos que vienen empleando la doctrina y la jurisprudencia están lejos de ser homogéneo. Es habitual que sean utilizados sin distinción términos como el de "prueba prohibida" o "prohibiciones probatorias", "prueba ilegal" o "ilegalmente obtenida", "prueba inconstitucional", "prueba nula", "prueba viciada", "prueba irregular". Cesar San Martín, expresa que la expresión "Prueba Prohibida" define la que se logra obtener por medio de la infracción de los Derechos Fundamentales (San Martín, 2003), por su parte Hamilton Trigos, maneja la expresión para destacar un elemento que limite la máxima general de indagación de la verdad y es obtenida quebrantando derechos esenciales, permaneciendo excluida del concepto, de tal forma, la que en su adquisición ha normas únicamente ordinarias (Castro, 2008).

En jurisprudencia del Tribunal Constitucional STC Exp. 02053- 2003-HC/TC, en el caso Lastra Quiñones se utiliza la expresión "prueba ilícita" como obtenida lesionando los derechos esenciales o con violación a la legalidad procesal. Por otra parte, en el caso Quimper Herrera STC Expediente. 00655-2010-PHC/TC, se maneja la expresión "prueba prohibida" como un derecho fundamental. Destaca también que, en el Acuerdo plenario de jueces superiores del año 2004 se maneja sin distinción, es decir, como sinónimos, la prueba prohibida o prueba ilícita.

En consecuencia el objeto del presente trabajo de investigación fue responder algunas cuestiones relacionadas con los aspectos político – criminales y dogmático – procesales que subyacen a la aplicación de la teoría de ponderación de intereses dentro de un proceso penal acusatorio – garantista, como es el nuestro, y con ello contribuir a identificar los posibles desafíos, de naturaleza dogmática, jurisprudencial y de política criminal que el operador del derecho deberá enfrentar al

momento de aplicar dicha excepción en un caso concreto con circunstancias específicas.

En ese orden de ideas, el presente trabajo de investigación desplegó aspectos significativos ante la problemática planteada, estableciéndose con ello su novedad, viabilidad, y relevancia, rescatando por lo tanto actualidad para su indagación respectiva.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿Cuáles son los aspectos dogmático - procesales y de política criminal, que subyacen en el uso de la prueba prohibida, bajo la aplicación de la teoría de ponderación de intereses, en el Perú?

1.2.2. Problemas Específicos

¿Cuáles son las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y de política criminal que giran en torno a la prueba prohibida y la regla de exclusión probatoria, en el Perú?

¿Cuáles son las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y de política criminal que giran en torno a la teoría de ponderación de intereses, en el Perú?

¿Cuáles son los criterios teóricos, doctrinarios, jurisprudencias y de política criminal que sustentan el uso de la prueba prohibida, en el Perú?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Determinar los aspectos dogmático - procesales y de política criminal, que subyacen en el uso de la prueba prohibida, bajo la aplicación de la teoría de ponderación de intereses, en el Perú.

1.3.2. Objetivos Específicos

OE1. Analizar las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y política criminal que giran en torno a la prueba prohibida y la regla de exclusión probatoria, en el Perú.

OE2. Explicar las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y política criminal, que giran en torno a la teoría de ponderación de intereses, en el Perú.

OE3. Establecer los criterios teóricos, doctrinarios, jurisprudencias y política criminal, que sustentan el uso de la prueba prohibida, en el Perú.

1.4 Categorías

A continuación, se mencionan las variables, dimensiones e ítems que componen el estudio:

1.4.1. Categoría 01:

Aspectos dogmático-procesales y de política criminal con relación a la teoría de ponderación de intereses

Dimensiones:

- Dogmática jurídico – procesal
- Política Criminal

Sub categorías:

- Interpretación jurídica
- Lógica jurídica
- Política criminal penal

- Política criminal procesal penal
- Política criminal penitenciaria

1.4.2. Categoría 02:

Uso de la prueba prohibida y aplicación de la regla de exclusión probatoria.

Dimensiones:

- Prueba prohibida
- Regla de exclusión probatoria

Sub categorías

- Prueba ilícita
- Prueba prohibida (en sentido estricto)
- Prueba irregular
- Excepciones a la regla de exclusión probatoria
- Teoría de ponderación de intereses

1.5 Operacionalización de categorías

CATEGORIAS	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	SUB CATEGORIAS
CATEGORIA 1	La dogmática jurídica es la actividad intelectual que realiza el jurista, al momento de interpretar las normas jurídicas que componen un determinado Ordenamiento Jurídico. Esta labor se realiza a través de los diversos métodos de interpretación; literal, histórico, exegético, hermenéutico, sistemático, etc.	<ul style="list-style-type: none"> • Dogmática jurídico- procesal 	<ul style="list-style-type: none"> • Interpretación jurídica • Lógica jurídica. • Política criminal penal • Política criminal procesal penal • Política criminal penitenciaria

Aspectos dogmático-procesales y de política criminal con relación a la teoría de ponderación de intereses	La Política Criminal se puede definir como el conjunto de acciones, medidas, políticas, conocimientos y experiencias que se interrelacionan para prevenir y contrarrestar los peligros y las conductas delictivas de la forma más eficaz posible, garantizando los derechos fundamentales y que se plasman a través de normas analizadas concienzudamente, para luego, ser positivizadas por el legislador nacional.	<ul style="list-style-type: none"> • Política criminal 	<ul style="list-style-type: none"> • Relación de Criminología con el Código Penal. • Relación del Código Penal con el Código Procesal Penal. • Política Criminal y su relación al Código de Ejecución Penal.
CATEGORIA 2 Uso de la prueba prohibida y aplicación de la regla de exclusión probatoria.	Es aquella prueba que se obtiene con la vulneración de derechos fundamentales	<ul style="list-style-type: none"> • Prueba prohibida 	<ul style="list-style-type: none"> • Prueba ilícita • Prueba prohibida (en sentido estricto) • Prueba irregular
	Es la doctrina que establece la exclusión de la prueba prohibida y su inutilización al interior del proceso penal. Tiene dos fundamentos a saber: En el sistema norteamericano el sustento es la disuasión, mientras que el sistema euro-continental, su fundamento yace en el respeto a los derechos constitucionales y garantías básicas de naturaleza procesal.	<ul style="list-style-type: none"> - Regla de exclusión probatoria 	<ul style="list-style-type: none"> • Excepciones a la regla de exclusión probatoria • Teoría de Ponderación de intereses

1.6 Justificación

El tema a tratar encontró su justificación en la importancia de analizar las dificultades a las que se enfrentan los operadores del derecho especialmente los jueces, cuando pretenden aplicar la teoría de ponderación de intereses para la valoración de la prueba prohibida, dentro de un proceso penal garantista.

La presente investigación tiene como prioridad enfatizar el análisis y, a su vez como vital importancia, evaluar, estudiar e indagar los distintos aspectos dogmático – procesales y político – criminales que subyacen al uso y valoración de la prueba prohibida mediante la aplicación de la teoría de ponderación de intereses al interior de un proceso penal de corte garantista como es el nuestro.

Se entiende que la búsqueda de la verdad es el fin epistemológico y la prueba es el instrumento del proceso, es decir, la razón de ser del derecho procesal. En ese orden de ideas la prueba tiene como objeto crear en el magistrado la convicción o certeza de la existencia o inexistencia de los hechos que se encuentran relacionados al objeto de acusación en el proceso.

Sin duda, la temática abordada es una de las que mayor polémica suscita, pues como señalábamos al comienzo, esta se encuentra en la línea divisoria entre la tensión existente entre la eficacia en la persecución penal y el respeto de los derechos fundamentales esto en torno a los delitos que representan una especial gravedad como son: el tráfico ilícito de drogas, la criminalidad organizada, el lavado de activos, la trata de personas, el terrorismo, los delitos de corrupción de funcionarios, el terrorismo, etc.

1.7. Consideraciones Éticas

Para la sustentación de esta investigación cuyo principal estudio circunda en el análisis sobre la valoración de la prueba prohibida, bajo la teoría de ponderación de intereses, las opiniones emitidas, no pretenden agotar la discusión en torno al tema elegido, sino en otorgar a los operadores del derecho criterios generales o elementos para la mejor comprensión del tema en estudio, dirigido con una visión crítica sobre el uso y valoración de la prueba ilícitamente obtenida al interior de un proceso penal de corte garantista. La indagación del objeto de estudio se encuentra basada en principios éticos, profesionalismo y respaldo por autores de talla y envergadura de nivel nacional e internacional.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1 Antecedentes Internacionales

Campaner (2015), en su investigación “*La Confesión Precedida de la Obtención Inconstitucional de Fuentes de Prueba*”, para la Universidad Complutense en Madrid, alcanza la subsiguiente conclusión: la rigidez entre la consideración a los derechos esenciales y la intención de hostigar efectivamente las infracciones, que subyace a la debatible doctrina del vínculo de antijuridicidad, se coloca aparente, de forma paradigmática, al abordarse la dificultad de la confesión antecedida de la transgresión de derechos del indagado, instituida en alguna de las singularidades a la teoría específica de los frutos del árbol envenenado; en consecuencia, se verifica que ha acontecido la técnica más agradable de desligar y bordear la anterior, acción fraudulenta de las personas corporativas (oficiales policiacos o Magistrado de Instrucción), permitiendo que recaiga la relevancia en el inculpado que, sumiso frente a la demostración física del descubrimiento o persuadido de que la protección de su inocencia sucede posiblemente observando los efectos de la (injusta) indagación, no consigue por menos que admitir los actos que se le imputan.

Vicuña y Castillo (2015) con su investigación “*La verdad y la justicia frente a la prueba en el proceso penal*”, tuvo como objetivo proponer la prevalencia de los derechos sociales a la justicia y la verdad, mediante un proceso penal con la limitación de la prueba diligente, empleando la interpretación documental y la hermenéutica y sobre material de la Corte Suprema de Justicia y Constitucional. Se distinguieron criterios hallados en las Altas Cortes ante la negativa de la práctica específica de la prueba

de oficio en el sistema acusatorio adversarial. La perspectiva tomada en la Corte Constitucional fractura el sistema jurídico mixto, porque, con la atribuida prohibición al juez del conocimiento, exceptúa los principios a la justicia y la verdad constituidos en el preámbulo de la Norma Superior.

2.1.2 Antecedentes Nacionales

Montes (2017), autora de la tesis: “*Exclusión de la Prueba Ilícita por Violación del Derecho de Defensa en Cuanto Garantía del Debido Proceso en el Proceso Penal Peruano*”, en su estudio para lograr el grado profesional de abogado, tuvo el objeto de estudiar de qué forma la no supresión de la prueba ilícita específica por vulneración del derecho de defensa conmueve la garantía constitucional del debido proceso sumario en el proceso penal del Perú. El tipo de investigación fue jurídica dogmática teórica y normativa. La autora elaboró una investigación con método cualitativo, con un diseño transversal, utilizó como población los aportes de los juristas a nivel dogmático y los magistrados a nivel jurisprudencial. La técnica empleada para recaudar los datos fue el análisis cualitativo, el mismo que dio como conclusión, de manera general, que la admisión y valoración de la prueba ilícitamente obtenida vulnera el debido proceso y afecta de manera importante los derechos individuales de los procesados.

Pareja (2017), elaboró una tesis titulada “*Modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano*”, en el trabajo que llevó a cabo para obtener el master en derecho procesal, el estudio se centralizó en realizar un análisis profundo sobre la posibilidad de que los jueces puedan valorar pruebas por violación de los derechos humanos. El estudio realizado por la investigadora arribó a las conclusiones siguientes principales: En el marco del Estado Constitucional, es viable que se admita la prueba de cargo con violación a los derechos esenciales mediante la ajustada interpretación de la

Constitución, siendo importante dar garantía de sus derechos a los imputados.

El desenlace del estudio gira en torno a que es viable el acogimiento de la prueba de cargo con infracción de los derechos esenciales por medio de una apropiada explicación de la carta magna, ya que es trascendente avalar el que se respeten los derechos de los inculpados, pues es trabajo del juez es acoger los elementos legales precisos que igualmente presentan ciertamente la consideración a los derechos de la otra parte, de manera que la sustracción de la “prueba ilícita” no sea una pauta total como resultado de una definición fiel de la regla y que no represente un caparazón para la impunidad.

Gonzáles (2018) realizó un trabajo de investigación denominado “*Estudio de la prueba prohibida y su aplicación como regla de exclusión en el nuevo código procesal penal*”, para la obtención del título de magíster en derecho, teniendo como propósito estudiar la prueba prohibida en cuanto a la vulneración de los derechos inalienables denominados fundamentales del imputado, y su ejecución excepcional como norma de exclusión en el Nuevo Código Procesal Penal. El enfoque metodológico fue cualitativo, de tipo correlacional, la muestra estuvo conformada por 355 profesionales entre los asistentes, magistrados y especialistas, de los juzgados penales de Lima. Los resultados evidenciaron la prueba prohibida ha venido vulnerando los derechos fundamentales del imputado, específicamente en su aplicación como una regla de exclusión, en el nuevo código procesal penal, lo que ha creado gran desconfianza en la gestión de justicia, porque se debería de aplicar de forma irrestricta, lo que se dispone en el art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, para impedir que se vulneren dichos derechos, estableciendo ordenamientos determinados respecto de la prueba prohibida.

Daza (2017) realizó un estudio titulado “*Tratamiento de la teoría de la ponderación como excepción de la exclusión de la prueba ilícita, en los*

procesos penales seguidos en la corte superior de justicia de Lambayeque” obteniendo como conclusión que el proceso penal constituye el camino institucional para la ejecución del *ius puniendi* del Estado, que se refiere tanto a la función de ejecución de una sanción penal solo mediante el proceso penal, como a la elaboración de la totalidad los fines del derecho penal material, como el resguardo de los bienes de tipo jurídicos.

En el caso de la prueba, analizó que es el método más fiable para conseguir revelar la verdad real, siendo una de las garantías más altas en las decisiones judiciales arbitrarias. Igualmente, ases una actividad por la ley pre ordenada, que está regida por la autoridad judicial; que supone establecer condicionamientos y limitaciones.

2.2. Marco teórico

2.2.1 La prueba

Su raíz etimológica hace referencia a patentizar, probar, o experimentar. Actualmente, significa fundamentalmente convencer en referencia a la veracidad de una información o afirmación, en tal sentido, la prueba tiene cabida en muchos ámbitos de las actividades humanas.

A nivel jurídico, la prueba es una actividad de representación procesal, que se orienta en conseguir convicción del Juez en cuanto a la exactitud de las aserciones de hecho consumadas por las partes procesales. Los medios de prueba constituyen herramientas para alcanzar esta convicción. En los art. 157º al 188º del nuevo código procesal penal indica que para garantizar el objeto de prueba se puede emplear los medio probatorios (Barona, 2001).

El tratadista Talavera Elguera, especifica que el derecho a la prueba es una ley rectora contemplada en el Código Procesal Penal nuevo, haciendo referencia en el art. IX a que todo individuo puede tener

intervención en el proceso probatorio y a manejar los medios pertinentes de prueba. (Talavera, 2009. p 32).

En este sentido, el Tribunal Constitucional legitima que la presentación de los medios probatorios, es garantía de las partes del proceso, siempre y cuando viabilicen el convencimiento en el juzgador, de que dichos fácticos expresados sean los precisos. Es así, como si no se produce la autorización de la promoción pertinente de pruebas a los justiciables, no se ampara la efectiva tutela procesal. Dicho derecho involucra la probabilidad de postular, en los alcances y límites reconocidos por la ley, los medios probatorios para así mostrar las explicaciones que el justiciable utiliza a su favor (Bernal, 2004. p 58).

Cabe mencionar que en el Perú los hechos objetos de prueba según el modelo procesal penal el medio de prueba tiene la posibilidad de ser acreditada y también se puede usar otros medios de prueba siempre y cuando no sean vulnerados el derecho del sujeto y las garantías del debido proceso. En Código Procesal Penal Nuevo son admitidos los subsiguientes medios de prueba: testimonio, confesión, pericia, prueba documental, careo, y otros como la reconstrucción, el reconocimiento, y la inspección judicial (Cubas, 2003. p 26).

2.2.2 Función y Finalidad

Para alcanzar mayor conocimiento sobre la prueba es cabal establecer su función y finalidad, para la finalidad, es ineludible referir las diferentes posiciones doctrinarias; destacan los siguientes:

a) La prueba como averiguación de la verdad de un hecho. - Esta prueba es fundamentada por Jeremías Bentham, Bricchetti, Ricci, (Citado por Neyra Flores, 2010, p.547) donde señalan que para concebir un prueba en sí, se debe emplear el criterio de la verdad del acontecimiento, ya sea malo, bueno, completo o incompleto.

