REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

AUSENCIA DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU INCIDENCIA EN LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO – CASOS EMBLEMÁTICOS [2004-2020].

Tesis presentada por la Bachiller: **Cárdenas Vásquez, Noelia Yashira** para optar el Título Profesional de **Abogada.**

Asesor:

Dr. Fernández Paredes, Pedro Adolfo

Arequipa – Perú

2022

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 21 de Noviembre del 2022

Dictamen: 006668-C-EPDD-2022

Visto el borrador del expediente 006668, presentado por:

2016800582 - CARDENAS VASQUEZ NOELIA YASHIRA

Titulado:

AUSENCIA DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU INCIDENCIA EN LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO ? CASOS EMBLEMÁTICOS [2004-2020].

Nuestro dictamen es:

APROBADO

1141 - VALDIVIA CANO JUAN CARLOS
DICTAMINADOR



2790 - MONTES DE OCA VALENCIA CARLOS ENRIQUE
DICTAMINADOR



REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

EPÍGRAFE:

LA PRUEBA ES LIBERTAD, PERO NO TANTO

Jordi Ferrer Beltrán

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

DEDICATORIA:

A Martin Cárdenas y a Patricia Vásquez, mi mayor inspiración, mis maestros de la vida y mi mayor fortaleza. Para ustedes, papá y mamá.

A mis hermanas, por el aliento y apoyo que siempre me brindaron.

Al Taller de Litigación Oral Penal de la UCSM, a sus grandes asesores, quienes me abrieron las puertas, me brindaron sus conocimientos y me dieron la oportunidad de representar a mi casa de estudios.

Finalmente, a mis amigos que me acompañaron en aquellas aulas y banquitas de nuestra universidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

AGRADECIMIENTOS:

A mis docentes de pregrado, quienes fueron parte de mi formación académica y sobre todo aquellos que me guiaron por el camino y pasión del Derecho Penal.

A la Dra. Marcela Aurora Rendón Rojas por el apoyo incondicional que siempre me ha brindado. Al Juez Superior Penal Martin Cárdenas Meza de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central, al Juez Superior de la Sala Nacional Francisco Celis Mendoza Ayma, al Juez Penal Rene Castro Figueroa y al Juez Superior Penal Jaime Coaguila Valdivia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Al Juez Penal Rogelio Zea Pantigoso de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central. A los Fiscales Superiores en lo Penal, Roberto Reynaldi Román y Carlos Herrera Mogrovejo, al Fiscal Penal Adjunto al Provincial Luis Salas Bejarano, al Dr. Luis Gutiérrez Oliva abogador defensor del Estudio Jurídico Gutiérrez Oliva y al Dr. Diego Basante abogado defensor del Estudio Jurídico B2C de Colombia, a todos estos grandes juristas mi mayor admiración e infinitas gracias por darme la oportunidad de acceder a sus conocimientos y contribuir con mi investigación. De igual manera, al Dr. Pedro Fernández y al Dr. Edgar Condori por su guía a lo largo de todo el trayecto de mi tesis.

Finalmente, a los equipos Impetus Tempestatis y Vincere Litigation por permitir que sea parte de un gran equipo de trabajo y llevarme la mejor experiencia académica en los Concursos de Litigación Oral Penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RESUMEN

La presente investigación desarrollará una de las instituciones que ha innovado en nuestro proceso penal, como es en efecto, la prueba prohibida, y en específico, las excepciones a la regla de exclusión. El estudio que hoy se presente comprenderá un análisis desde los fundamentos de la prueba, desarrollando los principios que necesariamente deben tenerse como baluarte dentro del proceso penal.

En nuestro segundo apartado se tratará lo tocante a la evolución normativa y jurisprudencial de la prueba prohibida, pasando desde los referentes constitucionales primigenios hasta el tratamiento que le brindó nuestra Corte Suprema y Tribunal Constitucional. En el apartado en mención se podrá advertir ya la conceptualización de la prueba prohibida, haciendo una clara diferencia con categorías afines como la prueba irregular, prueba ilícita e incluso, prueba sobrevenida. Por último, se brindará un panorama sobre la concepción dominante en relación a las excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Durante nuestra investigación también se abordará en estricto las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, conjuntamente se presentará el contenido y características de cada una de aquellas, e incluso, se precisará cuales eventualmente tendrían una aplicación normativa en nuestro proceso penal. Complementariamente se analizarán cuatro casos emblemáticos donde se postuló la existencia de excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida.

Finalmente, y con ocasión del último apartado, se presentará las razones que expone el investigador a efecto de postular la necesidad regular normativamente las excepciones a la prueba prohibida, e incluso, se presentará un análisis atendiendo a las entrevistas a destacados profesionales en el ámbito del proceso penal. Así las cosas, y en correspondencia con nuestra labor investigativa se presentará un proyecto de ley con la finalidad de regular las excepciones a la regla de exclusión.

Palabras claves:

Prueba Prohibida, Regla de Exclusión, Excepciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ABSTRACT

This investigation will develop one of the institutions that has innovated in our criminal process la prohibited proof, specifically the exceptions of the exclution rule. The studypresented today will include an analysis from the proof fundaments, developing the values thatshould be taken as a bastion within the criminal process.

Our second headland will involve the normative and case law evolution of the prohibited proof, going from the original constitutional referents to the treatment given by our Supreme Court and Constitutional Court. In the present headland, the conceptualization of the prohibited proof can already be noticed, making a clear difference with related categories such as irregular proof, illegal proof and even supervening proof. Finally, an overview of the dominant conception in relation to the exceptions to the evidentiary exclusion rule will be provided.

During our investigation, the exceptions to the rule of exclusion of the prohibited proof, the content and characteristics of each of them will presented and also demonstrated, and it will even be specified which ones will eventually have a normative application in our criminal process. In addition, four emblematic cases will be analyzed where the existence of exceptions to the rule of exclusion of the prohibited proof was postulated.

Finally, in ocasión of the last headland, the reasons given by the investigator will be presented for the purpose of postulate the necessity of regulate normatively the exceptions to the prohibited proof, and even, an analysis will be presented based on interviews with prominent professionals in the field of criminal procedure. Thus, and in correspondence with our investigative work, a Project will be presented with the purpose of regulating the exceptions to the exclusion rule.

Key words:

Prohibited Test, Exclusionary Rule, Exceptions.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la reforma del Nuevo Código Procesal Penal se implementaron ciertas instituciones jurídicas que han generado soluciones ante vacíos legales, pero también se han originado problemáticas porque no han sido aclaradas en su totalidad, de esta manera uno de aquellos institutos es la prueba prohibida y todo lo que concierne su aplicación en el sistema penal peruano.

Es así como se considera a la prueba prohibida uno de los mayores problemas en el proceso penal desde su conceptualización hasta sus efectos, pues desde un inicio tuvo un concepto que no fue compartido por diversos juristas, ya que esta figura se enfoca en la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental y por ende no tendría efecto legal, por consiguiente, su definición traía muchos conflictos.

El primero de ellos fue si la prueba ilícita es lo mismo que la prueba prohibida, ya que vendrían a ser denominaciones, en segundo lugar se presentaba la problemática si solo vulneraba derechos fundamentales o también abarcaba a cualquier norma procesal, el tercer punto es sobre a qué se refiere el contenido esencial, en cuarto lugar sobre la definición de la prueba prohibida originaria y derivada, de esta manera nace la teoría del fruto del árbol envenado y si este es aplicable en nuestro país y por ultimo sobre el nexo de causalidad entre la prueba inicial y derivada en la que se encuentran las excepciones.

Todas estas divergencias han ido surgiendo a lo largo de los años conforme evolucionaba esta figura jurídica; no obstante, la mayoría de ellas han sido subsanadas mediante pronunciamientos jurídicos y otorgándole regularización en el CPP, pero ocurre que no todos aquellos desacuerdos han sido subsanados, ya que aparentemente han podido ser materia de análisis pero de muy escaso fundamento y que desde ese momento no hubo mayor ampliación sobre el tema abordado, que hasta el día de hoy trae consigo una problemática al saber si pueden ser aplicadas y cuáles serían, a todo ello nos estamos refiriendo a las excepciones de la prueba prohibida.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Es por ello, que han merecido el presente análisis e investigación que consiste en comprobar su relevancia sobre su aplicación, especificar cuáles serían las únicas adaptables a nuestro sistema y a raíz de ello del porque es necesaria su regulación como solución y mejora a nuestro ordenamiento jurídico.

