



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA FRENTE AL
QUIEBRE DEL EQUILIBRIO ENTRE LA NECESIDAD DE PERSECUCIÓN PENAL Y
LAS NORMAS DE GARANTÍA PROCESAL, QUE SE PRESENTA EN
EL PROCESO DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Línea de investigación: Análisis de las instituciones del derecho penal;
Realidad nacional, corrupción y Derecho Penal.

PRESENTADO POR:

- Bach. Alejandro Juakin Cardenas Galindo

URL Código ORCID:

<https://orcid.org/0009-0003-2092-6935>

- Bach Hans Junior Lezama Quispe

URL Código ORCID

<https://orcid.org/0009-0003-2857-6044>

Para optar al Título Profesional de Abogado

ASESOR: Abog. Boris Germain Mujica Paredes

URL CÓDIGO ORCID:

<https://orcid.org/0000-0002-3986-1057>



METADATOS

Datos del autor	
Nombres y apellidos	Alejandro Juakin Cardenas Galindo
Número de documento de identidad	70396563
URL de Orcid	https://orcid.org/0009-0003-2092-6935
Datos del autor	
Nombres y apellidos	Hans Junior Lezama Quispe
Número de documento de identidad	72659364
URL de Orcid	https://orcid.org/0009-0003-2857-6044
Datos del asesor	
Nombres y apellidos	Boris Germain Mujica Salazar
Número de documento de identidad	23944252
URL de Orcid	https://orcid.org/0000-0002-3986-1057
Datos del jurado	
Presidente del jurado (jurado 1)	
Nombres y apellidos	Mg. Fredy Zuñiga Mojonero
Número de documento de identidad	23817621
Jurado 2	
Nombres y apellidos	Mg. Bronny Werner Bautista Pari
Número de documento de identidad	46259307
Jurado 3	
Nombres y apellidos	Mg. Percy Velasquez Delgado
Número de documento de identidad	40077693
Jurado 4	
Nombres y apellidos	Dr. Antonio Salas Callo
Número de documento de identidad	23829484
Datos de la investigación	
Línea de investigación de la Escuela Profesional	Análisis de las instituciones del Derecho Penal; Realidad nacional, corrupción y Derecho Penal.



REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA FRENTE AL QUIEBRE DEL EQUILIBRIO ENTRE LA NECESIDAD DE PERSECUCIÓN PENAL Y LAS NORMAS DE GARANTÍA PROCESAL, QUE SE PRESENTA EN EL PROCESO DE

Submission date: 28-Nov-2023 10:22PM (UTC-0500)

Submission ID: 2241540918

File name: TESIS_FINAL,_ALEJANDRO_CARDENAS_HANS_LEZAMA_28.11.2023.docx (452.32K)

Word count: 42432

Character count: 232229

DELITOS CO

by Hans Junior Lezama Quispe



BORIS GERMAIN MUJICA PAREDES
ABOGADO
C.A.C. N° 2393



UNIVERSIDAD ANDINA DE CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA
FRENTE AL QUIEBRE DEL EQUILIBRIO ENTRE LA NECESIDAD
DE PERSECUCIÓN PENAL Y LAS NORMAS DE GARANTÍA
PROCESAL, QUE SE PRESENTA EN EL PROCESO DE DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Presentado por:

- ❖ Alejandro Juakin Cardenas Galindo
- ❖ Hans Junior Lezama Quispe

Para optar al Título Profesional de
Abogado

Asesor: Abogado Boris Germain
Mujica Paredes

Línea de Investigación:

Realidad nacional, corrupción y Derecho Penal.

CUSCO – PERÚ

2023

BORIS GERMAIN MUJICA PAREDES
ABOGADO
C.A.C. N° 2393



REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA FRENTE AL QUIEBRE DEL EQUILIBRIO ENTRE LA NECESIDAD DE PERSECUCIÓN PENAL Y LAS NORMAS DE GARANTÍA PROCESAL, QUE SE PRESENTA EN EL PROCESO DE DELITOS CO

ORIGINALITY REPORT

13% SIMILARITY INDEX	16% INTERNET SOURCES	2% PUBLICATIONS	11% STUDENT PAPERS
--------------------------------	--------------------------------	---------------------------	------------------------------

PRIMARY SOURCES

1	hdl.handle.net Internet Source	6%
2	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Student Paper	2%
3	repositorio.usanpedro.edu.pe Internet Source	2%
4	repositorio.uss.edu.pe Internet Source	2%
5	idoc.pub Internet Source	2%

Exclude quotes On
Exclude bibliography On

Exclude matches < 2%


BORIS GERMAIN MUJICA PAREDES
 ABOGADO
 C.A.C. N° 2393



Digital Receipt

This receipt acknowledges that **Turnitin** received your paper. Below you will find the receipt information regarding your submission.

The first page of your submissions is displayed below.

Submission author: Hans Junior Lezama Quispe
Assignment title: Varios
Submission title: REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA FR...
File name: TESIS_FINAL,_ALEJANDRO_CARDENAS_HANS_LEZAMA_28.11....
File size: 452.32K
Page count: 211
Word count: 42,432
Character count: 232,229
Submission date: 28-Nov-2023 10:22PM (UTC-0500)
Submission ID: 2241540918



BORIS GERMAIN MUJICA PAREDES
ABOGADO
C.A.C. N° 2393



DEDICATORIA

A Dios, sobre todas las cosas. A nuestros padres, Jacinto Lezama, Carmen Callañaupa y de la misma manera a Gladis Galindo y Rodolfo Cardenas, quienes nos han guiado durante nuestra etapa de formación con mucha paciencia y atención, buscando siempre formar personas y profesionales que sirvan a la sociedad. por su apoyo incondicional, motivación incesante y amor infinito.



AGRADECIMIENTO

Nuestro agradecimiento y gratitud a los docentes, tutores, fiscales y jueces quienes siempre estuvieron prestos a aportar conocimientos en pro del desarrollo de la presente investigación.

Agradecemos de forma especial al Dr. Boris Germain Mujica Paredes, Dr, David Lazo Gamarra y Abog. Victor Mamani Olivera, quienes creyeron en nosotros desde el principio y estuvieron presentes en todo el proceso de esta investigación con mucha paciencia y atención.

A todos aquellos que contribuyeron para la presentación de esta tesis.



ÍNDICE

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO	ii
ÍNDICE DE TABLAS.....	viii
RESUMEN.....	x
ABSTRACT	xi
CAPÍTULO I.....	1
1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1. Problema.....	1
1.1.1. Situación Problemática	1
1.1.2. Formulación del Problema	5
1.1.2.1. Problema General.....	5
1.1.2.2. Problemas Específicos	5
1.2. Objetivos de investigación.....	6
1.2.1. Objetivo General	6
1.2.2. Objetivos Específicos.....	6
1.3. Justificación.....	6
CAPÍTULO II.....	9
2. MARCO TEÓRICO.....	9
2.1. Antecedentes de la Investigación.....	9
2.1.1. Tesis	9
2.2. Bases Teóricas	19
2.3. Marco Conceptual	22
2.3.1. Prueba	22
2.3.2. Prueba Prohibida	22
2.3.3. Delito.....	22
2.3.4. Persecución del Delito	23
2.4. Hipótesis de trabajo.....	23
2.4.1. Hipótesis General	23
2.4.2. Hipótesis Específicas	23



2.5. Categorías De Estudio	24
CAPÍTULO III	26
3. MÉTODO	26
3.1. Diseño Método.....	26
3.1.1. Diseño de Investigación.....	26
3.1.2. Unidad de Análisis Temático.....	27
3.1.3. Muestra No Probabilística	27
3.1.4. Técnicas De Recolección, Procesamiento y Análisis de Datos.....	27
3.1.4.1. Técnicas	27
3.1.4.2. Instrumentos	28
CAPÍTULO IV	29
4. DESARROLLO TEMÁTICO	29
SUB CAPÍTULO I	29
4.1. LA PRUEBA Y LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL	29
4.1.1. El Proceso Penal	29
4.1.1.1. Objeto del Proceso Penal	30
4.1.1.2. Fines del Proceso Penal	30
4.1.2. La prueba en el Proceso Penal	32
4.1.2.1. Conceptualización de la prueba	32
4.1.2.2. Objeto de la prueba en el Proceso Penal	33
4.1.2.3. Órgano de prueba en el Proceso Penal	34
4.1.2.4. Medio de prueba en el Proceso Penal	35
4.1.2.5. El Derecho a la Prueba en Sentido Objetivo y Subjetivo	36
4.1.2.6. El derecho a probar como derecho fundamental	37
4.1.2.7. Límites al Derecho a la Prueba	38
4.1.2.8. Finalidad de la Prueba en el Proceso Penal	39
4.1.2.9. Importancia de la Prueba en el Proceso Penal	40
4.1.2.10. Sistemas de Valoración de la Prueba.....	40
4.1.2.11. Elementos para una decisión racional sobre la Prueba	42
4.1.3. La Prueba Prohibida.....	44



4.1.3.1. Conceptualización	44
4.1.3.2. Denominaciones	45
4.1.3.3. Diferencia entre prueba prohibida e irregular	46
4.1.3.4. Naturaleza Jurídica de Prueba Prohibida	48
4.1.3.5. Reglas de Exclusión de la prueba prohibida.....	51
4.1.3.5.1. Conceptualización.	51
4.1.3.5.2. Fundamentos de la Regla de Exclusión.....	52
4.1.3.5.3. Modelos de la Regla de Exclusión.....	53
A. Modelo Norteamericano	53
B. Modelo Euro-continental	54
4.1.3.6. Efectos de la Prueba Prohibida	56
4.1.3.6.1. La prohibición de admisión y de valoración de la prueba prohibida.....	56
4.1.3.6.2. La eficacia refleja de la prueba ilícita	57
4.1.3.7. Teoría sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba ilícita	59
4.1.3.7.1. Posturas favorables a su admisión y valoración.....	59
4.1.3.7.2. Posturas contrarias a su admisión y valoración.	60
4.1.3.8. Excepciones de la exclusión de la prueba Prohibida.....	62
4.1.3.8.1. Fuente Independiente.....	62
4.1.3.8.2. Descubrimiento inevitable	64
4.1.3.8.3. La conexión de antijuricidad.....	65
4.1.3.8.4. La excepción de buena fe.....	66
4.1.3.8.5. Nexos causal debilitado	67
4.1.3.9. Reglas de exclusión de la prueba prohibida y su tratamiento jurisprudencial en el proceso penal peruano	69
SUB CAPÍTULO II.....	91
4.2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	91
4.2.1. Consideraciones Previas	91
4.2.1.1. Corrupción	91
4.2.2. Características	93
4.2.3. Concepto de delito funcional	94
4.2.4. Bien Jurídico en delitos contra la administración pública	97



4.2.5.	La verdad y debido proceso en delitos contra la administración pública	98
4.2.6.	Persecución del penal	101
4.2.7.	Principales delitos cometidos contra la administración pública	104
4.2.7.1.	Concusión	104
4.2.7.2.	Colusión	105
4.2.7.3.	Peculado	108
4.2.7.4.	Cohecho Pasivo Propio	110
4.2.7.5.	Trafico De Influencias Enriquecimiento Ilícito	112
4.2.7.6.	Negociación compatible	114
SUB CAPÍTULO III		116
4.3.	NORMAS DE GARANTIA PROCESAL EN EL PROCESO PENAL Y LA PERSECUCIÓN DEL DELITO	116
4.3.1.	El Debido Proceso.....	117
4.3.2.	Garantía de tutela jurisdiccional	119
4.3.3.	El derecho a la presunción de inocencia.....	121
4.3.4.	La defensa procesal	123
5.	RESULTADOS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	130
5.1.	Resultados del Estudio	130
5.1.1.	Técnicas de instrumentos de recolección de información.....	131
5.1.2.	Resultado de las entrevistas.....	131
5.1.3.	Descripción de casos.....	148
5.1.3.1.	Caso Vladi Videos - Expediente N° 06-2001	148
5.1.3.2.	Caso Petro-Audios - Expediente N° 107- 2008.....	152
5.2.	Discusión y presentación de resultados	155
5.2.1.	Tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano	156
5.2.2.	Quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública	158
5.2.3.	Consideraciones para regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública	161



5.2.4. Regulación de la admisión de la prueba prohibida ante el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública.	163
CONCLUSIONES.....	167
RECOMENDACIONES.....	170
Lege ferenda	172
Referencia Bibliográfica	181
ANEXOS	190
A. Matriz de Consistencia	191
B. Entrevistas	192
C. Imágenes de entrevistas.....	194



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 2 Categorías y sub categorías	24
Tabla 1 Diseño de Investigación	26
Tabla 3 Entrevistas	131



En toda sociedad, grande o pequeña, acaecen hechos contrarios al bien común: homicidios, hurto, traición. Provisionalmente, podríamos dar a estos hechos el nombre de delitos. Su misma naturaleza, fundada en la oposición al bien común, demuestra que la sociedad, si quiere vivir, tiene que reaccionar contra ellos. Y a propósito, se desarrolla, en cierta medida, una verdadera lucha, como ocurre con las enfermedades.

(Carnelutti, 1952, pág. 2)



RESUMEN

La presente investigación intitulada “REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA FRENTE AL QUIEBRE DEL EQUILIBRIO ENTRE LA NECESIDAD DE PERSECUCIÓN PENAL Y LAS NORMAS DE GARANTÍA PROCESAL, QUE SE PRESENTA EN EL PROCESO DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” ha tenido su surge como parte de los estudios realizados en las aulas universitarias, reflexión que ha trascendido y permitido su estudio, desde una perspectiva doctrinaria, tanto de autores penalistas como de doctrina jurisprudencial de la Corte Superior como del Tribunal Constitucional, que aportan con información respecto de la admisión de la prueba prohibida, entendiendo que ningún derecho es absoluto y por ende encuentra limitaciones, ello, respaldado por teorías como aquellas que se fundamentan en la buena fe y ponderación de intereses.

Esta investigación ha tenido como objetivo: Explicar de qué manera la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida repara el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública; ha sido desarrollada empleando el enfoque cualitativo, tipo de investigación jurídica propositiva y el nivel de investigación fue el básico o teórico; la técnica empleada fue el estudio de casos y la entrevista.

Palabras clave: Prueba prohibida, persecución penal, garantía procesal, delitos contra la administración pública.



ABSTRACT

The present investigation entitled "REGULATION OF THE ADMISSION OF PROHIBITED EVIDENCE AGAINST THE BREAKDOWN OF THE BALANCE BETWEEN THE NEED FOR CRIMINAL PROSECUTION AND PROCEDURAL GUARANTEE STANDARDS, WHICH OCCURS IN THE PROCESS OF CRIMES AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION" has arisen as part of the studies carried out in university classrooms, a reflection that has transcended and allowed its study, from a doctrinal perspective, both by criminal authors and jurisprudential doctrine of the Superior Court and the Constitutional Court, which provide information regarding the admission of the prohibited test, understanding that no right is absolute and therefore finds limitations, this, supported by theories such as those that are based on good faith and weighting of interests.

This investigation has had as objective: Explain how the regulation of the Admission of Prohibited Evidence repairs the break in the balance between the need for criminal prosecution and the rules of procedural guarantee that occurs in the process of crimes against public administration; It has been developed using the qualitative approach, type of proactive legal research and the level of research was basic or theoretical; The technique used was the case study and the interview.

Keywords: Prohibited evidence, criminal prosecution, procedural guarantee, crimes against public administration.



CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACIÓN

1.1. Problema

1.1.1. Situación Problemática

Las primeras manifestaciones del ser humano se han orientado a buscar la equidad con su prójimo, “hablar con la verdad, y juzgar en sus tribunales siempre con apego a la verdad” (Zacarías 8:15, 1960); ello ha motivado que en la actualidad el ser humano procure alcanzar la justicia tomada de la mano de la verdad.

Desde una perspectiva legal, el Derecho ha diseñado un ordenamiento jurídico sustantivo y material que tutela derechos y regula conductas del ser humano; así, el Derecho Penal se orienta a sancionar -carácter punitivo- las conductas delictivas, y el Derecho Procesal Penal establece reglas procesales orientadas a la persecución de delito y desarrollo del proceso.

El Perú, cuenta con un Código Procesal Penal, en el que se regula el desarrollo del proceso penal, y como parte de él, las facultades del Ministerio Público, entidad encargada de la persecución de los delitos, sin embargo, en el ejercicio de sus funciones durante el proceso penal encuentra ciertas limitaciones a nivel probatorio, que inciden en que no todos los delitos lleguen a ser sancionados, y son archivados en mérito a la actividad probatoria relacionada con la exclusión de la prueba prohibida (amparándose en la protección del derecho a la libertad).



Esta situación ha dado lugar al quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal, evidenciándose en muchos casos, la primacía de los intereses personales del imputado por sobre el interés común de la sociedad, cuando se trata de delitos contra la administración pública.

El proceso penal peruano cuenta con diferentes etapas procesales entre las que se encuentra la etapa de investigación preliminar y preparatoria, la intermedia y la de Juzgamiento, todas ellas orientadas a sancionar las conductas delictivas sobre la base de la actividad probatoria; la misma que requiere que los medios probatorios a ser actuados sean pertinentes, conducentes, idóneos e útiles, y de acuerdo a la postura adoptada, la obtención de medios probatorios se debe realizar sin vulnerar derechos fundamentales o transgrediendo normas constitucionales, de lo contrario estaremos frente a una prueba prohibida.

Los medios probatorios en el proceso penal, se orientan al establecimiento de la verdad material y para ello se contempla la libertad probatoria, entendida como:

El principio de libertad probatoria se enmarca desde dos dimensiones, el de la libertad de medios de prueba y de la libertad de objeto, la libertad de medios de prueba permite la utilización de cualquier medio probatorio, salvo claro está, los expresamente prohibidos. En ése sentido se permiten no solo los medios de prueba establecidos en la Ley, sino también cualquier otro que no esté previsto expresamente, siempre que no se supriman las garantías y facultades de la persona. (Zamora Acevedo, 2014, pág. 147)



Desde una perspectiva procesal:

Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente pueden utilizarse otros distintos siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por Ley. (Código Procesal Penal Peruano, 2009, pág. 103).

Como se puede advertir, la libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en la actividad probatoria, pues éste se concibe como una forma de seguro de la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.

Según nuestra legislación, en la actividad probatoria la prueba prohibida tiene un papel de trascendental importancia para la persecución de delito, sin embargo, en el Código Procesal Penal específicamente en el artículo 159 se establece que; “El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración de contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

El artículo en mención recoge la teoría que sustenta las reglas de exclusión de la prueba prohibida, la misma que se orienta, creemos de forma positiva a evitar la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, pero con ello, se habilita la posibilidad de limitar la persecución de delito, ésta última entendida como:

“La acción orientada a la comprobación de la comisión de hechos delictivos o a la identificación de sus responsables por parte de la autoridad o el funcionario



público”. (Real Academia Española, 2020) tomando como referencia el artículo 408 del Código Penal español.

Del contenido del artículo 159 del Código Procesal Penal y su contrastación con la realidad peruana se advierte que bajo la utilización de esta fórmula jurídica ha habido casos en los que se advertía la comisión de delitos contra la administración pública, como son los casos de los Petroaudios y las Agendas de Nadine, en los que aplicando la reglas de exclusión de la prueba prohibida, no se llegó a investigar y con ello se originó la absolución de los autores, generando impunidad y limitando la persecución penal a cargo de los operadores de justicia penal.

De estos casos, se puede apreciar un quiebre del equilibrio que se busca al edificar un sistema jurídico penal orientado a la persecución penal frente a los delitos - delitos contra la administración pública- y las normas de garantía procesal con que cuentan los imputados, prevaleciendo el interés personal por sobre el interés social o público, más aún cuando se tratan de procesos penales en los que se investigan la comisión de delitos contra la administración pública cuyos bienes jurídicos son de interés social o público.

A fin de evitar este tipo de consecuencias procesales, que tienen trascendencia socio económica por recurrir a la exclusión de la prueba prohibida como principal opción para generar impunidad en los delitos contra la administración pública, con la presente investigación buscamos regular la admisión de la prueba prohibida con carácter excepcional, identificando los fundamentos jurídicos para su regulación en el proceso penal para delitos contra la administración pública, de tal forma que



coadyuvaremos a que los operadores del Derecho puedan perseguir el delito e impartir justicia efectiva (Poder Judicial).

1.1.2. Formulación del Problema

1.1.2.1. Problema General

¿De qué manera la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida repara el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública?

1.1.2.2. Problemas Específicos

1. ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?
2. ¿De qué manera se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública?
3. ¿Qué razones se deben considerar para regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública?



1.2. Objetivos de investigación

1.2.1. Objetivo General

Explicar de qué manera la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida repara el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública.

1.2.2. Objetivos Específicos

1. Describir el tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano.
2. Explicar la manera en que se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública.
3. Establecer las razones por las que se debe regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública.

1.3. Justificación

La justificación al presente tema de investigación comprende:



a) Conveniencia

La presente investigación es conveniente porque servirá para conocer el marco teórico y normativo relacionado a la prueba prohibida en el proceso penal y alcanzar fundamentos que permitan aplicar excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida, con el fin de no limitar la persecución de delitos contra la administración pública.

b) Relevancia Social

La presente investigación tiene relevancia social, ya que los resultados beneficiaran a la sociedad en conjunto, al ser ella la más interesada en la persecución de los delitos contra la administración pública que afecta bienes jurídicos sociales o públicos; pues la aplicación de las reglas de exclusión de la prueba prohibida debería tener excepciones.

c) Implicaciones prácticas

La presente investigación ayudará a resolver el problema de que se presente en el escenario del proceso penal, específicamente el referido a los medios probatorios, permitiendo que la aplicación de las reglas de exclusión de la prueba prohibida no sea absoluta.



d) Valor teórico

La información que se obtenga de este estudio, al ser de carácter jurídico (institución propia del procesal penal), servirá para contribuir y complementar los conocimientos teóricos de la prueba prohibida aplicada en el proceso penal peruano.

e) Utilidad Metodológica

La metodología empleada de tipo jurídica propositiva, sugiere la forma de estudiar adecuadamente el tema de las reglas de exclusión de la prueba prohibida; por tanto, servirá de referente para realizar otras investigaciones relacionadas al tema abordado.



CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

2.1.1. Tesis

Nacionales

TEMA: “EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS, EN EL PROCESO PENAL PERUANO”

AUTORES: Apolinario Rosales Lidiana Miriam

Valdiviezo Ocospoma Katherine Marcela

GRADO OPTATIVO: Título Profesional de Abogado

UNIVERSIDAD: Cesar Vallejo

PAIS: Perú

AÑO: 2018

(Apolinario & Valdiviezo, 2018) realizaron la tesis titulada “**EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS, EN EL PROCESO PENAL PERUANO**”, el objetivo fue determinar si en el proceso penal peruano se admite las pruebas ilícitas bajo la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita en los delitos cometidos por funcionarios públicos; el tipo de



investigación fue básica, y el nivel descriptivo, diseño no experimental en su forma transversal o transeccional, el universo de población estuvo representado por 06 casos de tipo no probabilística. En esta investigación los autores de la tesis llegaron a la conclusión que: **i)** Los fundamentos aplicados para la admisión de las pruebas ilícitas en los delitos cometidos por funcionarios públicos, están relacionados con el desarrollo de excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Sin embargo, es menester precisar que no es profuso la concurrencia de todas las excepciones desarrolladas en el marco teórico tan solo se ha logrado advertir que se han desarrollado los siguientes: Principio de buena fe, ponderación de intereses y fuente independiente; con lo que se concluye que la actuación de la prueba ilícita en los delitos cometidos por funcionarios públicos se encuentra supeditado al criterio del juzgador, toda vez que a nivel jurisprudencial, doctrinario y normativo no existe consenso sobre la admisión o exclusión sobre estos tipos de prueba; **ii)** Respecto a la ponderación de intereses, se puede concluir que los jueces penales al momento de evaluar la admisión de una prueba ilícita bajo la aplicación de alguna excepción a la regla de exclusión, si se desarrolla la ponderación de intereses, teniéndose en cuenta la finalidad del proceso penal y persecución penal en los casos de delitos cometidos por funcionarios públicos.

TEMA: “NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.”

AUTORES: Ortiz Ramirez, Paola Elizabeth



Pinglo Capuñay, Luis Felipe

GRADO OPTATIVO: Título Profesional de Abogado

UNIVERSIDAD: Señor de Sipán

PAIS: Perú

AÑO: 2016

(Ortiz & Pinglo, 2016) realizaron la tesis titulada “**NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**”; el objetivo es investigar, analizar, complementar y proponer, la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para los delitos contra la administración pública; el tipo de investigación fue descriptivo y explicativo, y el tipo de análisis es Mixto (cualitativa y cuantitativa), para ello emplearon el instrumento y técnica de encuestas, el universo de población estuvo representado por Operadores del Derecho, considerándose a los Jueces, Fiscales y Comunidad Jurídica de los abogados penalistas de Lambayeque con un total de 172 operadores jurídicos. **Concluyendo:** i) El problema de la admisión y valoración de una prueba ilícita en el proceso penal peruano para sancionar los delitos contra la administración pública, ha generado posiciones contrarias entre nuestros Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica, debido a que unos sostienen y proponen la admisión de una prueba prohibida mediante el uso de excepciones a la regla de exclusión probatoria, en aras de priorizar los derechos constitucionales de la Sociedad Peruana, mientras que otros proponen y defienden su rechazo, debido a que tales



Planteamientos Teóricos significarían un claro atentado contra los derechos fundamentales del imputado y un debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho. **ii)** En nuestra realidad social urge su flexibilización mediante la modificación, incluyendo aquellos Planteamientos Teóricos que promueven la utilización de una prueba ilícita en el proceso penal para sancionar los delitos contra la administración pública, optando por el Sistema Reglado como forma de regular las excepciones a la regla de exclusión probatoria, pues así se evitará transgredir el principio de reserva de ley, limitar razonada y proporcionalmente los derechos fundamentales de los imputados, y no generar fallos contradictorios e inseguridad jurídica como ocurre en la actualidad.