Asimismo, Bonnier Eduardo (Citado por Neyra Flores, 2010, p.457) alude que, las pruebas son los muchos medios para llegar al descubrimiento de lo que se denomina como verdad. Enfoque que es señalada por Estrampes Miranda (Citado por Rosas Yataco, 2009, p.715), que sustenta que se ejecuta un error doble, cuando se dispone a la prueba como una forma para la investigación de la verdad, transponiendo la verdad y sus problemas desde la filosofía al ámbito del derecho procesal.

b) La prueba como mecanismo de fijación formal de hechos. – es un postulado amparado por Carnelutti, en antagonismo al presentado anteriormente; y, alude que es única la verdad; por lo tanto la culminación de la prueba en sí, no simplemente es el logro de la verdad, sino también es la unión explícita de los hechos (Citado en Neyra Flores, 2010, p.548). Coincidiendo con Cuello Gustavo, que atestigua que probar no significa señalar la verdad de los hechos lidiados, sino es expresamente establecer los hechos en sí mismos, a través de operaciones establecidas en el ordenamiento jurídico; enfoque que emboza una contestación, porque la fijación de los hechos comienza en la apreciación del individuo que juzga, y es ahí donde se produce la certeza, que viene a ser el resultado de la fijación de los hechos.

c) La convicción judicial. - Defendida por Cuello Uriarte, asevera que la finalidad de la prueba es el convencimiento judicial y solamente cuando las aserciones vertidas consigan ese convencimiento la prueba consiguió su propósito, por tanto en la perspectiva procesal, la concepción de prueba surge único al propósito de conseguir seguridad, para la convicción judicial (Citado por Neyra Flores, 2010, p. 548) con relación a la negación o afirmación de un hecho. Postulado defendido por teóricos como Niceto Alcalá Zamora, Santiago Santis Melendo, Giuseppe Chiovenda y Castillo y Ricardo Levene, entre otros.

2.2.3 Elementos o aspectos de la prueba

Existen varios enfoques para la prueba en el proceso penal, por lo que constituye un complejo concepto. Para aproximarse, es importante delimitar los diversos elementos del fenómeno probatorio, destacan los siguientes:

2.2.3.1. Elemento de Prueba. – Según criterios de Mariconde Vélez, el elemento de prueba se concibe como cualquier dato objetivo que es incorporado de forma legal al proceso, que a su vez es capaz de promover un conocimiento probable sobre la imputación (Citado por Neyra Flores, 2010, p. 550)

Asimismo, Cafferata Nores, Neyra Flores y Hamilton Castro Trigos, aseveran que la prueba es el dato o señal, comprendida en un medio de prueba ejecutado, que podría ser manejado en el procedimiento inferencial por el juez que ejerce al instante de resolver el acto. Flores Neyra destaca lo necesario de que el juez conozca un conjunto de particularidades correspondidas con el proceso, para enriquecer la concepción del objeto de la prueba (Citado por Villegas Paiva, 2015, p.133); De semejante opinión es Cubas Villanueva (Citado por Rosas Yataco, 2009. p. 713), que puntúa que la prueba es toda información que es incorporado al proceso y que proceda de la realidad. Advierte conjuntamente, que ésta contiene particulares como:

a) la objetividad. – Sobre la información externa al proceso.

b) Legalidad. - Suposición precisa para su uso para la convicción judicial válida.

c) Relevancia. - Se produce cuando la prueba consienta instituir sobre un juicio de probabilidad en el hecho.

d) Pertinencia. - corresponderá el dato probatorio atañer tanto con el extremo subjetivo y objetivo de la imputación delictiva, debe haber una correspondencia entre el elemento de prueba que se pretende manejar y el hecho o la circunstancia que se ambiciona acreditar.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01014-2007-HC/TC, fundamento jurídico 14, resalta que la prueba como elemento debe poseer las características siguientes:

Veracidad objetiva, porque la prueba exhibida debe ser un exacto reflejo de lo sucedido en la realidad; también, es exigencia que el trayecto de la prueba sea por las partes intervinientes apta de ser controlada en el proceso, suponiendo recusar que es al juez, definitivamente, quien debe sensatamente decidir la admisión, limitación o exclusión de los medios probatorios. Así, puede ser conseguida la convicción sobre lo idóneo del elemento probatorio, ya que éste concordará con la verdad de lo ocurrido y no sea susceptible de manipulación.

Constitucionalidad de la actividad probatoria, envuelve la proscripción de hechos que incluya violaciones al orden jurídico o a los derechos esenciales para obtener, admitir y valorar la prueba.

Utilidad de la prueba, peculiaridad que sujeta claramente al hecho con la prueba presumiblemente delictuoso que se habría sucedido, por tanto, con esta particularidad se comprobará lo provechoso de la prueba en el momento que ésta cause convicción judicial para resolver el caso.

Pertinencia de la prueba, siempre y cuando la prueba sea estimada como adecuada y tiene directa correspondencia con el fin del procedimiento, de tal modo que si no tuviese correlación directa con el supuesto delito, no se consideraría como una prueba adecuada.

2.2.3.2. Fuente de Prueba. – Es toda cosa o persona que consentirá probar un acontecimiento. A su vez, es la totalidad que suscita el principio a medio de prueba o un elemento y coexiste con independencia y anterioridad a un proceso judicial (Neyra Flores, 2010, p.551).

2.2.3.3. Objeto de Prueba. - es todo aquello que pueda comprobarse sean hechos humanos o naturales, físicos, psicológicos entre otros; los cuales demandan ser debatidos, averiguados, demostrados y conocidos.

En este sentido, lo que se prueba en el proceso penal son las afirmaciones o enunciados (Castro Trigos, 2009. p.45)

Bajo dicho postulado, Arismendis alude que son aseveraciones que surgen durante el proceso, las que deben probarse y solamente tendrá triunfo si se logra concordar en la realidad con los enunciados hechos, solicitándose ejecutar de forma correcta la actividad probatoria correcta. (Citado en Villegas Paiva, 2015, p.133)

El artículo 156, inciso 1 del Código Procesal Penal, establece que son objeto de prueba los hechos que hacen referencia a la punibilidad, la determinación de la medida de seguridad o pena, y la imputación, así como los que hacen referencia a la responsabilidad civil que se deriva del delito. Es así, que el objeto de prueba en el proceso penal, son todos los hechos de importancia para establecer la comisión o el impedimento de comisión de un hecho reputado punible los daños y perjuicios creados por la comisión de un delito, y la afluencia de circunstancias agravantes o atenuantes aptos de cambiar la supuesta responsabilidad criminal del imputado.

2.2.3.4. Medio de Prueba. - Los medios de prueba son las actuaciones judiciales o actos procesales con las cuales se incorporan al proceso las fuentes de prueba de manera formal. En concordancia con lo señalado, el artículo 157, inciso 1 del código Procesal Penal, indica que los acontecimientos objeto de prueba por cualquier medio de prueba legal valen ser acreditados, y extraordinariamente pueden emplearse otros diferentes, siempre y cuando no quebrante las garantías y los derechos del individuo, igualmente, las facultades de los procesales reconocidos por la ley. En otras palabras, se promueve y reconoce la ejecución del principio de libertad de los medios de prueba, acopiada en el art. 157 inciso 2. En tal sentido, los típicos medios de prueba están regulados en los art. 160 al 201, y son los siguientes: la documental, la confesión, la pericia, el testimonio, el careo, entre otros.

2.2.4 La prueba prohibida o ilícita

En Sentido Amplio. - Miranda Estrampes señala que la prueba ilícita es aquella que transgrede la dignidad de los individuos, es decir, va contra la dignidad humana; para otros autores, la igualan con la idea de violación de la norma, será aquella practicada u obtenida con contravención de normas jurídicas; concertando dicha postura con la idea amplia de la prueba ilícita, apoyada por autores como Roxin.

En Sentido Estricto. - Por prueba ilícita se entiende como la prueba practicada y obtenida vulnerando los derechos fundamentales.

Por su parte, Minvielle asevera que solamente se puede hablar de prueba ilícita siempre que comparezca un medio de prueba emanado fuera del proceso con quebrantamiento de derechos constitucionales, primariamente, los que completan la categoría de los derechos de la personalidad.

La prueba ilícita o prohibida se precisa como la encontrada con transgresión de los derechos humanos, para buscar conseguir en el proceso un resultado probatorio, incluye búsqueda de la fuente y la actividad investigativa de prueba, así como el trabajo de producción de los resultados a partir de una fuente de prueba, mediante procedimientos que quebrantan los mencionados derechos (Gimeno, 1997).

En cuanto a las normas referentes a la prueba, son una garantía postulada en la constitución teniendo amparo directo, que se encaminan a aseverar la defensa del imputado (Art. 139 Inc. 14 Constitución). Solamente la ejecución de las pruebas es posible en la manera prescrita en la ley, correspondida con los derechos esenciales, porque su proceder debe estar sujeto a las normas que con tal objetivo han de existir.

La constitución del Perú instituye las pruebas prohibidas. En el inciso 10, del art. 2°, los documentos privados no poseen derivación legal si han

sido incautados, abiertos, intervenidos o interceptados sin que existiera una orden judicial. Asimismo, en el literal h del inciso 24, del art. 2° señala que no poseen valía las declaraciones conseguidas por: medio de la violencia psíquica, física, o moral; los tratos denigrantes o humillantes, así como la tortura.

En el proceso penal del Perú, la prueba prohibida está postulada en el art. 159° del Código Procesal Penal nuevo, donde se señala que los jueces no podrán utilizar, indirecta o directamente, los medios o fuentes de prueba conseguidos con quebrantamiento de los derechos humanos de del sujeto. Por tanto, una prueba es considerada prohibida cuando la misma es obtenida, a través de la violación indirecta o directa de algún derecho esencial, sea de naturaleza procesal o material.

A consideración del tribunal Constitucional del Perú, en el EXP N° 00655-2010-PHC/TC establece que la prueba prohibida representa un fundamental derecho que no se halla explícitamente tipificado a nivel constitucional, que asegura a los individuos, en general, que el medio probatorio obtenido con violación de cierto derecho esencial sea destituida en cualquier tipo de táctica o sumario para solucionar el estado legal de un individuo, o que inhibe que esta clase de prueba se utilice o valore para resolver la realidad legal de un hombre.

Finalmente, Sendra Gimeno, discurre que la prueba ilícita infringe cualquier tipo de legislación; y la prueba prohibida se origina como resultado de la transgresión del ordenamiento legal que salvaguardan los derechos humanos. Cuando la prueba ilícita causa la anulación de las actuaciones; por su parte, la prohibida, causa que la valoración del resultado probatorio sea prohibida que puede derivar inclusive en la absolución del imputado sin producir nulidad procesal (Oré Guardia, 2015, p. 146) A diferencia, Martínez señala que la prueba irregular enuncia las pruebas que han sido conseguidas con quebrantamiento de normativas no constitucionales (Citado por Oré Guardia, 2015, p. 147)

2.2.5 La Regla de Exclusión

Procede del sistema anglosajón donde se designa como *exclusionary rule*, es decir, doctrina de la supresión. La regla de exclusión en la postura norteamericana, tiene como fundamento la derivación disuasoria, y en el sistema euro-continental el cimiento de esta regla es la preferencia y respeto de los derechos esenciales (Oré Guardia, 2015, p.161).

Es así, como dicha regla hace referencia al requerimiento de las los medio o fuentes de pruebas que se incorporen al proceso a través de la transgresión de derechos decretados, y no causen efecto jurídico (Villegas Paiva, 2015, p.207).

También, Alegría Giner alude entorno a la aplicación de la cláusula de exclusión que se amerita discurrir dos elementos esenciales, la materialización de la reparación a que posee derecho la víctima, y la efectivización de la sanción penal y el potencial conflicto entre el respeto de la dignidad humana y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (Giner Alegría, 2008, p.588)

2.2.6 Fundamento de la Regla de Exclusión

La indagación sobre el fundamento de la regla de exclusión de la prueba prohibida, reviste una relevancia transcendental en cuanto a las restricciones o alcances que pueda proporcionarse a la instancia en proceso penal determinado (Miranda Estrampes, 2010, p.133). Por esto, el estudio de dicho fundamento de la prueba ilícita puede concebirse desde modelos teóricos explicativos.

2.2.6.1. Fundamento en el Modelo Norteamericano

El origen de la *exclusionary rule* surgió claramente relacionada con la IV enmienda que señala que no se quebrantara el derecho de los ciudadanos a la seguridad de sus documentos, personas, pertenencias, y casas, contra registros y allanamientos irrazonables, y no será

expedido documento ninguno, solo por causa probable, descansada por promesa o juramento, y que narre detalladamente el sitio a allanar, y los sujetos detenidos u objetos que serán incautados. En la V enmienda señala que no se puede obligar a ningún individuo a responder infamante o capital, sino en virtud de acusación o denuncia por un jurado, solo en los casos donde las fuerzas de la tierra o mar y, en una milicia, si están en servicio activo en momentos de peligro público o de guerra, tampoco se podrá someter dos veces por el mismo delito a un juicio que pueda causarle el menoscabo de la integridad corporal o la idea; ni declarar contra sí mismo, tampoco será privado de su propiedad, vida, o su libertad, sin el debido procedimiento de ley; no se podrá sin justa compensación quitar propiedad privada para uso público. Se deduce de ambas enmiendas que el fundamento de dicha norma es disuadir a la policía de ejecutar actividades de ilícitas investigaciones (llamados *deterrent effect*).

El *deterrent effects* actualmente es el único fundamento que sustenta la regla de exclusión, y según con el caso Estados Unidos vs. Janis ha retirado la ejecución de dicha regla cuando las pruebas conseguidas por policías extranjeros lejos del país o por particulares entre otras excepciones a que describe (Villegas Paiva, 2015, p.211).

Destaca también, el caso Janis vs. Estados Unidos en el año 1976, la Corte Suprema de EEUU expresó que, el propósito principal si no el único, de la exclusión de las pruebas ilícitas, es impedir el comportamiento policial ilícito y añade más adelante que, la norma donde se exceptúa la prueba lograda en violación de la IV Enmienda, busca dar garantía de aquellos derechos reconocidos en la mencionada Enmienda mediante una actividad disuasoria y no como una expresión de un subjetivo de la parte agraviada. (Villegas Paiva, 2015, p.211).

2.2.6.2. Fundamento en el Modelo Euro-Continental

En los países europeos, en los latinoamericanos con influencia europeo continental y en Gran Bretaña la doctrina de la prueba prohibida se sitúa

en el marco de los límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, el respeto del principio de legalidad y la protección de los derechos individuales, entre los que ocupan un lugar privilegiado los derechos fundamentales y los derechos y garantías que permiten calificar a un determinado proceso penal de justo (Armenta Deu, 2011, pp.25 y ss.)

Se reconoce en sus orígenes un dispositivo constitucional y ético. Es del concepto propio de Estado de derecho, del que deriva la exigencia de subordinar la totalidad de los poderes en servicio de los trascendentes derechos humanos.

En cuanto a la razón o fundamento concreto para la garantía de inadmisibilidad, exclusión o inutilización de la prueba prohibida no existe ni en la dogmática constitucional comparada ni en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional un criterio unívoco (Castillo Alva; 2015, pp 12 y ss.). Así de una parte se afirma que el fundamento de las prohibiciones probatorias reside en el legítimo derecho denominado presunción de inocencia, que exige suficiente prueba de cargo para desvirtuar tal presunción, pero también requiere que la prueba se logre sin vulneración de los mencionados derechos.

También se ha considerado como fundamento de las prohibiciones probatorias el derecho a la tutela procesal efectiva y el debido proceso. Un tercer sector toma en cuenta la exclusión probatoria que reside directamente en el derecho fundamental vulnerado, normalmente el derecho a la vida privada (Armenta Deu; 2011, p. 56)

Aunque no exista consenso en cuanto al concreto fundamento constitucional de la prueba prohibida, en los países que siguen el sistema europeo continental, en cualquier caso, se tiene claro que el fundamento de esta exclusión probatoria reside en el respeto de derechos fundamentales, consecuencia lógica de un proceso penal propio de un Estado de derecho. No obstante, el fundamento constitucional antes mencionado, también en los países del sistema

europeo-continental paulatinamente la teoría de la prueba prohibida ha permitido la ampliación de los supuestos en que elementos de prueba obtenidos con vulneración de probatoria es más bien una excepción a la regla que emana de la doctrina de la prueba prohibida derechos fundamentales tienen eficacia probatoria, a tal punto que bien puede afirmarse que hoy por hoy la exclusión. (Miranda Estrampes; 2010, pp. 136 y ss.)

En Alemania existe consenso en el hecho de que una prohibición probatoria no depende de su expresa regulación legal (aspecto formal), de tal suerte que la exclusión de una prueba en sentido material se determina de acuerdo con la norma vulnerada y los intereses en la investigación de la verdad de los hechos.