Para finalizar, como todo problema jurídico puede tener distintas vías de solución ante un vacío legal o una incertidumbre generada en el sistema y si bien es cierto el derecho es un conjunto de interpretaciones, como en el presente caso se presentan diversas alternativas de solución, pero la pregunta general es **¿las excepciones a la prueba prohibida generan alguna problemática en el proceso penal peruano?**, ante ello la respuesta que se concluye es que efectivamente si genera inseguridad jurídica y su análisis e investigación es preciso para cerrar alguna barrera legal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ÍNDICE

EPÍGRAFE 3

DEDICATORIA 4

RESUMEN 6

ABSTRACT 7

INTRODUCCIÓN 8

CAPÍTULO I

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

I. NOCIONES GENERALES 17

1. CONCEPTO DE LA PRUEBA 17
2. DERECHO A LA PRUEBA 18
3. ELEMENTO DE PRUEBA 19
4. FUENTE DE PRUEBA 20
5. MEDIO DE PRUEBA 20
6. ÓRGANO DE PRUEBA 21
7. CARGA DE LA PRUEBA 21
8. FINALIDAD DE LA PRUEBA 21
9. OBJETO DE LA PRUEBA 22

II. REQUISITOS DE LA PRUEBA 22

1. PERTINENCIA 23
2. CONDUCENCIA 23
3. UTILIDAD 24

III. PRINCIPIOS PROBATORIOS 25

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD 25
2. PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD 26
3. PRINCIPIO DE NECESIDAD 26
4. PRINCIPIO DE ORALIDAD 26

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN 27
6. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN 27
7. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD 27
8. PRINCIPIO DE VERDAD PROCESAL 28

IV. ESTADIOS PROCESALES 28

1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA - BÚSQUEDA Y RECOLECCIÓN DE LA PRUEBA 28
2. ETAPA INTERMEDIA - OFRECIMIENTO Y ADMISIÓN DE PRUEBA 29
3. ETAPA DE JUICIO ORAL - ACTUACIÓN Y VALORACIÓN DE PRUEBAS 30

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA 30

1. REGLAS DE LA SANA CRÍTICA 31
1.1. REGLAS DE LA LÓGICA 32
1.2. REGLAS DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA 33
1.3. REGLAS DE LA CIENCIA 33
2. ESTÁNDAR PROBATORIO 34
2.1. MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE 34
1. DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIÓN JUDICIALES 37
2. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO 37
3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 38

CAPÍTULO II

PRUEBA PROHIBIDA

I. ANTECEDENTES 40

1. NACIONALES 41
1.1. NORMATIVOS 41
1.1.1. MARCO CONSTITUCIONAL: 41
1.1.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1823: 41
1.1.3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1826: 42
1.1.4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1828: 42
1.1.5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1834 43
1.1.6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1856 43
1.1.7. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1860 43

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.1.8. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1867 44
1.1.9. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1920 44
1.1.10. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1933 45
1.1.11. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979 45
1.2. MARCO LEGAL: 47
1.2.1.CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA 47
1.2.2. LEGISLACIÓN PERUANA 48
1.3. JURISPRUDENCIALES 49
1.3.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 49
1.3.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ 49
2. SUPRANACIONALES 52
2.1. DERECHO COMPARADO 52
2.1.1. SISTEMA NORTEAMERICANO 52
2.1.2. SISTEMA EUROCONTINENTAL 53
II. PRUEBA PROHIBIDA 58
III. PRUEBA ILÍCITA 59
1. CONCEPCIÓN AMPLIA 59
2. CONCEPCIÓN RESTRINGIDA 59
2.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 60
2.1. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004 60
3. NATURALEZA JURÍDICA 61
3.1. PRUEBA ILÍCITA COMO GARANTÍA PROCESAL 61
3.2. PRUEBA ILÍCITA COMO EFECTO DISUASOR 62
3.3. PRUEBA ILÍCITA COMO DERECHO FUNDAMENTAL 62
4. FUNDAMENTO JURÍDICO 62
5. EFECTOS EN EL PROCESO PENAL 63
IV. REGLA DE EXCLUSIÓN 65
1. DEFINICIÓN 67
2. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN 67
3. TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO 68
V. A MANERA DE CONCLUSIÓN 69

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III

EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA

I. ASPECTOS GENERALES 72

II. PLANTEAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA 74

III. PRUEBA ORIGINARIA – EXCEPCIONES 75

1. TEORÍA DE LA BUENA FE 75
2. PONDERACIÓN DE INTERESES 76
3. INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA PARA TERCERO 78
4. INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA AL IMPUTADO 79
5. TEORÍA DEL RIESGO 80
6. RENUNCIA DEL IMPUTADO 81
7. TEORÍA DE LA PLAIN VIEW DOCTRINE Y LOS CAMPOS ABIERTOS 83
8. DESTRUCCIÓN DE LA MENTIRA DEL IMPUTADO 84
9. CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD 85
10. CAUSA PROBABLE 86
11. TEORÍA DEL ÁMBITO JURÍDICO 88
12. ERROR INOCUO 88

IV. PRUEBA DERIVADA – EXCEPCIONES 89

1. FUENTE INDEPENDIENTE 89
2. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE 92
3. NEXO CAUSAL ATENUADO 93
   3.1. FACTORES DE ATENUACIÓN 94

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN 95

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO - CASOS EMBLEMÁTICOS

I. UN CRITERIO DE CONCIENCIA DONDE SOLO IMPORTA PROBAR LOS HECHOS 98

1. CASO “VLADIVIDEOS” – EXPEDIENTE N° 06-2001 98
   1.1. HECHOS DEL PROCESO 98
   1.2. PRONUNCIAMIENTO DE LAS PARTES 100

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2.1. MINISTERIO PÚBLICO 100
1.2.2. DEFENSA 101
1.3. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 101
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA – SALA PENAL ESPECIAL 102
2.1. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO 103

II. ¿EL FIN LOGRÓ JUSTIFICAR LOS MEDIOS? 105

1. CASO "PETROAUDIOS" – EXPEDIENTE N° 105-2008 105
1.1. HECHOS DEL PROCESO 105
1.2. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES 110
1.2.1. MINISTERIO PÚBLICO 110
1.3. DEFENSA 111
1.4. PROCURADURIA PÚBLICA 112
2. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL - CONTROL DE LEGALIDAD 113
2.1. TERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA 113
3. ETAPA DE JUZGAMIENTO 114
3.1. TERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA 114
3.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ 115
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - EXP. N.º 03107-2019-PA/TC 116
4.1. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO 118

III. UNA PRUEBA NO ES LA CREENCIA DE LOS BUENOS ACTOS 120

CASO "B.R. – TRÁFICO DE DROGAS" - CASACIÓN N° 1762-2018 120
1. HECHOS DEL PROCESO 120
2. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES 121
2.1. MINISTERIO PÚBLICO 122
2.2. DEFENSA 122
3. PRIMERA TUTELA DE DERECHOS – PRUEBA ORIGINARIA 122
3.1. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 122
3.1.1. JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA 122
3.1.2. CUARTA SALA PENAL DE APELACIONES DE AREQUIPA 123
3.1.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 124
4. SEGUNDA TUTELA DE DERECHOS 125
4.1. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES 125
4.1.1. DEFENSA 125

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.1.2. MINISTERIO PÚBLICO 125
4.2. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 126
4.2.1. JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA 126
4.2.2. SALA PENAL DE APELACIONES DE AREQUIPA 126
4.2.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE AREQUIPA 127
4.3. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO 128

IV. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD A CUALQUIER PRECIO 131

1. CASO "LAS AGENDAS DE N.H." – EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01 131
1.1. HECHOS DEL PROCESO 131
1.2. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES 135
1.2.1. MINISTERIO PÚBLICO 135
1.2.2. DEFENSA 135
1.3. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 139
1.3.1. PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA 139
1.3.2. SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL 139
1.4. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO 140

CAPÍTULO V

AUSENCIA DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU INCIDENCIA EN LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO - CASOS EMBLEMÁTICOS [2004-2020]

I. NOTAS INTRODUCTORIAS. 143

II. FÓRMULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA ACTUAL 144

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN 147

IV. NECESIDAD DE TAXATIVIDAD DE LAS EXCEPCIONES 150

V. COHERENCIA NORMATIVA PROCESAL 152

VI. PANORAMA CON EL ADVENIMIENTO DE LA REFORMA 154

VII. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN APLICABLES 156

VIII. ESTUDIO DE ENTREVISTAS Y RESULTADOS 157

CONCLUSIONES 164

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RECOMENDACIONES 166

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 167

ANEXOS

I. ANEXO 1. PROYECTO DE LEY 172

II. ANEXO 2. ENTREVISTAS 177

III. ANEXO 3. PROYECTO DE TESIS 217

IV. ANEXO 4. JURISPRUDENCIA 239

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO I

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

I. NOCIONES GENERALES

1. CONCEPTO DE LA PRUEBA

En principio, para tener una noción de lo que es la prueba debemos partir desde su etimología, siendo así la prueba proviene del verbo probar y del latin *probus* qué significa bueno, desde allí parte la composición de prueba, ya que todo hecho que será probado adquiere el carácter de fiable, certero y correcto.