TEMA: “LA FIABILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA COMO FUNDAMENTO PARA SU ADMISIÓN O EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL, PERÚ – 2020”

AUTOR: Javier Villegas Málaga

GRADO OPTATIVO: Título para optar el grado de Magíster en Derecho Procesal

UNIVERSIDAD: Pontificia Universidad Católica del Perú

PAIS: Perú

AÑO: 2010



(Villegas, 2020) realizó la tesis titulada “**LA FIABILIDAD DE LA PRUEBA PROHIBIDA COMO FUNDAMENTO PARA SU ADMISIÓN O EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL, PERÚ – 2020**”; el objetivo es de proponer un modelo sencillo de comprender y aplicar, un modelo de admisión de la prueba prohibida con un tipo de justificación diferente, un modelo justificado en la fiabilidad de la prueba tanto para los operadores del derecho como para la ciudadanía en general, el mismo que busca lograr una mayor transparencia en la administración de justicia y sobre todo ser una herramienta útil para el derecho; el tipo de investigación fue descriptivo, explicativo y comparativo, y el tipo de análisis es cualitativa, para ello analizaron de la explicación de los dos modelos teóricos que mayor repercusión han tenido en nuestro medio: el modelo norteamericano y el euro continental. **Concluyendo: i).** El uso de la regla de exclusión probatoria, así como el uso de la doctrina del fruto del árbol envenenado no es (ni puede ser) absoluta, esta no puede prevalecer sobre todos los demás derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos; **ii)** El uso desmedido de la figura de la prueba prohibida genera claras injusticias y distorsiona el sistema constitucional, dado que privilegia la prevalencia de este «derecho» en detrimento de otros derechos fundamentales, afectando el derecho fundamental de las víctimas a conocer la verdad y encontrar justicia, afectando el derecho fundamental a probar entendido como parte esencial del derecho fundamental al debido proceso.

Internacionales

TEMA: “PRUEBA PROHIBIDA: UN DILEMA Y ALGUNAS PARADOJAS. ANÁLISIS DE PERSPECTIVA”



AUTORES: Margarita Simarro Pedreira

GRADO OPTATIVO: Título para optar el grado de Doctor

UNIVERSIDAD: Universidad de León

PAIS: España

AÑO 2018

(Simarro, 2018) realizó la tesis titulada “**PRUEBA PROHIBIDA: UN DILEMA Y ALGUNAS PARADOJAS. ANÁLISIS DE PERSPECTIVA**” el objetivo fue determinar si en el proceso penal español la prueba prohibida termina siendo determinante respecto del proceso y así mismo si existe un dilema del fondo de la misma, el tipo de investigación fue básica y el nivel descriptivo, diseño no experimental en su forma transversal o transeccional, el universo de población estuvo representado por 06 casos de tipo no probabilística. **Concluyendo: i)** De las excepciones que afectan a la conexión entre la prueba originaria y la derivada, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y la conexión de antijuridicidad, se pueden extraer varias críticas. a) La fuente independiente: se puede decir que, en términos estrictos, no se trataría de una verdadera excepción puesto que si se da validez a una prueba que es independiente de la contaminada esa prueba no surgiría de un árbol contaminado si no de uno que está sano, además de la complejidad que supone la identificación de ese grado de independencia respecto de la prueba viciada que lleva a considerar que es el juzgador quien, subjetivamente, determina esa desconexión. b) El descubrimiento inevitable: puede considerarse una perfección de la fuente



independiente y se basa en una hipótesis, un supuesto de lo que hubiera podido pasar si no se hubiera producido la vulneración, lo que significa que se están utilizando criterios basados en presunciones imaginativas muy alejados de aquellos que se deberían de utilizar con contenido legal y procesal. c) La conexión de antijuridicidad: Es la excepción que ha sido más criticada. Su imprecisión y su construcción compleja y artificiosa hace muy difícil en la práctica determinar cuándo es de aplicación, en concreto cuando se trata de prueba electrónica la dificultad se acrecenta debido a las propias particularidades del entorno digital cuyo ámbito es también complejo e igualmente impreciso y relega a un segundo plano el derecho a la presunción de inocencia. ii); Las excepciones que afectan directamente a la prueba prohibida, la buena fe, la admisión de pruebas prohibidas obtenidas por un particular, la ponderación de intereses y la ruptura de la cadena de custodia (como posible excepción implícita), son las que más daño han hecho a la prueba prohibida al constituir un ataque directo sobre la propia regla de exclusión y las que dejan sin contenido tanto a los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, protegidos por ella como a lo explicitado en el art. 11.1 de la LOPJ. Todas ellas criticables por la inseguridad jurídica que suponen debido a la una transacción derivada de un sistema jurídico muy diferente al nuestro. La ponderación de intereses, al igual que la buena fe ha sido utilizada, hasta tiempos recientes, como complemento de otras excepciones para reforzar el argumento de admisión de pruebas prohibidas y, de manera implícita, en casos mediáticos para salvaguardar el interés público (STS 587/2014, de 18 de julio, el caso de los niños de Córdoba o caso Bretón) . Basada en el criterio norteamericano del Balancing test y utilizada también en otros países de nuestro entorno, el TC ha dado luz verde para su



aplicación directa con la STC 97/2019, de 16 de julio, resolutoria del recurso de amparo interpuesto contra la STS 116/2017, de 23 de febrero antedicha, alegando que es perfectamente compatible con lo estipulado en el art. 11.1 de la LOPJ y reforzando el criterio de la aportación de pruebas prohibida por particulares.

TEMA: “PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA PERIODO 2014-2016”

AUTORES: Rodrigo Bernardo Nazzal Morgues

GRADO OPTATIVO: Título Profesional de Abogado

UNIVERSIDAD: Universidad de Chile

PAIS Chile

AÑO: 2017

(Nazzal, 2017) realizó la tesis titulada “**PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA PERIODO 2014-2016**”, el objetivo fue la de establecer qué se entiende por prueba ilícita, cuáles son las diversas clases de pruebas ilícitas que se han establecido en doctrina, indicar claramente cuáles son los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico con el establecimiento de esta institución; el tipo de investigación fue básica, y el nivel descriptivo, diseño no experimental en su forma



transversal o transeccional, el universo de población estuvo representado por 31 sentencias dictadas de tipo no probabilística. **Concluyendo:** **i)** La correcta aplicación de esta garantía secundaria resulta de suma importancia para la vigencia del Estado Democrático de Derecho en el que vivimos, tanto desde el punto de vista constitucional de respeto y promoción de los derechos y garantías fundamentales que emanan de la dignidad de las personas, como también desde la perspectiva de los fines del proceso penal, donde se busca una adecuada ponderación entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos fundamentales del imputado dentro del proceso; **ii)** Por esta razón, no resulta válido su meticulosa y adecuada aplicación, pues estamos ante un arma de doble filo capaz de lesionar gravemente el Estado de Derecho desde dos puntos de vista: Por un lado, su supra aplicación nos lleva a altos niveles de impunidad penal, impidiendo la sanción en aquellos casos en que se contravienen las normas sustantivas de esta rama del derecho; por el otro, su infra aplicación nos lleva a desconocer los derechos de los intervinientes dentro del proceso, obteniendo la verdad a cualquier costo, habiendo una infracción por parte del Estado de los derechos y garantías que él mismo reconoció y se propuso proteger en nuestra Constitución.

TEMA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA,
ESTUDIO COMPARADO CON LA ACTUALIDAD MEXICANA.

AUTOR: Fernando Alday López Cabello

GRADO: Título para optar el grado de Doctor en Derecho. Economía y Empresa.

UNIVERSIDAD: Universidad de Girona.



PAIS: España

AÑO: 2018

(López, 2018) realizó la tesis titulada “LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA, ESTUDIO COMPARADO CON LA ACTUALIDAD MEXICANA”; el objetivo de la investigación está orientado a la comparación de la construcción, interpretación y desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita en ambos sistemas jurídicos; el tipo de investigación fue comparativo, y el tipo de análisis es cualitativa. Concluyendo: i). El proceso penal moderno implica el reconocimiento y respeto de diversos derechos y garantías, siendo la materia probatoria uno de los principales escenarios donde destaca la necesidad de este reconocimiento. Este respeto debe mantener en equilibrio el interés del Estado, representado por la efectiva persecución penal y la protección de los derechos del individuo; ii) La identificación de los límites a la prueba debe abordarse a partir de una decisión que busque el equilibrio de los intereses en conflicto. La inclinación por la tutela de un interés sobre otro se manifiesta como un límite al ejercicio de la actividad probatoria. Este límite puede presentarse como una prohibición de carácter general o en una prohibición específica, como en el supuesto de la regla de exclusión.



2.2. Bases Teóricas

Prueba Prohibida

José María Asencio Mellado, citado por Gutiérrez, define:

Por prueba ilícita ha de entenderse la obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento o, en fin, en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva a acudir a otras categorías”. (Gutiérrez, 2014)

Por su parte; Rosas Yataco señala que, “La prueba ilícita es aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, cuanto a la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”.

En cuanto a la terminología a nivel doctrinario como jurisprudencial las denominaciones que se utilizan distan de ser uniformes; frecuentemente se utiliza el término de “prueba prohibida”, sin embargo, también se emplean términos como “prueba ilegal”, “ilegalmente obtenida”, “prueba inconstitucional”, “prueba nula”, “prueba viciada”, “prueba irregular”, “prueba ilegalmente obtenida”, entre otras.



No obstante, en nuestro país en senda jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Corte Suprema los términos más usados son los de “prueba prohibida” o “prueba ilícita”; referente a ello es que el Tribunal Constitucional en el caso Quimper Herrera (STC N° 00655-2010-HC/TC) empleó el término de “prueba prohibida”, por otra parte, en el caso Lastra Quiñones (STC N° 02053-2003-HC/TC) se utilizó el término de “prueba ilícita”, ya para concluir esté apartado de denominaciones, siendo de vital trascendencia es que en el Acuerdo Plenario de Jueces Superiores 2004 se propuso que la prueba ilícita o prueba prohibida son sinónimos; ello nos permite colegir que en el presente materia de investigación las denominaciones más apropiadas y relevantes son la de prueba prohibida y prueba ilícita, ello conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales y la doctrina nacional.

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

Si bien la regla de exclusión de la prueba ilícita se ha universalizado, lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de cual sea la explicación que ofrezca acerca de su fundamento. Pues el indagar por el fundamento de la regla de exclusión de la regla de exclusión de la prueba prohibida, no es una simple cuestión teórica, sino que por el contrario reviste una importancia trascendental en lo referente a los alcances o



restricciones que pueda dársele a dicho instituto en proceso penales concretos. (Miranda, 2010)

Delitos contra la Administración Pública

Los delitos contra la administración pública, “son delitos caracterizados por posiciones subjetivas de derecho, esto es, por condiciones subjetivas expresadas a través de elementos normativos de las proposiciones jurídico-penales” (Portomeñe, 2003, p. 340)

De manera que, el parámetro referido al elemento de la autoría prevista en cada uno de los tipos penales previstos en el Código Penal en tanto se halla vinculado con el ejercicio de la función pública. Es por ello que, se debe considerar la participación en el ejercicio funcional. Según refiere Mezger, la cualificación de funcionario debe definirse, por ello, como un elemento normativo – jurídico de la figura penal.

El Código Penal, regula la participación en el artículo 23, al señalar:

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo comentan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción. (Código Penal, 1991)

De donde se advierte que, de acuerdo al sistema binario o diferenciador (que sigue el Código Penal) regular formas de intervención criminal.



2.3. Marco Conceptual

2.3.1. Prueba

Todo aquello que tiene mérito suficiente y necesario para que en su calidad de medio, elemento o actividad de prueba pueda formar en el Juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta que se produjo durante el proceso y de este único modo desvirtuar la presunción de inocencia (Flores, s/n)

2.3.2. Prueba Prohibida

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la prueba prohibida es un derecho fundamental que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de un apersona. (Sentencia Tribunal Constitucional Exp. 655-2010- PHC/TC)

2.3.3. Delito

Es definido como una conducta, acción u omisión típica (tipificada por la ley), antijurídica (contraria a Derecho), culpable y punible.



2.3.4. Persecución del Delito

La persecución penal es la acción que desarrolla el Ministerio Público como ente investigador del Estado, para perseguir a la persona que ha participado en la comisión de un hecho delictivo de acción pública, portando los medios de investigación y la prueba correspondiente para llevarlo a juicio penal para buscar una condena. Hipótesis de trabajo.

2.4. Hipótesis de trabajo

2.4.1. Hipótesis General

La manera en que la regulación de la admisión de la prueba prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal, que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública es, mediante el establecimiento de excepciones que permitan incorporar pruebas al proceso en el que se ventila este tipo de delitos, a fin de contar con pronunciamientos de fondo y evitar la impunidad.

2.4.2. Hipótesis Específicas

1. El tratamiento jurisprudencia de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el Perú se ha desarrollado en el Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004, en el que se deja a salvo la admisión para valorar la aplicación de excepciones a la exclusión de la prueba prohibida; sin embargo, los



jueces de nuestro país son renuentes a considerar estas excepciones al momento de emitir sentencias.

2. El quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública, se da en el momento en que se aplican las reglas de exclusión de la prueba prohibida, evitando un pronunciamiento de fondo pese a la persecución del delito por parte del Ministerio Público.

3. Las razones que se deben considerar para admitir la prueba prohibida en los delitos contra la administración pública en el Perú, son razones de orden jurisprudencial señaladas por el Tribunal Constitucional, y razones de orden teórico-doctrinarias que contemplan supuestos como excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida.

2.5. Categorías De Estudio

La presente investigación enfoca su análisis en las dos categorías

Tabla 1 Categorías y sub categorías

Categorías	Sub categorías
------------	----------------



Prueba Prohibida	<ul style="list-style-type: none">- Concepto- La Prueba• Objeto• Órgano• Derecho a prueba• Prueba prohibida- Conceptualización- Denominaciones- Naturaleza jurídica- Reglas de exclusión- Efectos
Persecución de Delito contra la administración pública	<ul style="list-style-type: none">- Consideraciones previas- Delito contra la administración pública- Delito funcional- Bien jurídico- Persecución Penal- Principales delitos
Normas de garantía procesal en el Procesal Penal	<ul style="list-style-type: none">- Debido proceso- Garantía de tutela jurisdiccional- Derecho a la presunción de inocencia- Defensa procesal



CAPÍTULO III

3. MÉTODO

3.1. Diseño Método

3.1.1. Diseño de Investigación

El diseño de la presente investigación se precisa a continuación:

Tabla 2 Diseño de Investigación

Enfoque de la investigación	Cualitativo: Puesto que el estudio se basa fundamentalmente en la descripción y la argumentación antes que en mediciones datos estadísticos.
Tipo de Investigación	Jurídica propositiva: Porque se realizará una investigación de una institución propia del derecho procesal, como es la prueba -prohibida-, orientada a alcanzar una propuesta legislativa para aplicar excepciones a la aplicación de la prueba prohibida (Según Clasificación de (Aranzamendi, 2015)
Nivel de Investigación	Básica: Porque se analizará y explicará el desarrollo doctrinario y legislativo de instituciones jurídicas, a fin de contribuir con el desarrollo de la ciencia del Derecho, específicamente Derecho Procesal Penal.



3.1.2. Unidad de Análisis Temático

La presente investigación enfoca su análisis en las dos categorías de estudio:

- i) Prueba prohibida; ii) Persecución de Delitos contra la Administración Pública

3.1.3. Muestra No Probabilística

Para la muestra no probabilística se ha considerado importante recoger la opinión de entendidos en el tema de tesis, en ese entendido, tomaremos como muestra no probabilística un grupo de 9 personas, de los cuales 03 serán abogados dedicados a la actividad jurisdiccional (Juez) Jueces Especializados en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco), 03 docentes de la especialidad de Derecho Procesal Penal y 03 abogados dedicados a la defensa y/o litigio.

3.1.4. Técnicas De Recolección, Procesamiento y Análisis de Datos

3.1.4.1. Técnicas

a) Análisis documental

Utilizar la información cualitativa de documentos escritos, recopilada en artículos científicos, libros, leyes seleccionando los aspectos que interesan a las categorías en estudio.

b) Análisis interpretativo normativo



c) Entrevista

Aplicaremos una entrevista que contiene una serie de preguntas con la finalidad analizar y describir el tema materia de investigación.

3.1.4.2. Instrumentos

- a) Ficha de análisis documental, bibliográfica y hemerográfica (artículo de revista, periódico).
- b) Ficha de análisis interpretativo normativo
- c) Guía de preguntas.



CAPÍTULO IV

4. DESARROLLO TEMÁTICO

SUB CAPÍTULO I

4.1. LA PRUEBA Y LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL

4.1.1. El Proceso Penal

El proceso es el medio que establece la ley para lograr la pretensión punitiva del Estado. Mediante el proceso, el órgano jurisdiccional del Estado realiza su función. El Estado necesita del proceso para juzgar, no puede hacerlo directamente, pues como dice Fenech “únicamente Dios no necesita del proceso para juzgar”. (García Rada, 2012, p. 15)

El proceso penal, es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional, por lo tanto, es definido como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción. (San Martín Castro C. E., 2000, p. 313)

Entre las labores realizadas por los sujetos que participan en el proceso, se encuentran las realizadas por el fiscal, quien, además de ser defensor de la legalidad, se encarga de la persecución del delito.



4.1.1.1. Objeto del Proceso Penal

El proceso penal, diseñado para sancionar conductas punibles, tiene como objeto, el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”. (Ramirez, 2018, p. 34).

Lo que señala el autor citado, es que, según Giovanni Leone, se cuenta con “un objetivo general, esto es el conflicto entre el derecho subjetivo del Estado a castigar y el derecho de libertad del ciudadano. Existe un objeto específico (que es) el conflicto entre el derecho subjetivo de castigar del Estado y el derecho de libertad del individuo en relación a una imputación determinada.” (Ramirez, 2018, p.34)

4.1.1.2. Fines del Proceso Penal

El fin principal del proceso penal, según Garcia Rada, “es la represión del hecho punible mediante la imposición de la pena. Para restablecer en su integridad el orden social, debe cumplirse un fin secundario: la reparación civil a la víctima del delito” (Garcia, 1984, p. 17)

Para alcanzar esta finalidad y lograr el restablecimiento del orden social alterado con su comisión, tenemos que en el proceso penal se persigue:

1. **La Declaración de Certeza**; es la culminación del proceso y se refiere al juez a quien corresponde confrontar el hecho real y concreto de la denuncia con la



norma penal. De esta confrontación nace una afirmación: la comisión del delito. Sólo al concluirse la instrucción se sabe si ha existido delito y quién es el autor.

2. **La Investigación de la Verdad Legal;** diversos medios probatorios sirven para alcanzarla. Con las pruebas, el juez se forma criterio acerca de la veracidad o falsedad de los cargos que se formulan.

Desde la denuncia hasta la sentencia y pasando por etapas, el Juez llega de la ignorancia absoluta hasta la evidencia; al comenzar el proceso ignoraba todo lo relativo a la denuncia; al concluirlo tiene criterio formado y exacto acerca del hecho y de su autor: Empieza por la posibilidad (es posible que el delito exista y el denunciado sea su autor). Luego viene la probabilidad en la búsqueda de la verdad, las posibilidades se desechan o se aceptan y cada una aporta un elemento a favor o en contra de la denuncia. La evidencia es la última etapa a la cual se llega después de pasar por la posibilidad y la probabilidad. Constituye la certidumbre a la cual todo juez debe aspirar.

Este proceso a veces largo y dispendioso, nos lleva a la verdad, no la absoluta sino la legal, la que es producto de la investigación judicial. La Verdad Legal es la que aparece en el proceso penal como resultado de la prueba, tiene una variable proporción de error, inevitable en toda obra humana; para salvarlo existe la revisión de los procesos penales. la Verdad Absoluta sólo la tiene Dios, pues es la Verdad misma.

3. **Individualizar al delincuente;** Al denunciarse el delito, se señala a quien aparece como presunto autor. Pero esta finalidad persigue algo más: debe estudiarse al hombre que se juzga sus calidades personales, reacciones frente a



los estímulos sociales, su conducta anterior y posterior al delito, educación recibida, hogar en que ha vivido, motivo determinante del delito, móvil honorable o inexcusable, etc. Estos datos son necesarios para señalar la pena exacta, puesto que el C.P. al fijar las penas topes, concede al juzgador la facultad de aumentarla o disminuirla según el resultado de la apreciación que haga acerca de la persona del responsable. (art. 51 C.P.). (Guillen Sosa, 2001, p. 38)

Según lo antes descrito, el proceso penal tiene como objeto, el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; siendo su principal finalidad la represión del hecho punible mediante la imposición de la pena.

Para establecimiento de la responsabilidad penal y la imposición de una pena, ante la comisión de un delito, como en los delitos contra la administración pública, es relevante el tema probatorio, dentro del cual se abordan aspectos como el de la prueba prohibida, materia de estudio en la presente investigación.

4.1.2. La prueba en el Proceso Penal

4.1.2.1. Conceptualización de la prueba

La prueba es toda aquella actividad que realizan las partes en el proceso, en el marco de la ley, de las garantías y principios que la Constitución prevé, va encaminada a convencer o crear convicción en el juez, respecto de la certeza o veracidad de las afirmaciones postuladas, (Castillo, 2014, p. 36).



Por su parte, Hernando Devis Echandia considera a la prueba como “el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios probatorios se deducen”.

Mixán Más puntualiza a la prueba, como aquella actividad cognoscitiva metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal. (Mass, 1996, pág. 303)

Atendiendo a los conceptos planteados anteriormente se puede inquirir que la prueba en el desarrollo del proceso cumple un rol fundamental, toda vez que, a través de elementos fácticos u objetivos direccionarán el rumbo del proceso, proporcionando convencimiento de la existencia de un hecho y coadyuvando a que el Juez pueda emitir una decisión razonable, clara y precisa sobre los hechos en litigio, en aras del descubrimiento de la verdad de los hechos investigados.

4.1.2.2. Objeto de la prueba en el Proceso Penal

Para Mixán Más: “Objeto es el ente sobre el cual se concentra la actividad cognoscitiva; puntualizando que es todo aquello que constituye materia de la actividad probatoria” citado por (Castillo, La Prueba Prohibida, 2014, p. 37).



Por su parte Domingo García Rada puntualiza sobre el objeto de la prueba; “Como el delito constituye una alteración al mundo exterior, el objeto de la prueba será demostrar que esa modificación se ha realizado a consecuencia de un acto del hombre y como resultado de esta acción ilícita, se ha alterado el mundo circundante, causándose perjuicio en la persona o en su patrimonio. Los hechos a probar comprenden: a) actos materiales en que ha intervenido la actividad humana; b) los hechos de la naturaleza; c) las cosas u objetos del hombre, como son documentos; d) los estados o hechos psíquicos del hombre, como es la voluntariedad en su proceder”. (García, 2021, p. 190)

4.1.2.3. Órgano de prueba en el Proceso Penal

Neyra Flores, afirma que: “Se constituye en órgano de prueba, la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso, constituyéndose así en intermediario entre el juez y la prueba. Son así órganos de prueba, las personas que transmiten de modo directo el dato objetivo”, como se citó en (Castillo, La Prueba Prohibida, 2014).

Por su parte Domingo García Rada sostiene que, “La persona física intermediaria que se interpone entre el objeto de la prueba y el juez, y que suministra a éste el conocimiento que proporciona el objeto de prueba, se llama “Órgano de Prueba”. (García, 2021, p. 198)



4.1.2.4. Medio de prueba en el Proceso Penal

Para Jorge Clariá Olmedo; “Se entiende por medio de prueba al procedimiento destinado a poner el objeto de prueba al alcance del juzgador, se trata de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficiencia para el descubrimiento de la verdad, y constituyen un nexo de unión el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre el objeto”. (Clariá Olmedo, 1984, p. 130)

Al respecto se hace referencia a elaboraciones jurídicamente admitidas destinadas a suministrar garantía y eficiencia para el descubrimiento de la verdad, en mención a dicha premisa García Rada afirma que, “Es todo lo que puede servir para adquirir la verdad, es el modo de suministrar datos al juez, puente que une el objeto por conocer con el sujeto cognoscente”. (García, 2021, p. 197)

En tanto que para Mixán Máss: “El medio de prueba es aquello que vincula a la conciencia (en actitud cognoscitiva) con el objeto del conocimiento, cuya esencia, propiedades y circunstancias trata de descubrir, escrutar”. (Mass, 1996, pág. 306)

Desde nuestro punto de vista, el medio de prueba viene siendo el móvil, la vía o el canal a través del cual se insertan los elementos de prueba al proceso y de ellos dependerá el rumbo del proceso.



4.1.2.5. El Derecho a la Prueba en Sentido Objetivo y Subjetivo

Es menester indicar tres aspectos conceptuales muy interesantes planteados por Edith Hernández, quien ha considerado para delimitar a la prueba como institución jurídica procesal, tales como:

- i. **Aspecto Objetivo.** - Considerando a la prueba como un medio que sirve para llevar al juez al conocimiento de los hechos; es decir, como un mero elemento que se utiliza para llegar a conocer la veracidad judicial, abarcando toda actividad relativa a la búsqueda y obtención de fuentes de prueba que serán introducidas al proceso y que las misma determinarán el rumbo del mismo.
- ii. **Aspecto Subjetivo.** - Es el procedimiento ideal de homologar la prueba al efecto que se adquiere de esta; en otras palabras, la prueba viene a ser la persuasión o grado de convicción que se produce en la mente del juez, siendo este el resultado de la actividad probatoria y determinante para dicha decisión de la máxima autoridad en el proceso.
- iii. **Aspecto Mixto.** - Esta posición que junta el criterio objetivo al subjetivo consiste en precisar a la prueba como el conjunto de fundamentos y razones que nos dota el conocimiento de los hechos, tomando a estos para los fines del proceso que concluye en una definitiva toma de decisiones en el proceso. (Hérmendez, 2012, p. 10).



4.1.2.6. El derecho a probar como derecho fundamental

Respecto del tema de la prueba, es menester comprenderla desde una perspectiva instrumental- como vía mediante la cual se constatan hechos a ser debatidos dentro del proceso-, más por el contrario también como una institución procesal esencial dentro de un eje de funcionamiento del proceso justo; y que la misma garantice el respeto de los derechos fundamentales inherentes al uso de la prueba, y las garantías a la contraparte como el derecho a la verdad para casos determinados.

Para un sector de la doctrina- el derecho a probar como un derecho fundamental autónomo. Así mismo, ha sido catalogado como un derecho integrante de otro derecho fundamental de naturaleza compleja como el derecho a un proceso justo o debido proceso –siendo esta la postura más adecuada en nuestra opinión- (como el Common Law) o el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si se enfoca desde la arista del civil law o tradición Germano-Románica.