Se entiende que el fundamento de esta interpretación reside en los aspectos político-criminales y dogmático-procesales que subyacen al conflicto (de una parte, la vulneración de un derecho fundamental o de una norma procesal, según sea el caso; y de otra parte, el interés del Estado en perseguir y sancionar un hecho delictivo), los mismos que no pueden ser desplazados de manera automática por las disposiciones legales, que pueden ser algunas veces equívocas. (Ambos Kai; 2009, p. 9)

2.2.7 La teoría o doctrina del fruto del árbol venenoso

Postula el principio de que toda prueba conseguida a través de la infracción de una norma de tipo constitucional, por efecto derivado o reflejo, se considerará ilegítima como la transgresión que la originó. Abarca la exclusión de la prueba, la prueba en sí, y el fruto de esta. Este trabajo de investigación se cimienta específicamente en aquella preeminencia que es necesaria para la coexistencia en el respeto de los derechos esenciales de las personas, que no se encontraría efectivamente, si se valida el fruto de la violación a la constitución.

En este sentido, la doctrina denominada árbol venenoso concibe la invalidez a la prueba derivada del acto ilegal inicial. Envuelve extender

la invalidez probatoria a la prueba derivada de la ilegalidad inicial. Es así como, lo único que concibe esta doctrina garantizadora es fraguar esa legalidad inicial a la prueba restante, debido a que está contaminada con la transgresión de la garantía fundamental. Por tanto, la doctrina del árbol venenoso tutela las garantías constitucionales, porque para que esta doctrina opere se demanda obligatoriamente la transgresión de alguna garantía. Por tanto, cuando el juez advierte la necesidad imperiosa de extender la invalidez de las pruebas procedidas de la ilegalidad inicial, nace el concepto de la doctrina del árbol venenoso.

Dicha doctrina puede ser concebida como una forma de la prueba ilegal, que reside en considerar inválida la prueba que sea procedida de una ilegalidad inicial en el proceso penal. La concepción de la doctrina sobre el árbol venenoso tiene su apoyo en la doctrina estadounidense, de forma el procedimiento inicial es viola las garantías amparadas por la constitución, cuyo carácter ilegal es proyectado a todas las acciones que son resultado y que se ven así tenidos o alcanzados por dicha legalidad. Es así, como no solamente son inaceptables contra los titulares de las expresadas garantías, sino que las pruebas logradas directamente del procedimiento inicial, sino que conjuntamente el resto de la evidencia que es fruto de la originaria ilegalidad.

Cabe destacar, que la propensión procesal moderna reside en reconocer procesalmente a la doctrina descrita del fruto del árbol venenoso. Por otra parte, al constituirse un inicial procedimiento que viola las garantías, en los ejemplos, la confesión coactiva, o el allanamiento; proyecta la ilegalidad en los actos.

En los ejemplos, de las pruebas materiales que se encuentran, los demás testimonios, etc. La doctrina descrita trabajaría en este pasaje: si ilegalmente el oficial de policía ingresa en a una casa de un sujeto o si por medio de apremios interroga a un sospechoso. Los elementos encontrados en la residencia allanada, no serán admisibles.

2.2.8 Algunas excepciones a la regla de exclusión probatoria

2.2.8.1. La teoría de la fuente independiente

La doctrina del fruto del árbol venenoso, trajo como consecuencia un gran costo social para los estadounidenses, se inicia la introducción por parte de la Suprema Corte, algunos atenuantes a la norma, originándose la excepción de la fuente independiente, que radica en que si demuestra en la fiscalía que la alegada evidencia ha sido contaminada fue fruto de una fuente independiente, la evidencia será admisible.

De esta forma, en el caso *EU vs. Crews*, la Suprema Corte expuso un reconocimiento judicial de un inculpado de que su arresto ilegal, no era fruto del árbol envenenado, sino al que en el momento del arresto, el agente de policía ya poseía información suficiente del imputado y del testigo, y de las puntualidades jurídicas. Asimismo, se puede comprender esta excepción, cuando el inculpado a través de la confesión policial consumada con artimaña, le señale a la policía el lugar del botín, y al mismo tiempo la policía tiene un testigo que, a su vez les diga en qué lugar se encuentran las cosas que fueron robadas por el imputado, de esta la declaración policial adquirida con engaño es nula, se puede meter al proceso porque existe una fuente independiente, con la que se encontró la mencionada evidencia.

Se precisa la *teoría de la fuente independiente* como la presencia de unos cauces diferentes de investigación que consiente conseguir por una vía diferente pruebas para lograr elementos de prueba discurridos ilegales.

Consiste en una fuente independiente, que la considerada ilícita; por tanto, la autonomía envuelve la presencia de otras vías de investigación que consienten llegar a la producción de medios de prueba que confirmen la existencia del hecho delictivo.

En este sentido, la fuente independiente hace brotar la incógnita sobre si debe existir concretamente la prueba autónoma o es suficiente con la mera posibilidad de su obtención.

Ante dicha interrogante, hay dos posibles alternativas. Por una parte, se puede considerar que es suficiente con la “posibilidad” de conseguir esa prueba autónoma mediante una vía diferente, puede descifrarse que debe hallarse específicamente en la causa la vía independiente que consienta conseguir la prueba, diferente de la alcanzada de manera ilegal.

El segundo enfoque es, la que considera solo la posibilidad de lograr la prueba independiente; bastaría excluir al principio de prueba ilegal; por lo que debe constar el origen de las diligencias ejercidas de forma autónoma por el investigador que conlleven al mismo resultado.

El fin que busca innegablemente la prueba ilegal es eliminar la prueba que se obtuvo en violación de los derechos constitucionales. No obstante, se traza la incógnita, sobre si el principio de dicha prueba y sus particularidades admite alguna excepción. Ciertamente debe observarse la presencia de un camino de investigación diferente que consienta conseguir pruebas independientes de las logradas de manera ilegal mediante la violación de una garantía fundamental. Dicha fuente independiente se transforma en una indiscutible excepción a la prueba ilegal, debido a que en virtud de ella debe emitirse como inválida la prueba alcanzada ilícitamente; sin embargo, puede haber un camino investigativo distinto que contribuya otras pruebas que acrediten igualmente el delito.

Advirtiéndose que dicha excepción no solicita la efectiva adquisición a través de un medio autónomo, sino la posibilidad de que fuese pasado en el caso concreto. Si hay en un camino distinto de investigación, existe la posibilidad de lograr la prueba discutida por una fuente independiente, por lo tanto, esa prueba será válida.

2.2.8.2. La teoría del descubrimiento inevitable

Reside en que, si se muestra que la evidencia excluida por proceder de una transgresión constitucional, se descubrió en forma casi inevitable según las investigaciones que se estaban ejecutando por la policía, la evidencia será válida.

La Suprema Corte estadounidense consintió dicha excepción en el caso *Nix vs Williams*. Donde la condena por homicidio de Williams se asentó en la evidencia acopiada del cuerpo de una mujer, ubicado posterior fuera influenciado a que el acusado aparentemente. Fue anulado el fallo por considerarse como violatorio a la Cuarta Enmienda, la primera vez, el detective al logro los datos sin que el imputado tuviera un defensor.

Subsiguientemente Williams es nuevamente condenado ya que se demostró que cuando dio las declaraciones, ya la policía estaba buscando el cadáver a solo dos millas medias del sitio de dónde se halló y comenzarían a examinar el lugar en las próximas horas, es decir de todas maneras, el cuerpo sería localizado, fallaron que inclusive no era necesario probar la buena fe de los agentes, porque el agente no estaba en estado de conjeturar si la evidencia investigada inevitablemente será descubierta.

2.2.8.3. La teoría de la supresión hipotética

Empleando este instrumento de valoración de la prueba se podría en cada uno de los casos, ofrecer una resolución a la exclusión o no del material probatorio, logrado supuestamente con quebrantamiento de las derechos de la persona. Por tanto, para que sea nulo el acto, debe existir una subordinación procesal-jurídica. La solución intenta mitigar la influencia de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

2.2.8.4. La excepción de la buena fe

Radica cuando en un secuestro ilegal o registro se ejecuta sin que esté consciente la policía de la violación de la cuarta enmienda, no tendrá ningún efecto la regla de la exclusión, debido al formidable precio

coligado como la exclusión, no debería aplicar la regla para excluir del juicio la evidencia. Esta atenuante surge que el propósito de la regla es en estos casos inútil, y no logrará que en un futuro el policía transforme su conducta, debido a que entiende que está cumpliendo con su deber. Es justamente en el fallo de la Corte Suprema de los EEUU, en el proceso *Michigan vs. De Fillipo* de 1978, donde es reconocida esta atenuante. De Fillipo fue aprensado cuando incumplió la orden “deténgase e identifíquese” como estaba drogado y se negó a identificarse fue arrestado y se procedió a la requisita encontrándose estupefacientes en su poder, motivo por el cual fue acusado de posesión de drogas. Frente la apelación del imputado, la Corte de Apelaciones de Michigan enunció la ordenanza como inconstitucional de “Deténgase e identifíquese” invalidando el arresto, así como el secuestro de estupefacientes, porque se habían conseguido por la ejecución de dicha ordenanza. Al replantearse la cuestión ante la Suprema Corte, la misma consideró que no existía motivo para que los policías aplicaran la ordenanza y que esta sería expuesta inconstitucional. Por no encontrarse ningún precedente anterior, la ordenanza era presumible como válida y los policías actuaron desde la buena disposición.

2.2.8.5. La excepción de la atenuación

Es una excepción de la teoría del fruto del árbol envenenado, la cual, instituye que las evidencias producto de la investigación ilegal, podría ser también desenvenenada, en el caso de que el Estado, pueda exponer y mostrar la correspondencia entre la evidencia de la fiscalía y la prueba ilícita que se ha tornado tan mitigada que ha diluido la contaminación. Es decir, mientras más endeble, sea la correspondencia entre el comportamiento ilícito inicial y el siguiente develamiento legal de evidencia como consecuencia del comportamiento inicial, hay menores posibilidades de que la mencionada teoría se invoque. Esta particularidad ha sido empleada en algunos casos por la Corte Suprema de los EEUU, no obstante, no posee principios generales en realidad bien precisados, haciendo muy casuística su aplicación.

Un caso resuelto por la jurisprudencia de EEUU a través de ésta excepción, es el de *Rawhings vs. Kentucky*, donde ulterior al ilegal arresto del imputado, se discurrió como admisible su confesión, porque se realizó las advertencias, precedentemente de la confesión, el acusado se encontraba en su hogar con la familia y amigos, cuando realizó la declaración. Esta fue sin preguntas directas de manera espontánea, considerando la Corte su declaración como válida por haberse atenuado la contaminación.

2.2.8.6. La Teoría de Ponderación de Intereses o *blancig test*

Según Neyra (2010), se origina en EE.UU. con el *Balancing Test*, cuyo postulado es: si con la inadmisibilidad de la prueba prohibida se pondera que no se logrará el efecto disuasorio, no posee sentido exceptuar la prueba prohibida como tal (pág. 679). No obstante, en Europa-continental, posee diferente basamento, considerando la incidencia de los derechos esenciales, la ejecución de la ponderación entre los derechos afectados.

En cuanto a la doctrina alemana, Herrera (2015), menciona que la *Abwägungslehre* (doctrina de la ponderación) detalla los intereses a ser ponderados, de acuerdo a la infracción al derecho fundamental, y la gravedad del hecho imputado.

Asimismo en cuanto a Alemania, Roxín, citado por Sánchez (2017), afirma que, es ponderado, entre la protección de la personalidad del imputado, y los intereses de la persecución penal de forma que, si se tratase de infracciones muy graves, es admisible esta valoración (pág. 142), postulado ratificado por Hurtado Pozo (2001) al confirmar que se ha de ponderar entre intereses públicos e intereses individuales (pág. 74).

Por su parte, Castro, explica que, la excepción por ponderación, surge de la ejecución del principio de proporcionalidad, sus tres subprincipios: proporcionalidad, idoneidad, y ponderación, estos deben concurrir para

valorar si es una medida justificada, *contrario sensu*, sería una desproporcionada (Castro, 2009, p.120).

Por su parte Rogall Klaus, principal defensor en Alemania de la teoría de ponderación de intereses, destaca que con el propósito de valorar si se está o no ante una prohibición probatoria tiene que tomarse en cuenta varios factores: a) la intensidad de la infracción a la norma la, b) la concreta afectación al sujeto protegido por la norma c) gravedad de la infracción procesal.

Es legítima pues la pregunta acerca de cuándo estamos frente a una prohibición de valoración de carácter absoluto. La respuesta a esta cuestión la encontramos en los atentados graves a las normas procesales, cuando se afecta el contenido esencial o nuclear de un derecho fundamental.

En esta línea, en Alemania el Tribunal Constitucional interpretando la Ley Fundamental reconoció que existe un intangible ámbito en la vida privada de las personas, donde se excluye cualquier intervención de los poderes públicos. Por lo tanto, no se hace posible la aplicación del principio de proporcionalidad para la justificación de injerencias en dicho núcleo de la vida privada, con base a la protección de la intimidad del sujeto afectado (Roxin, Klaus; 2000, p. 149)

Entonces se deberá atender en lo concreto de cada caso, como insta la teoría de ponderación de intereses al espacio del derecho vulnerado. Por ejemplo, no se ajusta al principio de proporcionalidad apreciar una fuente de prueba lograda quebrantando el derecho específico del secreto de las comunicaciones incluso cuando sea un delito grave.

2.2.9 El concepto de ponderación y su estructura

2.2.9.1. Ponderación concepto

Según Alexy, los principios se consideran órdenes de optimización, no son cánones que instituyan puntualmente lo que se debe hacer, sino que son normas que requieren que algo sea ejecutado, por supuesto adentro del marco jurídico. El ámbito de lo posible jurídicamente está establecido por reglas y principios que están en sentido contrario. En el caso de los manifiestos facticos sobre el caso establecen el ámbito de lo fácticamente posible.

Para instituir “la mayor medida posible” donde debe ser considerado un principio como ineludible y discrepar con los principios que tienen sentido contrario. En una constelación así, estos principios están en sacudida. Ellos cimientan *prima facie* normas incompatibles, que pueden plantearse como soluciones para el caso concreto.

Por lo tanto, la ponderación personifica el mecanismo para solucionar esta incompatibilidad entre normas *prima facie*.

2.2.9.2 Estructura de la ponderación

Robert, Alexy, en el *Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, hace mención que fue Alexy, quien con elevada exactitud ha mostrado la organización de la valoración, de allí que, para constituir la correspondencia de primacía restringida entre los fundamentos en choque, es preciso considerar tres aspectos que constituyen la organización de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de demostración. En este trabajo solo haremos referencia al primero.

2.2.9.3. La Ley de Ponderación

Conforme indica la ley de la ponderación, cuanto más alto esté el grado de la afectación o de la insatisfacción de un principio, tan mayor posee que ser la importancia de la satisfacción del otro.

En el marco de la mencionada ley, la conformación de la ponderación puede fraccionarse en tres partes que Alexy señala: el primer paso es

puntual precisar el nivel de afectación o de la insatisfacción de uno de los mencionados principios.

Luego, se precisa la importancia de la satisfacción del principio que es contrario a lo expuesto. Por último, tiene que precisarse si la importancia de la satisfacción del referido principio que es contrario argumenta la insatisfacción o la afectación del otro.

Es significativo señalar que son análogos los dos primeros pasos de la ponderación. Esas operaciones se basan en: la determinación de la relevancia de los principios tratados en colisión. Alexy sostiene que en dichos pasos se puede lograr la conmensurabilidad a través de la indicación a una escala triádica, donde la intensidad “leve, moderada y grave” detallan el nivel de relevancia de los principios tratados en colisión.

La importancia de los principios que se encuentran en colisión no se admite como única variable relevante en la ponderación. Posterior a eso es el “peso abstracto” de los principios, que puede variar según el nivel jerárquico del origen del derecho en que estén establecidos. También, lo antes mencionado puede determinarse según los valores sociales positivos. Como por ejemplo, podemos sostener que el principio referido al amparo de la vida posee un peso abstracto relativamente superior que la libertad, siendo indiscutible, que para ejercer el principio de la libertad es indispensable la vida.

2.2.9.4. El Test de Ponderación o Proporcionalidad

Freddy Sergio Aduanas (2008), expresa que el vocablo ponderación emana de la noción latina “*pondus*” que representa peso, el mismo consigue significado cuando el magistrado o el fiscal lo consideran. Su efecto reside en valorar o apreciar los fundamentos que asisten al asunto preciso. Originalmente se puede resaltar que la ponderación es la forma de emplear los fundamentos y de solucionar los choques que se dan entre ellos y los fundamentos o motivos que participan en sentido opuesto.

En otro orden de ideas, Bernal (2002), precisa la ponderación como la representación de la forma de aplicar los fundamentos legales, es decir, las reglas que poseen la distribución de órdenes de mejora. Tales pautas no establecen puntualmente lo que se llevará a cabo, sino que establecen que algo se realice en la mayor medida posible, en las probabilidades legales y reales que hay.