Maier (2004, p. 859) define como prueba a toda aquella qué al encontrarse inmersa en el proceso forma parte de todo el trabajo que conlleva incorporar datos o pistas para llegar a una respuesta certera o con probabilidades de lo que se quiere lograr siendo el objeto de la prueba. No obstante, este no es su único fin, ya que también se busca el objeto cuando se procura llegar al efecto de lo que se ha probado.

Por otro lado, para Palacio (2000, p. 12) encaja definir a la prueba penal como el conjunto de los actos del proceso, efectuados por medio de recursos que se encuentran legitimados, dirigidos para lograr convicción en el juez sobre lo que se afirmó en su momento o lo que se negó posterior a ello de los hechos materia de imputación.

Así también, Peña (2008, p. 421) precisa que la prueba en el proceso penal significa meterse en el hecho ocurrido y corroborar lo que se quiere probar, para buscar si hay la existencia de un delito y el investigado es quien realizó los actos materia de imputación con el conocimiento de su acción típica y antijuridica y si fue con intención de querer buscar un resultado que genera un peligro que no está permitido, en otras palabras, la prueba permite concretar si los actos cometidos son delictuosos, que conlleva a la fundamentación de lo que se busca en el proceso penal.

En definitiva, la prueba es el elemento esencial del proceso, ya que sin ella no se podrían iniciar actos de investigación o realizar una actuación probatoria, pues de toda aquella se va a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

extraer información que se encuentra oculta y al obtenerla se otorga un peso y fortalece a la imputación fiscal o a la defensa, llegando a la verdad para que posteriormente el juzgador se valga de ello y tenga sustento su deliberación.

Ahora bien, cabe mencionar que la prueba se encuentra regulada en el NCPP en el Libro Segundo "La actividad procesal", Sección II, título I, el cual abarca todos los preceptos generales de esta figura, siendo el primer artículo el 155 que aborda la regulación mediante la Constitución y tratados ratificados por nuestro país de la actividad probatoria, así como también sobre la admisión de las pruebas que recaen a decisión del juez previamente a solicitud de los sujetos procesales y de esta misma decisión plasmada en auto que admiten las pruebas pueden ser objeto de reexamen y finalmente menciona qué la actividad probatoria se llevará a cabo dependiendo del estado de salud en qué se encuentre la víctima.

2. DERECHO A LA PRUEBA

En el proceso penal, las partes procesales tienen la posibilidad de incorporar los medios de pruebas que consideren suficientes y necesarios para sostener su teoría del caso; sin embargo, al no permitirle a alguno de los sujetos esta opción se le estaría vulnerando sus derechos, como el derecho a probar. Es por tal motivo, que el Tribunal Constitucional en diversas oportunidades se ha pronunciado para darle sustento constitucional a este derecho, como es en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC, Caso Magaly Medina y Ney Guerrero, en su fundamento 15 señaló lo siguiente:

> El derecho constitucional a probar, aunque no es autónomo, se encuentra directamente al derecho al debido proceso. Se constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa (Tribunal Constitucional, 2005).

De igual forma, en el año 2005, el TC se pronunció una vez sobre el presente derecho; sin embargo, en esta ocasión le brindó protección constitucional de manera que se reconoció como derecho fundamental, lo cual se encuentra plasmado en el Expediente N° 4831-2005-HC/TC en su fundamento 4, de la siguiente manera:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos (Tribunal Constitucional, 2005).

No obstante, el derecho a la probar no podrá ser amparado ante cualquier forma de incorporar medios probatorios al proceso, toda vez que debe regirse conforme a Ley, y sobre este punto el máximo intérprete de la Constitución una vez más se pronuncia para dejar en claro en que debe basarse el derecho a la prueba, lo cual se encuentra previsto en el fundamento 10 del Expediente N° 01014-2007-HC:

> (…) el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la **Constitución y las leyes reconocen**, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba (Tribunal Constitucional, 2007).

En efecto, el derecho a probar se concreta al momento de acudir ante un juez para buscar el amparo o la solución de un conflicto y ante ello la respuesta es garantizar el proceso que inicia respecto de la obtención, ofrecimiento, admisión, reproducción, actuación y valoración de la prueba (Castillo, 2014, p. 23).

3. ELEMENTO DE PRUEBA

Es toda información o dato que se encuentra dentro del medio de prueba, el cual está relacionado al acto delictivo que será incorporado al proceso por medios reconocidos por la ley, con la finalidad de producir un conocimiento certero respecto a los hechos estipulados en la imputación fiscal, como, por ejemplo, la versión de los hechos.

Así, Rosas (2016, p. 31) menciona que se puede denominar de la misma forma a la información o situación que tiene que estar acreditada conforme la actuación de los medios de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

prueba obtenidos y ofrecidos conforme a ley, para que cumplan con su utilidad, generando en el juez mediante su valoración si se admiten o no las situaciones surgidas que se tienen que debatir.

4. FUENTE DE PRUEBA

La fuente de prueba es todo hecho que da inicio al elemento de prueba y medio de prueba, siendo el material en muchas ocasiones vital, toda vez que este da inicio a una investigación, además esta fuente lo que genera es certeza, pero en la realidad, es decir que es todo aquello existente que transmite información y que puede ser útil para el proceso.

En el mismo sentido, Castillo (2014, p. 39) afirma que la fuente de prueba no se encuentra dentro del proceso inclusive se originó antes que comience la investigación, pues se le considera el inicio del elemento de prueba, pues es todo aquel dato que se extrae de la fuente siendo la información brindada por un testigo, un documento, fotografía, entre otros.

5. MEDIO DE PRUEBA

Es un instrumento o mecanismo por el cual se va a conducir el elemento de prueba para ser incorporado al proceso penal, con la finalidad de generar convicción y brindarle conocimiento al juzgador al momento de su actuación probatoria, como es un peritaje o una declaración, entre otros.

En el mismo sentido, Palacio (2000, p. 23) señala que son todos aquellos considerados como modos o mecanismos respecto de objetos y de las personas que tienen la capacidad de poder brindar alguna información clara y evidente sobre la verdad de los hechos que son materia de investigación.

Por otro lado, Reátegui (2018, p. 489) lo define como el procedimiento legitimado para poder incorporar al proceso el elemento de prueba. Además, se conforma la conexión entre lo que se quiere probar y lo que se quiere generar o hacer llegar la información al juez al momento de tener conocimiento sobre el objeto de prueba.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

6. ÓRGANO DE PRUEBA

Es el sujeto o la persona física quien interferirá entre el juez y la prueba, ya que transmitirá los datos importantes, ya sea de forma oral mediante su declaración o de forma escrita como un dictamen pericial, es decir cuando se menciona al órgano de prueba estamos frente a un testigo o perito.

7. CARGA DE LA PRUEBA

La carga de la prueba estará a en manos del titular de la acción penal, quien tiene la obligación de recolectar el acervo probatorio de cargo, los cuales deben ser suficientes para acreditar los fines de la Investigación Preparatoria, conforme lo estipulado por el CPP y así con la finalidad de tutelar la seguridad de la sociedad respecto de la persecución de una conducta delictuosa (Peña, 2008, p. 434).

Resulta claro, que la carga de probar recae en quien alega un hecho debe de probarlo; sin embargo, en materia penal sólo incurre en una parte procesal a diferencia de las otras ramas del derecho, siendo así aquel sujeto del proceso se encuentra en el artículo VI inciso 1 del CPP, haciendo referencia al titular del ejercicio de la acción penal es quien tiene el deber de la carga de la prueba y es quien lleva a cabo la investigación desde su apertura.

8. FINALIDAD DE LA PRUEBA

El fin de la prueba es la búsqueda de la verdad de las afirmaciones sobre los hechos alegados por las partes, ya que esta es una sola y se dará a conocer mediante los relatos expuestos por los sujetos procesales valiéndose de la actuación probatoria, siendo lo único que generará certeza y convicción en el juzgador. Aquella verdad será resultado de toda la actividad probatoria, pero está debe generar un grado de certeza que no concurra la existencia de la duda razonable, por lo que estamos ante una verdad objetiva.