Es así que para el autor citado, el derecho a probar es un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un proceso justo - siendo una opinión que compartimos tal como lo indicamos líneas arriba para los enfoques del desarrollo de la presente investigación- ya que la composición compleja de este derecho asegura el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso, garantizando que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos, practicados y valorados de manera adecuada en pleno respeto a los principios o garantías jurídicas que lo contienen y conforman en su conjunto, una de las manifestaciones de un proceso justo. (Bustamante, 2007, p. 68)



4.1.2.7. Límites al Derecho a la Prueba

A lo largo de la historia del proceso penal se han utilizado distintos sistemas en la valoración de la prueba, en todo ese devenir histórico se ha forjado tres principales; entre ellas el sistema de la prueba legal o tasada, sistema de íntima convicción y sistema de la sana crítica racional o libre convicción; nuestro país se rige por este último porque nuestro código contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales objetivas y controlables para garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria, en consecuencia el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es así que en el Art. 158° del NCPP se establece que, “En la valoración probatoria el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”; de esta forma estos criterios racionales contribuyen a que el Juez forme su convicción sobre los hechos.

En ese sentido Peña Cabrera Freyre señala que, el Juez debe respetar las reglas de la lógica que lo lleve a una determinada conclusión, que la ciencia constituida por toda la teoría del conocimiento, supone la valoración de los hechos de conformidad con determinadas técnicas y procedimientos especiales, en el caso de la experiencia común (que está constituida por los conocimientos ordinarios que pueden ser aprendidos por el hombre, sin necesidad de utilizar técnicas o métodos de naturaleza científica y que son advertidos por el común de los hombres. Citado por (Hernández, 2012, pág. 33).



Por su parte, el Tribunal Constitucional en el expediente STC 1934-2003-HC/TC, sostiene, “(...), en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de la libre valoración razonada. En virtud de ello es que el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado.”, (Caso Juan Roberto Yujra Mamani, 2003).

Ello nos permite colegir que el juez en el sistema en mención es quien decidirá sobre los hechos probados en el caso en concreto, a partir de las pruebas incluidas al proceso.

4.1.2.8. Finalidad de la Prueba en el Proceso Penal

La finalidad de prueba radica en que permite formar la “convicción” del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor.

Por ello, la prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e institucionalmente dotado de independencia. Desde el punto de vista de la elaboración de una teoría del caso y la litigación estratégica, podemos entender que la finalidad de la prueba es lograr la convicción del juez acerca de la validez o, -por decirlo mejor, - verdad de las afirmaciones que sobre los hechos hace cada parte, esto es, importa en la medida que, en función de la prueba, el Juez asume como cierta nuestra teoría del caso. (Neyra Flores, 2010, p. 543)



4.1.2.9. Importancia de la Prueba en el Proceso Penal

En nuestro sistema procesal penal actual, la prueba desempeña un rol fundamental en vista de que excepcionalmente es el único camino autorizado legalmente para lograr el descubrimiento de la verdad material, así como se perfila a ser el instrumento jurídico a través del cual se puede extinguir o preservar la situación de inocencia de una persona con la calidad de acusado; a consideración de ello es menester resaltar el aforismo, “si alguien tiene la razón, pero no la puede probar, es como sino la tuviera”, este fragmento nos permite inferir que en el campo del proceso penal y jurídico, la prueba garantiza la fiabilidad de los argumentos o afirmaciones esgrimidas dentro de un juicio.

Al respecto; Hernando Devis Echandía; sostiene que: “No hace falta mayor imaginación para comprender la enorme importancia que la prueba tiene en la vida jurídica; sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas, o al Estado y entidades públicas emanadas de éste simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano o por espontánea condescendencia de los demás”. (Devis, 1974, pág. 12)

4.1.2.10. Sistemas de Valoración de la Prueba

A lo largo de la historia del proceso penal se han utilizado distintos sistemas en la valoración de la prueba, en todo ese devenir histórico se ha forjado tres principales; entre ellas el sistema de la prueba legal o tasada, sistema de íntima convicción y sistema de la sana crítica racional o libre convicción; nuestro país se rige por éste



último porque nuestro código contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales objetivas y controlables para garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria, en consecuencia el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es así que en el Art. 158° del NCPP se establece que, “En la valoración probatoria el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”, (Código Procesal Penal, 2004); de esta forma estos criterios racionales contribuyen a que el Juez forme su convicción sobre los hechos.

En ese sentido Peña Cabrera Freyre, señala que el Juez debe respetar las reglas de la lógica que lo lleve a una determinada conclusión, que la ciencia constituida por toda la teoría del conocimiento, supone la valoración de los hechos de conformidad con determinadas técnicas y procedimientos especiales, en el caso de la experiencia común (que está constituida por los conocimientos ordinarios que pueden ser aprendidos por el hombre, sin necesidad de utilizar técnicas o métodos de naturaleza científica y que son advertidos por el común de los hombres. (Hernández, 2012, pág. 33).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la STC 1934-2003-HC/TC, sostiene, “(...), en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de la libre valoración razonada. En virtud de ello es que el juzgador tiene libertad para evaluar los medios probatorios sin que éstos tengan asignado un valor predeterminado.”; ello nos permite colegir que el juez en el sistema en mención es quien decidirá sobre los hechos



probados en el caso en concreto, a partir de las pruebas incluidas al proceso. (Caso Juan Roberto Yujra Mamani, 2003)

4.1.2.11. Elementos para una decisión racional sobre la Prueba

Para poder hacer referencia a una decisión racional sobre la prueba es necesario considerar ciertos elementos, que según Jordi Ferrer Beltran son elementos definitorios del derecho a la prueba:

- a) El derecho a utilizar y practicar todas las pruebas relevantes de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos (Ferrer, 2003, p. 28)**

Necesariamente las pruebas prohibidas de los cuales inferimos, son aquellas que alcanzaron atravesar el filtro de relevancia, de no haberlo hecho, no existiría un sentido de estudiarlas, en mención a ello debemos considerar que solo nos serán de vital importancia todas aquellas pruebas prohibidas que tengan trascendencia para la determinación de los hechos que sustentan aquella pretensión, entendida esta como un principio que no puede ser vulnerado por ninguna fórmula legal.

Es innegable el hecho de que entre más información vital esté al alcance de aquella persona que le corresponde decidir, existirá un gran margen de que la misma pudiera acertar, en este sentido se puede inferir que en todo proceso debería imponerse la necesidad de adoptar el criterio de relevancia y veracidad de la prueba como filtros



óptimos para la admisibilidad o exclusión de pruebas dentro del proceso penal, ello considerando que las mismas no vulneren la integridad del proceso.

b) El derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas (Ferrer, 2003, p. 28)

Cualquiera fuere la valoración que se decida efectuar deberá regirse bajo el recurso al método de corroboración y refutación de hipótesis, teniendo como negativa la posibilidad de considerarla con una exposición a los procesos psicológicos del juez.

Siendo lo anterior un objetivo a realizar por el juez el mismo deberá efectuar una valoración personal y conjunta de cada uno de los medios de prueba aplicados en el proceso, teniendo en mención el estándar de prueba penal para la admisibilidad del mismo como criterio racional de decisión sobre la prueba

Por lo que la formulación del estándar debe ser idóneo para hacer el control intersubjetivo de su aplicación.

Ahora bien, debemos entender que para estimar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse las siguientes condiciones:

- La hipótesis debe ser idónea para explicar los datos disponibles, incorporándola de manera coherente al proceso.



- Así mismo deberán haberse refutado cada una de las hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que fueran compatibles con inocencia del imputado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.

En consideración de lo mencionado se puede inferir que toda valoración de prueba lleva consigo diferentes etapas metodológicamente hablando, todo bajo la responsabilidad y racionalidad del juez quien será el idóneo para tomar una determinación respecto de la admisibilidad de la prueba.

- ❖ La obligación de motivar las decisiones judiciales.

La mencionada es una característica vital de la concepción racionalista de la prueba y los altos estándares de motivación de la decisión sobre los hechos, siendo esencial para que el proceso que fuere se desempeñe de forma adecuada.

4.1.3. La Prueba Prohibida

4.1.3.1. Conceptualización

El dar a conocer un concepto de prueba prohibida supone tener en cuenta abordar el tema desde la perspectiva del Derecho Constitucional y el campo legal ordinario.

Rosas Yataco señala que la prueba ilícita es aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, cuanto a la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los



derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial. (Castillo, 2014, p. 47)

Refiriéndose a Cesar San Martin, Luciano Castillo menciona:

Es aquella prueba que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiéndose por obtención aquella labor tendente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, esto es, tanto a la actividad de búsqueda o investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola el contenido esencial. (Castillo, 2014, p. 47)

En esa línea de ideas, podríamos considerar como concepto de prueba prohibida o ilícita, como aquel elemento de prueba del cual su procedencia deviene de un accionar ilícito, específicamente vulnerándose un derecho fundamental por la forma en la que se ha obtenido, situación que generará a futuro una negativa al momento de admisión de prueba y en consecuencia su expulsión del acervo probatorio.

4.1.3.2. Denominaciones

La terminología que se viene utilizando tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial distan de ser uniformes, las denominaciones que se utilizan al referirnos a la prueba prohibida distan de ser uniformes; frecuentemente se utilizan



términos como el de “prueba prohibida” o “prohibiciones probatorias” , “prueba ilegal” o “ilegalmente obtenida”, “prueba ilícita” o “ilícitamente obtenida”, “prueba ilegítimamente obtenida”, “prueba inconstitucional”, “prueba nula”, “prueba viciada”, “prueba irregular” o incluso el de “prueba clandestina”, entre otras. (Castillo, 2014)

No obstante, en nuestro país en senda jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Corte Suprema los términos más usados son los de “prueba prohibida” o “prueba ilícita”; referente a ello es que el Tribunal Constitucional en el caso Quimper Herrera (STC N° 00655-2010-HC/TC) empleó el término de “prueba prohibida”, por otra parte, en el caso Lastra Quiñones (STC N° 02053-2003-HC/TC) se utilizó el término de “prueba ilícita”, ya para concluir esté apartado de denominaciones, siendo de vital trascendencia es que en el Acuerdo Plenario de Jueces Superiores 2004 se propuso que la prueba ilícita o prueba prohibida son sinónimos; ello nos permite colegir que las denominaciones más apropiadas y relevantes son la de prueba prohibida y prueba ilícita, ello conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales y la doctrina nacional.

4.1.3.3. Diferencia entre prueba prohibida e irregular

Respecto de las acepciones de la prueba ilícita o prohibida, conforme la doctrina aborda este tema, podemos hacer referencia sobre la prueba irregular, prueba ilegal o incompleta, como aquella que no vulnera directamente un derecho fundamental en su obtención o incorporación, sin embargo, estos pueden tener los mismos efectos de la



prueba prohibida o ilícita, cuando la ilegalidad objetada en la prueba irregular no es convalidada o el acto no es susceptible de replantear.

En palabras de Miranda Estrampes, “es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley”. (Miranda, 2004, pág. 49)

Bajo las consideraciones anteriores, Picó Junoy citado por Miranda, hace la distinción conceptual entre prueba ilícita y prueba irregular o ilegal, señalando que “por tal debe entenderse aquel elemento probatorio obtenido o practicado con vulneración de preceptos que no gozan del estatus jurídico privilegiado de los artículos 14 a 29 C.E. (226). Dentro de este concepto incluye las fuentes de prueba logradas de modo ilegal (como, por ejemplo, las fuentes de prueba logradas mediante hurto o robo), así como los medios de pruebas practicadas irregularmente sin observar el procedimiento legal establecido, siempre que en ninguno de los dos supuestos se haya vulnerado un derecho fundamental”. (Miranda, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal., 2004, p. 50)

Es así que podemos entender los dos niveles que tiene la prueba en cuanto a su cuestionamiento de validez; en el primer nivel hacemos referencia a una prueba ilegal, irregular o incompleta, si se inobserva la ley ordinaria, los procedimientos previstos en la ley ritual para los efectos de admisión o incorporación de la prueba; y, por otro



lado, tenemos un segundo nivel, que llamamos constitucional, en el que la prueba sí es excluida o expulsada cuando se vulnera el precepto constitucional.

En cuanto a los efectos también son diferentes; en la prueba ilegal o irregular, no siempre se produce la expulsión de la prueba, dado que el acto puede ser susceptible de convalidación o puede rehacerse, al constituirse en un vicio de anulación. En ese sentido, no negamos que en determinados supuestos indirectamente puede llegarse a su exclusión, cuando la prueba no fue convalidada o el acto no fue susceptible de ser repetido; en cambio en el caso de la prueba ilícita o prohibida su efecto es directo y radical, desencadenando la expulsión de la prueba del acervo probatorio.

4.1.3.4. Naturaleza Jurídica de Prueba Prohibida

Al respecto de la naturaleza jurídica de la prueba prohibida Castillo Gutiérrez (2010) a través de información recopilada, sostiene que antiguas concepciones antiguas llevadas a la práctica durante siglos y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho (Castillo, 2014, p. 49); por su parte Mixán Mass agrega que, “la verdad absoluta solo la tiene Dios, pues es la verdad misma”. (Mixán Mass, 1991, p. 29)

En ese sentido nuestro Tribunal Constitucional en el desarrollo de la Sentencia del Expediente N° 00655-2010-PHC/TC (Caso Alberto Quimper Herrera), ha



realizado un desarrollo argumentativo, aseverando que tanto en la dogmática como en la jurisprudencia constitucional a nivel comparado no existe uniformidad para la determinación de la naturaleza jurídica, en ese sentido se detallaron las siguientes posiciones, entre ellas:

- La prueba prohibida **como una garantía objetiva del debido proceso penal** que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.
- La prueba prohibida como **auténtico derecho fundamental** que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que como todo derecho fundamental admita limitaciones en su ejercicio.
- La prueba prohibida como **límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba**, al respecto en la STC 06712-2005-PHC/TC, consideró que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que, “no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, pues se tratan de supuestos de prueba prohibida”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluye que, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida.

No obstante ello, el Tribunal sostiene que la prueba prohibida **es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la**



Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. (Expediente N° 00655-2010-PHC/TC)

Concluyendo, que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier procedimiento o proceso no se encuentran únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su ilicitud.

Ello nos permite afirmar a modo de comentario que al referirnos a la naturaleza jurídica de la prueba prohibida, en nuestro país tiene la relevancia para ser considerado como derecho fundamental con garantía absoluta en cualquier procedimiento o proceso, aunándose además que no pasa solamente por el filtro de la utilidad y pertinencia que debe cumplir una prueba sino en un aspecto de fondo también analizará la licitud de una prueba, no dejando de lado que a nivel jurisprudencial no existe una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de la prueba prohibida.

Sin embargo, se debe advertir que no existen derechos fundamentales absolutos, de manera que cualquier derecho fundamental admite limitaciones en su ejercicio, como así lo ha previsto el propio Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04-2010-PI/TC al declarar en el fundamento 26:



En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulte justificada en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por ello se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflictos. (Expediente N° 04-2010-PI/TC, 2011)

4.1.3.5. Reglas de Exclusión de la prueba prohibida

4.1.3.5.1. Conceptualización.

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

En esa línea de ideas se acota que la regla de exclusión básicamente se refiere al proceso de prescindir de una prueba del conocimiento del juez o que forme parte del acervo probatorio para enervar la presunción de inocencia de una persona, sea por su inadmisión, su rechazo, o su exclusión en sentido estricto.



4.1.3.5.2. Fundamentos de la Regla de Exclusión

En palabras de Manuel Miranda Estrampes, estamos ante una regla que se ha universalizado, esto, porque se refiere a la ilicitud de la prueba que es ofrecida en un proceso penal.

La ilicitud de la prueba planteada desde una concepción europea continental siempre ha tenido asidero como un fundamento constitucional, ya que ha estado conectado al derecho con todas las garantías, es decir se estuvo consolidando como “un derecho constitucional”, por su parte en el derecho norteamericano como veremos líneas abajo, no se da de la misma forma y ello porque su principal razón o fin se dio bajo el efecto disuasorio (deterrent effect) de las actuaciones policiales ilícitas, centrándose esté último en la desconstitucionalización de la regla de exclusión. (Miranda, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal., 2004)

En ese sentido al indagar sobre su fundamento, no solo podemos considerar que es una simple cuestión teórica, sino que por el contrario reviste una importancia transcendental en lo referente a los alcances o restricciones que pueda dársele a dicho instituto en proceso penales concretos, en ese sentido, el análisis del fundamento de exclusión de la prueba ilícita puede entenderse desde dos modelos teóricos explicativos que vienen desarrollando las diversas posturas.



4.1.3.5.3. Modelos de la Regla de Exclusión

Los modelos teóricos que en mayoría abordaron la regla de exclusión, y son los siguientes:

A. Modelo Norteamericano

Este modelo es originario del sistema procesal de estados Unidos, donde surgió primero la regla de exclusión probatoria (exclusionary rule) de la prueba ilícita y posteriormente la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Este modelo se caracteriza por la desconstitucionalización de la regla de exclusión y es propio del sistema procesal-penal norteamericano:

En su origen la exclusionary rule apareció directamente vinculada a la IV y V Enmienda de la Constitución de EE.UU que prohíben respectivamente los registros y detenciones arbitrarias sin que exista causa probable y las autoincriminaciones involuntarias, sin embargo, con el paso de los años la Corte Suprema Federal Norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas; no dejando que, más adelante la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tienda a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio



(de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada. (Miranda, 2010, p. 134)

Así mismo puede afirmarse que este modelo consta de etapas para la aplicación de la regla de exclusión; siendo la primera de ellas referida a la aplicación absoluta de la regla de exclusión, así tenemos el “caso Boyd vs. United States en 1886” (Miranda, 2010, p. 134), fallando por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que se cuestionó una prueba consistente en una factura que el acusado fue obligado a aportar en contra de su voluntad. La Corte excluyó la prueba por considerar que la aportación de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a hacerlo violaba la Cuarta y Quinta Enmiendas Constitucionales.

Por lo tanto, las razones por la que se fundamenta la exclusionary rule en el modelo norteamericano está encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas. así Díaz Cabiale y Martín Morales citado por Miranda, mencionan que: “este fundamento se produce como efecto indirecto, es decir es un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional, sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental, (Miranda, 2010, p. 134).

B. Modelo Euro-continental

El segundo modelo justificativo, característico de los sistemas europeo-continenciales, considera que la esencia de este modelo a diferencia del modelo



norteamericano que se basa en dar lugar preferente de los Derechos Fundamentales. Tiene como verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas, el reconocimiento del Estado de Derecho, “caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, (Miranda, 2010, p. 135).

La particularidad del sistema europeo-continental, es reconocer en la regla de exclusión un componente no solo ético sino de origen constitucional; en ese sentido el profesor Ferrajoli señala que, esto es propio de un Estado de Derecho:

Caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, considerando que este sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas”, (Miranda, 2010, p. 135)..

De manera que el modelo Euro-continental, tiene como fundamentos de las reglas exclusión de la prueba prohibida, aspectos que trascienden a los derechos fundamentales, tales como, el Estado de Derecho, la funcionalización de los poderes políticos, y los derechos fundamentales; todo ello, asociado a componentes éticos.



4.1.3.6. Efectos de la Prueba Prohibida

4.1.3.6.1. La prohibición de admisión y de valoración de la prueba prohibida

Al respecto de la prueba ilícita, se puede precisar que la prohibición de la admisión de la prueba prohibida, responde a que su obtención y/o práctica es porque se realizó vulnerando derechos fundamentales.

En mención a ello Manuel Miranda Estrampes, refiere que el control sobre la licitud de la prueba debe efectuarse ya en sede de admisión de las pruebas.

Correspondiendo al juez de garantías o juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Consecuentemente una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de infundada, desde el plano probatorio, siendo su resultado procesal, la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes. (Miranda, 2010, pág. 138)

Del texto citado, se puede advertir que el autor, se refiere al a que un control adecuado de la licitud de las pruebas, se debe dar en la etapa procesal denominada como instrucción o fase intermedia.

Esto, con la finalidad de impedir que “el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas



consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita”.
(Miranda, 2010, p. 138)

A modo de acotación está se diferenciará de la prueba irregular, en el sentido de que la prueba prohibida no es susceptible de convalidación o subsanación, por su parte la prueba irregular si puede ser subsanada; afirmándose además que algunos ordenamientos jurídicos consideran que dichas prohibiciones no se establecen con un carácter absoluto, más por el contrario que si admiten excepciones.

4.1.3.6.2. La eficacia refleja de la prueba ilícita

También denominado como prueba ilícita por derivación, se refiere a aquellas pruebas en sí mismas lícitas, pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba lícitamente recogida.

Esta doctrina, es de origen norteamericano, específicamente se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States* (1920); que permitió el desarrollo de la teoría de lo frutos del árbol envenenado.

Esta teoría sostiene que se deben excluir las pruebas obtenidas ilícitamente como aquellas que derivan de aquel, considerándose ineficacia procesal por el quebrantamiento indirecto a los Derechos Fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, por lo que no pueden ser aprovechables resultados probatorios que fueron obtenidos ilícitamente partir de una prueba obtenida de manera ilícita.
(Castillo, 2014, p. 53)



Por su parte el Tribunal Supremo Español alude de forma gráfica al efecto dominó: STS (Sala Segunda) 6 de octubre de 1999 estableciendo que:

La eficacia refleja de prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no solo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial”. (Miranda, 2010, p. 137)

De forma interpretativa respecto a lo abordado podemos advertir que no solo la prueba de origen ilícito no tendrá trascendencia en el proceso, más por el contrario debemos mencionar que toda prueba lícita que esté vinculada o contenga información en la misma será también considerada prueba ilícita.

Desde la perspectiva del Derecho Comparado, se tiene que el sistema procesal español, en relación a la regla de exclusión, regula en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales”, (Ley Organica del Poder Judicial).

Finalmente, y a manera de aporte indicaremos que todo medio probatorio vinculado en todo o en parte a una obtención de una prueba ilícita, será considerada ilícita y la misma no genera ningún tipo de aporte legalmente hablando, para alcanzar la verdad.



4.1.3.7. Teoría sobre la admisibilidad y eficacia de la prueba ilícita

4.1.3.7.1. Posturas favorables a su admisión y valoración

Posturas favorables a la admisión y valoración de la prueba prohibida, se puede advertir del pronunciamiento emanado por el tribunal español.

Según refiere Miranda Estrampes, en 1990, la Segunda Sala del Tribunal Superior español, resumió las razones en favor de la admisión de las pruebas ilícitas:

Tradicionalmente la doctrina venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimas adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual.

También el principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conectado con el de verdad material, venía siendo utilizado como coartada para justificar la admisión y utilización de las pruebas ilícitas. (Miranda, 2004, p. 54)

En palabras del mismo autor,

La defensa que se hacía de la verdad material como fin del proceso penal justificaba como corolario, la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas; en



esa línea de ideas para los partidarios de esta postura la prueba obtenida ilícitamente refiere que debía admitirse en el proceso y podía ser objeto de apreciación por el juez en aras al descubrimiento de la verdad. El fin justificaba la utilización de cualquier medio probatorio, una vez la fuente de prueba hubiera sido incorporada al proceso resultaba intrascendente su forma de obtención, lo verdaderamente importante era su disponibilidad por el Juez para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos, (Miranda, 2004, p. 53).

Como se aprecia del texto citado, por la ponderación de los intereses tenía que prevalecer aquel de carácter público y la defensa de la verdad material. A las cuales en la actualidad se suman, la doctrina de la buena fe, la doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para tercero, la doctrina de la ponderación de intereses, la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo.

4.1.3.7.2. Posturas contrarias a su admisión y valoración.

En la actualidad está consolidada la opinión en contra de la admisión y valoración de la prueba prohibida, salvo posturas muy minoritarias que propugnan la de las pruebas obtenidas o producidas con violación de los derechos y libertades fundamentales, pero que no dejan detener argumentos importantes, como lo expresado por el Tribunal Constitucional en el (Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, 2010), al señalar que si bien estamos ante un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso



penal como prueba de cargo, pero que como todo derecho fundamental admita limitaciones en su ejercicio.

A nivel doctrinario, deberemos corresponde tener en consideración lo expresado por el jurista Vives Anton quien refiere:

Que solo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrá en todo caso de rechazarse: no es solo que su “verdad” resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración.” (Miranda, 2004, p. 56).

En esa línea de ideas, debemos referir que todo proceso deberá de ajustarse al ordenamiento jurídico, todo acto que este fuera del marco normativo respecto del proceso desnaturalizará el mismo, exponiéndolo a su invalidez total y consecuentemente el mismo no generará ningún actuar transcendental dentro del proceso.

En palabra de Miranda (2004)

No obstante, doctrinariamente aparece dividida en dos posturas diametralmente opuestas. Así mientras unos autores, a partir de una concepción probatoria, sostiene inutilizabilidad procesal de toda prueba obtenida ilícitamente, otro sector de nuestra doctrina, mayoritario en la actualidad, restringe esta inefectividad a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales. Por último, no faltan autores captados por una posición



intermedia, entre los que circunscribe la ineficacia de la prueba ilícita a aquellos obtenidos con violación de derechos fundamentales y los que desde una posición más amplia defienden la ineficacia de toda prueba en cuya obtención y/o práctica se han infringido normas procesales. (p.57)

4.1.3.8. Excepciones de la exclusión de la prueba Prohibida

Sobre lo citado a nivel doctrinario debemos considerar que la jurisprudencia norteamericana ha tenido mayor asidero al momento de desarrollar las excepciones, en tanto que las mismas habrían surgido a raíz de la impunidad que la exclusión probatoria genera; más aún cuando se está frente a un conflicto latente del respeto hacia los derechos fundamentales; y por otro lado un aspecto de exigencia social de seguridad.

Es así que se detallará brevemente cada excepción de exclusión probatoria que tuvo cabida en el sistema norteamericano.

4.1.3.8.1. Fuente Independiente

Esta excepción, denominada también como Independent Source, responde a una construcción realizada por la jurisprudencia norteamericana, específicamente en el “caso Soverthome Lumber Co. Vs los Estados Unidos” (Castillo, 2014); que su fundamento se explica en la existencia de diferentes caminos de investigación (dos o



más), de los cuales, se considera fuente independiente aquel que no siguió el camino de la fuente que es considerada como ilícita, y optó por una que es alternativa.

A manera de ejemplo, Castillo (2014), señala:

Cuando en una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración; sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarla. (p. 56)

Por su parte Miranda Estrampes, sostiene que no se trata de una verdadera excepción, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión. Es decir, la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de la eficacia refleja, por lo tanto, será necesario que exista una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada. Asimismo, el autor considera que:

No opera en realidad como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba entre la prueba originaria y la derivada. (Miranda, 2010, p. 143)

Finalmente, se puede referir que en el presente tema no se estaría frente a un caso de excepción auténtica de exclusión probatoria, en vista de que al estar en juego una



segunda prueba esta sería calificada como lícita, a raíz de que esta no ha vulnerado derecho alguno al momento de su obtención más por el contrario como indica el título tiene una fuente independiente.