Se expresarán dos magnas matrices en las que se organizan las doctrinas más desarrolladas del Test Ponderación: la optimizadora y la garantista (*state-limiting*). Ella lo admite como una forma de establecer las demarcaciones del trabajo estatal, entretanto que la optimizadora se centra en precisar el contenido del derecho partiendo de su consideración con diferentes derechos o bienes públicos. Para la garantista, los magistrados tendrán que identificar los elementos fundamentales del derecho, ya que toda mediación que afecte su contenido fundamental será desproporcionada, aunque la disposición restrictiva se motive en el bien común. Para la optimizadora, al contrario, se utilizará para sopesar el “peso” del interés público con el del derecho para comprender si el provecho social escudriñado subsana el extravío en el derecho.

Se debe añadir una 3ra variable S, que hace referencia a la certeza o seguridad de las valoraciones empíricas referentes al nivel donde la medida examinada fácticamente envuelve poca satisfacción del primer principio y segundo en los contextos del caso determinado. Es así como, dicha variable se fundamenta en reconocer las relativas valoraciones empíricas a la relevancia de los principios en choque pueden poseer un valor diferente de certeza, pudiendo perturbar el peso relativo que se impute a cada principio en la ponderación.

2.2.10. Procedimiento que debe seguirse en la aplicación del Test de Proporcionalidad

Según el tribunal constitucional Hispano, presentado en Bernal Pulido, nota 7,pg 598 (STC 207/1996) pudo establecerse que la disposición que

conmueve un derecho esencial será sujeta, en primer lugar, a un juicio de capacidad o conciliación, esto es, si la limitación en el derecho es oportuna o conveniente al propósito que se pretende tutelar; luego, culminado el análisis número uno, el subsiguiente paso radica en estudiar la disposición prohibitiva desde el enfoque de la exigencia; ello presume, como se ha señalado, comprobar si hay formas alternativas al acogido por quien legisla. Se refiere al estudio de relación medio-medio, ello es, de un cotejo entre medios; el o los aparentes medios que hubiese logrado acoger para alcanzar igual fin y el medio designado por la persona que media en el círculo de un derecho. En conclusión, en un tercer período y necesariamente disposición supere exitosamente los pasos anteriores, se proseguirá referente al estudio de la consideración entre los respectivos fundamentos constitucionales en problema.

Por su parte el tribunal constitucional peruano en la sentencia fundamentada en el Exp. N° 0010-2000-AI/TC, de fecha 03 de enero del 2003 en sus elementos jurídicos, 138, 140, 195 y 197, señala que: “el fundamento del principio de proporcionalidad se encuentra en su condición de principio general de derecho y como manifestación del estado de derecho y del valor justicia. En ese orden de ideas el tribunal señala que la proporcionalidad es un principio general del derecho explícitamente positivizado, donde la satisfacción se analiza en cualquier esfera del derecho y que en proporción en que el principio de proporcionalidad procede de la cláusula del Estado de Derecho, el no solo comporta una garantía de seguridad jurídica sino también de concretas exigencias de justicia material.

En ese orden de ideas vel Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2235-2004-AA/TC, en sus fundamentos jurídicos 6, señalo lo siguiente: se requiere sobre el principio de razonabilidad que se justifique la medida prohibitiva en la necesidad de promover, preservar, un resultado constitucionalmente valioso. Asimismo, es el amparo de fines constitucionalmente notables lo que, argumenta una intervención del Estado instituida en los derechos humanos. Por tanto, la limitación de un

derecho esencial compensa el postulado de razonabilidad siempre que esta quiera avalar un fin legítimo.

Por su parte, requiere el principio de proporcionalidad, que la limitativa medida compense los subcriterios de idoneidad, proporcionalidad, y necesidad.

El principio de idoneidad permite que cualquier intromisión en los esenciales derechos deba ser idónea para promover un legítimo objetivo, que esté por medio una correspondencia a fin que entre el objetivo legítimo constitucionalmente y la medida limitativa que se quiere alcanzar con aquél.

El principio de necesidad En el fundamento jurídico N°109 de la STC N° 0050-2004-AI/TC, el Tribunal manifestó que el principio de necesidad atribuye al legislador tomar, entre las diferentes alternativas que existen para conseguir el objetivo buscado, que sea de menor gravedad para el derecho que lo limita. Presupone tal cual, la presencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para el logro de los objetivos buscados, correspondiendo ser la elegida por el encargado de legislar la que ocasione la menor aflicción referente al derecho fundamental.

Las alternativas elegidas se encuentra enmarcado en el interior de la esfera de discrecionalidad que la Constitución brinda al Poder Legislativo, este Tribunal ha mencionado que una decisión se considerará innecesaria o no satisfactoria, el segundo principio cuando la adopción de un específico medio interesa, o significa, un sacrificio desproporcionado o no necesario, del derecho limitado.

También, en la misma STC N.°0050-2004-AI/TC, este Tribunal subrayó que según el principio de strictu sensu, para que sea legítima una impertinencia sobre los derechos esenciales, el nivel de ejecución del objetivo será proporcional, al nivel de afectación del derecho, cotejándose dos grados o intensidades: la afectación del derecho fundamental y la ejecución del fin de la examinada medida.

2.2.11. Análisis, Aplicación y Ponderación de Principios Constitucionales

2.2.11.1. Los principios constitucionales y el razonamiento jurídico

El reconocido profesor italiano Ricardo Guastini, nos enseña que, según diversos escritores, los principios se diferencian de las reglas no por su estructura o contenido, sino (también) por el hecho de que ambas clases de normas funcionan de maneras distintas en el razonamiento de los jueces.

Por ejemplo, en criterios de una investigación muy reconocida, los principios, a diferencia de las reglas, porque no son aplicables a la forma del «todo o nada», porque poseen una dimensión de «importancia» o «peso» relativos. Dicha idea señala a tres significativos fenómenos sujetos a la aplicación jurídica de los principios: sobre todo, de los principios basados en la constitución.

Primero, los principios de la constitución no poseen un determinado campo de aplicación, con el resultado de que la aplicación de un principio específico a un caso determinado, es habitualmente controvertida.

Segundo, los principios constitucionales, no establecen soluciones unívocas a las cuestiones de derecho.

Tercero, aunque un principio constitucional, a pesar de su aplicabilidad a establecido caso concreto, no es ejecutado, es dejado de lado o descartado.

Todo se puede aclarar a través del lógico análisis del razonamiento que el juez realiza para aplicar un principio; así como el razonamiento que estos realizan para solventar un conflicto entre principios constitucionales.

2.2.11.2. Concretización de principios constitucionales

Esencialmente los principios estipulados en la constitución pueden ser ejecutados, por los jueces constitucionales, para la resolución conforme y enmarcado en la carta magna de una norma de ley; y por un magistrado

común para llenar una laguna ordinariamente axiológica en el marco de la ley.

Sin embargo, en los dos casos, estos principios, por su poca determinación, no se consideran susceptibles de ejecución sin una previa «concretización». Es decir, «aplicar» un principio representa concretizarlo específicamente.

La concretización no es una interpretativa operación en el estricto sentido: sino, una operación «constructiva».

Los juristas en el lenguaje coloquial se tiende a designar genéricamente «interpretación» específicamente al discurso de la jurisprudencia y doctrina en su integridad. Pero, esta manera de expresarse posee el defecto grave de oscurecer la diversidad de operaciones realizadas intelectualmente de forma efectiva por los operadores jurídicos.

A la vez, concretizar un principio simboliza utilizarlo como premisa en un razonamiento donde la conclusión es la enunciación de una «regla»: *nueva*, inexpressa hasta entonces, que constituye su «especificación» o «actuación».

En gran segmento de los casos, el juicio demanda la confrontación entre un principio (constitucional) y una regla (legal). Dada la indeterminación de los principios y reglas, son heterogéneas normas, de forma que es imposible la comparación directa.

Sin embargo, los principios, una vez más: a causa de su característica manera de poca determinación, no son dispuestos para desempeñarse como una normativa premisa en el motivo de una jurisdiccional decisión. En este sentido, el principio de la tutela de la salud no señala nada sobre la resarcibilidad del daño «biológico»; así como, no menciona nada sobre la presencia de un abogado en el interrogatorio del acusado; entre otros.

Es así, que para que un principio contribuya a la incitación de un fallo jurisdiccional es ineludible la extracción de una regla, con un antecedente establecido, de un supuesto de hecho cerrado, no genérico e inderrotable.

La ejecución de un principio reclama concretización y «aplicar» un principio reside necesariamente en concretizarlo.

La concretización de un principio es usualmente, no deductivo, un razonamiento no vinculante, y que posee entre sus premisas al principio en cuestión.

2.2.11.3. Conflictos entre principios constitucionales

Lamentablemente los principios constitucionales tienden a entrar en controversia entre sí. Antes bien, según algunos autores, por definición y necesariamente, todo principio está en conflicto con otros principios: es decir, el estar en conflicto con otro principio sería un carácter definitorio de la concepción misma de principio. De modo que, en toda discusión, en la que se utilice determinado principio P1, generalmente existirá al menos otro principio P2, que de la misma forma aplicable e incompatible con P1.

Son muy frecuentes los conflictos entre principios constitucionales. Un clásico ejemplo, es el problema entre algunos derechos de la personalidad y la libertad de prensa. Otro ejemplo es el conflicto entre los derechos constitucionales de los usuarios y el derecho de huelga en los servicios públicos.

Por otro lado, en la constitución italiana por ejemplo están algunos emblemáticos conflictos, uno es: el que se produce entre el principio de igualdad «forma», y el principio de igualdad «sustancial», que acepta algunas discriminaciones «positivas» con el propósito de excluir las desigualdades sociales.

A nivel general, cualquier conflicto entre principios constitucionales tiene las siguientes particularidades.

1. Usualmente se trata de un conflicto entre normas que no han sido proclamadas en el mismo momento.
2. Consiste un conflicto entre normas que, poseen igual estatus formal, en la jerarquía de las fuentes jurídicas.

3. Presenta un conflicto determinado, no determinable, una antinomia, que solo se muestra en ocasión de la ejecución de las reglas envueltas en un caso específico.
4. Un conflicto «parcial bilateral», donde las clases de supuestos de hecho reguladas jurídicamente parcialmente se superponen, y algunos son incompatible con la otra norma.

2.2.11.4. Aplicación de la Ponderación en el caso concreto

El balance o ponderación reside en determinar entre los dos principios en conflicto una escala que muestra dos caracteres marcados:

(i) Una jerarquía axiológica es una correspondencia de valor formulada por los jueces constitucionales, a través de un comparativo juicio de valor, un enunciado lógico: El principio P1 tiene generalmente más valor que el principio P2. Como consecuencia, definir una jerarquía axiológica se soluciona en imputar a uno de los dos principios en conflicto un valor, una mayor «relevancia» ético-política, con analogía al otro.

En consecuencia, el principio que posee «más valor» sobresale sobre el otro: este es realizado, mientras que el otro es dejado de lado. No obstante, debemos advertir que las perspectivas de solución de los mencionados conflictos «lex posterior» y «lex superior» no poseen ninguna situación en esta representación. El principio que perece, si bien es dejado de lado, no aplicado, en absoluto es declarado inválido.

(ii) La jerarquía móvil es una correspondencia de valor cambiante, inconstante: una jerarquía que se utiliza en el caso concreto, pero que podría ser invertida, en un referido caso concreto.

Para establecer la jerarquía, los jueces no analizan el «valor» de los dos principios «en abstracto». No establece, una jerarquía fija entre ambos principios. Tampoco ejecuta el criterio «lex specialis», rehaciendo los dos principios de forma que uno de ellos exceptúe al otro *siempre*, en todas las circunstancias. Los jueces se limitan al análisis de la «justicia» de los resultados de la ejecución de uno u otro principio en la controversia.

Como consecuencia, del conflicto no es decidido de manera definitiva: toda resolución solo es válida para una controversia específica para una antinomia(presunta) entre una ley específica y la constitución de forma que ninguno puede predecir la solución del conflicto mismo en otras futuras controversias, donde estén implicados en una ley diferente los mismos principios.

El juicio de legitimidad constitucional, cuando se despliega en forma «concentrada», aún si es causado «incidentalmente» por una concreta controversia, tiene por objeto la conformidad a constitución de una norma de ley (que se aplica en esa específica controversia). De forma que, el juez constitucional en ordenamientos como el vigente no resuelve propiamente «casos» sino *clases de casos*. En el caso de los sistemas de control difuso, los jueces constitucionales deciden casos concretos.

Todo esto posee notables consecuencias. Los conflictos entre por ejemplo principios constitucionales no se pueden resolver a través de criterios estándares de arreglo de los conflictos entre las normativas. Es imposible aplicar el criterio «lex posterior», debido a que son contemporáneos ambos principios. Es imposible usar el criterio «lex superior», debido a que ambos principios tienen un mismo rango en la jerarquía de las fuentes. Por lo tanto, no es posible usar siquiera el criterio «lex specialis», porque ambos principios no conservan una correspondencia de género a especie, sino que se cruzan.

Ahora bien, la técnica generalmente utilizada por los jueces constitucionales para la resolución de un conflicto entre principios constitucionales es la que se denomina «ponderación» o «balance». La metáfora es clara: consiste precisamente en colocar a los principios en conflicto en las bandejas de una «balanza», por tanto, en «pesarlos», y observar cuál «pesa» más, vale decir, tiene mayor valor.

Es importante advertir que la ponderación reside en el ejercicio de un discrecional poder doble por parte de los jueces constitucionales. La realización de una escala axiológica entre dos principios contrastados es denominada operación discrecional. Así, el cambio de valor comparativo

de los dos principios en controversia diferente y nueva a resolverse, también, es una operación discrecional.

Una observación última. La ponderación de principios en sí no es una operación interpretativa estrictamente: pertenece a la «construcción jurídica». La decisión de que el principio (P1) predomina, en el caso en determinado, en el principio (P2), de forma que P2 deba ser dejado de lado, no señala nada en cuanto al contenido normativo de dichas disposiciones que enuncian los dos principios: no es se considera una decisión interpretativa. Aquí de resolver cuál es el significado una u otra disposición constitucional, consiste en decidir si, tomando en cuenta la terminada interpretación de los dos principios, una debe ser empleada y la otra no, o viceversa.

2.2.12. La Política Criminal del Perú en relación con los Delitos que Revisten una Especial Gravedad y Complejidad en la Investigación Fiscal

2.2.12.1. Política Criminal – Definición

Se puede definir a la Política Criminal en un sentido amplio como el grupo de medidas utilizadas por los órganos de gobierno con la finalidad de enfrentar la criminalidad.

Como señala Delmas, M (1992), en su versión contemporánea, ésta se expande de la definición clásica de Feuerbach —la política criminal como “conjunto de mecanismos represivos por los cuales el Estado reacciona frente al crimen”— hacia componentes diferentes a la represión, como son la diversificación o la mediación hacia el corpus social en su totalidad, y hacia el fenómeno criminal que comprende comportamientos y factores criminógenos. De esta manera, la Política Criminal se encuentra estrechamente relacionada con las ciencias sociales que sirve como cimiento de la ciencia política y esta a su vez al derecho penal y procesal penal, y consiste entonces en un ejercicio interdisciplinario de conocimiento de determinada realidad de un país.

Asimismo, la política criminal puede comprenderse como los objetivos que dan sustento a las decisiones estatales que son tomadas para hacer cara a la criminalidad. Silva Sánchez (2000) afirma que: pueden ser considerarse como objetivos político-criminales la totalidad de los propósitos que se gestionan la distribución del sistema penal. Podría reflexionarse una finalidad político-criminal la reducción del aumento de determinada manera de criminalidad a través de la incriminación de algunos tipo de conductas, igualmente causar una secuela simbólica con una sanción específica o con el incremento de la severidad de cierta pena para delitos específicos.

Por su parte, Marques Piñero (2006) ofrece una concepción de Política Criminal: que consiste en un directivo criterio de reforma penal, basado en el análisis científico de la delincuencia y del delincuente, sobre la pena y otras medidas contra el delito.

Para Silva Sánchez (2005) la política criminal es la forma como reacciona la colectividad de forma organizada, ante las acciones delictivas que amenazan su desarrollo armónico o su cohesión. Siendo su propósito establecer los lineamientos que deben perseguirse para alcanzar una eficacia mayor. La política criminal es presentada bajo dos aspectos principales:

Primero. - Como un procedimiento de estudio y expectación de la reacción anticrimen; como es, practicada, evidentemente y segundo. - Como una estrategia para la lucha en contra de la delincuencia, consignada a erradicarla; y es resultante a raíz de las enseñanzas y los datos contribuidos por la observación objetiva (p, 25).

Afirma, Claus Roxin (2000) que la política criminal más relevante es la que consiste en: la mejor conciliación sobre la prevención general, y especial direccionada a la integración social (2000, p, 34). Asimismo, se precisa como política criminal:

A diferencia de Von Liszt, no solamente la selección de las especiales sanciones preventivas más eficaces para prevenir el delito, sino que también, los aspectos esenciales que según la Constitución del Perú y

el Código penal deben regir la fijación y a su vez el progreso de los presupuestos de las penalidades así como propiamente las sanciones. Los componentes limitadores que corresponden también al ordenamiento jurídico penal, como el principio de culpabilidad (p, 58-59).

Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend (2002) describen que: la Política criminal se encarga de la interrogante sobre la manera de regir al Derecho penal de la mejor manera viable con su objetivo de protección a la sociedad. Esta política especifica las causas del hecho criminal, contiene cómo se deben redactar de forma correcta las características de los tipos penales para que se pueda comprender con la realidad del delito, asimismo, determina la forma en el que se desenvuelven sus propios efectos sancionatorios aplicados en derecho penal, considerando hasta qué punto el encargado de legislar podría desarrollar el derecho penal, para que no se limite más de lo que sea necesario absolutamente el espacio de libertad de la persona, y prueba si el derecho penal material se encuentra configurado de manera adecuada para que en el procedimiento penal pueda ser ejecutado.

A nivel general, se puede conceptualizar a la Política Criminal como las políticas, acciones, medidas, experiencias y conocimientos que se relacionan para la prevención y contrarrestar las conductas delictivas y los peligros de la manera más eficaz que sea posible, resguardando los derechos fundamentales y que se plasman mediante reglas analizadas, para posteriormente, ser positivizadas por el legislador nacional.

2.2.12.2. Clases de Política Criminal

La mencionada política criminal tiene tres tipos: política criminal penitenciaria, política criminal penal, y política criminal procesal penal.

a) Política criminal penal

La política criminal penal está constituida por los objetivos que dan soporte a los fallos estatales utilizados para combatir la delincuencia o

criminalidad sea ya organizada o común mediante la imposición de sanciones a quien quebranta el ordenamiento penal jurídico, sea sobre criminalizando las penas o elevándolas, igualmente está orientada a la regulación de nuevos comportamientos delictivos.

También, es ineludible precisar la despenalización, que se produce cuando se flexibiliza el rigor penal mediante la reducción del tiempo para el cumplimiento de las penas en delitos concretos, que ya gravemente no violentan ciertos bienes jurídicos.

En este sentido, describe Peña-Cabrera (2017) que el legislador toma como referencia un hecho acaecido en las relaciones interpersonales, con lesividad social para el interés jurídico, y de esa forma proceder a la acriminación, no obstante, tal comportamiento humano puede ser acogido en una tipificación legal específica, más la necesidad de formular una simbología de comunicación para el colectivo incidiendo en una propuesta sobre criminalizadora. Igualmente, añade que las disposiciones de Política Criminal en una secuencia de derecho democrático, o sea, su enunciación enmarcado en la ley penal, tiene que ser producto de una sentencia razonada debidamente, en referencia a filtros de selección, acarreados a un contorno de justificación propio de sus principios que lo limitan, no ejecutarlo incrementa el riesgo de contravenirlos, propiciando lineamientos legislativos desventurados.

Los dos criterios que inspiran la política criminal para adoptar decisiones sobre la criminalidad, son, la idea de justicia y, la de utilidad.

En consecuencia, la política criminal es la lucha con el crimen desde el contorno del derecho para su disminución e incluso eliminación de los comportamientos delictivos que producen inseguridad ciudadana y desorden, política que se irradia en la obligación de penas sobre criminalizadas.

b) Política criminal procesal penal

Es la disposición del estado por examinar y erradicar el crimen organizado o común en el contexto del derecho penal mediante el común

proceso o procesos especiales que se conocen. La política criminal también combate la delincuencia mediante medidas prohibitivas de libertad. Todo ello, con el fin de revelar la verdad de los hechos y combatir eficazmente la impunidad sobre todo de los delitos más graves, respetando siempre el debido proceso.

c) Política criminal penitenciaria

La política criminal penitenciaria se encuentra regulada básicamente en el código de ejecución penal y en sus diversas modificatorias y se concretiza con la ejecución de la sentencia condenatoria con pena privativa de libertad, en otras palabras el cumplimiento de las sanciones y penas efectuadas por el Instituto Nacional Penitenciario- INPE.

Se aplica en el cumplimiento de una pena la política criminal mediante la limitación para alcanzar beneficios penitenciarios como la semilibertad o liberación condicional, o, restringiendo de manera absoluta el acceso a dichos beneficios penitenciarios, cuando se trate de delitos muy graves, es decir, los reos que son condenados por delitos considerados por la legislación jurídico – penal como de una excepcional gravedad no podrán acceder a algunos beneficios penitenciarios.

d) La Política Criminal relacionada a delitos Graves en nuestra legislación actual

La política criminal está direccionada en la disputa contra la delincuencia organizada y común como con el fin de mantener la paz social y la seguridad ciudadana, coexistiendo en dicha política, en los delitos que tengan una gravedad especial, la ejecución de las bases doctrinarias del derecho penal del enemigo defendido por Günther Jakobs , de forma especial en los delitos que gravemente afectan los bienes jurídicos protectores como son el delito de terrorismo, el delito de crimen organizado, la trata de personas, el delito de violación sexual de menor de edad, el delito de lavado de activos, los delitos relacionados a la corrupción de funcionarios, etc. En la investigación de dichos delitos las garantías constitucionales y procesales se restringen y limitan considerablemente ya que se considera al investigado por estos delitos

no como un ciudadano sino como un enemigo que sólo busca el desorden social, infringir las leyes, como consecuencia se le restringe sus derechos fundamentales durante el proceso hasta lograr una sentencia condenatoria y posteriormente en la ejecución de la pena.

De otro lado, debemos precisar que, en nuestro sistema jurídico-penal, la teoría del derecho penal del enemigo no se aplica en sus consecuencias últimas, en virtud del modelo constitución de derecho y el respeto a los derechos humanos que pregonan nuestro país. Es decir, la aplicación de esta doctrina es moderada y no radical.

2.2.13. Revisando la Jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional

Sin perder de vista los objetivos de esta investigación ahora pasaremos a analizar las teorías, dogmas, políticas, jurisprudencias y doctrinas en los procedimientos que subyacen en el uso de la prueba prohibida, bajo la aplicación de la teoría de ponderación de intereses. En ese orden de ideas no se puede soslayar que la aplicación práctica del derecho y de las categorías antes mencionadas se encuentra, ya sea de manera explícita o implícita, en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional. Por ello y con el objetivo de abordar adecuada y sistemáticamente los resultados, se procedió a presentar los resultados apoyados en la jurisprudencia identificando los fundamentos específicos que se encuentran relacionados al tema que fue objeto de la presente investigación, asimismo, los investigadores analizaron de manera crítica-analítica los criterios y la postura asumida por nuestros máximos tribunales.

2.2.13.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema

No hay duda de que la Corte Suprema, como máximo colegiado de la justicia ordinaria de nuestro país, ha plasmado y desarrollado sus criterios sobre la posibilidad de aplicar la teoría de ponderación de intereses para el uso o exclusión de la prueba ilícita al interior de un

proceso penal de corte garantista y acusatorio. Con esta breve introducción pasaremos a desarrollar los puntos y fundamentos más relevantes que se encuentran en la base y sustentan los criterios y posiciones asumidas por nuestra Corte Suprema en 05 pronunciamientos y un pleno jurisdiccional celebrado el 2004 en la ciudad de Trujillo por las distintas cortes superiores, todo esto acompañado con el respectivo análisis de los mismos.

R.N. N°4826-2005 – CASO EL POLO

Análisis

El veinte de marzo del año dos mil dos, a las veintidós horas con cuarenta y cinco minutos aproximadamente, se perpetró el atentado terrorista al Centro Comercial "El Polo", del Distrito de Santiago de Surco, para esto previamente se acondicionaron los explosivos. El ataque criminal dejó cuantiosos daños materiales ,diez personas fallecidas, y varias lesionadas.

El Procurador Adjunto de la Procuraduría Especializada para Delitos de Terrorismo del Ministerio del Interior impugnó el monto de la reparación civil; y las absoluciones alegando, que hay compulsas inadecuadas de los elementos probatorios y, que se han soslayado fundamentales elementos atañidos con los necesidades de mantenimiento y custodia de las evidencias del delito y la investigación policial, de los procesados Romero Acosta Anaya y Nalvarte; que las incorporadas pruebas de cargo al proceso que muestran que los procesados absueltos participaron en el atentado terrorista contra el Centro Comercial "El Polo" no se han valorado. En el caso de Anaya Salvarte, en su residencia se halló un croquis relacionado con el atentado, y una sustancia compatible con la elaboración del "coche bomba", el Colegiado Superior señaló que el registro domiciliario se ocasionó mediante violación del derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Por su parte, el Fiscal Superior en su recurso formalizado cuestiona las absoluciones dictaminadas a los implicados, y además alude que en el caso de Anaya Salvarte por existir suficientes pruebas de cargo que evidencian que consumaron el atentado terrorista en el Centro Comercial, es de carácter permanente que la absolución de esta no es aceptable y que tanto el Fiscal como la Policía en el momento de intervenir a la acusada estaba en flagrante delito y, por ende, no era necesario de una "orden judicial" para el ingreso al domicilio.

En este caso se toma la concepción o "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto" como caso singularmente excepcional y graves es posible que se reconozca la validez de evaluación a una fuente de evidencia conseguida en esas circunstancias como se detalló en referencia al allanamiento de la residencia de la imputada en mención cuando, a final de cuentas, la vulneración denunciada, importe una afectación de menor entidad ante la gravedad del delito objeto de la denuncia, el atentado contra el Centro Comercial "El Polo".

Casación N°591-2015 – HUANUCO

Análisis

El treinta de diciembre del año dos mil trece, a las 17 horas, efectivos de la Policía Nacional de OFI-INTERPOL, se enteraron que había sujetos que se encontraban en posesión de armamento de guerra en Loma Blanca, que pertenece a la ciudad de Huánuco. Al apersonarse al lugar, hallaron en actitud sospechosa a personas, haciendo el alto referido, y es cuando José Luis López Urbano empieza a disparar contra de los policías. Cuando el acusado Urbano se daba a la fuga, fue herido en la pierna izquierda con una munición, y posteriormente cuando se realizó la revisión personal tenía entre sus manos un arma de fuego.

Por su parte, el acusado Víctor Aguirre Solórzano pretendía huir por un barranco causandose lesiones y fue intervenido, se le halló un arma de fuego, marca TANFOGLIO. Ambas personas no contaban con su permiso para contar con un arma de fuego, lo que condujo a ser incautadas, al herido lo llevaron al hospital y al otro a la oficina de la PNP.

En el presente caso, se expidió La resolución N.º 07, se resolvió no aceptar los medios de prueba, debido a que no cumplía con los presupuestos enmarcados en el artículo doscientos diez, del Código Procesal Penal.

En este caso, se analiza la existencia de una prueba irregular que impone al juzgador mediante el Código Procesal Penal, la prohibición de valorar las pruebas que se consiguieron indirecta o directamente siempre que fuera obtenida vulnerando uno o varios derechos que tienen las personas. Consiguientemente, el aspecto notable para instaurar la exclusión de la prueba procedente de la prueba irregular es la manera de afectación de los derechos fundamentales.

R. N. N.º 2900-2016 - LIMA

Análisis

En este caso se imputa a los acusados Yierzon Alminco Ramírez, Gabriela de la Cruz Salazar, y Yoel Jahines Alania Huaricapcha haber acondicionado y guardado pasta básica de cocaína, para su comercialización, se realizó un allanamiento a la residencia y se encontró 3 bolsas plásticas con contenido de PBC (pasta básica de cocaína) con un peso neto de 1.977 kilogramos.

El Colegiado Superior emitió el respectivo fallo condenatorio, contra los imputados, considerando la atenuación del reglamento de la exclusión cuando se obtenga un medio probatorio sin una orden judicial pueda acreditar en el momento del registro.

En consideración a lo señalado la Corte Suprema concluyó que el acto de registro de la residencia no se realizó con las precauciones de ley (se alega que se hizo bajo temor e intimidación de una de las acusadas), vulnerando derechos fundamentales.

En este caso, resalta los medios probatorios ilícitos, que son las que se encuentran prohibidas por la Ley, en cuanto al procedimiento o medio mismo, para conseguirlas, debido a que atentan contra las buenas costumbres, la libertad, moral, o dignidad y del ser humano, o que

violenten sus derechos que se encuentran reconocidos en el interior de la constitución política del Perú.

R.N. N° 677-2016 – LIMA – CASO PETROAUDIOS

Análisis

En octubre de 2008 el programa cuarto poder denunció actos de corrupción en la administración pública, por irregularidades sobre el procedimiento de permiso para la explotación y exploración de diversos hidrocarburos que la entidad del estado PERUPETRO S.A concediera a la compañía DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A. El resultado del proceso fue cuestionado, porque el proceso se encontraba viciado por diversos actos no regulares y presumiblemente delictivos por parte de la empresa PERUPETRO y otros individuos relacionados al gobierno.

El caso se desarrolló mediante grabaciones telefónicas que salieron a la luz, donde se podía apreciar diálogos donde participan, el empresario Rafael Fortunato Canaán, el ex ministro de Pesquería el Sr. Rómulo León y el ex-director de PERUPETRO Alberto Quimper, entre otros funcionarios de alto mando jerárquico de la administración pública. La Corte Suprema falló ratificando la absolución de Rómulo León y otros, debido a que se postuló el fundamento de la prueba prohibida, porque se obtuvieron quebrantando los derechos fundamentales de la persona, al secreto y de las comunicaciones.

Es decir, que la Corte Suprema no consideró que el reglamento de la exclusión de la prueba ilícita tuviese excepciones, teniendo como una la excepción de la “ponderación de intereses” o excepción del “principio de proporcionalidad”, la cual permite valorar la prueba prohibida en el momento que se halla intereses de mayor intensidad, por ejemplo, los formados por los recursos jurídicos que se resguardan en los delitos de corrupción.

VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema - Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116

Análisis

Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, congregadas en Pleno Jurisdiccional, y de según lo establecido en el art. 1160 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; convinieron expresar como doctrina legal, los juicios expuestos en los elementos jurídicos 10° al 19°. Precisaron a nivel general, que los principios de jurisprudencia que la doctrina legal mencionada con antelación contiene, deben ser solicitados por los jueces de cualquier instancia del proceso judicial.

En este sentido, pese a que el Acuerdo Plenario expresa que los derechos protegidos mediante dicha audiencia son los recogidos en el art. 71° del NCPP, es necesario mencionar que, los supuestos indicados en el numeral 2 del propio artículo, no incorporan los demás derechos del inculpado como idóneos de ser preservados vía tutela, cuanto los derechos enmarcados en ese numeral, solamente hacen referencia a las autoridades y su deber, para de manera inmediata hacer saber los derechos “mínimos” o específicos, al imputado que tiene al interior del proceso. El art. establece que el imputado puede por sí mismo, o mediante un abogado defensor, hacer valer los derechos posee según la ley, desde el comienzo de las diligencias primeras de investigación. Esto incluye que no solamente los derechos mencionados en el numeral 2) del artículo 71° son dispuestos a ser protegidos mediante, también cualquier otro derecho que “las leyes y la Constitución le conceden” al inculpado durante la investigación preparatoria.

Pleno Jurisdiccional Nacional de los Vocales Superiores – Trujillo diciembre 2004

Análisis

Amparados en la base legal del art. 116° LOPJ en la ciudad de Trujillo el día 11 de diciembre del año 2004; los Vocales Superiores que conformaban las Salas Penales de la República, se reunieron para debatir temas previamente planteados, fundamentando propuestas para los respectivos dictámenes. Siete fueron los temas que se abordaron en dicho Pleno: dos de Derecho penal material, uno de Derecho de ejecución penal, y cuatro de Derecho procesal penal.

El resultado de los debates fueron siete “Acuerdos Plenarios” de ámbitos jurídicos de suma actualidad, gran trascendencia y relevancia. Lo delicado especialmente de los temas abordados y específicamente la implicancia jurídica profunda que traían consigo justificaban un Pleno Nacional, y a tenor de sus decisiones y fundamentos jurídicos, los resultados han sido óptimos, en muchos casos la jurisprudencia del Supremo Tribunal ha venido a confirmar sus postulados.

Para los fines de esta investigación se sistematiza al **tema N°03** del pleno descrito, denominada “**La prueba ilícita y la prueba prohibida**”, algunas consideraciones importantes fueron, que las que las excepciones al reglamento de la prohibición de valoración de los medios probatorios obtenidos violando la Constitución, no corresponden ser reglamentadas por la persona que legisla, sino acopiadas y desplegadas a través de la jurisprudencia nacional.

- Consentir la valoración de una obtención ilegal según la doctrina de la buena fe, si es flagrancia siempre que se encuentre bajo el control del Juez Penal o la Fiscalía, y se maneje las reglas de la experiencia.
- Aceptar la valoración de la prueba conseguida con infracción constitucional, si es beneficiosa para el imputado.