Para Cusi (2016, p. 45), la verdad podrá ser descubierta conforme los señala los plazos en la norma procesal; sin embargo, si posterior a la actividad en que se desarrolle la prueba no se logró el objetivo de hallar dicha verdad se acudirá al principio del *in dubio pro reo*, que conllevara a una absolución del imputado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

9. OBJETO DE LA PRUEBA

Mendoza (2012, p. 242) afirma que el tema probatorio se enfoca en la carga de prueba recaída en el fiscal respecto de las afirmaciones sobre los hechos del caso y sobre las afirmaciones de los demás sujetos procesales, ya que de ello podrá basarse el juez para poder resolver y dar a conocer el fallo.

Sucede pues, que el Código Procesal Penal, brinda una noción sobre el contenido del objeto de la prueba, lo cual estipula en el artículo 156 inciso 1: "Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito" (Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

Desde esta perspectiva, algunos autores consideran que el objeto de la prueba no son los hechos, pues se entiende de la noción que tenemos de prueba es que está se basa en esa búsqueda y averiguación de la verdad, siendo así en el contenido de la imputación o pretensión de las defensas se encuentra el objeto de la prueba, pero no referido a los hechos sino a las afirmaciones que alegan.

En ese sentido, Neyra (2015, p. 228) confirma su posición de la misma forma indicando que el objeto de la prueba no está conformado por los hechos, más bien son las afirmaciones que alegan las partes del proceso sobre los acontecimientos ocurridos, lo cual es lo que en síntesis se discute respecto del objeto de prueba.

Evidentemente, estas posiciones no refutan la norma procesal, en realidad coinciden con el mismo fundamento, pues tanto el código como los diversos autores al mencionar que el objeto de prueba se encuentra dentro de la imputación, entre otros, ello está compuesto por los hechos, en conclusión, comparten el mismo enunciado, solo que se enfatiza al momento de señalar sobre el fondo del objeto de prueba.

II. REQUISITOS DE LA PRUEBA

El derecho a la prueba no se puede ejercer sin presupuestos, ya que este no es absoluto, por ende, tiene sus limitaciones las cuales se proyectan en su admisión en el proceso penal,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

donde el Juez de investigación preparatoria tendrá que dictar el auto de enjuiciamiento con todas las pruebas que hubiesen cumplido con los requisitos que debe contener el acto probatorio, los cuales se encuentran señalados en el artículo 352.5 b) del Código Procesal Penal.

1. Pertinencia

Cuando una prueba sea incorporada al proceso está debe de tener una vinculación con los hechos qué se quieren probar, de lo contrario sería declarado inadmisible por ser impertinente al no guardar relación con el caso en concreto. Por ejemplo, en un caso de violación sexual, la defensa del imputado quiere ofrecer fotografías de la agraviada ingiriendo bebidas alcohólicas, con la finalidad de acreditar su conducta.

Sin embargo, lo que se está investigando o el punto de partida es si el imputado tuvo o no relaciones con la agraviada contra su voluntad, ya que el objeto del proceso son los hechos materia de imputación, el núcleo del proceso es la imputación dirigida al acusado, por lo que resulta impertinente.

Es así que, por más pruebas que se ofrezcan no quiere decir que la imputación o pretensión tenga solvencia y sustento, porque en realidad todo tiene que estar conectado para lograr una actuación probatoria eficaz y que favorezca a la teoría del caso que uno plantea, pues no se trata de ofrecer todas las pruebas que encuentre en el camino, cuando muchas veces no beneficia en el proceso.

2. Conducencia

Según Devis (2002, p. 340) la conducencia de la prueba no se trata si tiene relación con los hechos, lo cual, si tiene que ver con la pertinencia, pero en este caso es una cuestión de derecho, es decir si la prueba es apta o conforme a ley para determinar su validez y de esta manera pueda admitirse y posteriormente actuarse.

En otras palabras, la conducencia o también llamada idoneidad viene a ser que la prueba tiene que reunir las condiciones necesarias que se requiere para que sea admitida, es decir que cumpla con el procedimiento preestablecido por ley, como es la interceptación telefónica debe

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

haber una autorización previa por el Juez. Un ejemplo claro, es que en una investigación por lavado de activos existan llamadas telefónicas donde se verifique la planificación del ocultamiento del origen ilícito sobre la creación de una empresa.

De esta manera, la fiscalía cita a declarar a una de las personas que han trabajado en dicha empresa y de su declaración realizan un acta de visualización de llamada del celular de esta persona, toda vez que en plena declaración menciona aquellas llamadas, pero lo que resulta discutible es que a esa declaración no citaron a las defensas de los investigados y aunado a ello no se había programado dicha diligencia en la disposición no citada. Siendo así, no ha adquirido idoneidad por lo que ante su ofrecimiento no podrá ser admitida.

3. Utilidad

Aquella utilidad se basa en la contribución de llegar a la verdad, pues sin que una prueba sea considerada útil o relevante en el proceso no habría fundamento para admitir, toda vez que no contribuiría nada y por ende no aportaría al caso, cabe aclarar que las pruebas que se admitan son por la seguridad de un juicio exitoso, en donde el juez logre la certeza para emitir un fallo ya sea condenatorio o absolutorio.

Asimismo, este requisito se encuentra presente en una probabilidad probatoria, es decir, que estamos ante un posible aporte al proceso en el que su admisión tendrá el valor suficiente que puede desvirtuar hechos, llegar a la verdad ante contradicciones de las partes, pues muchas veces resulta la utilidad como el requisito fundamental de la prueba, ya que sin su relevancia no se podría obtener nada beneficioso de ella.

Al respecto, Clariá (2008, p. 310) precisa cómo se presenta la relevancia en la prueba, pues afirma que se manifiesta como la supuesta utilidad de la información que se va a obtener; en otras palabras, se define por la necesidad de esta para llegar al objeto de la prueba, si no fuese así por consiguiente carecerá de relevancia y no se tomara en cuenta al momento de admitir las pruebas.

A modo de ilustración, en un proceso en cual se haya ofrecido la partida de nacimiento de una menor de 15 años y la defensa solicita que se haga un examen médico físico para

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

determinar la edad cronológica, lo cual resulta inútil porque ya está acreditada la edad con la partida siendo un documento público e irrefutable, en efecto, se declara inadmisible por irrelevante.

III. PRINCIPIOS PROBATORIOS

1. Principio de Legalidad

Según Arismendiz (et al., 2015, p. 130) el principio de legalidad propone en que la actuación probatoria solo debe regirse conforme al nexo y relación de un dúo jurídico siendo la ley y la Constitución, mas no por criterio o lo que crean las partes del proceso, ya que la legalidad se basa en las normas estipuladas en este caso al Código Procesal Penal.

En ese sentido, este principio es la base de toda actividad probatoria, es aquel que preside a toda la teoría de la prueba, ya que mediante la legalidad se fijará parámetros para que todo medio probatorio sea incorporado al proceso penal conforme a ley, es decir, sólo será admitido cuándo se haya obtenido por un medio legal, de lo contrario adquirirá el carácter de ilícito y su consecuencia será su exclusión, inadmisión y no valoración.

De esta manera, cuando una prueba adquiere la calidad de ilícita y solicitan dicha exclusión puede plantearse excepciones adscritas a la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional; no obstante, existe una cierta confusión para los sujetos procesales y el juzgador, pues para que sea excluida debe de aplicarse una regla contenida en el CPP, la cual es clara, pero genera incertidumbre si admite excepción alguna.

Por consiguiente, al admitir excepciones a la prueba ilícita trae consigo consecuencias, como la afectación al principio de legalidad ya que, si toda la actividad probatoria debe efectuarse en base a este principio, dichas excepciones no las prevé el código y al admitirlas contravendría a lo contenido en la norma procesal, siendo así es necesario su estudio por la necesidad de taxativizarlas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. Principio de Legitimidad

En relación a la legitimidad, este principio no regirá respecto de la licitud del medio de prueba, sino sobre los sujetos que están autorizados para intervenir en la actividad probatoria, pues se tiene claro que las únicas partes procesales que tienen la legitimidad para incorporar medios de prueba en el proceso vendrían a ser el fiscal y las defensas, aunado a ello la legitimidad también recae en un solo sujeto respecto a la valoración de estos medios probatorios y otorgarle eficacia procesal, que en este caso el único competente es el juez.