4.1.3.8.2. Descubrimiento inevitable

De acuerdo a esta teoría, surge a partir del caso Nix Vs. Williams, donde se produjo un interrogatorio ilegal pero que ayudo a encontrar el cadáver de la víctima, hecho que en cualquier caso hubiese ocurrido.

El origen de dicha excepción se sitúa en el caso Nix Vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984), cuando en un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima, en el caso citado si bien se excluyó la confesión del imputado, no se aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal, ya que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver; según esta doctrina es procedente admitir medios probatorios considerados ilícitos, siempre y cuando su obtención se habría producido siguiendo hipotéticamente otros medios, caminos o vías legales ilícitas, resaltándose que lo importante es la existencia de la conexión causal entre la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y la fuente refleja o derivada, la misma que no se



excluye por la hipótesis de que se hubiera descubierto también aquellas evidencias, respetando los derechos fundamentales. (Castillo, 2014, p. 58).

Ahora bien, en palabras del maestro Miranda Estrampes, la siguiente excepción está referida a que:

Según dicha excepción no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida. Dicha excepción se apreció, como modalidad de la excepción de la fuente independiente. (Miranda, 2010, p. 146)

4.1.3.8.3. La conexión de antijuricidad

La presente excepción tuvo acogida en la jurisprudencia euro continental; según González Cussac, esta teoría se construye sobre un baremo genérico y pretende con ello dotar de instrumentos que proporcionen mayor seguridad jurídica en la solución de problema de la prueba ilícita, ha sido un sustituto a la teoría del árbol del fruto prohibido en tanto que contribuye a sistematizar las excepciones, a actualizar y revisar las categorías e introducir nuevos criterios de enjuiciamiento en esta materia.

En España con la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, se precisó el estándar que sirve para admitir o excluir una prueba que se deriva de una prueba ilícita, tal construcción se fundamentó en primer lugar, en la existencia de una



relación causal natural entre el hecho lesivo del derecho fundamental (prueba directa ilícita y la prueba refleja derivada) y en segundo nivel, que no exista un vínculo normativo - jurídicamente independiente entre el hecho lesivo original y la prueba derivada refleja, en ese sentido comporta pues diferencia un primer nivel de análisis, el plano de la causación o nexo causal en sentido estricto y después examinar si, comprobado este también existe un nexo jurídico entre el árbol emponzoñado y sus frutos”. (Castillo, 2014, p. 59)

En esa línea de ideas, el maestro Miranda Estrampes, sobre la presente excepción, cita la Sentencia 81/1998 como punto de origen, en el cual indica que para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita, sino que necesaria además de la existencia de una “conexión de antijuricidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

4.1.3.8.4. La excepción de buena fe

En relación a la excepción de la buena fe, uno de los principales exponentes de la prueba prohibida, es Miranda (2004) quien afirma:

Que bajo la carencia de efecto disuasorio (deterrent effect), a juicio del Tribunal Supremo Federal norteamericano, la admisión de la good faith exception y la no



aplicación, en estos casos de las reglas de exclusión. En ese sentido conforme a esta excepción, cuando la policía en el desarrollo de sus investigaciones hubiere actuado de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajustaba al ordenamiento jurídico y no violaba ningún derecho fundamental, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito, (p. 103).

Por su parte, Castillo (2010) señala que: la finalidad preventiva de la exclusión de la prueba no es necesaria cuando la policía ha actuado creyendo que lo hacía dentro de la ley, es así que presupone la existencia de un error, lo que necesariamente afirma la ausencia de dolo o intención (mala fe), por consiguiente se sitúa en el terreno de la imprudencia; este error puede venir motivado por insuficiencia o defectos de la ley, o como consecuencia de una actuación judicial incorrecta, por su parte el autor menciona que el fundamento que se le da para admitir esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a derecho. (p. 60)

4.1.3.8.5. Nexo causal debilitado

Esta excepción ha sido desarrollada a partir de lo expresado por la Corte Suprema en el caso *Nardone v. United States*, donde se refiere a la excepción del nexo causal atenuado, conocida también como la del “tinte diluido” o “attenuated connection doctrine o purged taint”; en la decisión se señaló que, “la evidencia no



debía ser excluida si la conexión entre la conducta policial ilegal y el descubrimiento y obtención de la evidencia fuera “tan atenuado como para disipar la mancha” (“so attenuated as to dissipate the taint”), (Miranda, 2010, p. 58).

A nivel doctrinario, el autor antes citado señala que:

Las evidencias obtenidas no serán excluidas cuando la conexión entre la actuación policial ilegal y el descubrimiento o aseguramiento de la prueba sea “tan atenuada como para disipar la mancha”. La doctrina de los frutos del árbol envenenado no será por tanto objeto de aplicación cuando la relación o conexión entre la actuación policial ilícita y la obtención de la evidencia se ha atenuado de tal forma que la mancha (de institucionalidad) haya terminado por disiparse y no puede proyectarse sobre la prueba derivada, esta excepción es aplicada a supuestos en que existiendo un vínculo causal, este se presenta tan debilitado que permite blanquear la prueba derivada, esto es, los frutos obtenidos, y aprovecharse de sus resultados. (Miranda, 2010, p. 58).

Por su parte el Dr. Luciano Castillo, al respecto sostiene que:

La presente excepción o también llamada mancha diluida o atenuada, “parged taint exception attenuation of the taint” contaminación atenuada; la jurisprudencia norteamericana en el caso Wong Sun desarrollo que, “A” es detenido ilegalmente por la policía e imputa en su declaración a “B”, tras ello la policía detiene a “B”, incauta droga en el registro de su domicilio y esté inculpa a C, este concurre voluntariamente ante la policía y se declara culpable. En el



desarrollo del proceso A logra excluir la evidencia de la droga secuestrada a “B”, alegando que deriva directamente de su previa detención ilegal. Sin embargo, la demanda de “C” para que su confesión fuera también anulada no prosperó, siendo declarada como un hecho que interrumpió la cadena causal. (Castillo, 2014, p. 62)

4.1.3.9. Reglas de exclusión de la prueba prohibida y su tratamiento jurisprudencial en el proceso penal peruano

En este apartado realizaremos un análisis y desglose del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, del 11 de diciembre del año 2004, realizado en la Ciudad de Trujillo, teniéndose como tercer tema a tratar, la prueba ilícita y la prueba prohibida.

En este Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida.

Asunto

Se sometió a consideración del Pleno, los problemas derivados de la obtención de la prueba ilícita y la prueba prohibida, efectos jurídicos sobre la valoración de la prueba, sus reglas y sus excepciones, no dejando de lado que este tema es de interés nacional principalmente por los procesos seguidos acusados por corrupción y terrorismo.



Luego de escuchar la ponencia del grupo de trabajo el tema fue sometido a debate, en el que se expusieron diversas posiciones y puntos de vista, agotado el mismo, se consideró lo siguiente.

Primero:

La actuación probatoria en el proceso penal ha estado vinculada a la afectación de derechos fundamentales, de ahí que, las doctrinas sobre la prueba ilícita o prueba prohibida, constituyan sin lugar a dudas, verdaderos límites de la actuación probatoria oficial (sistemas mixto inquisitivos) o de las partes (sistemas adversariales).

Son reglas que limitan el poder arbitrario de probar y garantizan los derechos fundamentales. Recordemos que, la búsqueda de la verdad y la investigación oficial han condicionado fuertemente la obtención de la prueba, introduciendo a través de los sistemas inquisitivos, la práctica institucionalizada del uso de la violencia -física o psicológica- contra la persona humana para obtener la prueba. Incluso, el hecho histórico de conferir a los jueces la función exclusiva de la prueba, creó un proceso penal que no ha respetado la idea básica de un proceso justo e imparcial.

Por ello, la sociedad peruana y el poder político exige a los jueces que cumplan su "deber" de demostrar el delito y la responsabilidad penal, es decir, que los jueces se sumen a la misión de la Policía y del Ministerio Público de probar el delito y la responsabilidad penal. Sin duda que esta distorsión no ha sido generada únicamente por la incoherente legislación procesal, sino básicamente



por una vieja y persistente cultura inquisidora, que pretende ver al Poder Judicial y sus jueces, como el brazo castigador del Estado -al mismo estilo del viejo Estado Medieval-, lo que resulta incompatible con la función del Poder Judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la principal fortaleza institucional de la administración de justicia está en su imparcialidad, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

A modo de conclusión, te advierte que el derecho como toda ciencia es evolutiva, en ese sentido consideraremos que el mismo avance de acuerdo a las nuevas exigencias requeridas por la sociedad, al mismo tiempo consideraremos que, así como existieron avances, nacieron en la normativa limitantes que impedían alcanzar de fin del derecho por no transgredir otros derechos que para el sistema son de más trascendencia; ahora, es de considerar que el tema tratado se demuestra controversial en el ámbito del derecho nacional, así como a lo largo del tiempo en el derecho comparado, en atención a ello es que Binder asevera que es un conjunto de problemas que contiene la teoría de la prueba y forman parte del área más dinámica del proceso penal.

Segundo:

Es en este marco que se plantea el tema de la prueba ilícita o prueba prohibida, que son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. En el primer caso opera la "regla de exclusión" y en el segundo caso, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En ambos casos, el mensaje central era que las pruebas obtenidas con violación a derechos



constitucionales carecían de valor probatorio, por lo que se prohibía su valoración. No era admisible pretender aplicar la Ley penal, a través de la violación de normas Constitucionales.

Otro concepto diferente es el de la prueba irregular, defectuosa o incompleta, que se da mediante la inobservancia de formalidades (violación de regla procesal), que puede ser valorada en la medida que sea subsanada, de lo contrario, tendrá efecto similar a la prueba prohibida, pero con la diferencia, que esta modalidad de prueba ilícita, no genera efecto reflejo, es decir, que su invalidez no alcanza a las que se pudieran derivar de ésta, siempre que se obtengan o incorporen lícitamente. En otras palabras, estaremos ante una prueba ilícita o prohibida cuando se obtenga la prueba con violación de una norma constitucional; en cambio, si se incorpora la prueba con violación de una norma procedimental, estaremos ante una prueba defectuosa o irregular.

Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, conforme lo hace PASTOR BORGONÓN, atendiendo a la diferenciación entre fuente y medio de prueba que hace CARNELUTTI. La primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal. Entonces existe la diferencia que distingue la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación



constitucional) de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal).

Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales, la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. y para el caso de las pruebas irregularmente incorporadas, también se le ha llamado prueba ilícita, pero entendida como prueba ineficaz.

Generalmente, los derechos constitucionales que se suelen afectar en la obtención de fuentes de prueba son: el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho de intimidad, a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales.

DIAZ CABIALE afirma que también se pueden afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y encontrarnos en el supuesto de prueba ilegítima mente obtenida, cuando se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación, a la defensa del Abogado Defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

Igualmente se reconoce que los demás derechos vinculados al debido proceso y que se dan dentro del proceso, tienen más bien una connotación de prueba



irregular, pues se trata de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes de prueba, y no de su obtención, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Al respecto debemos considerar que el contenido de la prueba prohibida, su naturaleza jurídica, terminología, diferencia con la prueba irregular, han sido objeto de importantes debates en la jurisprudencia nacional en el ámbito jurisdiccional, así como en el ámbito constitucional, versando sobre todo en lo referente a la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales; ahora bien, la prueba prohibida presenta múltiples características que las distinguen de la prueba irregular, estos efectos se trasuntan directamente en la posibilidad o no de excepciones para que esta puedan valorarse judicialmente, bajo los filtros de admisibilidad de la prueba, valoración de la prueba, efectos de la prueba y la manera como repercuten en la decisión de un magistrado.

Tercero:

La regla general en materia de prueba ilícita o prohibida sigue siendo la exclusión de la prueba directa o derivada, a través de la regla de exclusión y de los frutos del árbol envenenado.

Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba. Aquí nos encontramos ante el caso de las pruebas directas, obtenidas con violación de algún derecho constitucional (fundamental o procesal). El efecto inmediato es excluirlo del proceso y su valoración. Sin embargo, esta regla absoluta al inicio,



generó fuertes cuestionamientos, destacándose como "...el factor negativo más señalado a la pérdida de prueba relevante y el favorecimiento de los culpables de haber cometido el delito ". Además, de los costos administrativos que generan los cuestionamientos probatorios, la dilación procesal y el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia. Y, si bien estas reglas en su momento fueron absolutas, actualmente se reconocen una serie de excepciones, las mismas que se han venido incorporando a través de la jurisprudencia americana y europea, como lo son, para el caso de la prueba originariamente obtenida con violación constitucional: la obtención de buena fe y el efecto de la prueba ilícita para terceros, entre otras doctrinas. Y para el caso de la prueba derivada se reconocen como excepciones: la fuente independiente, el hallazgo inevitable y el nexo causal atenuado. Pero la gran parte de estas excepciones y otras que seguramente se desarrollarán en el futuro, deben ser consideradas como verdaderas excepciones, que estas excepciones no se generalicen, sino que con ellas se fortalezca la vigencia de la prohibición de valorar la prueba obtenida con violación a la Constitución, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Con referencia a lo abordado indicaremos que "toda negativa tiene una salvedad", es así que pretendemos se aplique la frase antes mencionada en el proceso penal, entiéndase que el director del proceso (juez) es quien tomará las decisiones que determinaran el rumbo del mismo, en ese sentido indicaremos que el operador jurídico se enmarcará en la normativa, la cual siempre salvaguarda la inviolabilidad de los derechos fundamentales de las personas, del mismo modo aplicará y ponderará los



intereses de las partes, ahora bien, en el caso de los delitos contra la administración pública debe entenderse que el afectado y perjudicado es la sociedad y el transgresor el funcionario público, es aquí donde debería aplicar a su criterio y noción para que se puedan aplicar excepcionalmente la admisión de la prueba.

Cuarto:

La violación constitucional por lo general se produce durante la fase de investigación del delito o búsqueda de las fuentes de prueba (fase policial), sin embargo, también se puede presentar durante el proceso, cuando se le interroga por ejemplo al acusado, sin que previamente se le haya comunicado por qué se le acusa, o cuando se le toma la declaración a un testigo sin poner en su conocimiento que por su grado de parentesco no se encontraba obligado a declarar. Lo importante es que reparemos que se viola un derecho fundamental individual o procesal, para poder obtener la prueba. Es decir, la ilicitud se presenta durante la obtención de la fuente de prueba, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Es menester considerar que la protección constitucional contra los medios probatorios obtenidos ilícitamente no son consecuencia de una decisión del legislador ordinario, depende más bien de la protección brindada por la Constitución a través de las facultades conferidas al Juez, para que este en base a sus atribuciones excluya o admita un medio probatorio guiándose por un criterio discrecional arreglado a Derecho y acorde a los fines del proceso penal (la búsqueda de la verdad).



Quinto:

La Doctrina de la buena fe, admite la posibilidad de valorar la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que dicha violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia.

Esta excepción por lo general es aplicable en allanamientos y requisas, cuando por ejemplo la Policía escucha gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra a varios sujetos consumiendo droga con menores de edad.

Al respecto se afirma "...si la prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida cuando los policías que la colectaron erróneamente creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales, es quizás la cuestión más controvertida de la existencia de los requerimientos de exclusión", (Pleno Jurisdiccional, 2004).

En merito a lo ya mencionado indicaremos que, en todo proceso penal tanto, la fiscalía como las fuerzas del orden buscaran cumplir cada uno de sus roles en la etapa correspondiente del proceso, en dichas diligencias de investigación, directa o indirectamente se recaban nuevas pruebas que serán de vital importancia para alcanzar la verdad, el tema en mención es contradictorio, nos motiva a realizar un análisis de, si las mismas obtenidas con alguna vulneración de derechos fundamental deberán ser admitidas por el operador jurídico pese a que la misma haya sido obtenida sin ningún tipo mal actuar o intención de transgredir algún derecho fundamental, mas por el



contrario se recabo dicha prueba en un proceso de búsqueda de la verdad y cumplimiento del rol.

Sexto:

VI. La Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, admite que la prueba ilegal puede ser utilizada a favor del imputado, porque si "...bien es razonable absolver a quien tiene la conciencia de ser culpable, cuando esa culpabilidad se acreditó ilegítimamente ...repugna condenar a quien se sabe inocente, con aquel mismo argumento". Por ejemplo, el uso de la absolución apoyada en la confesión bajo tormento o narcoanálisis, beneficiosa al a sado, en base al argumento de que "ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Téngase como referencia que el sistema normativo nacional peruano por medio de los operadores jurídicos es estricto y hasta cierto punto estático y es pues por una falta de aplicación de un criterio discrecional y congruente; se debe tener en consideración que la norma debe ir de la mano con la realidad, pues si bien es cierto la mayoría de operadores jurídicos no comprenden que el derecho es subjetivo y sobre todo de análisis, nuestro sistema de justicia termina siendo tan arcaico que puede absolver al culpable y perjudicar al inocente.

Séptimo:

La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros, reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho



constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

En tal sentido, la STC 238/99 del 20 de diciembre ha sido enfática al sostener que "la prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la condena del tercero y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo".

Octavo:

Doctrina de la Ponderación de intereses: Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El balancing test es la adaptación estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en "hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino que, no obstante, su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen, (Pleno Jurisdiccional, 2004).



Esta doctrina tiene gran importancia en la actualidad, pues abre la vía para el aporte de prueba por particulares, como sería el caso que cita ROXIN "cuando una persona privada haya registrado en forma secreta en videocasete una conversación con el imputado sobre un incendio planeado, puede ser valorado como medio de prueba, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Esta teoría, así como otras se posicionan como una de las tantas excepciones que existen para que no se excluya la prueba ilícitamente obtenida, en ese entender, estamos frente a una teoría que tiene como sustento o base el test de proporcionalidad en tanto que estaremos frente a una lucha de principios o derechos.

En ese sentido, el juez a criterio discrecional determinará dentro del proceso la inclusión o no de una prueba ilícita, es decir su admisión ponderando en la balanza por un lado un derecho fundamental lesionado, y por el otro un principio o intereses conjuntos (principio implícito de la eficaz persecución del delito por el Estado, interés público, búsqueda de la verdad, el Estado, la sociedad, etc.)

A ello Hurtado Pozo citado por Neyra Flores, en ese mismo lineamiento nos dice que: "La discusión se da entre el derecho fundamental y el interés de la sociedad por perseguir el delito", (Neira, 2015, p. 428)

De la misma manera el mismo Claus Roxín, señala que, "... se pondera, con razón, entre los intereses de la persecución penal y la protección de la personalidad del imputado, de modo tal que, si se trata de delitos muy graves, la valoración es admisible", (Sanchez, 2017, p. 142)



En esa línea de ideas se puede colegir que pretendemos que la teoría de la ponderación de interés sea la panacea o herramienta facultable para el juez para que acorde a su criterio discrecional, racional y objetivo pueda admitir o no una prueba prohibida.

Noveno:

La doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, fue introducida por la jurisprudencia americana, a partir de los casos Walder v. US (1954) Y Harris, y consiste en que se puede admitir la utilización de prueba ilícita a fin de atacar la credibilidad de la declaración del imputado en juicio, y así probar que miente. Queda claro que esta doctrina admite la validez de la prueba ilícita sólo para descalificar la veracidad de la declaración del imputado, pero nunca para acreditar su culpabilidad, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

En mención al párrafo anterior indicaremos que dicha excepción es trascendental para poder alcanzar la justicia máximo esplendor y que la misma permita lograr alcanzar el fin esencial de derecho; el operador jurídico y así mismo el persecutor del delito (Ministerio Publico) se encuentran atados de pies y manos por el sistema de justicia, así mismo por un paradigma establecido entre todos los operadores jurídicos, los cuales de forma rutinaria los someten a un actuar cotidiano dejando a salvo posibilidad de salir libre al culpable y aún más perjudicado al afectado, dicha excepción profundiza su fin en desmentir al imputado y finalmente la verdad pudiese ponerse de conocimiento de todos.



Décimo:

La teoría del riesgo, es una excepción aplicable a casos como confesiones extrajudiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabación de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc.

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez.

Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada.

Igualmente se admitió en el famoso caso "Gallo", la validez de una confesión hecha sobre un j crimen cometido, y que había sido grabado por periodistas. Aquí se aplica esta teoría, pues "el riesgo de ser oído o de la delación por parte del interlocutor al que Gallo confió información, era una posibilidad que asumió, sin que exista simulación o calidad ficticia...máxime cuando se habla en un lugar público...".

En los casos Hoffa v. US y Lewis v. US, la jurisprudencia americana ha introducido esta doctrina del riesgo, estableciendo la distinción "...entre los actos



de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que éstos no revelarán su delito (Pleno Jurisdiccional, 2004).

De lo antes citado, se puede advertir que toda persona asume voluntariamente el riesgo de ser expuesto o revelado por la comisión de un delito, puesto que este mismo debe de velar por sus garantías y no hacer que un juez pretenda hacer efectivo su deber de cuidado.

Décimo primero:

Como es conocido, la regla general indica que toda prueba que ha sido obtenida con violación de derechos constitucionales es inválida, así como toda fuente que se origine en el/a, en razón que dicha ilicitud se extiende a toda prueba derivada. Si la raíz del árbol está envenenada, los frutos que produce también. La justificación de la invalidez de la prueba derivada se encuentra en el nexo causal entre la prueba directa y la derivada, y ahí también radica, la fuente de sus excepciones. En la jurisprudencia se han introducido respecto de esta regla las siguientes excepciones: a) La Teoría de la fuente independiente, que sostiene que se puede valorar la prueba derivada de una directa obtenida con violación constitucional, siempre que dicha evidencia provenga de otra fuente diferente e independiente. Esta doctrina está muy extendida; b) Teoría del hallazgo inevitable, se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente



independiente por encontrarse una investigación en curso (flagrancia) y, siempre que la Policía haya actuado de buena fe. El caso *Nix v. Williams* (1984) estableció el criterio que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas por que podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad; c) Teoría del nexo causal atenuado, regula un supuesto intermedio entre la prueba ilícitamente obtenida y la teoría de la fuente independiente, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Para dar valor probatorio se requiere que la prueba incriminatoria nazca de manera autónoma y ~ espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen (violación constitucional) ...y la prueba derivada, a través de la intervención de un tercero o mediante la confesión -espontánea. Es el caso donde " La acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una intervención telefónica practicada a través de una orden judicial reputada inconstitucional (intervención que permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga), dado que se tenía información antelada que era habitual en la comercialización de drogas, seguimiento que habría conducido inevitablemente a descubrir la reunión celebrada en una cafetería de la localidad. En este caso la jurisprudencia española estableció que "...inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo de droga...", (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Décimo segundo:



En el caso de la prueba irregular o defectuosa, estamos ante supuestos de fuente de prueba obtenidos legítimamente, pero que, por defecto del medio de prueba, es decir de la observancia de formalidades en su incorporación, adolecen de ineficacia. Sin embargo, estas violaciones a normas procesales, pueden ser subsanadas y corregidas, pero dentro del plazo legal. Caso contrario, ya no podrán ser enmendadas y valoradas. Son el caso frecuente de la prueba pericial no ratificada, por ejemplo, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Aquí no existe efecto indirecto de la ilegalidad de la prueba. Si la prueba se incorporó ilegalmente, tal ilegalidad no alcanza a la que se pueda derivar de ella, siempre que dichas pruebas derivadas se incorporen lícitamente.

Décimo tercero:

Cuál es la mejor técnica para regular la prueba prohibida: sistema reglado o jurisprudencial. El nuevo Código Procesal Penal en su artículo VIII del T.P. establece las dos reglas vinculadas a obtención y a la incorporación de la prueba señalando que sólo se podrá valorar la prueba si ha sido obtenido e incorporado al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente o. Además, sostiene que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de la persona, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Al parecer esta redacción nos induciría a afirmar una recepción absoluta de las reglas de exclusión y del fruto del árbol envenenado, lo cual no es compatible con los



desarrollos doctrinales y jurisprudenciales contemporáneos. Así parece desprenderse por el hecho de no haberse admitido alguna excepción a estas reglas.

SE ACUERDA:

Primero. - Por mayoría: Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución –sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Segundo.- Por mayoría: Admitir la valoración de una obtención ilícita de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez Penal, y se utilice las reglas de la experiencia, entendiéndose por ésta, la apreciación razonada que hace el Juez, de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Tercero.- Por unanimidad: Admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional, siempre y cuando resulte beneficiosa para el imputado, pues las prohibiciones probatorias son garantías a favor del imputado y en ningún caso su inobservancia puede ser usada en su contra, (Pleno Jurisdiccional, 2004).



Cuarto.- Por mayoría: Admitir la valoración de la prueba ilícita para terceros, bajo argumento que no existe identidad entre el titular del derecho violado y el sujeto que se condena (tercero), (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Quinto.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la Ponderación de intereses, entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor. Y si bien, toda violación a derechos fundamentales, por si ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad, como los que se valoran cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Sexto.- Por mayoría: Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, pues la prueba ilícita no se usa para probar su culpabilidad, sino para acreditar la falsedad de la coartada del procesado, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Séptimo.- Por mayoría: Admitir la Teoría del riesgo, como excepción en casos como confesiones extra judiciales e intromisiones domiciliarias y sus derivaciones, logrados por medio de cámaras y micrófonos ocultos, escuchas telefónicas y grabaciones de conversaciones sin autorización judicial, informantes, infiltrados, delatores, etc. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición



se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Con esta teoría se otorga valor a las pruebas obtenidas por particulares a través de cámaras ocultas. Se reconoce que, en el caso del agente encubierto, existe fuerte oposición pues se recusa el valor probatorio de la prueba obtenida a través del engaño al inculpado. Sin embargo, dada la popularidad de esta metodología de la investigación en los delitos contemporáneos, los acusados admiten seriamente la posibilidad de que su actividad ilícita pueda ser infiltrada y a pesar de ello asumen el riesgo de realizar tales actividades, utilizando para ello, personas no tan confiables, ni medios de comunicación confiables. Asumen, desde el inicio de que sus actividades ilícitas estén siendo observadas, grabadas o infiltradas, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Octavo. - Por unanimidad: Establecer que existen diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular. Para comprender a plenitud las diferentes teorías sobre la ilicitud de la prueba, es necesario distinguir entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba (medio de prueba). La primera se da cuando en la obtención de la fuente de prueba se transgrede un derecho fundamental del imputado. La segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal al momento de la incorporación de una prueba al proceso. Para el caso de la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales; la doctrina y la jurisprudencia la han denominado indistintamente como prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegítimamente obtenida, ilegalmente obtenida. Y para el caso de las pruebas



irregularmente incorporadas, también se le ha llamado ilícita, incompleta o defectuosa, pero entendida como prueba ineficaz, si no es subsanada, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Noveno. - Por unanimidad: No cabe valorar una prueba incorporada irregularmente al proceso, aunque sea determinante para la afirmación de un delito, porque la Prueba irregular afecta al medio de prueba, es decir su incorporación al proceso. Sancionado de acuerdo a las reglas de anulabilidad. Si el defecto no se subsana y aunque a la vez sea prueba fundamental, no será posible su valoración, (Pleno Jurisdiccional, 2004).