- Consentir la apreciación del medio probatorio ilícito para terceros, si no hay coincidencia entre el sujeto que se condena y el titular del derecho violado.
- Aceptar la doctrina de la Ponderación de intereses, si la violación de derechos, ya es grave y conduce la ilicitud de la prueba, esto cambia si se somete a la ponderación de interés de intensidad mayor.
- Aceptar la doctrina de la destrucción de la falsedad del imputado, debido a que el medio probatorio ilícito no se emplea para comprobar su culpa, sino para confirmar el fingimiento de la excusa del procesado.
- Consentir la Teoría del riesgo, como excepción en aquellas cuestiones como las intromisiones, manifestaciones extra judiciales, domiciliarias y sus derivaciones, conseguidos mediante grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, escuchas telefónicas, delatores, micrófonos ocultos, cámaras, informantes, infiltrados entre otros.
- Determinar que hay discrepancias entre prueba ilícita y prueba no regular. Para percibir las discordancias sobre la ilicitud de la prueba, es necesario diferenciar entre la fuente y la incorporación de la prueba (medio de prueba). La obtención de la prueba se genera cuando en la producción del origen de la prueba se violenta un derecho fundamental del acusado. La incorporación de la prueba es cuando se infringe una normativa procesal al momento de la incorporación de un medio probatorio al proceso. En el caso de la elaboración de medios probatorios con quebrantamiento de alguno de los derechos fundamentales; la jurisprudencia y la doctrina la han designado sin distinción como prueba ilegalmente obtenida, prueba prohibida, prueba ilícita. Y en el caso de los medios probatorios que se incorporaron de manera irregular, de la misma manera son denominadas defectuosa, ilícita, o incompleta, pero entendida como prueba ineficaz.

- No cabe estimar una prueba añadida con irregularidad al procedimiento, pese a que para la aseveración de un delito sea determinante, porque el medio probatorio irregular perturba a la prueba, su incorporación al procedimiento.

EXPEDIENTE N 1601-2013-PHC/TC

Análisis

Enfatiza que el medio probatorio prohibido constituye como un derecho fundamental de toda persona ostenta en el sentido que las pruebas obtenidas infringiendo derechos fundamentales sean excluidos de cualquier tipo de proceso.

Así mismo destaca que todo medio probatorio exhibido en un procedimiento penal debe ser lícito por lo que no pueden admitirse pruebas obtenidas en contravención del ordenamiento jurídico.

Subraya, además, que en el ordenamiento jurídico peruano un medio probatorio solo se considerará ilícita cuando este se obtenga violando los derechos fundamentales, más no se considerará así en caso de los derechos de rango legal.

Y pone en relieve bajo sus argumentos al respecto la STC Exp. N° 1601-2013-PHC/TC, en la resolución de una demanda de habeas corpus que se interpuso contra la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, por expresar una sentencia condenatoria sin haber observado que las pruebas exhibidas fueron obtenidas quebrantando el derecho del acusado al secreto de las comunicaciones, por lo que el demandante manifestó que se infringió sus derechos al debido proceso, prueba prohibida y debida motivación.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional referenció que la emisión de la sentencia expresada por la sala penal en mención sí respeto el derecho a la debida motivación ya que la Sala Penal no tomó como fundamento

para su condena ninguna transcripción o reproducción de sus diálogos por tanto no existía indebida motivación que se alegaba.

EXPEDIENTE N 00655-2010-PHC/TC

Análisis

En este caso se interpuso un recurso de agravio constitucional por Carmen Luis Castro Barrera de Quimper contra la sentencia de la quinta sala especializada en lo penal, ya que la solicitante interpuso el recurso denominado habeas corpus a favor del Sr. Alberto Quimper Herrera requiriendo que se declare nulo el auto de iniciación de instrucción de fecha 21 de octubre del 2008. Este es el caso de las conversaciones telefónicas entre los señores Alberto Quimper Herrera, y Rómulo León Alegría, donde se demostraba uno de los escándalos más grandes de corrupción.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional estima los alcances de la prueba prohibida con infracción del derecho al secreto con inviolabilidad de las comunicaciones, debido a que son conversaciones interceptadas editadas de manera arbitraria, reproducidas, y no contextualizadas, motivo por el cual no deben valer como sustento probatorio.

Por este motivo, los medios de comunicación tienen prohibido divulgar conversaciones telefónicas, al menos que tengan la autorización de los interlocutores grabados para que pueda ser conocida, o también por orden judicial que permita su difusión por contener información de interés público.

Así, el Tribunal Constitucional instituye que para difundir grabaciones que de manera ilegítima hayan sido interceptadas, deben de poseer el permiso previo de su titular o de un juez, por ende, poder ser divulgado, constituyendo como apercibimiento el ser denunciado penalmente.

Llama la atención lo hecho por el Tribunal Constitucional, para este tipo de proceder ya hay criterios plasmados en legislación peruana. Allí está

el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, donde se instituye que se debe realizar un juicio de ponderación entre estos dos derechos.

EXPEDIENTE N 04715-2015-PHC/TC

Análisis

El señor Percy Rebaza Vigo interpone demanda señalada como habeas corpus en favor de don William Candamo Chávez y contra la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Solicita que se declare revocada la resolución suprema del 23 de octubre de 2013, a través, de la cual el órgano judicial emplazado ratificó la sentencia condenatoria del favorecido, así como la nulidad de todo lo procedido con posterioridad a la obtención de la prueba ilícita que ha vulnerado los derechos a la libertad personal y a la tutela procesal efectiva.

Fundamenta que la resolución discutida fundamentó la condena del favorecido en base a una prueba prohibida, formulada por la interceptación y grabación efectuada a la conversación mantenida entre el favorecido y doña María Elena Zavala Pojo, quebrantando el artículo 2, inciso 10 de la Constitución.

Según un estudio sobre este tema del Dr. Carlos Cabrera Carcovich, en la legislación peruana hay dos propensiones para aprobar la llamada prueba ilícita: un mecanismo que considera que dicha prueba es la que transgrede contra la dignidad humana y otro sector piensa que es tal si la prueba ha sido realizada con infracción a los derechos. La ponderación de intereses que se ocasiona entre los derechos personales frente a los derechos generales envuelve una interpretación legítima para solucionar un caso de estas particularidades.

EXPEDIENTE N.º 2053-2003-HC/TC**Análisis**

En materia de la presente sentencia, se interpone el recurso de hábeas corpus hacia los vocales de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quienes expusieron no encontrar nulidad en la sentencia condenatoria, por el delito denominado tráfico ilícito de drogas (TID, por omitir aplicar los principios de observancia del debido proceso e *indubio pro reo*, quebrantándose la garantía presentida en el inciso 2), de la vigente Constitución Política. Mantiene que en su juicio se revalidaron documentos oportunamente tachados, y a los que se les concedió bastante valor probatorio; que la indagación policial no fue regular; y que en la sentencia no hace evocación alguna a la causal de eximencia que invocó en su defensa, de su parte el tribunal constitucional argumenta claramente que la prueba ilícita es cuando la acción u elaboración se apalean derechos fundamentales o bien sea, se violenta la legalidad procesal, de forma que la misma acaece procesalmente inutilizable e inefectiva.

En el interior del proceso penal impugnado ha permanecido desvirtuado el alegato del demandante, por tanto, se ha demostrado la comisión del delito y su responsabilidad penal, fehacientemente ya que en su ponderación de pruebas los jueces no tuvieron en cuenta los documentos pertinentes que el accionante impugno. De ahí se colige que su real solicitud es que en sede constitucional se desarrolle un reexamen de una sentencia que ha obtenido la disposición de cosa juzgada.

EXPEDIENTE N.º 1058-2004- PHC/TC**Análisis**

Este caso refiere a un funcionario de la compañía de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.) quien presentó una acción de amparo contra su empleador para que se le restablezca en su puesto de labores,

al haber sido destituido por una supuesta falta grave transformada en la remisión de material pornográfico a través de su correo electrónico hacia otro empleado de la compañía en horario de trabajo.

Para exponer la supuesta falta de gravedad, la empresa demandada exhibió un documento de constatación notarial en la que se comprobó, sin el permiso, en el equipo de cómputo del destinatario de las referidas comunicaciones electrónicas la presencia de éstas y se condujo a revisar y a sacar el contenido de manera inconsulta y sin el permiso debido. Motivación que condujo al Tribunal Constitucional a instituir lo siguiente: "En consecuencia, conforme lo instituye el artículo 2°, inciso 10), de nuestra normativa, toda persona posee derecho a que sus comunicaciones y documentaciones privadas sean apropiadamente protegidas, así como a que las propias y los materiales que las contienen, no puedan ser aperturadas, confiscadas, interceptadas o intercedidas sino mediante decreto motivado del juez y con las garantías presentadas en la ley.

Aunque, indubitadamente, puede alegarse que el origen o el soporte de dichas comunicaciones y documentaciones le pertenecen a la compañía o entidad en la que un labora un personal, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo."

2.3. Definición de términos

- ✓ **Doctrina de Ponderación:** Es el método mediante el cual, se sopesan dos principios de la misma jerarquía, que ingresan en colisión en un caso determinado, y sirve para establecer cuál de ellos tiene mayor peso en contextos específicas y por tanto, cuál de ellos rodea la solución para el caso, es decir, a través de este método se realiza un razonamiento de ponderación para establecer cuál de los principios posee mayor valor en

el caso determinado y por tanto será adaptable para la solución del mismo.

- ✓ **Debido proceso:** podemos definirlo como una garantía y a la vez como un derecho primordial de carácter instrumental, pues, también de ser el mismo un derecho fundamental, desempeña una función de garantía del resto de derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.
- ✓ **Derechos fundamentales:** Los derechos fundamentales son las facultades y atributos que tiene toda persona por el solo hecho de ser humano, inherentes a su dignidad, que el estado debe garantizar, respetar, satisfacer y proteger. Estos derechos se encuentran plasmados expresamente en la Constitución de cada país de forma expresa o implícita y en las normas de carácter internacional.
- ✓ **Núcleo esencial del derecho fundamental:** Es el ámbito intangible de un derecho fundamental y no puede ser transgredido o violentado por los particulares ni por los poderes estatales. Salvo en aquellos casos que revistan una especial complejidad y gravedad donde para inaplicar o aplicar un derecho fundamental tendrá que utilizarse el método de la ponderación.
- ✓ **Regla de exclusión de la prueba prohibida:** Es la doctrina que señala que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales deben ser excluida del proceso penal y en consecuencia no pueden ser utilizadas para motivar una sentencia condenatoria.
- ✓ **Las excepciones a la regla de exclusión de la prueba:** Se consideran mecanismos jurídicos que consienten la valoración de la prueba alcanzada violentando alguno de los derechos fundamentales y se emplean en cada caso concreto.
- ✓ **Política criminal:** Es el conjunto de medidas utilizadas por el Estado para enfrentar la criminalidad con el plan establecer las condiciones suficientes para el logro de una pacífica convivencia humana, que, bajo parámetros sociales, resguarde los principios elementales sobre los cuales se edifica un Estado social y democrático de derecho.

- ✓ **Jurisprudencia:** Son el conjunto de pronunciamientos de los magistrados contenidos en fallos firmes y uniformes pertenecientes a los tribunales que componen la justicia ordinaria o la justicia constitucional de nuestro país.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de estudio

Este estudio puede caracterizarse como dogmática-normativa. Mediante ella se pretende profundizar y amplificar el campo de saberes respecto al problema presentado. Debido a que se trata de una investigación de tipo dogmática, de carácter teórico, no resulta indispensable delimitar el espacio y el tiempo de ejecución, ya que esto solo sucede con las investigaciones de tipo empírico o jurídico social, que no se aplica en nuestro estudio. A lo que Cañas L. (1978) define: La investigación de la regla es el oficio propio de la ciencia del Derecho. La esencia de esta idea es descubrir, purificar, emplear, descifrar y exponer en el grupo de reglas normalizadas, la definición de este dato que es la norma, para valorarla. Es poner en claro la interpretación de la ley. (pág. 270)

Además, es documental explicativo de acuerdo con el grado de exploración, teniendo un nivel de profundidad intermedio en relación al toque de los saberes. Por ende, es oportuno emplear el modo de investigación de tipo documental, usando un fundamento teórico-interpretativo de la situación del objeto de estudio. Al exponer la modalidad documental; se exige la enunciación del problema con particularidades concretas, concernientes a la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público.

El autor (Fidias G. Arias (2012), precisa la investigación documental como: un procedimiento asentado en la indagación, recuperación, estudio, crítica y deducción de datos accesorios, es decir, los derivados e inscritos por diferentes estudiosos en fuentes documentales: estampadas, audiovisuales o electrónicas. Puesto que, en toda indagación, la intención de este diseño es la contribución de nuevos juicios. (pag.27)

Y por documental explicativa en cuanto “Intenta constituir los orígenes de los acontecimientos, hechos o fenómenos que se trabajan”, Hernández, et al., (2003, p.124).

3.2. Diseño del Estudio

Según (Hernandez, Fernandez y Batista, 2014), el diseño es el procedimiento o táctica que se desenvuelve para lograr los datos que se pretende en una investigación (p. 120).

El diseño de investigación conforma el procedimiento total del estudioso para alcanzar contestaciones a sus interrogaciones o demostrar la hipótesis de investigación. El diseño de estudio separa las tácticas elementales que el analista acoge para crear información correcta y ejecutable.

Gallardo (2017) la investigación no experimental expos –facto es toda investigación donde resulta inadmisibile operar variables o fijar de forma aleatoria a los individuos o las situaciones, de hecho, no existen circunstancias o incitaciones las cuales se muestren a las personas del análisis. Los individuos son contemplados en su estado natural en su existencia.

El presente proyecto de investigación posee un diseño no experimental, ya que se realizó sin la manipulación de variables, solo observaremos el fenómeno y concorde a ello procederemos a analizarlo.

3.3. Métodos y técnicas

3.3.1. Métodos

Se emplearán los siguientes métodos específicos:

Método dogmático. Por este método se investiga y estudia la doctrina. Su finalidad consiste en establecer conceptualizaciones (síntesis, hipótesis, reflexiones, instrumentos lógicos, analogías y comparaciones), para así perfeccionar las contribuciones de los especialistas o las innovaciones a nivel de la normativa, someter a

examen toda institución del derecho y proponer construcciones bien organizadas para su empleo.

Las instituciones que conforman al derecho pueden ser explicadas por este método en terminología jurídica, prescindiendo de reflexiones de índole política, ideológica o ética. Por tanto, emplearemos este método con el propósito de entender la situación investigada a partir de las reflexiones teóricas planteadas por los juristas y la doctrina.

Método hermenéutico. Para la interpretación jurídica, es necesario el empleo de nociones, conocimientos, y afirmaciones de las cuales se compone el derecho como ciencia. La voluntad autónoma de los ciudadanos es dotada de sentido por los aplicadores de derecho, los cuales asumen esta enorme y honrosa responsabilidad.

En términos generales, la búsqueda de sentido y la observación constituyen las tareas de este método. *Sensu stricto*, esto se aplica toda vez que las partes o los datos de una totalidad desemboquen en varias exégesis.

Así, debido a que el objeto que se pretende estudiar puede soportar varias interpretaciones, será imprescindible el empleo de este método a efectos de la teorización de nuestra investigación. A pesar de que los métodos de interpretación son diversos (histórico, sistemático, restrictivo exegético, funcional, sociológico, entre otros), se debe tomar una resolución apropiada a la dicotomía, la cual debe ser compatible y congruente con los propósitos y la misión de la sociedad en cuestión, para obtener, de este modo, una estructura jurídica válida (que no se contraponga al texto fundamental) y eficaz (que garantice su observancia y cumplimiento), con la cual el Estado de Derecho conserve su vigencia. Por esta razón, no es válida la pluralidad de significados y su contraste en la interpretación hermenéutica, toda vez que su coherencia se debe a que la interpretación está en conformidad con la totalidad de la estructura normativa, que es íntegra, no admite vacíos jurídicos; por esto, el intérprete del derecho determina, por anticipado, el sentido que configura la práctica jurídica en función de los anhelos de un pueblo.

Método de la argumentación jurídica. El derecho se sustenta a partir de la argumentación jurídica. Esta constituye el modo estructurado mediante el cual se demuestra con lógica, a través de una idea formulada, con la finalidad de obtener la aprobación o la desaprobación de una teoría o tesis precisa, lo cual se da en función de lo eficaz o ineficaz del argumento en el cual se basa.

Método exegético. La norma jurídica constituye el objeto de su estudio. La finalidad de este método reside en la captación y comprensión de la normatividad jurídica para que sean ideales. Además, se caracteriza por su carácter estrictamente conceptual o formal, donde se prescindan de factores ajenos a la ciencia jurídica o que pertenezcan a otros campos. Para el presente trabajo se aplicará este método, puesto que tendrá como base la normatividad en vigencia para el análisis del problema planteado.

3.4. Técnicas

Técnica de la observación. Con la finalidad de recolectar información pertinente al tema de la investigación la técnica que se utilizó fue la observación, ya que se produjo la indagación, estudio y evaluación de las distintas opiniones doctrinales, jurisprudenciales y las distintas disposiciones legales para tener mejor apreciación del tema a tratar.