3. Principio de Necesidad

En definitiva, la necesidad de probar no solo incurre en el titular de la acción penal, sino en las defensas respecto a sus pretensiones; sin embargo, este principio recae en el núcleo y sostén del proceso penal, puesto que sin pruebas no se podría llevar a cabo ninguna investigación. Siendo así, existen dos riesgos ante la falta de prueba, por un lado, generaría inseguridad jurídica y por el otro una indefensión de las otras partes procesales; no obstante, también estaría afectado el juzgador, porque cualquiera que fuese su decisión debe estar debidamente motivada y fundarse en pruebas.

4. Principio de Oralidad

El principio de oralidad también podría ser percibido como un instrumento para que los sujetos procesales puedan transportar o conducir la información que contienen y plantean hacia el juzgador de manera verbal, con la finalidad de brindar transparencia y eficacia, ya que la interrelación oral genera mayor conocimiento de lo que quiere dar a conocer el sujeto procesal, además, permite un correcto ejercicio de los demás principios.

Respecto a este principio, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el Acuerdo Plenario N° 6-2011 en su fundamento 8, señalando lo siguiente:

> (...) El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente –predominio de lo hablado sobre lo escrito–. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales –como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP–, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio –situación que no puede desconocerse en modo alguno–, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba… (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011).

5. Principio de Inmediación

Consiste en el vínculo que tiene el juez con las pruebas que se desarrollarán en la actuación probatoria, con la finalidad de que pueda apreciarlas de manera directa, siendo esta la única manera garantizar la transparencia del proceso, para que al finalizar sean valoradas y pueda tener una mejor percepción para emitir su deliberación.

Por ende, mediante la norma procesal que de ahí se basa la actuación de prueba, precisa que esta se desarrolle por los sujetos procesales, mediante la actuación probatoria en la que ambas partes debaten su posición y ponen en práctica en juicio oral el contradictorio a través de la oralidad llevando sus argumentos al juzgador, es aquí donde se presenta la inmediación (Salas, et al., 2012, p. 62).

6. Principio de Contradicción

Según Salas (et al., 2012, p. 65) antes de ingresar a la contradicción, es importante tener en claro cuáles son los hechos por los cuales se está generando una imputación y sobre las actuaciones que se ha encargado de indagar la fiscalía, además de lo ofrecido por las defensas, siendo ello imprescindible para estructurar los argumentos y medios de prueba que serán debatidos y refutados entre los sujetos del proceso.

En relación con la idea anterior, resulta claro que en un proceso al momento de darse a conocer las pruebas para que estas sean admitidas y posteriormente valoradas, entra en un estadio de debate u objeción, es decir que el sujeto procesal afectado sólo podrá refutar que las pruebas no sean admitidas en base al ejercicio de este principio, pues su aplicación permite el libre ejercicio de un debido proceso y también del derecho de defensa.

7. Principio de Preclusión y eventualidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Es entendido como aquel principio que impide retornar a un estado que ya había concluido, es decir en el proceso penal todo es una secuencia, como puede apreciarse una vez culminada la etapa intermedia pasamos a la de enjuiciamiento, estando en esta última no se puede volver a la anterior etapa porque aquella finalizó.

Es por ello, que las partes procesales tienen claro que existe momentos en los que pueden acumular y ofrecer medios de prueba para prevenir ante un posible o eventual juicio oral, ya que si no se ofrecen en su debido momento se corre el riesgo que se llegue a la última etapa sin armas para defender sus pretensiones, ya que el tiempo de ofrecimiento culminó.

8. Principio de Verdad procesal

Es aquel principio en el que las partes justificarán sus argumentos en base a las pruebas obtenidas, ofrecidas e incorporadas al proceso conforme a ley, lo cual permitirá que el órgano jurisdiccional pueda valorarlas para fundamentar y emitir su sentencia que estará enfocada a la verdad de los hechos que se ha imputado, en otras palabras, se llegará después de la actuación probatoria a la verdad del proceso que se encontrará plasmado en la sentencia.

IV. ESTADIOS PROCESALES

El proceso penal se encuentra dividido por tres etapas, la primera es la investigación preparatoria, la segunda es la etapa intermedia, la tercera y última etapa es la de juicio oral; es preciso mencionar que todas las etapas procesales son decisivas e importantes, ya sea que en una mediante todos los actos de investigación se verificará si estamos ante un delito o no, luego en la segunda etapa se decidirá si existe una imputación meridianamente fundada en prueba, y si es necesario instar un juicio oral finalizando con un pronunciamiento judicial comprendido en una sentencia.

1. Etapa de Investigación preparatoria - Búsqueda y recolección de la prueba

Esta primera etapa se encuentra subdividida una vez más por dos fases, la primera es las diligencias preliminares o también llamada etapa de investigación preliminar, la cual no está estipulada como una etapa propiamente del proceso penal, pero su finalidad es recabar todos los datos e información respecto de hechos qué presuntamente se configuran como delito y una vez qué se tenga una sospecha inicial se formalizará la investigación preparatoria.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Una vez formalizada esta etapa, la cual está bajo el resguardo del fiscal, conforme al artículo 321 del CPP, se encargará de recabar y reunir todos los elementos de convicción de cargo y de descargó para que una vez concluida le permita sustentar el requerimiento acusatorio. Asimismo, aquellos elementos de descargó son los que el imputado incorporará en la investigación mediante su defensa con el objetivo de desacreditar todos los hechos que se le imputan, por consiguiente, no proceda a una acusación.

De acuerdo con Arbulú (2014, p. 113) se entiende por diligencias a todos los actos de investigación que ha realizado el Ministerio Público, con la finalidad de cumplir los parámetros establecidos en la etapa de investigación, más aún porque recae en él la carga de la prueba, por ser el titular de la acción penal y porque es quien determina si las diligencias que va a realizar son relevantes e idóneas.

Desde esta perspectiva se tiene claro qué la recolección de medios de prueba extraídos de las diligencias practicadas no pueden ser incorporadas a la investigación sin antes pasar por un filtro de licitud, ya que si se ha obtenido con la vulneración de derechos fundamentales serán excluidos de esta etapa procesal.

Hay que hacer notar, que en este estadio cuando se inicia la investigación a raíz de un medio de prueba que ha sido obtenido con violación a los derechos fundamentales, inmediatamente ese medio es el origen para realizar los demás actos de investigación pero estos también adquieren el carácter ilícito por la prueba primigenia, siendo así y el fiscal las toma en cuenta para formalizar la investigación, las defensas podrán acudir a una tutela de derechos para la exclusión de estos medios probatorios.

2. Etapa Intermedia - Ofrecimiento y admisión de prueba

Una vez terminada la Investigación Preparatoria, el Ministerio Público mediante el requerimiento de acusación ofrecerá todos los medios de prueba que considere necesarios para sostener su imputación, de esta manera en audiencia de control se realizará un control de la prueba ofrecida, y se determinará su futura actuación en el plenario, es preciso indicar que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

adicionalmente también deberá verificarse su licitud, y ante la ausencia de aquella, quedará excluida del proceso.

Ahora bien, en el caso de los demás sujetos procesales también tienen la oportunidad de ofrecer las pruebas que consideren necesarias para la etapa de juicio oral, además tienen el deber de presentar todos los testigos y peritos para que estos sean emplazados al juicio, de esta manera y es preciso aclarar que deben ser ofrecidos con su nombre completo, su domicilio, la profesión en el caso del perito y la finalidad o lo que quieren acreditar por la cual los están ofreciendo (Del Río, 2010, p. 186).

3. Etapa de Juicio Oral - Actuación y valoración de pruebas

Por último, en la etapa de juicio oral se valorarán todas las pruebas que han sido admitidas al proceso, ya sean testigos, peritos o pruebas documentales, entre otros, pasando por la actuación probatoria mediante interrogatorios, contrainterrogatorios, todo en base a su teoría del caso que dan a conocer las partes mediante los alegatos de apertura y finalmente concluida la actuación de pruebas los sujetos procesales darán a conocer sus alegatos de clausura en base a lo probado en juicio.

Empero, ahí no acaba esta etapa, ya que lo más importante del proceso para las partes involucradas es la sentencia que dará a conocer el juez, la cual se dictara en base a una valoración de todas las pruebas que fueron actuadas, siempre que estas han sido admitidas conforme a Ley, de lo contrario no podrá tomarlas en cuenta, toda vez que en este estadio el juez no podrá declarar inadmisibles ya que en base al principio de preclusión esa etapa ya culminó, salvo que se trate de nueva prueba y pueda valorar su admisión.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

A fin de entender este último apartado es necesario mencionar la relación o el nexo entre prueba y verdad, lo cual permitirá conocer un mejor panorama de la valoración probatoria, siendo así Ferrer (2016) ha brindado dos tesis la primera es que ante una proposición si fuera verdad ello sería vital para el proceso, pero no basta para señalar qué se encuentra probado y por otro lado se encuentra la segunda tesis referida a que la verdad es la finalidad de la actividad probatoria (p. 178 y 179).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Al respecto de ambas tesis señaladas, considero que la segunda es la más precisa toda vez que la utilización de la prueba se da por la búsqueda de la verdad y para llegar a ella se tendría que actuar todos los medios de prueba en juicio oral que han sido admitidos en el proceso y al finalizar se daría lo que abordaremos a continuación, es decir estamos ante la valoración de la prueba.