Comentario Final

Abordar el tema de prueba prohibida podría terminar siendo complejo y controversial al mismo tiempo, por un lado por la posición garantista, adoptada por nuestro país, mantiene un enfoque netamente constitucionalista y hasta cierto punto estático, pues depura de forma draconiana la admisibilidad de la prueba prohibida, apoyándose en que la misma transgrede de manera frontal al derecho fundamental del procesado (imputado) dejando de esta manera la imposibilidad de que una prueba forme parte del acervo probatorio y consecuentemente repercuta en la decisión final del órgano jurisdiccional; de manera contrapuesta podemos percibir un paradigma distinto el cual versa sus argumentos en la factibilidad de admitir una prueba ilícitamente obtenida, pero al mismo tiempo con trascendencia determinante para que el proceso alcance la justicia, que el Derecho busca como piedra angular en un proceso.



Finalmente indicaremos que es necesario recalcar que cada proceso debe ser tratado de forma individual y con predisposición de aplicar justicia, con el debido criterio discrecional del operador jurídico que amerita su cargo, pues si bien es cierto según estadísticas podremos referir que existe una alta tasa de procesos archivados en delitos contra la administración pública, la misma que desencadena impunidad, en mérito a ello consideramos que las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución, deberían ser reguladas por el legislador para que se aplique excepcionalmente en determinados casos ponderándose y justificándose los intereses que están en juego en dicho proceso, aunado a ello la normatividad debería establecer requisitos para su admisibilidad en determinados casos; finalmente estos aportes deberían ser recogidos y desarrolladas por la jurisprudencia nacional e instancias superiores, ya que ello coadyuvaría a garantizar mejor el debido proceso y análisis del caso por caso.



SUB CAPÍTULO II

4.2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.2.1. Consideraciones Previas

4.2.1.1. Corrupción

La corrupción, representa un obstáculo para que la administración pública cumpla con sus funciones adecuadamente, porque su ejercicio es desviado de los fines públicos y se utiliza para intereses privados.

El maestro Alfonso Quiroz define a la corrupción como el mal uso del poder político burocrático por parte grupos de funcionarios coludidos con mezquinos intereses privados para obtener ventajas económicas o políticas contrarias a las metas del desarrollo social mediante la malversación o el desvío de recursos públicos y la distorsión de las políticas e instituciones. Es decir, corrupción es el abuso de los recursos públicos para beneficiar a unas cuantas personas o grupos, involucra explícitamente el poder y la política, al sector público y al privado y su efecto en políticas, instituciones y en el progreso del país, (Dirección de Redes Integradas de Salud Lima Este, 2017).

Por otro lado, John Gardiner en su libro *Defining Corruption* considera importante los siguientes elementos para coadyuvar al desarrollo del concepto de corrupción:



El primero, está referido a la **antinormatividad** como todo acto de corrupción que transgrede normas penales, administrativas y/o éticas; segundo, el **interés privado** como todo acto corrupto que busca obtener un beneficio privado que no siempre está relacionado directamente con el corrupto por lo que puede ser para una persona cercana al corruptor o para un tercero; tercero, **el abuso de una función** como todo acto de corrupción implica que todo acto de corrupción implica el abuso de una función asignada por el Estado, es decir de una función pública; finalmente concluye la corrupción es el abuso de un poder encomendado para obtener beneficios particulares (económicos o no) que viola la norma en perjuicio de intereses generales o del interés público, (Montoya, 2015, p. 18).

En esa línea de ideas se puede colegir que cuando se habla de corrupción se asocia a aquel acto delictivo que transgrede normas penales, efectuado por aquel funcionario o autoridad pública por su condición de tal, para lograr obtener un beneficio pecuniario, político o alguno similar en pleno perjuicio del interés público y general.

La corrupción, también es definida como:

Toda violación y/o acto desviado, de cualquier naturaleza, con fines económicos o no, ocasionada por la acción u omisión de los deberes institucionales, de quien debía procurar la realización de los fines de la administración pública y que en su lugar los impide, retarda o dificulta", (Dirección de Redes Integradas de Salud Lima Este, 2017)



Como se puede advertir, la corrupción junto a la delincuencia es uno de los problemas que más aqueja a nuestra ciudadanía en general, un dato a referenciar es que:

En la década de 1990, el Estado Peruano sufrió aproximadamente una pérdida patrimonial ascendente a US\$ 14.087 millones de dólares americanos (cerca del 50% del presupuesto anual y 4.5% aproximadamente del PBI en ese periodo). Con este monto podrían haberse pagado S/ 1,000 nuevos soles mensuales a medio millón de jubilados durante siete años, (Quiroz, 2011).

4.2.2. Características

El Estado, es el responsable de diseñar y establecer diseños normativos, que lo hace, a través de tipos penales (generales y especiales), los cuales se exhiben en el Código Penal, algunos de los cuales, hacen frente a la delincuencia funcional.

En tal sentido, corresponde enfatizar algunas características, como son:

- Se guía por el principio de legalidad

Es decir, que solo los comportamientos que se hallen expresamente establecidos en los tipos legales serán objeto de persecución penal. Puede que existan conductas conflictivas y de lesividad material que no han sido recogidas en los tipos penales, el derecho punitivo frente a ellas carece de legitimidad para ingresar a punibilizar. (Rojas, 2009, p. 8)



- Se guía por el principio de lesividad

Este principio afirma que todos los comportamientos que se hallan en el Código Penal tienen que vulnerar intereses protegidos por el Derecho Penal o en su defecto deben ponerlos en peligro. El principio de la lesividad del derecho penal pone de manifiesto que sólo los comportamientos que trascienden las esferas de la simple afectación formal, es decir comportamientos que trascienden las esferas de la simple afectación formal, es decir comportamientos que tienen lesión efectiva contra el bien jurídico “administración pública” merecen estar incorporados en el Código Penal; otro tipo de comportamiento que por su escasa dañosidad o porque no lesionan bienes jurídicos, pertenecen a otros ámbitos y no ingresan al campo del derecho penal. (Rojas, 2009, p. 8-9)

Las características que el profesor Fidel Rojas resalta, cuando se refiere a los delitos funcionales, permiten precisar: 1) Principio de Legalidad, por el cual, solo los comportamientos que se hallen expresamente establecidos en los tipos legales serán objeto de persecución penal; y 2) Principio de lesividad, que los comportamientos tipificados lesionan el bien jurídico “administración pública”.

4.2.3. Concepto de delito funcional

Los delitos contra la administración pública, “son delitos caracterizados por posiciones subjetivas de derecho, esto es, por condiciones subjetivas expresadas a



través de elementos normativos de las proposiciones jurídico-penales” (Portomeñe, 2003, p. 340)

De manera que, el parámetro referido al elemento de la autoría prevista en cada uno de los tipos penales previstos en el Código Penal en tanto se halla vinculado con el ejercicio de la función pública. Es por ello que, se debe considerar la participación en el ejercicio funcional. Según refiere Mezger, la cualificación de funcionario debe definirse, por ello, como un elemento normativo – jurídico de la figura penal.

El Código Penal, regula la participación en el artículo 23, al señalar:

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo comentan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.
(Código Penal, 1991)

De donde se advierte que, de acuerdo al sistema binario o diferenciador (que sigue el Código Penal) regular formas de intervención criminal:

El sistema binario se caracteriza por distinguir dos grandes categorías de intervención criminal; las formas de intervención principales y autónomas (autoría) y las formas de intervención secundarias y dependientes (participación). Dicho sistema se basa en un concepto restrictivo de autor y en el principio de accesoriadad de la participación. (Maguiña, 2020)

La autoría y participación en de delitos contra la administración pública, se encuentra vinculada a los delitos:



Construidos como delitos especiales, es decir, solamente pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una cualidad determinada (los “intrañei”), mientras que los que no reúnan tal cualidad (los “extrañei” o “extraños”), ya por mandato de la Ley, no pueden cometer tal delito especial como “autores”. (Maguiña, 2020)

Lo aquí descrito, se encuentra vinculado a la infracción de deber, que afecta la correcta administración pública al vincularse con el comportamiento funcional y consecuentemente con las infracciones funcionales administrativas y penales. Esta teoría, fundada por Claus Roxin, viene siendo asumida por la jurisprudencia porque permite solucionar problemas de autoría y participación en delitos tipificados que contienen deberes especiales.

En la actualidad, la importancia de la teoría de los delitos de infracción de deber es inobjetable, pues ella contribuye decisivamente con la administración de justicia, haciendo de la determinación y delimitación de las formas de intervención una labor racional y justa. Asimismo, coopera con el objetivo de lograr una dogmática penal que ayude a dar soluciones prácticas a los casos concretos. (Pariona, 2011, p. 70)

Luego de haber abordado el concepto de delitos funcional y como es que éste se encuentra vinculado a deberes especiales, y a la infracción de deber; pasaremos a referirnos al bien jurídico en los delitos contra la administración pública.



4.2.4. Bien Jurídico en delitos contra la administración pública

El bien jurídico protegido, de manera general, en todos los tipos penales de administración pública, “es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública”, (Montoya, 2015, p. 35). Y es explicado por las siguientes posturas:

La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público.

Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.

Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquella sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social.

En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas.

El Correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública) (Montoya, 2015, p. 35)

Advertidas estas teorías, corresponde precisar que, de conformidad a lo establecido en el título XVIII del Código Penal, el bien jurídico protegido es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública.



La Administración Pública, se dedicada al gobierno y administración de los asuntos del Estado, y ello, debe ser de manera correcta y regular, por ende, tal función se encuentra vinculada a ciertos valores y un comportamiento ético, para de esta manera evitar la afectación de bienes jurídicos.

En caso de no ser así, es decir, en caso de afecten bienes jurídicos, es que interviene el Derecho Penal y motiva la realización de un proceso -penal-, donde se buscará una verdad -material-, pero verdad, respecto de aquel delito cometido en contra de la administración pública en salva guarda del bien jurídico.

4.2.5. La verdad y debido proceso en delitos contra la administración pública

El proceso, ha sido una importante invención del hombre para solucionar los conflictos de una manera pacífica, esto es, sin recurrir al ejercicio de la fuerza como primera salida, es así que una de las finalidades esenciales del proceso es alcanzar la verdad.

A su turno, el significado de la palabra verdad abarca conceptos tan diversos y además muy variados, como la honestidad, la buena fe y la sinceridad humana en general, hasta el acuerdo de los conocimientos; cosas que se afirman como realidades; los hechos o la cosa en particular; así como la relación de los hechos o las cosas en su totalidad en la construcción del TODO, el Universo. (Muñoz, 2012, p. 188)



Al tener la verdad entre sus sinónimos la buena fe, se tiene que la buena fe, se extiende y aplica en el proceso -judicial-, de manera que, se advierte una vinculación entre verdad y proceso.

Al referirnos al proceso, en palabras del maestro Francesco Carnelutti se trata de, “una serie de actos que se realizan para la composición del litigio”. (Carnelutti, 1950, p. 2)

Por su parte don Juan Colombo Campbell define al proceso, “como un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal que, normados por un procedimiento, tienen por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada”. (Colombo Campbell, 2002, p. 10).

Al respecto el profesor Taruffo nos hace meditar respecto de esta disyuntiva que se nos presenta, al señalar que el derecho fundamental al debido proceso debe ser entendido como el derecho de todo justiciable a un proceso donde la calidad de la decisión final sea relevante, (acorde con los hechos, justo, que no genere impunidad, que no se conforme con el aspecto ritual del proceso), por lo tanto, no será un debido proceso aquel donde a pesar de cumplirse o aplicarse las garantías procesales fundamentales no se tome en cuenta la calidad de la decisión que concluye el proceso, (no se toma en cuenta la calidad de la decisión cuando esta se sustenta en hechos erróneos). (Villegas, 2020, p. 37)



Entender que el derecho fundamental al debido proceso, se encuentra plasmado en la carta magna de manera tímida, es un derecho que puede ser entendido de al menos dos nociones diversas, según la postura que se adopte acerca de la finalidad del proceso. (Taruffo, 2001, p. 25)

Para la primera postura planteada, el debido proceso necesita que se respeten todas las garantías procesales fundamentales y, en particular, las que se dirigen a los derechos de las partes, sin tomar en cuenta la naturaleza y la calidad de la decisión que concluye el proceso. De este modo, existe un debido proceso sí y en tanto es correcto el procedimiento a través del cual se articula; lo que concierne a la decisión es, desde esta perspectiva irrelevante. Para la segunda interpretación de la expresión “debido proceso”, éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logre obtener decisiones justas. (Taruffo, 2010, p. 25).

De forma contributiva a esta posición “la interpretación se puede argumentar que difícilmente se podría reputar «debido» un proceso que esté sistemáticamente dirigido a producir decisiones injustas, o en el que la posibilidad de una decisión injusta sea irrelevante. Para evitar esta posibilidad no es suficiente que el proceso se articule a través de un procedimiento correcto desde el punto de vista de las garantías. No es válido el argumento, puramente verbalista y conceptualmente circular, según el cual las decisiones que derivaran de este procedimiento serían justas por definición. Lo cierto es precisamente lo contrario”. (Taruffo, 2001, p. 27)



Para que se pudiese dar dicha situación es necesario que el proceso este direccionado a la indagación de la verdad a fin de poder alcanzar el derecho que corresponda, de aplicar el derecho a hechos erróneos no se estaría actuando con la debida justicia.

Finalmente, a modo de aporte de conocimiento podremos afirmar que tanto la verdad y el debido proceso van de la mano respecto del ordenamiento jurídico, y esto es porque todo proceso se alinea a la búsqueda de la verdad, pero para alcanzar la misma debe ajustarse a la ley, obviamente tomándose en consideración las garantías mínimas y necesarias del proceso, para que el mismo termine siendo un proceso justo (debido proceso).

Más aún si se tiene en consideración que se ha diseñado un sistema jurídico penal orientado a perseguir el delito, y que como señala el profesor Taruffo, debe permitir la emisión de una decisión.

4.2.6. Persecución del penal

Teniendo en consideración el sentido subjetivo del Derecho Penal, esto es; “Es el derecho de castigar (jus puniendi), es el derecho de Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas.”, (Cuello, 1948, p. 7)



Del texto citado se advierte que es el Estado el titular del Derecho Penal, y como tal es quien emite normas penales, define el delito, y determina las pena y medidas de seguridad; así como, establecer preceptos o reglas para aplicar el Derecho Penal, como son las previstas en el Derecho Procesal.

En atención a la titularidad del Estado, el Derecho Penal y Procesal Penal intervienen, con sus reglas y sanciones, con la convicción orientada a la eliminación del delito en procura del bien social; es de esta manera en que se materializa de manera general la persecución penal y de manera específica la persecución del delito.

Según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 052:

El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que **tiene como funciones principales** la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; **la persecución del delito** y la reparación civil. (...). (Decreto Legislativo, 1981) El énfasis nos corresponde.

El Ministerio Público, a través de los fiscales, es el órgano autónomo encargado de la persecución de delito, el cual, es entendido como: “Acción orientada a la comprobación de la comisión de hechos delictivos o a la identificación de sus responsables por parte de la autoridad o el funcionario público.” (Real Academia Española, 2020)



De manera que, la persecución penal es la acción que desarrolla el Ministerio Público orientada a perseguir al autor o partícipe en la comisión de un hecho delictivo de acción pública, a fin de recabar las pruebas correspondientes para llevarlo a juicio penal y buscar una condena.

Esta labor que realiza el Ministerio Público, se orienta a la protección de bienes jurídicos que el Derecho Penal ha considerado relevante, esto es, la protección de “un presupuesto para la tipificación e interpretación de la norma penal, consecuentemente como un límite propio del *ius puniendi* del Estado” (Ojeda, 2019, pág. 102)

Es de precisar que los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal, son de interés público. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el fundamento 11 de la sentencia contenida en el expediente N° 90-2004-AA/TC, declarado:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. (...). El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil, (Expediente N° 90-2004-AA/TC, 2004).



4.2.7. Principales delitos cometidos contra la administración pública

A continuación, se detallará los principales delitos contra la administración y que se encuentran vinculados con los que se desprenden de los casos analizados.

4.2.7.1. Concusión

Al respecto del delito en mención indicaremos que se encuentra contenido en el Código Penal, Título XVIII: Delitos Contra La Administración Pública, Sección 2, Artículo 382, el cual refiere:

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, (Código Penal, 1991)

Bien jurídico Protegido:

En ese sentido haremos mención lo referido por Torres Pachas, el cual indica que:

El bien jurídico protegido es el fin prestacional que cumple la administración pública de acuerdo a nuestra Constitución. El objeto del bien jurídico es la legalidad del ejercicio de la función pública. De esta manera, el funcionario público que comete el delito de concusión afecta la legalidad de los servicios



públicos, ya que abusa de su cargo para satisfacer fines privados mediante la incidencia en la voluntad del particular, (Torres, 2019, p. 13).

En otras palabras, indicaremos que, las facultades públicas no le son designadas al funcionario público para que este se aproveche de ellas y obtenga ventajas privadas a través de algún tipo de coaccionamiento de la voluntad del particular.

Finalmente, el Tribunal Constitucional por medio de sus operadores jurídicos refiere que:

Los supuestos que recoge el tipo penal de concusión corresponden a situaciones en las que el particular se encuentra alejado de cualquier vínculo con la administración pública. Por tanto, el particular no tiene posibilidad alguna de acceder y afectar el bien jurídico penalmente protegido. La concusión no sanciona la conducta del particular en tanto es víctima de violencia que anula su voluntad. (EXP. N.º 00690-2020-PHC/TC, 2020)

En tal sentido indicaremos que es el funcionario público el responsable de todo acto delictivo que desencadene su coacción.

4.2.7.2. Colusión

El presente artículo se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal, el cual prescribe lo siguiente:



El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, (Código Penal, 1991).

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.



2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. (Código Penal, 1991)

El delito de colusión es uno de los delitos de función más típicos en su género, es cometido por el funcionario o servidor público que interviene por razón de su cargo en cualquier etapa del proceso de contratación estatal y concierta voluntades con los interesados para defraudar al Estado y el bien jurídico protegido (la Administración Pública).

Bien jurídico protegido:

En relación al bien jurídico protegido, la Corte Suprema, en los fundamentos 1.4 y 1.6 de la casación N 09-2018-JUNIN, establece que:

El bien jurídico protegido en el delito de colusión —tipo penal de infracción— no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo de la colusión tiene el deber de obrar con pulcritud, dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer del dinero público. Tal deber también constituye objeto de protección sustancial, debido a que la colusión se configura en un determinado contexto administrativo de compras



estatales (...). En el delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico —menoscabo cuantitativo en términos contables—, sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional, (Casación N° 09-2018-Junin)

4.2.7.3. Peculado

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 387 del Código Penal, cuyo texto establece lo siguiente:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: (Código Penal, 1991)

- 1.** El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.



2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa. (Código Penal, 1991)

El delito de peculado forma parte del catálogo de delitos que atentan contra el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública, asimismo este bien jurídico general se encuentra a su vez conformado por aquellos principios que informan el ejercicio de la función pública y su administración, tales como los de transparencia, imparcialidad, independencia, eficiencia, gratuidad, entre otros principios.

En esa línea de ideas es de considerar que:



El sujeto activo del delito será el funcionario público que se interrelaciona con los efectos o caudales que precisa el tipo penal y sobre los cuales tiene la función de percibir, administrar o custodiar, por lo tanto, como afirma el maestro Salinas Siccha no solo nos encontramos ante un mero delito especial si no que se trata de un delito especialísimo de infracción del deber, en donde a modo de cuestión previa, exigir que tenga una relación funcional ineludible con el objeto del delito, (Salinas, 2019, p. 292).

Ahora bien, cuando nos referimos al delito de peculado y en específico sobre el bien jurídico protegido, tomaremos en consideración el Acuerdo Plenario N° 04-2005 el mismo que prescribe que este delito tiene un carácter pluriofensivo y protege: “a) El principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) Evitar el abuso de poder (...) del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”, fundamento 6 del (Acuerdo Plenario N° 04-2005)

Es decir, el objeto material de la acción estaría constituido por los intereses patrimoniales estatales, mientras que el bien jurídico específico por aquellos principios que están detrás de su correcta gestión y utilización.

4.2.7.4. Cohecho Pasivo Propio

El presente artículo se encuentra tipifica en el artículo 393 del Código Penal peruano, el cual precisa que:



El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, (Código Penal).

Bien Jurídico Protegido:

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el normal funcionamiento de los servicios públicos, así como el prestigio de la función y de los servicios públicos. Además, no cabe la comisión imprudente, por lo que se trata de un delito doloso, (Montoya, 2015, p. 96).

finalmente, al respecto de la Casación 1400-2017, Sullana se tiene que:

Al respecto del delito tipificado, cohecho Pasivo propio indicaremos que, el bien jurídico específico tutelado está dirigido a preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los criterios de objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público. El medio rector en esta modalidad atribuida es la de solicitar, donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. El sujeto activo debe tener plena conciencia que la complacencia del



que accede a la solicitud o entrega de donativo, promesa o ventaja está dirigida a influir (ejercer presión o fuerza moral) o decidir un asunto sometido a conocimiento o competencia de dicho sujeto (o sujetos), (Casación 1400-2017-Sullana).

Como puede observarse, el cohecho pasivo propio sanciona tanto al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones como al funcionario que recibe, acepta recibir o solicita recibir algún donativo, promesa de una ventaja o cualquier beneficio como consecuencia de haber faltado ya a sus deberes.

4.2.7.5. Trafico De Influencias Enriquecimiento Ilícito

El presente artículo se encuentra tipifica en el artículo 400 del Código Penal peruano, el cual precisa que:

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario público **que** ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según



corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa,

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, (Código Penal).

Bien Jurídico Protegido:

Al respecto indicaremos que:

El bien jurídico protegido en sentido genérico se trata de la correcta administración pública, mientras que el bien jurídico protegido en sentido específico se trata de la preservación de toda imparcialidad, objetiva e independencia de la conducta funcional descartando toda forma de influencia sobre el funcionario ajena a su deber, (Montoya, 2015, p. 143)

Finalmente, al respecto el Tribunal Constitucional por medio de sus operadores jurídico indican que:

El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcional y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de “influencia real” el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado corto y de tendencia. Exige una conducta precisa,



con independencia de que la misma forme parte o no de un plan delictivo que lleva a la constatación de una empresa criminal. (Casación 683-2018 - Nacional)

En ese sentido indicaremos que, el aprovechamiento de un funcionario público respecto de sus facultades y consecuentemente sacar provecho desencadena un delito que requiere de una pena.

4.2.7.6. Negociación compatible

El presente delito se encuentra contenido en el Código Penal, Título XVIII: Delitos contra la Administración Pública, Sección 2, estableciendo que:

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo.

El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, (Código Penal).

Bien Jurídico Protegido



El bien jurídico genérico de los delitos de corrupción definido anteriormente es el correcto o normal funcionamiento de la administración pública. Pero el bien jurídico específicamente protegido en el delito de negociación compatible es la objetividad o imparcialidad de la actuación del funcionario en el marco de contratos u operaciones económicas en las que participe del Estado, (Guimaray, 2014, p. 1).

Que el bien jurídico protegido en este delito está constituido por el interés del Estado en el correcto desarrollo de la actividad pública. En este sentido, el funcionario o servidor público debe actuar imparcialmente-no debe asumir un interés de parte o anteponer su interés a los de la Administración Pública- y en sujeción a los intereses públicos, (Recurso de Nulidad 1318-2021, 2012).

En ese entender podemos colegir que estamos frente a un delito especial propio de la infracción del deber, que se materializa cuando el agente ha actuado en el proceso de contratación pública (en cualquiera de sus etapas), considerándose que el agente debe poseer un título habilitante y con capacidad de decisión para intervenir en el proceso, ello a todas luces nos haría evidenciar que se trata de un prevalimiento.

Para tal fin el juzgador podrá utilizar las siguientes excepciones a la regla de la exclusión probatoria: la Doctrina de la buena fe, la doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para tercero, la doctrina de la ponderación de intereses, la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo.



SUB CAPÍTULO III

4.3. NORMAS DE GARANTIA PROCESAL EN EL PROCESO PENAL Y LA PERSECUCIÓN DEL DELITO

Desde la vigencia del Código Procesal Penal 2004 se ha implementado un nuevo modelo que en la actualidad se denomina sistema acusatorio contradictorio o garantista, en tanto como su propio nombre lo indica establece una serie de garantías aplicables en el proceso penal.

En palabras de Adolfo Alvarado Velloso; el garantismo procesal es una posición filosófica, antagónica al totalitarismo y que en términos sencillos propugna la jerarquía de la Constitución por encima de la ley. (Alvarado Velloso, p. 303)

Por su parte para el maestro Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón refiere que; el garantismo es el principal rasgo funcional del estado de derecho, que designa no simplemente un estado legal o regulado por ley sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial. (Ferrajoli, 2005, p. 855)

Por su parte el Dr. Cesar San Martín Castro, establece que las garantías constitucionales se pueden clasificar en: garantías procesales genéricas, garantías procesales específicas y garantías procesales de la víctima; en el presente apartado trabajaremos las garantías procesales genéricas entre las que abordaremos: el debido



proceso, el derecho de la tutela jurisdiccional, la defensa procesal y el derecho a la presunción de inocencia.

Este conjunto de garantías genéricas, conforme sostiene Ferrajoli, son reconducidos bajo los cuatro axiomas que se pueden expresar en latín bajo la siguiente forma; *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione y nulla sine defensione*. (Ferrajoli, 2005, p. 855)

De todo ello podemos colegir que las garantías procesales pueden comprenderse como el medio de protección a la persona o instrumento procesal que brindan el ordenamiento jurídico -Constitución-, para la efectivización de los derechos todo ello con el propósito de que los derechos fundamentales puedan hacerse valer con eficacia.