Para Gallardo (2017), la observación es una técnica viejísima, cuyas primeras contribuciones no es posible explorar, a través de sus sentidos, la persona percibe la verdad de lo que envuelve, y posteriormente constituye forma intelectual. Y añade: la observación se interpreta como el empleo metódico de los sentidos en la averiguación de la información que se necesita para solucionar en un estudio.

Otra técnica a aplicar será el escrutinio de documentaciones tales como epístolas, artículos de prensa, biografías, textos otros (Krause, 1995 citado por Gallardo, 2017).

Técnica de fichaje. Es una técnica que proporciona el tratamiento de la información bibliográfica, la organización lógica de las ideas y la provisión de información, en síntesis, compone la memoria escrita del investigador. Representan el medio más especializado de tomar notas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

4.1 Resultados

El objetivo general de esta investigación fue analizar las teorías, dogmas, jurisprudencias y la política criminal en los procedimientos que subyacen en el uso de la prueba prohibida, en base a la ejecución de la teoría de ponderación de intereses. En ese orden de ideas y con el objetivo de abordar sistemáticamente los resultados, se procedió a presentar los resultados en el orden en que se presentan los objetivos específicos.

El objetivo específico trazado fue explicar, determinar y revisar las distintas, teorías, dogmas, jurisprudencias y la política criminal que giran en torno, al uso del medio probatorio prohibido, la aplicación de la reglamentación de exclusión probatoria y la teoría de ponderación de intereses al interior de un proceso penal garantista como es el peruano.

A lo largo de la investigación se pudo observar que doctrinariamente no existe consenso en materia de admisibilidad de la prueba prohibida. Sin embargo, existen dos corrientes claramente diferenciadas: La corriente de excepcionalidad a la regla de exclusión o flexibilización de la mencionada regla de exclusión y la corriente de exclusión absoluta. La corriente de excepcionalidad a la denominada regla de exclusión pondera la necesidad de admitir la prueba bajo condiciones de excepción y específicas mediante diversas teóricas como, por ejemplo; la teoría del origen independiente, el develamiento inevitable, el vínculo Atenuado la Buena fe, la teoría de la ponderación de intereses o balancig test, etc. De este último nos ocuparemos más adelante. Cabe precisar que la mayoría de las excepciones a la reglamentacion de exclusión provienen del sistema norteamericano.

La corriente de la exclusión absoluta no admite pruebas ilícitas bajo ningún concepto, por cuanto la naturaleza de la prueba desvirtuaría la

totalidad del proceso. Esta corriente es la denominada “Teoría del árbol envenenado” y postula que cualquier acto jurídico asociado a la prueba ilícita es nulo, por cuanto adolece de vicios de origen (Martínez y Martínez, 2015). Es necesario señalar que la doctrina del árbol ponzoñoso fue creada por jurisprudencia estadounidense. Muchos autores de renombre como Muñoz Conde están a favor de la exclusión total del medio probatorio obtenido vulnerando alguno de los derechos fundamentales.

En el Perú el espíritu del legislador se orienta hacia respeto irrestricto de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y que son transversales a la totalidad de la estructura jurídica del derecho procesal peruano.

En ese orden de ideas, en materia de derechos fundamentales y del debido proceso tanto la constitución de 1993 y el Código Procesal Penal del 2004, otorgan corporeidad a las garantías procesales y al respeto de los derechos de rango constitucional, estableciendo límites claros en materia probatoria y validación de las pruebas. Es así que nuestra Carta Magna en el capítulo I, artículo 2 numeral 10, señala lo siguiente: “Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho: (...) 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial”. Asimismo, en su numeral 24 literal h. señala lo siguiente “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de

inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”

A su turno el Código Procesal Penal del 2004, en el artículo VIII de su T.P. y en el artículo 159 establece lo siguiente: “1) Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2) Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3) La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”. Y respecto a la utilización de la prueba en el artículo 159 señala que “El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”

Ahora bien, respecto a La teoría de la Ponderación de Intereses Según el alemán “ALEXY”, citado en Burga (2017), la ley de ponderación tiene una estructura con base en las siguientes (03) etapas: La primera se establece en determinar y definir el grado de insatisfacción de uno o de algunos de los principios. La segunda define y determina el grado de calidad de la satisfacción del principio en un sentido inverso y; la tercera fusiona las dos primeras al Determinar y Definir el grado de importancia en la satisfacción del principio inverso y si ello da certeza de la insatisfacción del otro.

Para determinar la primacía o grado de importancia que prevalece de un derecho sobre otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano aplica el principio de la proporcionalidad bajo una estructura nivelada en subprincipios del principio de razonabilidad: ii) Idoneidad del medio o medida; iii) Necesidad; Proporcionalidad o ponderación en sentido estricto.

CONCLUSIONES

Antes de presentar las conclusiones de la presente investigación queremos anotar algunas ideas previas relacionadas a los aspectos que deben tomarse en cuenta para entender adecuadamente las conclusiones a la cual arribaron los investigadores utilizando el método dogmático – jurídico. En ese orden de ideas debe tenerse claro que la tarea de extraer conclusiones no puede circunscribirse a ningún momento particular del proceso de análisis. La lectura inicial de los fenómenos sociales, culturales o jurídicos relacionados al objeto de investigación hicieron aflorar en los analistas impresiones que constituyeron las primeras conclusiones provisionales. Antes incluso de comenzar las tareas de codificación y categorización de los conceptos, la lectura del material recogido nos permitió ir anotando las ideas fundamentales, los acontecimientos, normas o conductas más relevantes en relación con el tema de estudio.

En ese orden de ideas “Sin duda, una de las principales herramientas intelectuales en el proceso de obtención de conclusiones es la comparación. La comparación permite destacar las semejanzas y diferencias entre las unidades incluidas en una categoría, y hace posible la formulación de sus propiedades fundamentales, a partir de las cuales puede llegarse a una definición, ilustración y verificación de esa categoría” (Fielding y Fielding, 1986).

Establecer relaciones y conexiones importantes puede resultar favorable si entre la finalización del trabajo de observación del fenómeno jurídico y la reflexión teórica de los investigadores media un cierto espacio de tiempo. Este fue el caso en la presente investigación, ya que, tras un informe descriptivo preliminar, se sucedieron informes con un nivel creciente de abstracción.

Dicho esto, procedemos a enumerar las conclusiones de nuestra investigación:

1. El sistema jurídico peruano no hace distinción alguna entre prueba ilícita y prueba prohibida. La prueba prohibida es aquella que se obtiene con la vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales y se encuentra regulado en el Código Procesal Penal y de forma implícita en la Constitución. La regla de exclusión probatoria es la consecuencia procesal, en el caso, que una prueba sea declarada prohibida; la doctrina y la jurisprudencia es uniforme al aceptar que el fundamento de la regla de exclusión, en el sistema norteamericano, es la disuasión, mientras que en el sistema euro – continental, es el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y a las garantías procesales. Es un verdadero límite al *ius puniendi* del estado.
2. La teoría de ponderación de intereses es una excepción a la regla de exclusión probatoria y es un instrumento teórico que los operadores jurídicos utilizan cuando se enfrentan ante un conflicto entre principios o derechos fundamentales, pueden ser de naturaleza estatal o privada. La teoría relativa del núcleo esencial o la teoría institucional son constructos teóricos que validan la posibilidad de realizar un test de proporcionalidad ante la colisión de principios, en un caso concreto específico. Actualmente, en el ámbito del Derecho Procesal Penal, tanto la Corte Suprema, como el Tribunal Constitucional, distan mucho de tener criterios uniformes con relación a la aplicación de la teoría de ponderación de intereses. En Alemania su uso es más frecuente y los criterios para su aplicación fundamentalmente, es la gravedad del delito imputado al procesado.
3. La jurisprudencia emitida por la corte Suprema y por Tribunal Constitucional, aún se encuentra lejos de ser uniforme con relación al uso de la prueba prohibida al interior del proceso penal. El TC, se inclina mayormente por la exclusión absoluta de la prueba prohibida hasta el punto de reconocer que su exclusión es un derecho

fundamental implícito, que se desprende de la Constitución. Por otro lado la Corte Suprema en algunos casos como por ejemplo el CASO EL POLO, ha validado el uso de prueba prohibida mediante la aplicación de la teoría de ponderación de intereses. Anteriormente en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal realizado en Trujillo el año 2004 había aceptado la utilización de la prueba prohibida a través de varias excepciones entre ellas la teoría de ponderación de intereses.

SUGERENCIAS

1. Se sugiere que la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, emitan fallos con carácter vinculante o doctrina jurisprudencial vinculante con relación a la regla de exclusión probatoria y sus excepciones, considerando o tomando en cuenta, nuestra realidad nacional y la política criminal que el Perú ha establecido mediante diversas leyes especiales que regulan la persecución y la sanción de los delitos que revisten una especial complejidad y gravedad, como por ejemplo: los delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos, narcotráfico, trata de personal, violación de menor de edad, criminalidad organizada, terrorismo, entre otros.
2. Se sugiere que mientras no exista jurisprudencia vinculante, los tribunales de justicia apliquen la teoría de ponderación de intereses como una excepción válida a la regla de exclusión probatoria, haciendo uso del Test de proporcionalidad; para los delitos que sean especialmente graves según cada caso concreto.
3. Se sugiere que el Tribunal Constitucional desarrolle con más claridad, mediante sus fallos, el núcleo esencial de cada derecho fundamental reconocido por la constitución ya sea de manera expresa o implícita.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcalá H. (2004). *Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur. Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional (proceso y constitución) N°02 p.71-104*

- Bernal, J. (2004). *El proceso penal. Fundamentos del sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Universidad externada de Colombia.*

- Burga, C. (XX) *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revisado en:*

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)

- Buenaga, O. (2018). *Corte Constitucional (Sentencia C-6462001).*

- Campaner, J. (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba. (Tesis de maestría). Universidad Complutense de Madrid, Madrid.*

- Carocca Pérez, C. (2000) *Tratado de la prueba penal y del juicio oral. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.*

- Castro, C. (2014). *Derecho Procesal Penal. Lima, Perú: Grijley. Constitución Política del Perú 1993.*

- Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Penal Liquidadora, Expediente 105-2008.
- Cubas Villanueva, V. (2003) *El Proceso Penal. Teoría y práctica*. Lima, Perú 5ta edición. Palestra editores.
- Echandia, H. (1981). Compendio de la prueba judicial. 5° Ed. Recuperado de: [http://www.academia.edu/35320329/COMPENDIO_DE_LA_PRUEBA_JUDICIAL - TOMO I - HERNANDO DEVIS ECHANDIA.pdf](http://www.academia.edu/35320329/COMPENDIO_DE_LA_PRUEBA_JUDICIAL_-_TOMO_I_-_HERNANDO_DEVIS_ECHANDIA.pdf)
- Freddy, S. (2012). *El Test de ponderación de intereses y el principio de igualdad*.
- Gallardo, E. (2017). *Metodología de la investigación: manual auto informativo interactivo*. Universidad Continental.
- Giner, A. (2008). Prueba prohibida y prueba ilícita. *Anales de derecho de la Universidad de Murcia*, (26), pp. 579-590.
- Gonzáles, C. (2018). *Estudio de la prueba prohibida y su aplicación como regla de exclusión en el nuevo código procesal penal*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima.
- Hernández, R.; Fernández, C. & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. (6.ª ed.). México: McGraw-Hill.
- LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL Decreto Supremo N° 017-93-JUS del 3 de junio de 1993 Recuperado de http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaConteudoTextual/anexo/Peru_LeyOrganicadelPoderJudicial.pdf
- López, N. (2010). El interés público: entre la ideología y el derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (123-148). Universidad de Granada.

- Martínez, J. y Martínez, M (2015) La doctrina del fruto del árbol envenenado. Noticias Jurídicas
- Montes, A. (2017). *Exclusión de la Prueba Ilícita por Violación del Derecho de Defensa en Cuanto Garantía del Debido Proceso en el Proceso Penal Peruano. (Tesis de grado)*. Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz.
- Montoya, I.(2016). Boletín N°4 anticorrupción y justicia penal, ISSN 2410-5899.
- Pareja, B. (2017). *Modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano. (Tesis de maestría)*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Pérez, A. (2004). *Los derechos fundamentales*. (Madrid Tecnos). Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a17.pdf>
- Pérez, J. & Gardey, A. (2011). *Nociones de ordenamiento jurídico*. Recuperado de <https://definicion.de/ordenamiento-juridico/>
- Ministerio del Interior del Perú (2018) Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2019-2023 Recuperado de: https://www.mininter.gob.pe/sites/default/files/Propuesta.PlanNacionalSeguridadCiudadana.2019-2023_0.pdf
- Revista mexicana de derecho constitucional. (2006). *Noción de subprincipios de la proporcionalidad*. Recuperado de. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/4860/6211>
-

- Robert, A. (2002), *Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pullido, REDC, N° 66.
- Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Exp. 11-200: Sentencia de fecha 18 de febrero de 2003, Caso Ernesto Ramón Gamarra Olivares. Presentación de prueba videográfica obtenida sin autorización judicial.
- Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Expediente 21 – 2001, sentencia del 3 de julio de 2003, Caso José Ramos García Marcelo.
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Exp 591-2015: Sentencia de fecha 17 de mayo de 2017 caso José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano.
- San Martín Castro, C. (2003). *La Prueba Prohibida. Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Giley, Vol. N° 11.
- Squella, A. (2007). Teoría jurídica: describir, evaluar y comparar. Una Descripción del Derecho. *Isonomía*, (27), pp.51-70. ISSN 1405-0218.
- Suarez, F. (2010). Interés público o interés estatal cátedra. Recuperado <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/502/592>
- Talavera E. P. (2009). La Prueba en el nuevo Proceso Penal. Manual de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el Proceso Penal Común. Lima, Perú: Publicado por Academia de la Magistratura.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia con EXP N° 00655-2010-PHC/TC prueba ilícita.
- Tribunal Constitucional Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC: Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Alberto Quimper Herrera
- Tribunal Constitucional Expediente N.º 05-2004-PTI/TC. Caso Colegio de Abogados Cono Norte de Lima. Demanda por Inconstitucionalidad,

Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

- Tribunal Constitucional Expediente N.º 007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari. Demanda por Inconstitucionalidad, contra las Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005 emitidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores, Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>
- Tribunal constitucional Hispano. *Cit, nota 7, pg 598 (STC 207/1996)*. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/3259>
- Ugaz, A. (2012) Algunas Reflexiones en torno a la prueba ilícita. Revista del Instituto de Ciencia procesal penal. Lima Recuperado de: https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/303_9_reflexiones_prueba_il%C3%ADcita.pdf

ANEXO 01

(MATRIZ DE CONSISTENCIA)

Problema	Objetivo	Categorías	Dimensiones e Indicadores	Metodología
<p>a. Problema General</p> <p>¿Cuáles son los aspectos dogmático - procesales y de política criminal, que subyacen en el uso de la prueba prohibida, bajo la aplicación de la teoría de ponderación de intereses, en el Perú?</p> <p>b. Problemas Específicos</p> <p>¿Cuáles son las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y de políticas criminales que giran en torno a la prueba prohibida y la regla de exclusión probatoria, en el Perú?</p> <p>¿Cuáles son las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y de políticas criminales que giran en torno a la teoría de ponderación de intereses, en el Perú?</p> <p>¿Cuáles son los criterios teóricos, doctrinarios, jurisprudencias y de políticas criminales que sustentan el uso de la prueba prohibida, en el Perú?</p>	<p>a. Objetivo General</p> <p>O.G. Determinar los aspectos dogmático - procesales y de política criminal, que subyacen en el uso de la prueba prohibida, bajo la aplicación de la teoría de ponderación de intereses, en el Perú</p> <p>b. Objetivos Específicos</p> <p>OE1. Analizar las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y políticas criminales que giran en torno a la prueba prohibida y la regla de exclusión probatoria, en el Perú.</p> <p>OE2. Explicar las distintas teorías, doctrinas, jurisprudencias y políticas criminales, que giran en torno a la teoría de ponderación de intereses, en el Perú.</p> <p>OE3. Establecer los criterios teóricos, doctrinarios, jurisprudencias y políticas criminales, que sustentan el uso de la prueba prohibida, en el Perú.</p>	<p>Categoría N°1:</p> <p>Aspectos dogmático-procesales de política criminal con relación a la teoría de ponderación de intereses.</p> <p>Categoría N°2:</p> <p>Uso de la prueba prohibida y aplicación de la regla de exclusión probatoria.</p>	<p><u>Dimensiones:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Dogmática jurídico – procesal • Política Criminal <p><u>Sub categorías:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Interpretación jurídica • Lógica jurídica • Política criminal penal • Política criminal procesal penal • Política criminal penitenciaria <p><u>Dimensiones:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Prueba prohibida - Regla de exclusión probatoria <p><u>Sub categorías:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Prueba ilícita • Prueba prohibida (en sentido estricto) • Prueba irregular • Excepciones a la regla de exclusión probatoria • Teoría de ponderación de intereses 	<p>Tipo de investigación</p> <p>El tipo de estudio puede ser dogmática-normativa. Mediante ella se pretende profundizar y ampliar el campo de saberes respecto al problema presentado. Además, es documental explicativo de acuerdo con el grado de exploración, teniendo un nivel de profundidad intermedio.</p> <p>Diseño de investigación</p> <p>La investigación tomó un diseño no experimental, puesto que en ningún momento se manipularon variables en el estudio.</p>