Esta valoración recae directamente en el juez quien determinará su deliberación en base a pruebas suficientes o bien por una duda razonable, siempre que todas sean legítimamente incorporadas al proceso, ello no significa que no hayan sido introducidas fuera de tiempo, sino que no se encuentren prohibidas por ley y que se haya logrado acreditar o desacreditar los hechos que fueron materia de imputación.

De igual forma, para Gascón (2010, p. 140) consiste en revisar todos los hechos que son materia de imputación junto con los medios de prueba admitidos al proceso, además analizar su relevancia para que al momento de actuarlos genere convicción y certeza en el juez sobre los fácticos enunciados.

Asimismo, el CPP hace alusión que la valoración de pruebas debe respetar ciertas reglas y principios plasmados en el artículo 393 inciso 2 del cuerpo normativo en mención, los cuales se desarrollarán brevemente.

1. Reglas de la sana crítica

Evidentemente, el proceso penal adopta un sistema de valoración que recae en la sana crítica, así como Neyra (2015, p. 243) señala que este sistema conlleva a la razonabilidad de la valoración de prueba que recae en el juez y esta debe basarse no solo es un razonamiento correcto, sino en la crítica, la lógica, la ciencia o incluso las máximas de la experiencia si es que fuesen aplicables al caso en concreto.

De allí, la sana crítica proviene de un sistema de raciocinio que recae en el juez sobre la libertad de observar, analizar y valorar las pruebas conforme reglas generales que contengan sustento y experiencia para crear convicción al momento de descifrar un determinado hecho en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

conjunto con las pruebas actuadas, pues resulta claro qué en base a la sana crítica se logra una valoración correcta y sin errores o vacíos. Es preciso mencionar, que dentro de este sistema se encuentran tres reglas o principios que se desarrollarán brevemente.

1.1. Reglas de la lógica

Para empezar, la lógica es el razonamiento deductivo que permite llegar a conclusiones; sin embargo, respecto de las reglas de la sana crítica se encuentran principios de la lógica que a su vez están compuestos por diversos principios que permitirán la apertura de un razonamiento para otorgarle un valor a los hechos del caso. siendo estos principios los siguientes:

- **Identidad**

El principio en mención consiste en que dos conceptos que son similares si logran ser válidos y verdaderos, porque ambos tienen la misma finalidad y significado. Así como, lo que la ley no estipula o si algo en específico no está contenido en la Ley. Como puede apreciarse, ambas afirmaciones tienen el mismo mensaje, solo que su identidad es distinta.

- **No contradicción**

Este principio se basa en que algún determinado hecho no puede tener dos significados que contravienen, es decir si una afirmación puede ser o tener un significado y al mismo tiempo tener otro o es blanco o es negro, pero no puede tener dos características que colisionan, por lo que necesariamente solo un fundamento es válido. Tal es el caso, que un testigo afirma que observo una camioneta color negro, pero después niega que es de ese color.

- **Tercero excluido**

El presente principio podrá tener similitud al de no contradicción, toda vez que dos fundamentos se contraponen de nuevo; sin embargo, en este caso una determinada afirmación puede ser verdadero puede ser falsa, pero solo uno de los dos se puede sostener. Por ejemplo: Una pericia es conducente para el proceso, pero al finalizar de su actuación se concluye que no lo era.

- **Razón suficiente**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por último, estamos ante este principio el cual no podría incluirse como la aplicación de la lógica exactamente, ya que en realidad se basa en verificar si una proposición es suficientemente certera mediante su demostración, para que pueda valorarse y obtenga una motivación fundada.

1.2. Reglas de las máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia son generalidades que se forman en base a experiencias de determinados casos, siendo que deben de tener conocimientos generales y evidentes ante la realidad, si bien no son pruebas ni tampoco podría considerase como tal, permiten darles un valor a los hechos del proceso; así como un testigo no pudo observar el autor de un crimen ya que se encontraba a quinientos metros del homicidio; es por ello que debe de actuarse con cautela al momento de aplicarlas, ya que muchas veces puede generar consecuencias como una falta de motivación razonable.

Es muy cuestionable su aplicación, toda vez que se considera que no pueden ser utilizadas por experiencias propias del juez; ya que son experiencias individuales y las máximas tiene que ser generalizadas, por ejemplo, una menor de edad que ha sido abusada sexualmente, en este caso por máximas de la experiencia se tiene que los menores de edad son personas vulnerables, además estando la niña en el mismo ambiente donde vive el agresor sexual casi siempre va a ser objeto de influencias para que pueda cambiar su versión.

1.3. Reglas de la ciencia

Los conocimientos científicos son válidos para la valoración de la prueba que está en manos del Juez; siempre que estos impliquen seguridad o estén comprobados, así como las trayectorias y fuerza que ejerce un arma al momento de utilizar y desplegar una bala. Desde luego, estas reglas son basadas en circunstancias generales, aparentemente podrían ser parte de las máximas de experiencia, pero en realidad las reglas de la ciencia son basadas en el conocimiento confiable distinto a las experiencias.

Así pues, Talavera (2017, p. 173) menciona que, si se acude a la ciencia como instrumentos de racionalización de los hechos, es válido y genera diversos aspectos importantes

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

como brindar conocimientos útiles basados es cuestiones certeras y no solo por la experiencia misma.

En otro orden de ideas, Vargas (2019, p. 169) explica que, la ciencia tiene mayor certeza que las máximas de la experiencia por las pruebas en las que se basa; no obstante, se tiene que verificar su eficacia. Ante ello, la evaluación de los conocimientos, analizar si cabe algún error, verificar el mejor método aplicado o el vínculo al principio de contradicción son mecanismos de valoración con procedencia científica.

2. Estándar probatorio

El estándar de prueba es un instrumento legal qué sirve para medir el valor de las pruebas, es decir si estas alcanzan el grado de suficiencia para corroborar y alcanzar convicción sobre los hechos alegados. Podemos comprender, qué la actividad probatoria es de materia compleja, porque se debe tener la seguridad en qué momento los hechos se encuentran probados o tal vez sí todos los elementos y medios de prueba recopilados son suficientes para acreditar determinados hechos, inclusive sí sobrepasan el estándar requerido para dar el siguiente paso.

A propósito, a diferencia de las distintas ramas del derecho, en el proceso penal sólo existe un estándar de prueba, cuyo significado engloba en una sola palabra siendo esta la convicción, la cual se desea lograr y fundar en el juzgador; de lo contrario su decisión será favorable al reo, todo ello recaído en el principio *in dubio pro reo*, es decir que en cualquier caso que se presente la insuficiencia probatoria se favorecerá al acusado.

Asimismo, Taruffo (2015, p. 31) brinda una noción clara sobre el tema a tratar y describe que el estándar de prueba es el instrumento que permite acreditar que la prueba es necesaria y suficiente ante el juzgador, con la finalidad de generar que los hechos enunciados son verdaderos en el mismo ámbito jurídico.