4.3.1. El Debido Proceso

El debido proceso tiene su origen en el due process of law anglosajón, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales. (Nowak E, 2010)

Como premisa general esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el Art.139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado, la cual prescribe:

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a



procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación, (Constitución Política, 1993)

Por su parte el maestro Cesar San Martín Castro considera que se debe entender por debido proceso en cuanto garantía contra el ejercicio abusivo del poder político:

Aquel instrumento de la jurisdicción que incorpora, esencialmente, un conjunto tanto de presupuestos institucionales que definen y ordenan la actividad jurisdiccional como de requisitos que implican la necesaria presencia de un juez independiente, objetivo e imparcial, y el cumplimiento efectivo, para la debida satisfacción de las pretensiones y resistencias, de los principios o máximas de igualdad, acusatorio, libre valoración de la prueba, oralidad, publicidad, inmediación y concentración en los marcos de un ordenamiento procesal legalmente previsto. (San Martín Castro C. , 2020, p. 128)

En esa línea de ideas, desde nuestra perspectiva esta garantía se encuentra referida al conjunto de garantías penales y procesales, que deben ser respetadas desde el inicio de las investigaciones preliminares, en la indagación, investigación, hasta llevarse a cabo la etapa de juzgamiento y ejecución de un proceso penal, bajo absoluta imparcialidad y con garantías legales para llevar a cabo un proceso justo y transparente es decir respetándose el debido proceso, no dejando de lado que esta institución es propia de un Estado de Derecho.



Finalmente, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria en la CAS. 5734-2013-TACNA sostiene:

El derecho fundamental al debido proceso no se limita a velar únicamente el aspecto formal o procedimental, (competencia y observancia del procedimiento, etc), sino que la protección de este derecho conlleva a considerar, necesariamente, el contenido sustancial del mismo, lo que exige observar diligentemente los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión judicial (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de arbitrariedad”, (Casación N° 5734-2013-Tacna, 2014).

4.3.2. Garantía de tutela jurisdiccional

La presente garantía de la misma forma está contemplada en nuestra Carta Magna en el artículo 139, inciso 3 que prescribe:

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (Constitución Política, 1993)

Por su parte para el maestro Cesar San Martín Castro, considera que estamos frente a:



Un derecho-garantía que incumbe al legislador instituir normas excluyentes de la vía jurisdiccional y aplicar al juez, que tiene un contenido complejo de carácter prestacional y de configuración legal, predicable de todos los sujetos jurídicos y que consiste en el derecho a un proceso de acceso a la justicia, tanto a quien ha pretendido a la tutela iniciando un proceso, como a quien se defiende frente a esa petición y salvo el incumplimiento de presupuestos y requisitos procesales a una sentencia sobre el fondo, fundada en derecho y plenamente ejecutable para hacer efectivos los derechos subjetivos y los intereses legítimos de naturaleza sustantiva. (San Martín Castro C. , 2020, p. 146)

No dejando de lado que este contenido constitucional tiene intrínsecamente ligados otros derechos como:

Derecho al proceso; derecho a una resolución fundada en derecho; derecho de acceso a los recursos legalmente previsto; derecho a la firmeza, invariabilidad y a la cosa juzgada, efectividad de las decisiones jurisdiccionales; derecho a la ejecución de lo decidido. (San Martín Castro C. , 2020, p. 146)

Por su parte el Tribunal Constitucional bajo el Exp N° 763-005-PA/TC sostuvo que; “la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela



judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”.

Para cerrar la idea podemos colegir que la tutela jurisdiccional es un derecho continente porque intrínsecamente abarca a otros, en ese sentido este derecho de naturaleza constitucional y de derechos humanos es obligatorio cuando estamos frente al marco de un proceso, cuando estamos frente a un Estado Constitucional y en tratados de Derechos Humanos.

4.3.3. El derecho a la presunción de inocencia

Esta garantía se encuentra de manera expresa en el artículo 2.24.e de nuestra Carta Magna, la cual prescribe: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. (Constitución Política, 1993)

Por su parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.2 se establece; “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presunta su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Por su parte para el maestro Cesar San Martín Castro, estamos frente a:



Un derecho-garantía procesal o constitucional, de jerarquía constitucional que asiste al imputado, que no alcanza a otras partes procesales y se proyecta a todo el proceso penal, aunque se extiende a todos aquellos supuestos en que la decisión judicial debe asentarse en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos en cuya virtud solo puede declararse culpable a una persona si existe una actividad probatoria o material probatorio suficiente, válido o legítimo y de cargo, actuado conforme a las reglas y exigencias trazadas por la Constitución y la Ley. (San Martín Castro C. , 2020, p. 153)

De manera que, la presunción de inocencia comprende el estado de inocencia, constitucionalmente protegido y comprende una situación, según la cual, el imputado se mantendrá inocente durante el desarrollo del proceso penal, la cual desaparecerá solo con la emisión de una sentencia condenatoria

La presunción de inocencia, según lo referido por el profesor Cesar San Martín, encuentra 3 formas de manifestarse:

- ❖ Como principio informador del proceso penal, entendido como un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal.
- ❖ Como regla de tratamiento del imputado, la presunción de inocencia se concibe como derecho subjetivo, en cuya virtud toda medida judicial intermedia en especial las medidas de coerción no pueden suponer anticipación de pena.
- ❖ Como regla en el ámbito de la prueba; se abordará como regla de la prueba referida al procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada



uno de los medios de prueba para que pueda fundamentar una sentencia condena; y; como regla de juicio impone una decisión determinada. (San Martín Castro C. , 2020, p. 155)

En esa línea de ideas, el Tribunal Constitucional bajo el desarrollo del Expediente N.º **0618-2005-HC/TC sobre la presunción de inocencia afirmó:**

Se considera que por esta presunción iuris tantum, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva. (Expediente N.º 0618-2005-HC/TC , 2005)

Finalmente podemos colegir que la presunción de inocencia es un derecho y a su vez una garantía, que le asiste únicamente al imputado, y lo ampara durante todo el desarrollo del proceso, bajo el aforismo que todo procesado se le considerará inocente en tanto no se le declare culpable mediante una sentencia definitiva.

4.3.4. La defensa procesal

Se encuentra regulado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en específico en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en nuestra Carta Magna la cual consagra en su Art. 139 inciso 14 que:



Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, además toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención y tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (Constitución Política, 1993).

En consecuencia, podemos colegir que nuestra Constitución reconoce a la defensa en juicio como una institución imprescindible de la propia noción de proceso, en tanto que sin esta no puede haber proceso jurisdiccional, no dejando de lado que también se encuentra ligada al principio de igualdad y contradicción bilateral.

Por su parte el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, establece que:

Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. (Código Procesal Penal, 2004)

En esa línea de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 05085-2006-PA/TC establece que:

El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría



reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés. (Expediente N° 05085-2006-PA/TC , 2007)

De todo ello podemos colegir que el derecho a la defensa es uno de los componentes centrales del debido proceso que determina y obliga al Estado a que se trate a una persona en todo el proceso como un verdadero sujeto procesal, en ese sentido el derecho a la defensa debe ejercerse desde el momento de la imputación a una persona como presunto responsable de un hecho punible penalmente relevante hasta que culmine el proceso.

Las garantías procesales, antes descritas, encaminan el desarrollo del proceso penal, de manera que, las reglas procesales contenidas en el Código Procesal Penal se rigen por estas.

Tal es el caso de la prueba, y como parte de esta, de la prueba prohibida, que cuando se trata de delitos contra la administración pública representa la piedra angular que posibilita la impunidad, así se puede advertir de lo regulado por el artículo VIII referido a la legitimidad de la prueba.

Artículo VIII:



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. (Código Procesal Penal, 2004)

Agregar a ello que, a nivel normativo, doctrinario y jurisprudencial, en nuestro país no existe claridad, respecto al tratamiento de la prueba prohibida.

Situación que encuentra dos polos opuestos, por un lado, al Ministerio Público, que persigue los delitos cometidos contra la administración pública, cuyo bien jurídico es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública, y se encuentra asociado a aspectos de orden económico patrimonial del Estado.

Y por otro lado, la aplicación de reglas de exclusión de la prueba prohibida que permite que ciertos medios probatorios no sean admitidos en el proceso penal, y que inciden en el establecimiento o no de la responsabilidad penal; lo establecido por el inciso 2 del artículo VIII “2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona” (Código Procesal Penal, 2004), supuesto en el que se ampara las reglas de exclusión de la prueba prohibida. Como se advierte en la sentencia emitida en el expediente N° 00655-2010-PHC/TC al referir “La prueba



prohibida como **auténtico derecho fundamental** que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que como todo derecho fundamental admita limitaciones en su ejercicio.”; y con ello, considerar a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

De manera que, estas reglas de exclusión, inciden en el equilibrio entre la persecución penal y las normas de garantía procesal, porque éstas últimas permiten aplicar reglas de exclusión de la prueba prohibida en casos de delitos contra la administración pública.

Situación que requiere de excepciones, a la exclusión de la prueba prohibida, como es el caso de la fuente independiente, descubrimiento inevitable, la conexión de antijuricidad, la excepción de buena fe, y la del nexos causal debilitado, desarrollada en el acápite 2.1.3.9.

Excepciones a la exclusión de la prueba prohibida que debieran considerarse, ante la creciente presencia de delitos contra la administración pública, en tanto el Derecho Penal se encuentra vinculado con la política criminal; que según lo expuesto por Hurtado Pozo, “se presenta como un método de observación de la reacción anticriminal y luego, como un arte o estrategia de lucha contra la delincuencia, que se elabora sobre lavase de los datos que proporciona la observación inicial”, (Zaffaroni, Eugenio Raul; et al, 1986, p. 117).



Es preciso tener en consideración que:

Toda estrategia de lucha contra el aumento de la criminalidad obedece a planteamientos políticos-criminales que delinea el Estado para combatirla. En ese sentido se ha definido la Política Criminal como la forma en que el Estado reacciona frente a las actuaciones delictivas que amenazan el desenvolvimiento armónico de la sociedad. (Zaffaroni, Eugenio Raul; et al, 1986, p. 117).

En contraste con lo antes citado, el profesor Bustos Ramírez señala:

La historia del Derecho Penal es la historia del Estado, un largo camino de democratización, que sólo estamos iniciando y que por ello requiere una constante revisión crítica y, al mismo tiempo, implica remover prematuramente, mitos, ficciones y alienaciones que impiden esta revisión. (Bustos, 1982, p. 150)

De manera que, los delitos contra la administración pública, representan una problemática que requiere atención por el Estado, desde la perspectiva de la política criminal, orientada a luchar contra la corrupción y donde la persecución política cumple un rol trascendente.

Precisemos que “La corrupción, como conjunto de comportamientos inducidos, crea un estado particular de funcionamiento irregular de las diversas instancias del Estado, y constituye un fenómeno social de orden político y económico” (Hurtado, 1995, p. 156)



Y que la misma, a decir se Cesar San Martin, presenta las siguientes características:

- a) el acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, transgrede algunas de las reglas que rigen el cargo que ostenta el agente público o la función que cumple.
- b) existencia de un sistema normativo que sirva de referencia al acto de corrupción. Éste es parasitario de aquel.
- c) Un acto de corrupción no siempre entraña una acción penalmente antijurídica. Ello dependerá del tratamiento que el sistema punitivo ofrezca las reglas del sistema normativo de referencia (y que por cierto exige una atenta política penal de criminalización de actos corruptos).
- d) Vinculación a una expectativa de obtener un beneficio extra patrimonial. No es necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser política, profesional, sexual, etc., ni tampoco que el beneficio que se pretende conseguirse elevado Nique la contraprestación este perfectamente determinada.
- e) Los actos de corrupción tiene una realizarse en secreto o al menos en un Marco de discreción, para garantizar que estos pasen lo más inadvertidos posibles. (San Martin, 2012, p. 527)



Como puede advertirse, de lo expresado por el profesor Cesar San Martin, ca corrupción se encuentra asociado a los delitos contra la administración pública, en tanto vincula a funcionarios y/o servidores del Estado.

Al tener presente lo que representa la corrupción y su vinculación con los delitos contra la administración pública, que debe ser abordada por la política criminal; resulta importante dotar de instrumentos procesales adecuados a la persecución penal.

Ligada a la incorporación de determinadas instituciones procesales, necesarias para garantizar eficacia en el resultado judicial. Son las denominadas "técnicas de investigación proactivas", en las que el principio constitucional de proporcionalidad de cara a su utilización debe ocupar un lugar central a tono con la gravedad y complejidad del acto corrupto, dado que en su concepción y aplicación están en juego dos intereses obtienes jurídicos de relevancia constitucional; de un lado, el interés general y, por otro, los derechos del imputado. (Expediente N° 131-93-DA/IC, 1997)

5. RESULTADOS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.1. Resultados del Estudio

La información cualitativa ha sido recogida de material bibliográfico y académico, así como de profesionales de Derecho.



5.1.1. Técnicas de instrumentos de recolección de información

Para la recolección de información, se ha recurrido a la entrevista (técnica), que fue realizada según el formato que se anexa a la presente. Así mismo, se ha utilizado la guía de preguntas (instrumento).

Las entrevistas fueron realizadas a:

Tabla 3 Entrevistas

N°	Nombre	Cargo
1	Rolando Tito Quispe	Juez
2	Edwin Del Pozo Condori	Juez
3	Cecilia Julia Huaycochea Núñez De La Torre	Fiscal Adjunta De La Segunda Fiscalía Superior Penal
4	Katia Álvarez Cruz	Fiscal Adjunta Provincial Provisional
5	Rubén Mamani Aguilar	Abogado Litigante

5.1.2. Resultado de las entrevistas

Entrevista a Juez Rolando Tito Quispe

1. ¿Desde su óptica, considera usted adecuado el tratamiento de la Prueba Prohibida respecto de los delitos contra la Administración Pública en el Perú?



Considero que, si es el adecuado, en vista de que es una excepción a la regla general de que no es una admisible la prueba prohibida, así mismo se debe realizar un análisis caso por caso y pues al mismo tiempo ejecutar un trabajo efectivo para determinar en casos la prueba prohibida nos sirve para resolver el caso en concreto

2. Considera usted, ¿que en el sistema de justicia penal Peruano la Prueba Prohibida termina siendo un límite a la persecución del delito?

Desde mi óptica no es un límite, más por el contrario es una salvaguarda al desarrollo del proceso, caso contrario todos los procesos estarían plagados de pruebas prohibidas admitidas, la idea es que en términos generales la prueba prohibida como tal no puede ser admitida.

3. Desde su percepción, la Prueba Prohibida debería ser, o no, ¿admitida como medio de prueba en los procesos de delitos contra la Administración Pública?

Debe ser considerada siempre como excepción, mas no como regla general y no solo para delitos contra la administración pública, más por el contrario para cualquier tipo de delitos.

4. En atención, al caso de los “Vladivideos”, (Expediente N~ 017-2001-CSJ/LIMA), estas pruebas fueron admitidas teniendo la condición de Prueba Prohibida, en el caso en particular, ¿cuál es su opinión al respecto?

Como manifestamos toda regla general tiene excepción y en este caso en concreto haciendo una ponderación de bienes jurídicos, se ha determinado haciendo la



explicación correspondiente de que en el caso en particular cabía pese a su condición de prueba prohibida evidentemente se parte de la comunidad de pruebas para resolver el caso en concreto

- 5. Usted considera que la admisión o no de una Prueba Prohibida, ¿limita la valoración de la prueba y repercute en la decisión final de los magistrados?, ¿Por qué?**

Cada caso amerita una evaluación de forma y de fondo para la admisión de una prueba, esto quiere decir que al momento de realizar un análisis sustancial de la prueba se verificara si de forma excepcional la prueba prohibida ayudara a resolver la responsabilidad, así mismo debemos mencionar las excepciones que dejan a salvo la admisión de dichas pruebas, ya dependerán del juez para determinar la utilidad de las mismas. finalmente referir que lo que realizan los jueces al momento de considerar prueba prohibida es pues orden a aquello que ordenamiento jurídico manda.

- 6. El 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, se desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, donde por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida, sin embargo, pese a existir pronunciamiento jurisprudencial algunos jueces en nuestro país son renuentes a aplicar los considerandos de este acuerdo, ¿considera oportuno y necesario que a nivel jurisprudencial deban uniformizarse posturas para el tratamiento y aplicación de excepciones a la Prueba Prohibida en nuestro país?, porque?**



En principio debemos señalar que los plenos jurisdiccionales tienen como propósito uniformizar la jurisprudencia que se emite a nivel nacional, cabe mencionar que los plenos jurisdiccionales no son al cien por ciento vinculantes, un juez estará facultado de sustentar y argumentar porque no asume un acuerdo plenario o algún pleno jurisdiccionales como el mencionado, para tomar esta postura deberá existir una significativa argumentación, en efecto ese es el propósito del pleno jurisdiccional pero debemos entender que no es vinculante y finalmente la judicatura debe ser acuciosa respecto del tratamiento de la prueba prohibida, al momento de resolver un caso en concreto pues de contrario se estaría generando impunidad.

- 7. ¿Finalmente, usted cree que el tema en mención amerita una propuesta normativa o bajo la figura de precedente vinculante, de lo contrario cuál cree usted que debería ser el tratamiento correspondiente respecto del tema?**

Pienso que las dos alternativas resultan siendo viables puesto que no existe un marco normativo, sin embargo, si trabaja en ese sentido podría darle mayores herramientas al juez para tomar en cuenta y así mismo considerar que los precedentes vinculantes se asemejan a una ley, por lo tanto, considero que a través de Tribunal Constitucional y de Corte Suprema lograr que el juez deba tomar cuenta ello, son propuestas viables.

Entrevista a Juez Edwin Del Pozo Condori



1. ¿Desde su óptica, considera usted adecuado el tratamiento de la Prueba Prohibida respecto de los delitos contra la Administración Pública en el Perú?

Considera que falta se realice un tratamiento jurisprudencial que establezca mecanismos para determinar e intepretrar cuando debe ser considerado una prueba prohibida o no, porque si se determina que es una prueba prohibida y no cuenta con alguna excepción que la doctrina ha establecido para considerarla valida, no se deberia aplicar, por lo tanto se requiere tratamiento jurisprudencial con apoyo de la doctrina para establecer algunos parámetros, tomando en cuenta cada tipo de delito porque esta supone una actividad probatoria distinta para cada una.

2. Considera usted, ¿que en el sistema de justicia penal Peruano la Prueba Prohibida termina siendo un límite a la persecución del delito?

No es un límite, porque los operadores judiciales están obligados a actuar respetando los derechos fundamentales y derechos humanos, en ese sentido la policía y la fiscalía deben actuar respetando esos derechos, en caso se presente una violación de derechos y como consecuencia de ello se obtenga un medio probatorio que a la larga resulte prohibido no se debe tomar en cuenta; por ello en consecuencia el error o falla no está en la prueba en si, sino en la forma como se ha obtenido la prueba, por tanto el error no parte del concepto de prueba prohibida o su contenido sino de la actuación de un funcionario o servidor público, como recomendación todos los operadores jurídicos sobre todo policías y fiscales deben ser capacitados para determinar cuál es su actuación y de esta manera evitar actuaciones arbitrarias que desencadenen la caída



del proceso, y que a futuro las partes precisamente los imputados cuestionen los medios probatorios que los incriminen.

3. Desde su percepción, la Prueba Prohibida debería ser, o no, ¿admitida como medio de prueba en los procesos de delitos contra la Administración Pública?

Solo debe ser admitida cuando se dan las excepciones que establece la doctrina, más por el contrario en caso no se presentase ninguna excepcion, no debe ser admitida.

4. En atención, al caso de los “Vladivideos”, (Expediente N~ 017-2001-CSJ/LIMA), estas pruebas fueron admitidas teniendo la condición de Prueba Prohibida, en el caso en particular, ¿cuál es su opinión al respecto?

Considero que en esencia esos medios probatorios han sido admitidos porque se presentaban algunas excepciones, sin embargo, se realizó una ponderacion intereses entre los derechos de un ciudadano y el descubrimiento de la verdad para proteger los intereses publicos, por lo que considero que han sido debidamente admitidas.

5. Usted considera que la admisión o no de una Prueba Prohibida, ¿limita la valoración de la prueba y repercute en la decisión final de los magistrados?, ¿Por qué?

La obtención de una prueba prohibida desde luego limita la actuación de un magistrado para tomar una decisión final, sin embargo, si no se presentase alguna excepción o a través de la ponderación, no supera el interés general público respecto del interés particular en cada caso concreto, no limitaría.



Sin embargo, si para la prueba prohibida se ha violado derechos fundamentales y podria demostrarnos algo, si estaria limitando, en conclusión, la actuación de quienes obtuvieron este medio probatorio es relevante porque también pudieron ser incluidos al proceso cumpliéndose los estándares de legalidad.

- 6. El 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, se desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, donde por primera vez se dejo a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida, sin embargo, pese a existir pronunciamiento jurisprudencial algunos jueces en nuestro país son renuentes a aplicar los considerandos de este acuerdo, ¿considera oportuno y necesario que a nivel jurisprudencial deban uniformizarse posturas para el tratamiento y aplicación de excepciones a la Prueba Prohibida en nuestro país?, porque?**

Considero que ya es necesario que la Corte Suprema en función a esas decisiones que no son uniformes de diferentes órganos jurisdiccionales y pese a que en Trujillo han tomado una decisión respecto de las excepciones de la prueba prohibida si se debe convocar a un pleno nacional, los jueces supremos deben reunirse y tomando en cuenta todas aquella jurisprudencia deberían determinar cuáles son los parámetros y establecer con mayor precisión cuales son aquellas excepciones que nos permiten aplicar la prueba prohibida y aquellos magistrados que conociendo que en la doctrina nacional e internacional son renuentes de su aplicación, solo estarían actuando de manera formal y no estaríamos siendo razonables con nuestras decisiones porque siempre se debe utilizar el raciocinio, la lógica, el interés general, siendo importante



que no se violen los derechos humanos, y más importante que el formalismo resulta siempre siendo la objetividad para tomar la mejor decisión, pues el excesivo formalismo en algunos casos podría generar impunidad.

7. Finalmente, usted cree que el tema en mención amerita una propuesta normativa o bajo la figura de precedente vinculante, ¿de lo contrario cuál cree usted que debería ser el tratamiento correspondiente respecto del tema?

Dado que es un tema de interpretación respecto a la prueba prohibida yo considero que el tema se debe zanjar a nivel jurisprudencial, así mismo considerar que cada caso se deberá analizar de forma distinta, en vista de que en el ámbito del derecho se hace referencia a una ciencia social de carácter interpretativo evolutivo, por ello mismo se tiene consideración los criterios dispares en una misma sala, un mismo colegiado, en consecuencia cada decisión, análisis e interpretaciones que se tomen sean las más idóneas y se encuentren dentro del marco normativo.

Entrevista a Fiscal Adjunta Cecilia Julia Huaycochea Nuñez De La Torre

1) ¿Desde su óptica, considera usted adecuado el tratamiento de la Prueba Prohibida respecto de los delitos contra la Administración Pública en el Perú?

En cuanto a la regulación del tema planteado, asevero que no existe una norma específica dentro de la regulación de los delitos contra la Administración Pública que haga referencia a la exclusión de la Prueba Prohibida, más bien la exclusión de la prueba prohibida es un tema de dimensión constitucional del cual se afirma que la prueba obtenida vulnerándose derechos fundamentales no puede ser incorporada en la



investigación, en el proceso o valorada por el Juez, entonces lo que se tiene es una prohibición de carácter constitucional que ha sido acogido en el Código Procesal Penal cuando se habla de valoración de Prueba en general para todo tipo de delitos, pues no se hace incapié en Delitos contra la Administración Pública.

2) Considera usted, ¿que en el sistema de justicia penal Peruano la Prueba Prohibida termina siendo un límite a la persecución del delito?

Desde mi punto de vista la prueba prohibida es un límite a la actuación procesal en general, porque no se puede ofrecer, admitir ni valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, por ejemplo, confesiones a través de lesiones, la obtención de declaraciones a través de la tortura. En general la valoración de prueba prohibida no es solo una limitación cuando estamos frente a delitos contra la Administración Pública sino es una limitación para la persecución e investigación de todos los delitos.

Ahora bien, ciertamente los delitos contra la Administración Pública por la importancia y trascendencia que tienen en el mundo actual frente a la coyuntura y al develo de conocer que existe macodelincuencia de organizaciones criminales que justamente se desplegan dentro de la Administración Pública, por ello es necesario que exista una actividad procesal bien regulada y que permita también garantizar la persecución de estos graves delitos.

3) Desde su percepción, la Prueba Prohibida debería ser, o no, ¿admitida como medio de prueba en los procesos de delitos contra la Administración Pública?



Normativamente está prohibido, no se puede admitir ni valorar prueba prohibida en cualquier tipo de delito, ahora, también es cierto que desde una perspectiva particular se tiene que analizar el caso en concreto y debatir, y desde otra podría analizarse si realmente esa prueba prohibida es una limitación para la persecución de los delitos contra la Administración Pública, ello me permite concluir que se debe realizar un análisis de cada caso en concreto.

- 4) En atención, al caso de los “Vladivideos”, (Expediente N~ 017-2001-CSJ/LIMA), estas pruebas fueron admitidas teniendo la condición de Prueba Prohibida, en el caso en particular ¿cuál es su opinión al respecto?**

En el presente caso en concreto hubo una ponderación sobre la importancia de revelación de los videos que están directamente relacionados con la estabilidad del Estado Democrático de Derecho, del Estado Constitucional de Derecho; por ello se permitió la valoración de los Vladivideos sobre los cuales además hubo una corroboración porque luego se desplegó una investigación para objetivamente darle credibilidad a los videos que se mostraron.

- 5) Usted considera que la admisión o no de una Prueba Prohibida, ¿limita la valoración de la prueba y repercute en la decisión final de los magistrados?, ¿Por qué?**

Definitivamente la teoría de la Prueba Prohibida es un tema de limitación de la actividad probatoria bajo los canones del respeto a los derechos fundamentales y el debido proceso, no se puede tomar en cuenta una declaración si es que en esta no ha



concurrido el abogado por ejemplo; claramente si es una limitación a la valoración de la prueba, por lo tanto los jueces y fiscales en el contexto de las funciones que les corresponden tienen que verificar si la prueba que van a valorar tiene la condición de legítima, que ha cumplido con los procedimientos legales y que para su obtención se han respetado los derechos fundamentales.