ANEXO: 02

CUADRO DE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

Sentencias de la Corte Suprema.	<ol style="list-style-type: none">1. R.N. N°4826-2005 - LIMA2. Cas. N°591-2015 – HUANUCO3. R. N. N°2900-2016 – LIMA4. R.N. N°677-2016 – LIMA5. ACUERDO PLENARIO N°4-2010/CJ-116
--	---

SALA PENAL PERMANENTE**R. N. N° 4826-2005****LIMA**

Lima diecinueve de julio de dos mil siete.-

VISTOS: siendo ponente el señor Salas Gamboa; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Ida Lucía Mendoza Mateo, Lucy Margarita Romero Acosta, Lidia Nidia Vásquez Zevallos y Wilbert Elki Meza Majino (respecto del extremo condenatorio), por el señor Fiscal Superior (en cuanto absuelve a Giovanna Marilú Anaya Nalvarte, María Delia Vidal Mariño, Lidia Nidia Vásquez Zevallos, Ida Lucía Mendoza Mateo, Lucy Margarita Romero Acosta, Róger Torres Velásquez y Dimas Pastor Carrera Hernández, y de la pena impuesta a Ida Lucía Mendoza Mateo, Lucy Margarita Romero Acosta y Wilbert Elki Meza Majino), y por el señor Procurador Público (en lo concerniente a las absoluciones y el monto de la reparación civil) **contra la sentencia de fojas ocho mil novecientos noventa y dos, del uno de septiembre de dos mil cinco;** y, la consulta del auto de fojas seis mil quinientos veintiocho, del tres de marzo de dos mil cinco, en la parte que declara no haber mérito para pasar a juicio oral por delito de terrorismo previsto en el segundo párrafo del inciso c) del artículo tercero del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal en cuanto a la sentencia y a las excepciones de cosa juzgada y prescripción de la acción penal deducidas en esta instancia por la encausada Lidia Nidia Vásquez Zevallos, y **CONSIDERANDO:** Primero: Que el encausado **Wilbert Elki Meza Majino** en su recurso formalizado de fojas nueve mil ciento cincuenta y cuatro cuestiono el acta de verificación de comunicación Vía internet de fojas ciento cincuenta y dos, niega ser el presunto "Amaro ochenta" y afirma que se omitió pronunciamiento del peritaje de parte, que concluyó que el texto contenido en el acta de verificación fue manipulado y editado, pues en la primera línea del mismo aparece la ventana sin el signo de seguridad y que por dicha ventana o espacio abierto se ingresó dolosa y deliberadamente para manipularse o cambiarse el texto, que no se dispuso la incautación de la computadora o grabación en diskette para



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 591 - 2015
HUÁNUCO

95

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Sumilla: La prueba irregular se produce por la inobservancia de una norma procesal para la obtención o actuación de un elemento de prueba, lo que puede sustentar su exclusión probatoria, no obstante, la exclusión de los elementos de prueba derivados de una prueba irregular se sustenta, tal como lo establece el artículo ciento cincuenta y nueve del Código Procesal Penal, en la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. Por tanto, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.-

Vistos: en audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por la defensa legal de los encausados José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano contra la sentencia de vista, del veintiuno de julio de dos mil quince, de fojas trescientos sesenta y siete, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, del trece de abril del dos mil quince, de fojas doscientos noventa, que los condenó como autores del delito Contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior. Intervino como ponente el Señor Juez Supremo Aldo Figueroa Navarro.

ANTECEDENTES

PRIMERO. ITINERARIO DEL PROCESO EN LA ETAPA INTERMEDIA

1.1. La representante de la Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, mediante requerimiento acusatorio, a fojas ochenta y seis, del cuaderno de formalización de investigación, formuló acusación contra José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano como autores del delito



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 2900-2016
LIMA**

Criterio de Favorabilidad y Efecto Extensivo

Sumilla: Esta Sala Suprema, en la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1344-2016/LIMA, de fecha 01 de agosto de 2017, resolvió la situación jurídica de los coimputados Gabriela de la Cruz Salazar y Yoel Jahines Alania Huaricapcha, llegando a absolverlos de los cargos imputados, al determinar que la prueba incluida en el proceso era prueba ilícita; por lo que, los fundamentos desarrollados y la conclusión arriba en la referida ejecutoria son extensivos para el recurrente por criterio de favorabilidad y efecto extensivo.

Lima, doce de septiembre de dos mil diecisiete.-

VISTO; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Yeirzon Alminco Ramírez, contra la sentencia de folios 739/749, emitida por la Cuarta Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 21 de septiembre de 2016, que lo condenó como coautor del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas agravado, en agravio del Estado, a dieciocho años y cuatro meses de pena privativa de libertad; y, a doscientos cuarenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2), 4) y 5) del Código Penal; así como, al pago de diez mil soles por concepto de reparación civil que deberá pagar de forma solidaria a favor del ente agraviado.

Con lo expuesto en el dictamen por la señora Fiscal Suprema en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CEVALLOS VEGAS.

CONSIDERANDO

§. SUCESO FÁCTICO.-

Primero: Se imputa a los acusados Gabriela de la Cruz Salazar, Yoel Jahines Alania Huaricapcha y Yierzon Alminco Ramírez, haber guardado y acondicionado pasta básica de cocaína, para su comercialización, en dos habitaciones que arrendaban dentro del inmueble ubicado en la Mz. P, lote 21 del Centro Poblado Villa Rica, primer sector en el distrito de Chaclacayo, lugar donde el día 21 de octubre de 2011, se encontró acondicionado en un maletín 3 bolsas plásticas transparentes, conteniendo cada una de ellas una



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 677 - 2016
LIMA

Sumilla: **Negociación Incompatible, bien jurídico protegido:** en los delitos contra la administración pública, se busca una protección funcional de la misma, no como objeto en sí, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes de servicio público y resolución de problemas colectivos. En el caso del tipo penal de negociación incompatible se parte del hecho que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la administración pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa en el procedimiento en curso, pero ello en modo alguno significa que el objeto jurídico específico de protección sea el patrimonio del Estado.

Principio de Jerarquía Institucional: el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, regula la autonomía funcional de los fiscales. De acuerdo a este dispositivo legal, se entiende que el Ministerio Público se encuentra estructurado jerárquicamente, en la que ha de primar las decisiones adoptadas por el Superior, quedando vinculado, de tal manera, el criterio del inferior en rango a dichas decisiones.

La Parte Civil en el proceso penal: La intervención procesal de la Parte Civil, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; su subsistencia como tal o su adecuación a los elementos de los delitos imputados no son independientes a los lineamientos persecutores que el representante de la legalidad imponga como titular de la acción penal, salvo que se trate de un ilícito perseguible por acción privada. A la Parte Civil no le está permitido pedir o referirse a la sanción penal; ésta restricción es una consecuencia directa de la división funcional dentro del proceso penal, en la que el Ministerio Público está a cargo fundamentalmente de probar el objeto penal del proceso y la parte civil de su objeto civil.

Lima, diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por la **PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN** y el **FISCAL SUPERIOR** contra la resolución de fecha treinta de octubre de dos mil catorce obrante a fojas cuarenta y un mil setecientos veintidós del Tomo 76, que declara **FUNDADA** la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** deducida por la defensa del encausado **ALBERTO QUIMPER HERRERA**, en el proceso seguido en su contra por los delitos contra la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165—2010P—PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la primera fase los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado —en representación del Instituto

ANEXO: 03

CUADRO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Sentencias del Tribunal Constitucional.	<ol style="list-style-type: none">1. EXPEDIENTE N°1601-2013-PHC/TC2. EXPEDIENTE N°00655-2010-PHC/TC3. EXPEDIENTE N°04715-2015-PHC/TC4. EXPEDIENTE N.°2053-2003-HC/TC5. EXPEDIENTE N°1058-2004- PHC/TC
--	--

EXP. N.º 01601-2013-PHC/TC

LIMA

GIUSEPPE BALLETA

BUSTAMANTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de agosto de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Giuseppe Balleta Bustamante contra la resolución de fojas 538, de fecha 16 de enero de 2013, expedida por la Quinta Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de junio de 2012, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la titular del Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, doctora Betsy Munaico Gamarra, y los jueces integrantes de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Menacho Vega, León Sagástegui y Carbonel Vílchez, solicitando se declare la nulidad de la resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, que lo condenó por los delitos de extorsión y tenencia ilegal de armas, y su confirmatoria de fecha 25 de enero de 2012; debiéndose en consecuencia disponer la nulidad del proceso penal y su inmediata libertad, puesto que considera que se le está afectando sus derechos a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, incluyendo allí específicamente los derechos a la igualdad ante la ley, a la defensa, a probar, y a la debida motivación de las resoluciones judiciales; así como los principios de presunción de inocencia e *indubio pro reo*, y demás derechos conexos a la libertad personal.

Refiere que en el proceso penal que se le siguió por los delitos contra el patrimonio, en la modalidad de extorsión y contra la seguridad pública en la modalidad de tenencia ilegal de armas, fue condenado a 16 años de pena privativa de libertad. Expresa que las resoluciones cuestionadas carecen de una debida motivación, puesto que los jueces emplazados han incurrido en reacciones subjetivas, no basándose en cuestiones objetivas. Señala que no hubo flagrancia en etapa policial, y que su detención fue ilegal, habiendo sido intervenido sin la presencia de un fiscal y de su abogado defensor. Afirma, asimismo, que las pruebas fueron incorporadas en el atestado policial sin la presencia de su abogado defensor, no habiéndose actuado las mismas en el juicio oral a efectos de que sean cuestionadas. Manifiesta que no se han tomado en cuenta las declaraciones de los efectivos policiales que lo intervinieron; que no se le confrontó con la agraviada; y que las grabaciones –que constituyen prueba prohibida– no fueron sometidas a contradictorio en el juicio oral. Finalmente, expresa que no existe motivación respecto de los delitos de extorsión y de tenencia ilegal de armas.

P. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUIMPER
HERRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 730, su fecha 12 de enero de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de junio de 2009 doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alberto Químper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, a cargo del Juez Jorge Octavio Barreto Herrera, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, emitido en el Exp. N.º 107-2008, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. Alega que el auto de apertura cuestionado viola el derecho al debido proceso del beneficiario, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que con fecha 5 de octubre de 2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” difundió cuatro audios ex-profesamente editados y que días después el diario “La República” también presentó nueve audios ex-profesamente editados y obtenidos con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son conversaciones interceptadas del favorecido que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la cual no pueden servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado.

Por último refiere que en el proceso penal que se le sigue a don Elías Manuel Ponce Feijoo y otros, el beneficiario ha sido admitido como parte civil, por cuanto había sido objeto de interceptaciones telefónicas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda expresando que el auto de apertura cuestionado ha sido emitido sincontravención de algún derecho constitucional del beneficiario, por cuanto el juez emplazado ha valorado las pruebas al momento de dictarlo.

EXP N.º 04715--2015-PHC/TC
LIMA
WILLIAM CANDAMO CHÁVEZ,
representado por PERCY REBAZAVIGO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de enero de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Espinosa-Saldaña Barrera, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Percy Rebaza Vigo a favor de don William Candamo Chávez contra la resolución de fojas 75, de 12 de diciembre de 2014, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

El 19 de agosto de 2014, don Percy Rebaza Vigo interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don William Candamo Chávez y la dirige contra la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Solicita que se declare la nulidad de la resolución suprema de 23 de octubre de 2013, mediante la cual el órgano judicial emplazado confirmó la sentencia condenatoria del favorecido, así como la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la obtención de la prueba ilícita que ha vulnerado los derechos a la tutela procesal efectiva y a la libertad personal.

Alega que la resolución cuestionada fundamentó la condena del favorecido en base a una prueba prohibida, constituida por la interceptación y grabación efectuada a la ersación sostenida entre el favorecido y doña María Elena Zavala Pojo, iendo lo dispuesto en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución. Afirma que la aludida grabación fue realizada el 3 de octubre de 2011 por disposición de la jefa de la oficina Desconcentrada de Control Interno de Ica - Cañete, fiscal superior Carmen Victoria Huayre Proaño, sin contar con autorización judicial, pues Zavala Pojo denunció al fiscal Candamo Chávez ante la mencionada oficina, indicando que este le había solicitado un monto dinerario a fin de que se recaben los resultados de una pericia, por lo que la jefa de dicho órgano dispuso que Zavala Pojo llame a Candamo Chávez (el favorecido), se grabe dicha conversación y se levante la correspondiente acta de registro de llamada.

El Trigésimo Séptimo Juzgado Penal con Reos Libres de Lima, el 20 de agosto de 2014, declaró improcedente la demanda por estimar que lo que pretende el demandante es que se efectúe el reexamen de la resolución cuestionada bajo alegatos referidos a la valoración de las pruebas y los hechos penales, pues dicho pronunciamiento judicial efectuó la valoración conjunta de las pruebas admitidas y actuadas durante el proceso.

EXP. N.º 2053-2003-HC/TC
LIMA
EDMI LASTRA QUIÑONES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de setiembre de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Aguirre Roca y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Edmi Lastra Quiñones, contra la sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 137, su fecha 14 de julio de 2003, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 29 de abril de 2003, interpone acción de hábeas corpus contra los vocales miembros de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Sivina Hurtado, Palacios Villar, Biaggi Gómez, Garay Salazar y Lecaros Cornejo, quienes declararon no haber nulidad en la sentencia que lo condena, por el delito de tráfico ilícito de drogas (TID), a 25 años de pena privativa de la libertad, por haber omitido aplicar los principios de observancia del debido proceso e *indubio pro reo*, vulnerándose la garantía prevista en el inciso 2), artículo 2º de la Constitución Política vigente. Sostiene que en su juzgamiento se convalidaron documentos –que sustentaron la condena– tachados oportunamente, y a los cuales se les otorgó valor probatorio suficiente; que la investigación policial fue irregular; y que en la sentencia no hace mención alguna a la causal de eximencia (inciso 7, artículo 20º del Código Penal) que invocó en su defensa.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, estimando que la real pretensión del actor es que, en una vía extrapenal, se deje sin efecto una sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada.

Los vocales accionados, uniformemente, manifiestan que su pronunciamiento colegiado no se sustentó en los documentos y diligencias que el accionante cuestiona, y que, por el contrario, se fundamentó en otras pruebas concluyentes.

El Juez del Decimoquinto Juzgado Penal de Lima contesta la demanda solicitando también que se la declare improcedente, alegando que contra una resolución judicial emanada de un proceso regular, no cabe la interposición de acción alguna.

El Decimoquinto Juzgado Penal de Lima, con fecha 7 de mayo de 2003, declaró improcedente la demanda, estimando que de acuerdo con el segundo párrafo, inciso 2) del artículo 139º de la Constitución Política vigente, las resoluciones que tienen la autoridad de cosa juzgada, no pueden modificarse ni dejarse sin efecto, dada su inmutabilidad.

EXP. N.º 1058-2004-AA/TC
LIMA
RAFAEL FRANCISCO
GARCÍA MENDOZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 18 de agosto de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Rafael Francisco García Mendoza contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 273, su fecha 02 de octubre de 2003, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de julio de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.), solicitando que se deje sin efecto la Carta N.º 505-G/02 (21.06.02), en virtud de la cual se resuelve su vínculo laboral, y que, en consecuencia, se le reponga en el cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna de la empresa demandada, reconociéndosele las remuneraciones dejadas de percibir. Afirma que la demandada le ha atribuido arbitrariamente la comisión de una supuesta falta grave contemplada en el inciso a) del artículo 25º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por D.S. N.º 003-97-TR, argumentando “[...] haber utilizado indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo”; agrega que no se le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa al impedirle el ingreso a su centro de labores, vulnerándose, adicionalmente, sus derechos a la libertad de trabajo, al carácter irrenunciable de los derechos laborales y al debido proceso.

SERPOST S.A. contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente o infundada, alegando que no se ha afectado el debido proceso; que el despido del recurrente no viola su derecho al trabajo, ni tampoco el principio de legalidad; añadiendo que el despido fue justificado, sustentado en una decisión regular de la empresa, y que se le aplicó una sanción prevista en el Decreto Legislativo N.º 728 y el Reglamento Interno de Trabajo.

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado Civil de Lima, con fecha 11 de octubre de 2002, declara fundada la demanda ordenando la reposición del demandante, estimando que se vulneraron los derechos constitucionales de tipicidad, de inmediatez y de defensa, al no haberse precisado en la carta de aviso la falta grave imputada ni los detalles de los hechos atribuidos, más aún cuando existía una constatación notarial en la que constaba que los envíos pornográficos no habían sido ubicados en la computadora del demandante.