2.1. Más allá de toda duda razonable

Es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Aquel estándar para el proceso penal sobre el nivel que se tiene que superar es el de la duda razonable, en la cual debe haber una corroboración de la hipótesis sustentada y esta debe ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en la que goza en su momento el acusado. De esta manera, en el proceso penal existen diversas decisiones que se encuentran divididas en las fases y actuaciones de las etapas procesales, de allí analizaremos los grados de sospecha y en dónde se encuentra ubicado el estándar de prueba superado.

a) Sospecha simple

Este primer grado es el de menor intensidad, en dónde el representante del Ministerio Público ha tomado conocimiento de hechos que presuntamente tienen un origen ilícito y a raíz de ello son perseguibles penalmente, toda vez que se constituirá en un delito. Este nivel tiene su partida en los actos iniciales de investigación, previsto en el artículo 329 inciso1 del Código Procesal Penal.

b) Sospecha reveladora

En lo que respecta a este segundo nivel, la sospecha incrementa su intensidad toda vez que se ha obtenido información de las diligencias realizadas y son suficientes que permiten al fiscal formalizar y continuar con la investigación, con la finalidad de reunir elementos de convicción para que su investigación tenga sustento probatorio al momento de disponer una acusación. Todo ello se realiza mediante la disposición de Investigación Preparatoria, tipificado en el artículo 336 inciso 1 del Código Procesal Penal.

c) Sospecha suficiente

Conforme va pasando las etapas del proceso, la sospecha aumenta su grado de intensidad, es así como en este nivel una vez reunido e incorporado todos los elementos de convicción se tiene un grado de conocimiento sobre los hechos qué se constituyen en un delito dando lugar a una sospecha suficiente, de esta manera una vez concluida esta etapa procesal podrá emitir el requerimiento acusatorio y de esta manera llegar al juicio oral, ello contemplado en el artículo 343 inciso1 y 344 inciso 1 del CPP.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Respecto del primer articulado, hace referencia a la conclusión de la Investigación preparatoria y esta solo se dará por finiquitada cuando se haya logrado el objetivo antes de que concluya el plazo del proceso en curso. Por otro lado, en cuanto al segundo artículo refiere que una vez concluida en un plazo de 15 días formulara el requerimiento de acusación o de lo contrario el sobreseimiento de la causa.

d) Sospecha fuerte

Ahora bien, antes de llegar a la certeza tenemos un nivel previo, pero no indispensable, ni mucho menos es considerado como requisito, ya que al igual que la medida a aplicar esta sospecha es excepcional, es decir el fiscal solicitará al juez el requerimiento de prisión preventiva, siempre que concurran los requisitos previstos en el artículo 268 del CPP:

El primero de ellos, se basa en la existencia de graves y fundados elementos de convicción que conlleven a la efectividad de un delito y que el imputado se encuentre vinculado ya sea como autor o participé; asimismo, el segundo literal refiere a que la sanción posible que se imponga al imputado supere los 4 años de pena privativa de libertad y finalmente la presencia del peligro de fuga y de obstaculización.

Así también, esta medida tiene que cumplir dos presupuestos señalados por la Corte Suprema en la Casación N° 626-2013-Moquegua, el primero siendo la proporcionalidad de la medida, la cual debe ser idónea, necesaria y proporcional, ahora respecto del segundo presupuesto es la duración de la medida, la cual debe ser debidamente justificada por el fiscal.

Aunado a ello, el Acuerdo Plenario 1-2019 ha desarrollado la sospecha fuerte con mayor profundidad, incluso un tema abordado y de gran importancia es sobre la licitud de todos los medios probatorios en que se basa el fiscal para solicitar esta medida, pues este es un elemento necesario para el desarrollo de la prueba.

No obstante, existen diversas cuestiones que se presentan en este grado sospecha, pues cuando se dicta prisión preventiva muchas veces los elementos de convicción atentan contra del secreto de comunicaciones, el derecho a la intimidad, entre otros, toda vez que estamos ante grabaciones telefónicas, lo cual es considerado ilícito y las partes afectadas podrían acudir a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

una tutela de derechos para la exclusión de los mismos, además este mecanismo puede ser planteado en este estadio como lo ha establecido el Acuerdo Plenario 4-2010.

e) Certeza

Por último, una vez culminado toda la actuación probatoria de la última etapa del proceso penal qué es el juicio oral, el estándar probatorio qué se requiere es el de "Más allá de toda duda razonable", toda vez que en este estadio se valoran todas las pruebas actuadas para que se llegue a un fallo plasmado en una sentencia y está lo que requiere es certeza.

Tal es el caso, que si se exige una condena, está tiene que superar aquel estándar de prueba, donde no exista duda para dictar una sentencia condenatoria y al otro extremo sería favorable al acusado cuyo fallo sería una sentencia absolutoria, por consiguiente se tiene claro que en aquella certeza no debe caber ningún grado de duda ya que estaríamos ante un peligro de condenar a una persona y privarle de su libertad cuando no haya cometido delito alguno, por lo que se vulneraron los siguientes derechos:

1. Debida Motivación de las Resolución Judiciales

El presente derecho se sustenta en evitar y eliminar cualquier arbitrariedad judicial, en donde los jueces justifiquen sus resoluciones en base a fácticos y pruebas con efecto legal claro está y no en lo que crean que estaría correcto, ya que en toda la investigación se han recabado medios de prueba los cuales han sido actuados en la última etapa del proceso y de esta manera el juez los habría tenido que valorar para que más tarde emita su deliberación.

En ese camino, ante la falta de motivación o vulneración de este derecho se encuentra una falta de valoración y razonabilidad de la prueba, ya que los hechos se comprueban conforme se lleva a cabo la actividad probatoria, es así que, si su sentencia condena al acusado tiene que haber motivado lo suficiente para que se confirme la ausencia de duda razonable, mientras que si no fuese así no tendría sustentó su fallo.

2. Tutela Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso

El derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva se basa en que una persona acude al sistema jurisdiccional, es decir ante el poder judicial para que se resuelvan los conflictos en el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que se encuentra involucrado, ante ello no quiere decir que solamente se acude cuando una persona denuncia o se encuentre en calidad de agraviada en la investigación, ya que mediante la intervención del poder judicial se podrá resolver aquella controversia y llegar a la verdad.

Siendo así, en el caso que no se cumpla con un estándar probatorio o que la actuación probatoria haya sido basada en pruebas que carecen de efecto legal, es decir cuando estamos ante una prueba ilícita afecta directamente este derecho toda vez que está resolviendo conflictos vulnerando los derechos fundamentales de las personas cómo puede ser la presunción de inocencia, entre otros.

Así como señala, Mendoza (2022, pág. 44) la decisión judicial basada en hechos probados durante el proceso es la barrera de cualquier arbitrariedad judicial, ya sea por motivar indebidamente las decisiones judiciales o por una mala aplicación normativa, considerándose el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por otra parte, estamos ante el debido proceso siendo un derecho qué respalda a las partes procesales, en las que debe de respetarse todas las garantías constitucionales, para llegar a un final que tenga un resultado justo y llevado a cabo en igualdad de condiciones, pues en este caso si no se cumplen con los estándares de prueba se estaría forzando un proceso hacia una sentencia condenatoria sin fundamento, pues para el respeto del debido proceso debe de cumplirse con todos los requisitos de prueba.

3. Presunción de inocencia

Es una garantía constitucional que ampara a una persona que tiene la calidad de acusado por presuntamente haber cometido un delito y no se le puede tratar como culpable si es que los hechos materia de imputación hayan sido probados, lo cual se encuentra estipulado en la Constitución Política en el artículo 2, inciso 24, literal e: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” (Constitución Política del Perú, 1993).

De igual manera, la presunción de inocencia se encuentra tipificada en el artículo II.2 del Título Preliminar del CPP, en los siguientes términos: “Hasta antes de la sentencia firme,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido" (Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

Ahora bien, según Castillo (2018, p. 99) sí en una investigación de un proceso penal se permite que los sujetos procesales incluso el órgano jurisdiccional traten al imputado como culpable sin una sentencia firme, pues ello no colabora con el respeto al derecho de una defensa eficaz. A su vez, trasgrede la presunción de inocencia, ya que el proceso se llevaría a cabo sin una igualdad de condiciones toda vez que al imputado no se le garantiza dicho derecho.

Por otro lado, para Vargas (2019, p. 105) la calidad favorable del imputado en todo el proceso es el principio de la presunción de inocencia, en otras palabras, este prevalece hasta que se acredite su culpabilidad, siendo así el Estado tiene la obligación de brindar el tratamiento correcto a la persona involucrada en un proceso en su situación de imputado de no denominarlo culpable hasta antes de una sentencia condenatoria.

Cómo puede inferirse, ninguna persona puede ser sometida a una sanción penal o ser tratado como responsable por el o los delitos imputados hasta que se declara y confirme su culpabilidad, pero no solo basta con esa confirmación, sino que esta se valga de una debida motivación para que se cumpla con el estándar probatorio.

Por consiguiente, antes de emitir una sentencia prevalece la presunción de inocencia, ya que la única manera de desvirtuarla es mediante la actuación y valoración de pruebas, pero siempre que éstas cumplan con los requisitos probatorios, comprueben lo alegado y sobre todo que tengan vinculación con los hechos que se acusan.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO II

PRUEBA PROHIBIDA

I. ANTECEDENTES

El origen de la prueba prohibida se dio a conocer en un sistema distinto al peruano, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de la prueba ilícita se instituyó en el año 2004 de manera taxativa junto con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal; no obstante, su inicio y mayor origen jurisprudencial fue en el sistema norteamericano y años más tarde también se dio a conocer en el sistema eurocontinental.