- 6) El 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, se desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, donde por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida, sin embargo, pese a existir pronunciamiento jurisprudencial algunos jueces en nuestro país son renuentes a aplicar los considerandos de este acuerdo, ¿considera oportuno y necesario que a nivel jurisprudencial deban uniformizarse posturas para el tratamiento y aplicación de excepciones a la Prueba Prohibida en nuestro país?, porque?**

Si considero oportuno no solo a nivel jurisprudencial sino a través de una normativa que uniformice la postura que debemos tener respecto de determinar que prueba puede admitirse y cual no, el regulamiento facilitaría la aplicación para la valoración de la prueba realizada por el Juez; si bien se trata de un principio la prohibición de aplicación de prueba prohibida, pero mientras se pueda obtener una regulación más precisa ello facilitará la labor de los operadores de justicia.

- 7) Finalmente, usted cree que el tema en mención amerita una propuesta normativa o bajo la figura de precedente vinculante, ¿de lo contrario cuál cree usted que debería ser el tratamiento correspondiente respecto del tema?**



Considero que si bien es importante el aporte de un precedente vinculante como lo ha venido desarrollando la Corte Suprema pero considerando que la principal fuente del Derecho Penal es la ley, abría mayor solidez si es que se logra una regulación donde se determine algunos estándares de Prueba prohibida y estándares de excepciones a los cuales se adscriben nuestra legislación, ello facilitaría un poco más la función de los operadores de justicia, pues mientras no existan esos canones expresos se seguirá aplicando la discrecionalidad y cada juez tendrá un criterio diferente y no habrá predictibilidad.

Entrevista a Fiscal Adjunta Katia Álvarez Cruz

- 1. ¿Desde su óptica, considera usted adecuado el tratamiento de la Prueba Prohibida respecto de los delitos contra la Administración Pública en el Perú?**

Considero que no, toda vez que el inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar del NCPP la define como aquella obtenida, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, no habla únicamente de un derecho fundamental sino además de su contenido esencial.

- 2. Considera usted, ¿que en el sistema de justicia penal Peruano la Prueba Prohibida termina siendo un límite a la persecución del delito?**



Considero que depende de cada caso en concreto, así como de su forma de obtención y manejo.

3. Desde su percepción, la Prueba Prohibida debería ser, o no, ¿admitida como medio de prueba en los procesos de delitos contra la Administración Pública?

Considero que sí, pero bajo cierto cánones y criterios que eviten la vulneración de derechos fundamentales, para cuyo fin será relevante la aplicación del test de proporcionalidad.

4. En atención, al caso de los “Vladivideos”, (Expediente N~ 017-2001-CSJ/LIMA), estas pruebas fueron admitidas teniendo la condición de Prueba Prohibida, en el caso en particular ¿cuál es su opinión al respecto?

Representa una exclusión a la regla probatoria, que, por sus especiales características y expuestas al test de proporcionalidad, correspondía cumplir con el fin estatal por encima de conversaciones que además versaban sobre interés públicos, que no afectaban bienes personales sino por el contrario estatales.

5. Usted considera que la admisión o no de una Prueba Prohibida, ¿limita la valoración de la prueba y repercute en la decisión final de los magistrados?, ¿Por qué?

Considero que sí, porque una prueba considerada como prohibida puede representar la base de un determinado caso, así como de toda la imputación.



6. El 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, se desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, donde por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida, sin embargo, pese a existir pronunciamiento jurisprudencial algunos jueces en nuestro país son renuentes a aplicar los considerandos de este acuerdo, ¿considera oportuno y necesario que a nivel jurisprudencial deban uniformizarse posturas para el tratamiento y aplicación de excepciones a la Prueba Prohibida en nuestro país?, porque?

Considero que sí y no solamente a nivel jurisprudencial sino legal, aunque resulte casi imposible abarcar todos los casos que pudieran presentarse en la práctica, sin embargo, ello no limita que pueda generarse un reglamento o una norma más específica o uniformizar la jurisprudencia, así mismo considero que la regla como pasa en muchas figura jurídicas, es la no vulneración de los derechos fundamentales, en este caso de su contenido esencial, lo cual permite realizar un análisis pormenorizado de la casuística y fijar los puntos que pudieran implicar tal vulneración, lo cual también deberá tomarse en cuenta desde los primeros actos de investigación y en caso de ser una prueba insalvable verificar aspectos indiciarios que puedan contribuir con el sustento de la hipótesis y posterior tesis fiscal.

Comentarios adicionales:

Resalto la relevancia del tema materia de investigación, por ser un ámbito si bien muchas veces comentado y debatido, empero aún pendiente de parámetros específicos que puedan generar uniformidad en los juzgados, así mismo considero que resulta



necesario especificar sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, lo cual conlleva a un análisis no solamente penal sino constitucional.

Entrevista a Abogado litigante Ruben Mamani Aguilar

1. ¿Desde su óptica, considera usted adecuado el tratamiento de la Prueba Prohibida respecto de los delitos contra la Administración Pública en el Perú?

Si considero pertinente, es la forma idónea como es que debería tratarse, sin embargo, debería tenerse en cuenta el pleno jurisdiccional del 2014 de Trujillo, bajo las reglas de la mismas siempre y cuando también, que se respeten de ante mano los derechos del imputado.

2. Considera usted, ¿que en el sistema de justicia penal Peruano la Prueba Prohibida termina siendo un límite a la persecución del delito?

Particular considero que si el estado peruano incide en la política criminal de perseguir este tipo de delito y así mismo como está establecido el código procesal penal y el sistema de adoptamos, si sería un límite, pero, sin embargo, si en caso si quisiera dar un giro al mismo entonces se debería trabajar en una propuesta legislativa para dar un tratamiento especial y sea más eficaz la política criminal de lucha contra corrupción.

3. Desde su percepción, la Prueba Prohibida debería ser, o no, ¿admitida como medio de prueba en los procesos de delitos contra la Administración Pública?



Esto va depender del rol que se cumpla, por ejemplo, desde mi punto de vista como abogado litigante diría que no, sin embargo, si queremos erradicar la corrupción en el Perú entonces debería ser admitida teniendo una noción de respeto y contradicción las pruebas que se pretenden incorporar al proceso.

- 4. En atención, al caso de los “Vladivideos”, (Expediente N~ 017-2001-CSJ/LIMA), estas pruebas fueron admitidas teniendo la condición de Prueba Prohibida, en el caso en particular, ¿cuál es su opinión al respecto?**

Consideramos que el estado en un afán de implementar o proseguir con la política criminal anticorrupción, admitieron dichas pruebas con una previa acción de ponderación de bienes jurídicos, en el sentido que, si afectamos un bien jurídico de menor valor (bien jurídico del funcionario) por ejemplo el secreto de las comunicaciones, priorizamos el bien jurídico de mayor que sería el interés de la sociedad.

- 5. Usted considera que la admisión o no de una Prueba Prohibida, ¿limita la valoración de la prueba y repercute en la decisión final de los magistrados?, ¿Por qué?**

Consideramos que sí, porque esta prueba puede dar un giro en el estadio procesal correspondiente, puesto que el operador jurídico podría decidir de una forma muy distinta, caso que si no lo tuviera.

- 6. El 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, se desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, donde por primera vez se dejó a salvo la**



aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida, sin embargo, pese a existir pronunciamiento jurisprudencial algunos jueces en nuestro país son renuentes a aplicar los considerandos de este acuerdo, ¿considera oportuno y necesario que a nivel jurisprudencial deban uniformizarse posturas para el tratamiento y aplicación de excepciones a la Prueba Prohibida en nuestro país?, porque?

Considero que sí, ya que en las distintas cortes que no sean de la corte de justicia de Trujillo a la cual pertenece este pleno jurisdiccional, como es un pleno netamente jurisdiccional, no tiene la naturaleza de ser vinculante, si no por el contrario queda a criterio discrecional del juez para su aplicación o no, por esta razón el tribunal constitucional debería regular los mecanismos para la admisión de este tipo de prueba, lo idóneo sería una propuesta normativa que regule la misma.

7. Finalmente, usted cree que el tema en mención amerita una propuesta normativa o bajo la figura de precedente vinculante, ¿de lo contrario cuál cree usted que debería ser el tratamiento correspondiente respecto del tema?

Para ultimar el tema considero pertinente que una propuesta normativa sería lo idóneo pues permitirá regular de manera especial este tipo de casos de delitos contra administración pública, los mismo que transgreden el bienestar común y vienen un mal que aqueja el país.



5.1.3. Descripción de casos

5.1.3.1. Caso Vladi Videos - Expediente N° 06-2001

MATERIA : Delito de tráfico de influencias:
Delito de asociación ilícita para delinquir

AGRAVIADO : Estado peruano

**INVESTIGADO - Sentenciado: Vladimiro Ilich Lenin Montesions Torres
Alexander Martín Louri Bamachar**

Antecedentes:

Para el periodo presidencial del año dos mil al dos mil cinco deba entenderse que, resultó el entonces aun presidente (Ingeniero Alberto Fujimori) luego de las correspondientes elecciones resulto reelecto para seguir desempeñando la Presidencia de la República por tercera vez consecutiva, el Ingeniero Alberto Fujimori, candidato de su agrupación política "Perú Dos Mil"; pero sin obtener mayoría parlamentaria en el Congreso, pues sólo logró cincuentaidos escaños, según lo informado por el Jurado Nacional de Elecciones en la audiencia del veintidós de enero último. Que según lo dispuesto por el artículo noventa de la Constitución Política del Perú, vigente desde el primer día del mes de enero de mil novecientos noventaitrés y bajo cuyo amparo legal se convocó a este proceso electoral, "El número de Congresistas es de ciento veinte.", por cuya razón para obtener la mayoría absoluta en dicho Congreso, el presidente reelecto requería de un mínimo de sesentaiuno escaños.

El mismo que al conocer los resultados de este proceso electoral y a fin de restarle votos a las agrupaciones políticas de oposición, en especial a la de "Perú



Posible" que como segunda fuerza política había obtenido veintinueve escaños, el Asesor Presidencial Vladimiro Montesinos Torres, a cargo del Servicio de Inteligencia Nacional que dependía de la Presidencia del Poder Ejecutivo, inició una campaña de "reclutamiento" entre los congresistas recientemente electos, convenciendo a unos para que renuncien públicamente a las agrupaciones en que habían sido elegidos y se adhieran al partido "oficialista", por cuya razón se les ha dado en llamar "Congresistas Tránsfugas"; y a otros de los electos, convenciéndolos para que sin renunciar a sus "tiendas" políticas originales, se constituyan en "infiltrados" de sus respectivas agrupaciones, proporcionando información de los acuerdos que adoptasen en oposición a la política del oficialismo, por cuya razón se les conoce como "Congresistas Topos".

Ahora bien, para conseguir tales objetivos, el referido asesor presidencial Montesinos Torres, valiéndose de la información confidencial que disponía respecto a todos los congresistas en su condición de Asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, logró acceder a ellos por diferentes medios, ofreciéndoles ventajas económicas, ubicaciones en cargos de importancia u otros beneficios que, en el caso del ahora procesado Kouri Bumachar, se concretó a un "soborno" de quince mil dólares americanos en forma adicional a su sueldo mensual. Que, para el caso de este procesado, el referido asesor Montesinos Torres se valió de la colaboración del publicista Oscar Dufuor Cataneo y del empresario José Francisco Crousillat Carreño, accionista del Garay Suprema Canal Cuatro de "América Televisión", quienes le sirvieron de nexo para concurrir en forma conjunta a las oficinas del Servicio de



Inteligencia ariá Corta Nacional, que se ubican dentro de las instalaciones militares del Ejército Peruano en el distrito limeño de Chorrillos, el día cinco de mayo del año dos mil y en la que el ahora procesado Kouri Bumachar, en su calidad de Congresista electo, recibió la suma de quince mil dólares americanos, a cambio de su firma en el llamado “documento de adhesión” a la agrupación oficialista “Perú Dos Mil”.

Finalmente, en cumplimiento a este ilegal y secreto "acuerdo", entre dicho asesor en nombre de la agrupación oficialista y el congresista Kouri Bumachar recientemente elegido, éste hizo pública la renuncia a su original grupo "Perú Posible", así como su adhesión al oficialista "Perú Dos Mil", ocupando un escaño entre sus integrantes, participando en las posteriores reuniones de coordinación con su nueva agrupación política, y percibiendo las mismas cantidades de dinero con fechas tres de junio, diecinueve de julio y siete de agosto del año dos mil; cantidades que sumadas ascienden a sesenta mil dólares americanos, y cuya percepción ha sido plenamente acreditada por el expreso reconocimiento del entonces acusado.

Tras la difusión de dicho video, surgió la necesidad de procesar y juzgar a los involucrados en tan escandalosa red de corrupción, para ello, necesariamente, se tuvo que echar mano la colección de videos que Montesinos había mandado grabar y tenía ocultos en su domicilio. En ese contexto, Las personas que aparecían registradas en los “Vladivideos”, cuestionaron los mismos, sosteniendo que eran pruebas ilícitas porque: a) habían sido grabados sin su autorización; b) se había violado su derecho a las comunicaciones; c) se había vulnerado su derecho a la intimidad; y, d) la diligencia que permitió su obtención, no contó con las garantías establecidas por ley; razones por



los dichos videos constituían prueba ilícita y no debían ser valorados en proceso alguno.

Delito por el cual se procesó al funcionario

Delito de corrupción de funcionarios- cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito en agravio del estado

Por parte del Poder Judicial:

En el año 2003 el Órgano Jurisdiccional se pronunció al respecto del caso, dando valor probatorio a uno de los referidos videos, el denominado “Vladivideo Kouri – Montesino”, condenando a seis años de pena privativa de libertad y al pago de 500 mil nuevos soles al ex Congresista Alberto Kouri por los delitos de Enriquecimiento Ilícito y Cohecho Pasivo Propio en agravio del Estado.

En cuanto a la validez o no de los cuestionados videos, especialistas como Asencio Mellado opinaron al respecto sosteniendo que:

Si bien es verdad, los referidos “Vladivideos” constituyen prueba ilícita por haberse vulnerado derechos fundamentales, también es verdad que, recurriendo a las reglas de exclusión ya expuestas, podemos afirmar que el valor probatorio dado a éstos, se fundaría en La Teoría del Hallazgo inevitable, ya que tales videos habrían sido descubiertos inevitablemente por la policía, teniendo en cuenta que los efectivos del orden venían realizando diversas investigaciones para dar con el paradero de Montesinos Torres y la intervención a su domicilio era sólo cuestión de tiempo. En ese



sentido, la valoración probatoria otorgada a la referida fuente de prueba hallada en el domicilio del resulta incuestionable.

5.1.3.2. Caso Petro-Audios - Expediente N° 107- 2008

MATERIA : Negociación Incompatible y Tráfico de Influencias
AGRAVIADO : El Estado
INVESTIGADO : Rómulo León Alegría / Alberto Quimper Herrera

Antecedentes:

El día 05 de octubre de 2008, el reconocido programa dominical “Cuarto Poder” de América Televisión, sacó a la luz una muy seria denuncia periodística sobre actos de corrupción al interior de la administración pública; se difundieron conversaciones sostenidas entre Alerto Quimper Herrera (miembro del directorio de Perú-Petro, entidad estatal encargada de la promoción, de la inversión extranjera en el sector petrolero; y Rómulo Auguato León Alegría, discutiendo sobre supuestos cobros por el favorecimineto a la empresa noruega Discover Petroleum para la exploración y explotación de hidrocarburos. El resultado del concurso público fue cuestionado no sólo por lo incorrecto que una empresa estatal se alíe con una privada para un proceso de licitación, sino porque el proceso mismo ha estado viciado por actos irregulares y presuntamente delictivos cometidos por los funcionarios de PERUPETRO y otras



personas vinculadas al gobierno anterior (2006-2011). La finalidad no era otra que la obtención de licitaciones en el rubro de hidrocarburos.

Argumentación de la Fiscalía

La Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, con fecha 21 de octubre de 2008 formalizó denuncia penal contra Rómulo León Alegría, Alberto Quimper, Rafael Fortunato Canaán, entre otros, por los delitos de Asociación Ilícita para Delinquir (art. 317 CP), Tráfico de Influencias (art. 400 CP), Negociación Incompatible (art. 399 CP) y demás delitos.

La fiscalía sostiene que; la exclusión del material probatorio efectuada por la Sala Superior resulta manifiestamente Inconstitucional e ilegal; con relación a la regla de exclusión probatoria, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente Independientes de la vulneración a derechos fundamentales, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de Inocencia; que la sentencia emitida en el caso denominado BTR no establece bajo ninguna circunstancia, más allá de la sanción a los responsables de la actividad ilícita y la declaración de agraviados, entre otros, de Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, si los audios pueden ser o no utilizados en un proceso penal y/o sí en definitiva deben ser excluidos; además en la apelación sostiene que el anterior colegiado de la Tercera Sala Penal Especial, en el Cuaderno Incidental número 105-2008-A, determinó, entre otros, la aplicación de la teoría doctrinaria de ponderación de Intereses, al considerar que los derechos vulnerados a los imputados respecto a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, no tienen punto de equilibrio con el



derecho averiguación de la verdad, que la Sala Penal sentenciadora no ha señalado si se aplica o no al presente caso la ponderación de intereses, acto que al omitirse atenta contra el principio de predictibilidad y certeza de las decisiones en cuanto a su manifestación de seguridad jurídica.

Decisión Judicial

No obstante, la Sala Penal -en una parte de su sentencia- sostiene que son “inadmisibles” diversos medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público (v. gr. el acta fiscal de allanamiento y descerraje practicados en el inmueble de Rómulo León, el acta de recepción del CPU de Rómulo León, los correo electrónicos extraídos del CPU de Rómulo León, etc.), en la medida que derivan directamente de los audios que constituyen prueba ilícita por vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.



5.2. Discusión y presentación de resultados

La discusión y presentación de resultados se realiza teniendo en consideración los problemas formulados y los objetivos propuestos:

Problema General

¿De qué manera la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública?

Problemas Específicos

1. ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?
2. ¿De qué manera se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública?
3. ¿Qué razones se debe considerar para regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública?

Objetivo General

Explicar de qué manera la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública.

Objetivos Específicos

1. Describir el tratamiento jurisprudencial de la prueba prohibida en el proceso penal peruano.
2. Explicar la manera en que se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública.
3. Establecer las razones por las que se debe regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública.



5.2.1. Tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano

Considerando que el primer problema específico es: **¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?** el cual tiene como objetivo: **Describir el tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano.**

Se ha descrito el tratamiento jurisprudencial de las reglas de prohibición de valorar la prueba prohibida en el proceso penal peruano, en el ítem 4.1.3.9. donde se precisa que fue el Pleno Jurisdiccional Superior Penal del 11 de diciembre de 2004 el que desarrolla estas reglas, y que por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida, como se señala en su primera conclusión:

Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución –sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso, (Acuerdo Plenario N° 04-2005); además señala que se admitirá la prueba prohibida de acuerdo a la doctrina de la buena fe en el caso de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez; cuando resulte beneficiosa para el imputado; bajo la doctrina de la ponderación de intereses, donde el interés mayor primara por sobre el interés menor.



Así también en el ítem 4.1.3.4. cuando se aborda la naturaleza jurídica de la prueba prohibida, se precisa que el Tribunal Constitucional señala en el expediente N° 00655-2010-PHC/TC que, la prueba prohibida es un **derecho fundamental** que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. Es decir que, el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo.

También se ha precisado que, no existen derechos fundamentales absolutos, de manera que cualquier derecho fundamental admite limitaciones en su ejercicio, según lo declarado por el propio Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04-2010-PI/TC al “declarar que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulte justificada en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional”, (Expediente N° 04-2010-PI/TC, 2011).



5.2.2. Quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública

Considerando que el segundo problema específico es: **¿De qué manera se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública?** que tiene como objetivo específico: **Explicar la manera en que se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública.**

Se ha explicado en el ítem 4.2.6. que la persecución penal corresponde al Estado, quien ejerce el “*ius puniendi*” ante la comisión de delitos, y como tal es el titular del Derecho Penal y Procesal Penal, al determinar las conductas delictivas, penas y medidas de seguridad, así como, establecer preceptos o reglas para su aplicación.

Forma parte de la persecución penal – a cargo del Estado-, la persecución del delito – a cargo del Ministerio Público-, esta última se encuentra debidamente establecida la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Asimismo, se ha precisado que las normas de garantía procesal (ítem 4.3.), comprende el debido proceso, las garantías de tutela



jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia, y el de defensa procesal. Señalando que estas garantías en caminan el desarrollo del proceso penal y de las diferentes actuaciones procesales, tal es el caso de la prueba, que encuentra sustento normativo en el artículo VIII del Código Procesal Penal, al señalar:

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. (Código Procesal Penal, 2004)

De ambos aspectos, el que corresponde a la persecución del delito, así como a las normas de garantía procesal, guardan un equilibrio orientado a combatir el delito, sin embargo, se puede advertir un quiebre de este equilibrio se presenta a nivel procesal, específicamente en el ámbito probatorio con la aplicación de las reglas de exclusión de la prueba prohibida, orientada a no admitir determinada prueba, a la que se han denominado como prueba prohibida. Dejando de lado, la consigna de combatir el delito, para el cual, el Estado ha diseñado un sistema penal



y procesal penal, más aún, cuando se trata de delitos contra la administración pública, una enfermedad social vinculada en muchos casos con la corrupción, y que afecta a la colectividad de un país.

La prueba prohibida, teóricamente desarrollada en el ítem 4.1.3. conceptualizada como, la obtenida con violación de derechos fundamentales, que encuentra sustento normativo en el VIII del Código Procesal Penal, y jurisprudencial, descrita en el ítem 4.1.3.4. referido a la naturaleza jurídica de la prueba prohibida, donde se tiene en cuenta lo referido por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00655-2010-PHC/TC, al señalar que:

La prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. (Expediente N° 00655-2010-PHC/TC)

Lo cual ha de guardar concordancia con lo establecido por el propio Tribunal Constitucional al declarar que:

En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o



intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulte justificada en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por ello se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derechos fundamental no es definitivo sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflictos. (Expediente N° 04-2010-PI/TC, 2011)

De ambas sentencias, se puede advertir que el Tribunal Constitucional, considera que la prueba prohibida, al ser un derecho fundamental puede admitir limitaciones en su ejercicio.

Lo cual no ha sido observado adecuadamente por el Órgano Jurisdiccional, como se advierte en el caso Petroaudios; evidenciándose así un quiebre en el equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso por delitos contra la administración pública.

5.2.3. Consideraciones para regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública

Considerando que el tercer problema específico es: ¿Qué se debe considerar para regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso



por delitos contra la administración pública? el cual, tiene como objetivo: Establecer las razones por las que se debe regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública.

Las razones por las que se debe regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delito contra la administración pública, se advierten del contenido desarrollado en los siguientes ítems.

Razón de orden jurisprudencial, que se desprende de lo declarado por el Tribunal Constitucional, al considerar a “la prueba prohibida como un derecho fundamental no reconocido en la Constitución” (Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, 2010) y como tal, admite limitaciones en su ejercicio, porque todos los “derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna medida”, (Expediente N° 04-2010-PI/TC, 2011); descrita en el ítem 4.1.3.4.

Razón de orden doctrinaria, que comprende por un lado los postulados por los que se diseña un sistema jurídico penal, orientado a la lucha contra la criminalidad, esto es combatir el delito mediante la persecución penal, descrita en el ítem 2.2.6.

Por otro lado, se cuenta con un marco teórico que ha desarrollado supuestos como, la fuente independiente, descubrimiento inevitable, conexión de antijuricidad, excepción de buena fe, y nexos causales



debilitado, desarrollados en el ítem 4.1.3.8; que permite contar con excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida.

De manera que, se pueda contar un sistema jurídico penal que evite la impunidad y garantice un correcto funcionamiento de la administración pública, y seguridad jurídica en la población.

5.2.4. Regulación de la admisión de la prueba prohibida ante el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública.

Considerando que la pregunta general formulada en la presente investigación es: ¿De qué manera la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública? la cual, tiene como objetivo: Explicar de qué manera la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública.

Del contenido de la investigación se advierte que la regulación de la Admisión de la Prueba Prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que



se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública, porque:

1. Dota al sistema jurídico penal -procesal penal- de un marco normativo con excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida.

Conforme lo ha establecido el propio Tribunal Constitucional la prueba prohibida es considerada como un derecho fundamental no reconocido en la Constitución (expediente N° 00655-2010-PHC/TC) que admite limitaciones o restricciones (expediente N° 04-2010-PI/TC, 2011), esto quiere decir, que permite excepciones en ciertos supuestos; supuestos entre los que se propone a los delitos contra la administración pública.

2. Garantizar la persecución penal -por el Estado- y la persecución del delito -por el Ministerio Público-, de los delitos contra la administración pública, y permitir que el órgano jurisdiccional emita pronunciamientos de fondo, a fin de evitarla impunidad ante la comisión de este tipo de delitos.

Como se ha explicado en el ítem 4.2.6. la persecución penal corresponde al Estado, quien ejerce el “*ius puniendi*” ante la comisión de delitos, y encomienda al Ministerio Público la persecución del delito, conforme a lo establecido en su Ley Orgánica. Todo ello, dentro del



marco de un sistema jurídico penal creado por el Estado para combatir delitos que perjudican a la sociedad.

En toda sociedad, grande o pequeña, acaecen hechos contrarios al bien común: homicidios, hurto, traición. Provisionalmente, podríamos dar a estos hechos el nombre de delitos. Su misma naturaleza, fundada en la oposición al bien común, demuestra que la sociedad, si quiere vivir, tiene que reaccionar contra ellos. Y a propósito, se desarrolla, en cierta medida, una verdadera lucha, como ocurre con las enfermedades. (Carnelutti, 1952, p. 2)

3. En su rol preventivo del Derecho penal, promoverá un correcto funcionamiento de la administración pública, y con ello seguridad jurídica en la población.

Lo antes descrito nos lleva a referirnos a las excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida, (modelo norteamericano y del modelo Euro-continental), excepciones detalladas en el ítem 4.1.3.8. como son la de la fuente independiente, descubrimiento inevitable, conexión de antijuricidad, excepción de buena fe, y nexos causal debilitado.

Los cuales debieran ser considerados a fin de evitar el quiebre de equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso seguido contra delitos contra la administración pública, que se da en el momento de aplicar las reglas de



exclusión de la prueba prohibida, evitando un pronunciamiento de fondo pese a la persecución del delito por parte del Ministerio Público, como se advierte en el caso Petroaudios.



CONCLUSIONES

PRIMERA

La manera en que la regulación de la admisión de la prueba prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública es, i) Dotando al sistema jurídico penal -procesal penal- de un marco normativo que contemple excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida; ii) Garantizando la persecución penal -por el Estado- y la persecución del delito -por el Ministerio Público-, de los delitos contra la administración pública, permitiendo que el órgano jurisdiccional emita pronunciamientos de fondo; iii) Que el rol preventivo del Derecho penal, promoverá un correcto funcionamiento de la administración pública, y con ello seguridad jurídica en la población.

SEGUNDA

El tratamiento jurisdiccional de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano, se encuentra en desarrollo y presenta divergencias en su aplicación, y ha tenido como punto de partida el Pleno Jurisdiccional Superior Penal del 11 de diciembre de 2004, donde por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para valorar la prueba prohibida.

Posteriormente el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, ha declarado a la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental, garantizando que el medio probatorio prohibido no sea



admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que como todo derecho fundamental admite limitaciones en su ejercicio.

TERCERA

La manera en que se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública, es a nivel procesal, específicamente en el ámbito probatorio con la aplicación de las reglas de exclusión de la prueba prohibida, orientada a no admitir determinada prueba, a la que se ha denominado como prueba prohibida.

Dejando de lado la consigna de combatir el delito, para el cual, el Estado ha diseñado un sistema penal y procesal penal, que comprende a los delitos contra la administración pública. Pese a que el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00655-2010-PHC/TC, declara a la prueba prohibida como un derecho que admite limitaciones en su ejercicio. Originando criterios opuestos, en el tiempo, como se advierte en los casos de los Vladivideos y Petroaudios.

CUARTA

Las razones por las que se debe regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública, son **de orden jurisdiccional**, que se desprende de lo declarado por el Tribunal Constitucional, al considerar a la prueba prohibida como un derecho y como tal, es un derecho que admite limitaciones en su ejercicio; **de orden**



doctrinaria, que comprende, los postulados por los que se diseña un sistema jurídico penal, orientado a la lucha contra la criminalidad, esto es combatir el delito mediante la persecución penal; teniendo en consideración excepciones como teoría de la buena fe, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, la eficacia de la prueba ilícita para tercero, la ponderación de intereses, la destrucción de la mentira del imputado, y la teoría del riesgo.



RECOMENDACIONES

PRIMERA

A fin de evitar el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública se recomienda al Congreso de la República modificar el Código Procesal Penal estableciendo excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida, para que puedan ser admitidas en los procesos por delitos contra la administración pública.

SEGUNDA

Se recomienda al Poder Judicial, tener en cuenta lo declarado por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00655-2010-PHC/TC, que la prueba prohibida como auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, **pero que como todo derecho fundamental admita limitaciones en su ejercicio**; y en concordancia se preste atención al Pleno Jurisdiccional Superior Penal del 11 de diciembre de 2004, donde por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida.

TERCERA

Se recomienda al Ministerio Público que, a nivel procesal, específicamente en el ámbito probatorio, a tenor de lo declarado por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00655-2010-PHC/TC, haga



presente en el ámbito jurisdiccional que la prueba prohibida como un derecho admite limitaciones en su ejercicio, en los procesos de delitos contra la administración pública.

CUARTA

Se recomienda al Poder Judicial que en el desarrollo del proceso se tenga en cuenta las razones de orden **jurisdiccional**, que se desprende de lo declarado por el Tribunal Constitucional, al considerar a la prueba prohibida como un derecho y como tal, es un derecho que admite limitaciones en su ejercicio; y las **razones de orden doctrinario**, que comprenden, los postulados por los que se diseña un sistema jurídico penal, orientado a la lucha contra la criminalidad, esto es combatir el delito mediante la persecución penal; y desarrollo doctrinario de un marco teórico en el cual se precisan supuestos como teoría de la buena fe, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, la eficacia de la prueba ilícita para tercero, la ponderación de intereses, la destrucción de la mentira del imputado, y la teoría del riesgo.



Lege ferenda

Lege ferenda, se recomienda al Congreso de la República del Perú, modificar el artículo 159 en el Código Procesal Penal a fin de regular la admisión de la prueba prohibida, excepcionalmente en los delitos contra la administración pública.

Iniciativa Legislativa

1. Justificación

1.1. Exposición de motivos

Análisis de la constitucionalidad y legalidad de la propuesta

La propuesta de tipificar excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el Código Procesal Penal, encuentra sustento constitucional en la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, referida a la interpretación de los derechos fundamentales, como es la el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (...) que obtenidos con violación de este preceptos no tiene efecto legal; que como todo derecho, no es absoluto y es susceptible de ciertas limitaciones; lo cual se ve complementado con lo desarrollado por la doctrina jurisprudencial, tanto del Poder Judicial -Pleno Jurisdiccional del año 2004- como de Tribunal Constitucional -Expediente N° 00655-2010-PHC/TC.



Descripción del Problema

El Perú, cuenta con un Código Procesal Penal, en el que se regula el desarrollo del proceso penal, y como parte de él, las facultades del Ministerio Público, entidad encargada de la persecución de los delitos, sin embargo, en el ejercicio de sus funciones durante el proceso penal encuentra ciertas limitaciones a nivel probatorio, que inciden en que no todos los delitos lleguen a ser sancionados, y son archivados en mérito a la actividad probatoria relacionada con la exclusión de la prueba prohibida (amparándose en la protección del derecho a la libertad).

Esta situación ha dado lugar al quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal, evidenciándose en muchos casos, la primacía de los intereses personales del imputado por sobre el interés común de la sociedad, cuando se trata de delitos contra la administración pública.

El proceso penal peruano cuenta con diferentes etapas procesales entre las que se encuentra la etapa de investigación preliminar y preparatoria, la intermedia y la de Juzgamiento, todas ellas orientadas a sancionar las conductas delictivas sobre la base de la actividad probatoria; la misma que requiere que los medios probatorios a ser actuados sean pertinentes, conducentes, idóneos e útiles, y de acuerdo a la postura adoptada, la obtención de medios probatorios se debe realizar sin vulnerar derechos fundamentales o transgrediendo normas constitucionales, de lo contrario estaremos frente una prueba prohibida.



Los medios probatorios en el proceso penal, se orientan al establecimiento de la verdad material y para ello se contempla la libertad probatoria, entendida como: El principio de libertad probatoria se enmarca desde dos dimensiones, el de la libertad de medios de prueba y de la libertad de objeto, la libertad de medios de prueba permite la utilización de cualquier medio probatorio, salvo claro está, los expresamente prohibidos.

Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente pueden utilizarse otros distintos siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por Ley. (Código Procesal Penal Peruano, 2009, pág. 103).

Según la legislación, en la actividad probatoria la prueba prohibida tiene un papel de trascendental importancia para la persecución de delito, sin embargo, en el Código Procesal Penal específicamente en el artículo 159 se establece que; “El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración de contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

El artículo en mención recoge la teoría que sustenta las reglas de exclusión de la prueba prohibida, la misma que se orienta, creemos de forma positiva a evitar la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, pero con ello, se habilita la posibilidad de limitar la persecución de delito.



Del contenido del artículo 159 del Código Procesal Penal y su contrastación con la realidad peruana se advierte que bajo la utilización de esta fórmula jurídica ha habido casos en los que se advertía la comisión de delitos contra la administración pública, como son los casos de los Petroaudios y Vladivideos, en los que aplicando la reglas de exclusión de la prueba prohibida, no se llegó a investigar y con ello se originó la absolución de los autores, generando impunidad y limitando la persecución penal a cargo de los operadores de justicia penal.

De estos casos, se puede apreciar un quiebre del equilibrio que se busca al edificar un sistema jurídico penal orientado a la persecución penal frente a los delitos - delitos contra la administración pública- y las normas de garantía procesal con que cuentan los imputados, prevaleciendo el interés personal por sobre el interés social o público, más aún cuando se tratan de procesos penales en los que se investigan la comisión de delitos contra la administración pública cuyos bienes jurídicos son de interés social o público.

A fin de evitar este tipo de consecuencias procesales, que tienen trascendencia socio económica por recurrir a la exclusión de la prueba prohibida como principal alternativa para generar impunidad en los delitos contra la administración pública, con la presente investigación buscamos regular la admisión de la prueba prohibida con carácter excepcional.



Fuentes de consulta

- Acuerdo Plenario N° 04-2005 (Corte Suprema 30 de septiembre de 2005).
- Apolinario, L. M., & Valdiviezo, K. M. (2018). Excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba Prohibida en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en el Proceso Penal Peruano (Tesis de Pregrado en la Universidad Cesar Vallejo). Perú.
- Bustamante Alarcon, R. (2007). El Derecho a Probar como Elemento Esencial en un Proceso Justo. Lima: ARA.
- Carnelutti, F. (1952). Teoría General del Delito. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Casación N° 5734-2013-Tacna (Corte Suprema 14 de mayo de 2014).
- Caso Quimper Herrera Alberto, 00655-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional 2010).
- Castillo Gutiérrez, L. (2014). La Prueba Prohibida. Lima: Gaceta Jurídica.
- EXP. N.° 00690-2020-PHC/TC (Tribunal Constitucional 19 de noviembre de 2020).
- Hurtado, J. (1995). Corrupción: El caso peruano. Buenos Aires.
- López, F. A. (2018). La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana (Tesis de Posgrado en la Universidad de Girona). Girona - España.
- Miranda Estrampes, M. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR.



- Miranda Estrampes, M. (2010). La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones. Revista Catalana de Seguretat Pública, 146.
- Montoya, Y. (2015). Manual sobre Delitos contra la Administración Pública. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Neyra Flores, J. A. (2010). Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Lima: IDEMSA.
- Pariona, R. (2011). La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Fundamentos y Consecuencias. Gaceta Penal, 69-83.
- Quiroz Norris, A. (02 de agosto de 2011). La Republica. De recuperarse dinero robado en los 90, habría suficiente para programas sociales.
- Rojas, F. (2009). Apuntes sobre Delitos contra la Administración Pública. Lima: Contraloría General de la República.
- Villegas, J. (2020). La Fiabilidad de la Prueba Prohibida como Fundamento para su Admisión o Exclusión en el Proceso Penal, Perú -2020. Lima - Perú.

1.2. Análisis Costo Beneficio

La aplicación del artículo 159 de la propuesta normativa no genera gasto adicional en el presupuesto del Sector Público, toda vez que las modificaciones presupuestarias, en el nivel funcional programático y en el nivel institucional, se realizará con cargo al presupuesto del Ministerio de Justicia; de esta manera se llevara a cabo una lucha frontal a la corrupción, materializada en que el Estado Peruano se ahorrará el desfaldo dinerario de las arcas del Estado y en consecuencia disminuirá



los índices de impunidad que viene transgrediendo el bienestar de la sociedad.

2. Título

Anteproyecto de Ley sobre excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal.

3. Formula normativa

Anteproyecto de Ley.

Artículo 1. La presente Ley establece la admisión de la prueba prohibida, excepcionalmente en los Delitos contra la Administración Pública.

Artículo 2. Modificar el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal

Dice:

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.



Debe decir:

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. **salvo las excepciones contenidas en el artículo 159, referente a la utilización de la prueba.**
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Artículo 3. Modificar el artículo 159 en el Código Procesal Penal

Dice: El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, (Código Procesal Penal Peruano, 2009)

Debe decir: 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. **Excepcionalmente el juez podrá admitir y valorar, una prueba ilícita, para sancionar los siguientes delitos: 382, 383, 384, 385, 387,**



388, 389, 393, 393 - A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401; para tal fin el juzgador podrá utilizar las siguientes excepciones a la regla de la exclusión probatoria: **la Doctrina de la buena fe, la doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para tercero, la doctrina de la ponderación de intereses, la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo.**

teoría de la buena fe, la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, la eficacia de la prueba ilícita para tercero, la ponderación de intereses, la destrucción de la mentira del imputado, y la teoría del riesgo

Artículo 4. Deróguense las leyes contrarias a lo regulado en la presente Ley.



Referencia Bibliográfica

Acuerdo Plenario N° 04-2005 (Corte Suprema 30 de Septiembre de 2005).

Alvarado Velloso, A. (2005). *Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio*. España: Tirant lo blanch.

Apolinario, L. M., y Valdiviezo, K. M. (2018). *Excepciones a la Regla de Exclusión de la Prueba Prohibida en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en el Proceso Penal Peruano (Tesis de Pregrado en la Universidad Cesar Vallejo)*. Perú.

Asencio, J. M. (1989). *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Trivium.

Bustamante, R. (2007). *El Derecho a Probar como Elemento Esencial en un Proceso Justo*. Lima: ARA.

Bustos, J. (1982). *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*. Lima: Temis.

Carnelutti, F. (1950). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEA.

Carnelutti, F. (1952). *Teoría General del Delito*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Casación 1400-2017-Sullana (Sala Penal Transitoria Corte Suprema 17 de Junio de 2019).

Casación 683-2018 - Nacional (Sala Penal Permanente Corte Suprema de Justicia 17 de Julio de 2019).

Casación N° 09-2018-Junin (Corte Suprema 26 de Junio de 2019).



Casación N° 5734-2013-Tacna (Corte Suprema 14 de Mayo de 2014).

Castillo, L. (2014). *La Prueba Prohibida*. Lima: Gaceta Jurídica.

Castro, H. (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. Lima: Jurista Editores.

Clariá, J. (1984). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires : Rubinzal - Culzoni Editores.

Código Penal. (3 de Abril de 1991). Decreto Legislativo N° 635. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Código Procesal Penal. (29 de Julio de 2004). *Decreto Legislativo N° 957*. Lima: Diario Oficial el Peruano.

Colombo, J. (2002). *Funciones del Derecho Procesal Constitucional. Ius Et Praxis de la Universidad de Talca*.

Constitución Política. (1993). Lima: Diario Oficial El Peruano.

Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). Pacto de San José de Costa Rica. San Jossé.

Cuello, E. (1948). *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

De Urbano, E. (2007). *La Prueba Ilícita Penal*. Pamplona, España: Arazandi.

Decreto Legislativo. (17 de Marzo de 1981). *Ley Órgánica del Ministerio Público*. Lima: Diario Oficial El Peruano.



Devis, H. (1974). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía.

Dirección de Redes Integradas de Salud Lima Este. (2017). *La Corrupción en las Instituciones Públicas*. Obtenido de <http://www.dirislimaeste.gob.pe/virtual2/capacitaciones/AntiCorrup/Corrupcion-intsPubli.pdf>

Expediente N.º 00690-2020-PHC/TC (Tribunal Constitucional 19 de Noviembre de 2020).

Expediente N.º 0618-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 08 de Marzo de 2005).

Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional 2010).

Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional 27 de Octubre de 2010). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>

Expediente N.º 05085-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 13 de Abril de 2007).

Expediente N.º 131-93-DA/IC (Tribunal Constitucional 06 de Junio de 1997).

Expediente N.º 1934-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 8 de Septiembre de 2003). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01934-2003-HC.html>

Expediente N.º 90-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 5 de Julio de 2004). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>



Expediente N° 04-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional 14 de Marzo de 2011).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2010-AI.html>

Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Procesal*. Italia: Trotta.

Ferrer, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales.

ESTUDIOS, 27-34. Obtenido de

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/668796.pdf>

García, D. D. (2012). *Manual de Derecho Proceso Penal*. LIMA: Asociación Civil Mercurio Peruano.

García, D. (1984). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Asociación Civil Mercurio Peruano.

García, D. (2021). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Asociación Civil Mercurio Peruano.

Guillen, H. A. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Arequipa: Fundación Luis de Taboada Bustamante.

Guimaray, E. (2014). *Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible*. Boletín Informativo Mensual. Obtenido de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DE-TIPICIDAD.pdf>

Hairabedinán, M. (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el Proceso Penal*. Buenos Aires: AD- HOC Villela Editor.



Hernández, E. (2012). *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.

Hernández, E. (2012). *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.

Hurtado, J. (1995). *Corrupción: El caso peruano*. Buenos Aires.

Ley Organica del Poder Judicial. (1 de Julio de 1985). España: Boletín Oficial del Estado. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

López, F. A. (2018). *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita en España, estudio comparado con la actualidad Mexicana (Tesis de Posgrado en la Universidad de Girona)*. Girona - España.

Maguiña, F. (2020). *Autoría y Participación en los Delitos contra la Administración Pública*. Obtenido de [pj.gob.pe: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4/AUTOR%20C3%8DA+Y+PARTICIPACI%20C3%93N++EN+LOS+DELITOS+CONTRA+LA++ADMINISTRACI%20C3%93N++P%20C3%9ABLICA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4/AUTOR%20C3%8DA+Y+PARTICIPACI%20C3%93N++EN+LOS+DELITOS+CONTRA+LA++ADMINISTRACI%20C3%93N++P%20C3%9ABLICA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4)

Mass, M. (1996). *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*. Trujillo: BLG.

Miranda, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR.



Miranda, M. (2010). La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus Excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 131-151. Obtenido de <https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389/0>

Mixán, F. (1991). *La Prueba en el Procedimiento Penal*. Lima : Reforma.

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Muñoz, H. (2012). La Verdad y el Proceso. *Derecho y Sociedad* 39, 188-195.

Muñoz, H. (2015). La verdad y el Proceso. *Derecho & Sociedad*, 2.

Nazzal, R. B. (2017). *Prueba Ilícita en Materia Penal: Análisis Crítico de la Jurisprudencia de la Corte Suprema Periodo 2014-2016*. Santiago - Chile.

Neira, J. A. (2015). *Tratado de Derecho procesal penal*. Lima: IDEMSA.

Neyra, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: IDEMSA.

Nowak E, J. (2010). *Constitutional Law*. Brooklyn: West Publishing Co.

Ojeda, J. C. (2019). El Bien Jurídico tutelado por la norma penal en la acción receptora. *Catedra Fiscal*, 97-108. Obtenido de <http://revistas.autonoma.edu.pe/index.php/RCF/article/download/208/176/>

Oré, A. (2015). *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.



Ortiz, P. E., & Pinglo, L. F. (2016). *Necesidad de regular la Administración de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para delitos contra la Administración Pública (Tesis de Pregrado en la Universidad Señor de Sipan)*. Perú.

Pariona, R. (2011). La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Fundamentos y Consecuencias. *Gaceta Penal*, 69-83.

Pleno Jurisdiccional. (2004). *Acta de la Sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la Aplicación de la Norma Penal, Procesal y Penitenciaria"*. Trujillo.

Portomeñe, F. (2003). *Los Delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Administración Pública.

Quiroz, A. (02 de Agosto de 2011). La República. *De recuperarse dinero robado en los 90, habría suficiente para programas sociales*. Obtenido de <https://larepublica.pe/politica/561429-si-se-recupera-dinero-robado-en-los-90-hay-plata-suficiente-para-programas-sociales>

Ramirez, S. G. (2018). Objeto y Fines del Proceso. *Investigaciones Jurídicas UNAM*, 34.

Real Academia Española. (2020). *dle.rae.es*. dle.rae.es: <https://dle.rae.es/estado-delitos#:~:text=Pen.,autoridad%20o%20e1%20funcionario%20p%C3%BAblico>.

Recurso de Nulidad 1318-2021 (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia 29 de Agosto de 2012).



<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/19c7c4804f9b9ae987d3d77aff04da0f/RN+1318-2012+Parte+1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=19c7c4804f9b9ae987d3d77aff04da0f>

Rojas, F. (2009). *Apuntes sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Contraloría General de la República.

Salinas, R. (2019). *Delitos contr la Administración Pública*. Lima: Iustitia.

San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal*. Perú: Cenesa Fondo Editorial.

San Martín, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.

San Martín, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima : Grijley.

Sanchez, J. (2017). *La prueba prohibida y nulidad de actuados en el proceso penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

Simarro, M. (2018). *Prueba Prohibida: Un Dilema Y Algunas Paradojas. Análisis De Perspectiva (Tesis de Posgrado en el Universidad de León)*. España.

Taruffo, M. (2001). *Simplemente la Verdad, el Juez y la construcción de los hechos*. Barcelona: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad, el Juez y la construcción de los hechos*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.



Torres, D. (2019). *La Conducta Prohibida en el Delito de Concusión*. Obtenido de idehpucp: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/LA-CONDUCTA-PROHIBIDA.pdf>

Villegas, J. (2020). *La Fiabilidad de la Prueba Prohibida como Funsamento para su Admisión o Exclusión en el Proceso Penal, Perú -2020*. Lima - Perú.

Zacarías 8:15. (1960). *Biblia Reina Valera*.
<https://www.biblegateway.com/passage/?search=Zacar%C3%ADas%208:15-17&version=RVC>

Zaffaroni, Eugenio Raul; et al. (1986). *Política Criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Zamora, M. (2014). La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. *Acta Académica* 54, 147-186. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33626.pdf>



ANEXOS



A. Matriz de Consistencia

REGULACIÓN DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA FRENTE AL QUIEBRE DEL EQUILIBRIO ENTRE LA NECESIDAD DE PERSECUCIÓN PENAL Y LAS NORMAS DE GARANTÍA PROCESAL, QUE SE PRESENTA EN EL PROCESO DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.					
Problema General	Objetivo General	Hipótesis General	Categorías de Estudio	Metodología	Técnicas e Instrumentos
¿De qué manera la regulación de la admisión de la prueba prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública?	Explicar de qué manera la regulación de la admisión de la prueba prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública.	La manera en que la regulación de la admisión de la prueba prohibida evita el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal, que se presenta en el proceso de delitos contra la administración pública es, mediante el establecimiento de excepciones que permitan incorporar pruebas al proceso en el que se ventila este tipo de delitos, a fin de contar con pronunciamientos de fondo y evitar la impunidad.	<p>Prueba Prohibida</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concepto - La Prueba - Objeto - Órgano - Derecho a prueba - Prueba prohibida - Conceptualización - Denominaciones - Naturaleza jurídica - Reglas de exclusión - Efectos - <p>Persecución del Delito Contra la Administración Pública</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consideraciones previas - Delito contra la administración pública - Delito funcional - Bien jurídico - Persecución Penal - Principales delitos <p>Normas de garantía procesal</p> <ul style="list-style-type: none"> - Debido proceso - Garantía de tutela jurisdiccional - Derecho a la presunción de inocencia - Defensa procesal 	<p>Enfoque de investigación Cualitativo: Puesto que el estudio se basa fundamentalmente en la descripción y la argumentación antes que en mediciones de datos estadísticos.</p> <p>Tipo de Investigación Jurídica propositiva: Porque se realizará una investigación de una institución propia del derecho procesal, como es la prueba -prohibida- (Según Clasificación del (Aranzamendi, 2015)</p> <p>Nivel de Investigación: Básica: Porque se analizará y explicará el desarrollo doctrinario y legislativo de instituciones jurídicas, a fin de contribuir con el desarrollo de la ciencia del Derecho, específicamente Derecho Procesal.</p>	<p>Unidad de Análisis Temático</p> <p>La presente investigación enfoca su análisis en las dos categorías de estudio: i) Prueba prohibida; ii) Persecución de delito.</p> <p><u>Técnicas</u></p> <p>a. Análisis documental b. Análisis normativo c. Entrevista</p> <p><u>Instrumentos</u></p> <p>a. Ficha de análisis documental b. Ficha de análisis interpretativo normativo. c. Cuestionario de preguntas</p>
Problemas Específicos	Objetivos Específicos	Hipótesis Específicas			
<p>¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?</p> <p>- ¿De qué manera se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública?</p> <p>- ¿Qué razones se deben considerar para regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública?</p>	<p>- Describir el tratamiento jurisprudencial de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano.</p> <p>- Explicar la manera en que se presenta el quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública</p> <p>- Establecer las razones por las que se debe regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública</p>	<p>El tratamiento de las reglas de exclusión de la prueba prohibida en el Perú es jurisprudencial, al haberse desarrollado el Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores del 10 y 11 de diciembre de 2004, en el que se deja a salvo la admisión para valorar la aplicación de excepciones a la exclusión de la prueba prohibida; sin embargo, los jueces de nuestro país son renuentes a considerar estas excepciones al momento de emitir sentencias</p> <p>-El quiebre del equilibrio entre la necesidad de persecución penal y las normas de garantía procesal en el proceso de delitos contra la administración pública, se da al edificarse un sistema de justicia penal excesivamente garantista orientado a sancionar los actos delictivos cometidos en contra de la administración pública, que se enfrenta a las normas que brindan garantías procesales al imputado, que prevalece y permite se genere impunidad y se impida la persecución penal.</p> <p>- La razones que se deben considerar para regular la admisión de la prueba prohibida en el proceso por delitos contra la administración pública, son, contar un sistema jurídico penal que evite la impunidad y garantizar un correcto funcionamiento de la administración pública, y (seguridad jurídica en la población, (...)</p>			



B. Entrevistas

**UNIVERSIDAD ANDINA DE CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

**“EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA COMO LIMITE A LA
PERSECUSION DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA EN EL PERU”**

ENTREVISTA

1. ¿Desde su óptica, considera usted adecuado el tratamiento de la Prueba Prohibida respecto de los delitos contra la Administración Pública en el Perú?

2. Considera usted, ¿que en el sistema de justicia penal Peruano la Prueba Prohibida termina siendo un límite a la persecución del delito?

3. Desde su percepción, la Prueba Prohibida debería ser, o no, ¿admitida como medio de prueba en los procesos de delitos contra la Administración Pública?



4. En atención, al caso de los “Vladivideos”, (Expediente N~ 017-2001-CSJ/LIMA), estas pruebas fueron admitidas teniendo la condición de Prueba Prohibida, en el caso en particular, ¿cuál es su opinión al respecto?

5. Usted considera que la admisión o no de una Prueba Prohibida, ¿limita la valoración de la prueba y repercute en la decisión final de los magistrados?, ¿Por qué?

6. El 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo, se desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, donde por primera vez se dejó a salvo la aplicación de excepciones para admitir la prueba prohibida, sin embargo, pese a existir pronunciamiento jurisprudencial algunos jueces en nuestro país son renuentes a aplicar los considerandos de este acuerdo, ¿considera oportuno y necesario que a nivel jurisprudencial deban uniformizarse posturas para el tratamiento y aplicación de excepciones a la Prueba Prohibida en nuestro país?, porque?

7. ¿Finalmente, usted cree que el tema en mención amerita una propuesta normativa o bajo la figura de precedente vinculante, de lo contrario cuál cree usted que debería ser el tratamiento correspondiente respecto del tema?



C. Imágenes de entrevistas



Entrevista a Juez Edwin Del Pozo Condori



Entrevista a Fiscal Cecilia Julia Huaycochea Núñez De La Torre