Esta adaptación a nuestro sistema se dio en la necesidad de que la prueba prohibida es de los temas más complejos que se han originado a lo largo de los años en distintos países, por la vulneración a los derechos fundamentales, sobre todo en la violación al domicilio o a la vida privada, incluso por casos de torturas que se generaban por la necesidad de obtener la verdad en un proceso, lo cual no era posible permitir dichas actuaciones.

Así pues, Castillo (2018, p. 37) precisa que conforme se lleva a cabo un proceso penal, es en este estadio en que se ha afectado y puesto en riesgo algunas garantías constitucionales, como el derecho a la libertad, a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio, es por ello que es fundamental que la aplicación de la ley sea consecuente con la Constitución y todas las actividades del sistema jurídico afectadas por la Ley Fundamental y los tratados de derechos humanos.

De esta manera, la institución de la prueba prohibida generó mayor presencia y profundidad su estudio para que más adelante se incluya en nuestra legislación, que a continuación desarrollaremos su avance normativo nacional y comparado ya sea en el ámbito constitucional y por último en el proceso penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1. NACIONALES

1.1. NORMATIVOS

1.1.1. Marco Constitucional:

Nuestra carta magna ha brindado un tratamiento indirecto a la prueba prohibida a través de su evolución constitucional, y aunque omite consignarla de manera expresa, existen diversos antecedentes con relación a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad de domicilio, e incluso, ya desde antigua data se precisaba que la violencia como mecanismo de obtención de la verdad, contravenía la legalidad probatoria y valor legal de cualquier actuación procesal. Es bajo esa perspectiva que en los párrafos siguientes analizaremos dichas referencias.

A lo largo de la historia del Perú, ha habido muchos cambios legislativos, toda vez que es uno de los países con mayores reformas constitucionales, es así como junto a todos estos cambios la presente institución de la prueba prohibida no fue ajena a estas modificatorias, y pues si bien tuvo su creación en Norteamérica en la cual fue considerada en su sistema jurisprudencial, a diferencia de ello en Perú también fue establecida, pero en este caso en las diversas constituciones.

Cabe aclarar, que en el ámbito constitucional la prueba prohibida no está explícitamente estipulada, es decir, contiene un tratamiento indirecto desde la primera Constitución hasta la actual Carta Magna, pues refieren la protección de los derechos fundamentales y su violación genera una carencia de efecto legal o que no se encuentre conforme a ley.

1.1.2. Constitución Política de 1823:

La presente Constitución es la primera de la historia de nuestro país que en sus apartados introduce la protección de garantías constitucionales, consagrándose de esta manera por primera vez la prohibición de violación de garantías constitucionales, si bien no especifica en lo absoluto sobre la prueba ilícita, pero parte desde aquí en que solo hace alusión a derechos inviolables, como la protección de las cartas y del domicilio del ciudadano, estipulado en siguiente apartado:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> "Artículo 193°: Sin embargo, de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta Ley fundamental, se declaran inviolables:
> (...)
> **2.** La seguridad personal y la del domicilio.
> 4. El secreto de las cartas" (Constitución Política de la República Peruana Sancionada, 1823, art. 193).

2.1.1. Constitución Política de 1826:

En atención a la constitución de 1826, ha variado a diferencia de la precedente respecto del secreto de cartas, toda vez que no lo estipula en ningún apartado, generando inseguridad en dicho derecho fundamental; sin embargo, prevé la protección del domicilio del ciudadano, aunado a ello especifica en qué situaciones se puede ingresar durante el día.

> Artículo 145°: Toda casa de peruano es un asilo inviolable. De noche no se podrá entrar en ella, sólo por su consentimiento; y de día sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley (Constitución Política para la República Peruana, 1826, art. 145).

2.1.2. Constitución Política de 1828:

De modo similar que la primera Constitución, la de 1828 introduce en sus articulados la protección de los derechos fundamentales y que estos no se puede transgredir, toda vez que se encuentran amparados y la única diferencia es el desarrollo que le brinda a cada garantía, ya que respecto al asilo del peruano menciona que se vulnerará en situaciones determinadas por ley y respecto de la inviolabilidad de las cartas refiere sobre en quien recae dicha responsabilidad, determinado de la siguiente forma:

> Artículo 155º.- La casa de todo peruano es un asilo inviolable; su entrada sólo se franqueará en los casos y de la manera que determine la ley (Constitución Política de la República Peruana, 1828, art. 155).
> Artículo 156º.- Es inviolable el secreto de las cartas: la Administración de correos tiene la responsabilidad de esta garantía (Constitución Política de la República Peruana, 1828, art. 156).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1.3. Constitución Política de 1834

De acuerdo con la Constitución de 1834, no brinda una noción o acepción sobre la prueba ilícita, pero sí proporciona una referencia que dicha institución la cual está prohibida por la protección de ciertos derechos, tales como el amparo a la residencia de todo ciudadano el cual es el mismo apartado de la Constitución anteriormente analizada y respecto a la protección de la información que contengan documentos porque resulta perteneciente al ámbito privado, solo modifica de manera similar de donde se sustrae dicha información y que en este caso no obtendrá legalidad.

> Artículo 156: Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de Correos o de sus conductores no producen efecto legal (Constitución Política de la República Peruana, 1834, art. 156).

2.1.4. Constitución Política de 1856

La Constitución de 1856 fue otra carta nacional en la cual se determinó la existencia indirecta de la prueba prohibida, es así que estipulaba dos supuestos claros de referencia, el primero, relacionado a la confidencialidad de los documentos privados (comunicación epistolar), y, en segundo término, en relación a la inviolabilidad de la residencia habitual, conocida como domicilio. En la misma línea de su antecesora, consignaba la ausencia de un efecto legal ante la transgresión de los parámetros establecidos.

> Artículo 21: El secreto de las cartas es inviolable; no producen efecto legal las que fueren sustraídas (Constitución de la República Peruana, 1856, art. 21).
> Artículo 30: Es inviolable el domicilio; no se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandato escrito de Juez o de la autoridad encargada del orden público, cuya copia podrá exigirse (Constitución de la República Peruana, 1856, art. 30).

2.1.5. Constitución Política de 1860

Del mismo modo, esta Constitución acoge el mismo apartado normativo respecto al secreto de las cartas, pero en este caso lo estipula en el artículo 22; sin embargo, respecto a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

inviolabilidad de domicilio, lo ampara, pero de manera más detallada, ya que aborda la exigencia de la copia de notificación cuando esta se solicite.

> Artículo 31: El domicilio es inviolable; no se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de Juez o de la autoridad encargada de conservar el orden público. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les exija (Constitución Política del Perú, 1860, art. 31).

2.1.6. Constitución Política de 1867

Asimismo, la presente Constitución en el ámbito del secreto de las cartas estipula en el mismo artículo que la Constitución precedente; no obstante, respecto al domicilio del ciudadano, esta Constitución sólo trajo una pequeña modificatoria respecto de la competencia del Juez, pero contenía el mismo mensaje que la constitución precedente, sólo que en este caso estipulado en el apartado 29.

> Artículo 29: El domicilio es inviolable; no se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de Juez competente o de la autoridad encargada de conservar el orden público (Constitución Política del Perú Sancionada por el Congreso Constituyente, 1867, art. 29).

2.1.7. Constitución Política de 1920

Al respecto, esta Constitución trajo un panorama distinto a las anteriores, toda vez que en esta incluye la prohibición de los actos de tortura, violencia o intimidación contra la persona, dando una perspectiva distinta a las otras constituciones, pues esta se constituye como la primera carta magna que contempla los actos de violencia.

> Artículo 26: No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia y nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los Jueces que las leyes establezcan (Constitución para la República del Perú, 1920, art. 26).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Además, también considera que el domicilio del peruano es inviolable y en este caso es previsto en el siguiente artículo:

> Artículo 31: El domicilio es inviolable. No se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de Juez o de la autoridad encargada de conservar el orden público. Podrán también penetrar en el domicilio los funcionarios que ejecuten las disposiciones sanitarias y municipales. Unos y otros están obligados a presentar el mandato que les autoriza y a dar copia de él cuando se les exija (Constitución para la República del Perú, 1920, art. 31).

Por último, respecto a esta Constitución, acoge la misma fórmula normativa de las precedentes constituciones respecto al secreto de las cartas, la única diferencia qué en este caso se encuentra en el artículo 32.

2.1.8. Constitución Política de 1933

De igual manera, esta Carta Magna aparentemente contiene el mismo precepto que las anteriores constituciones; sin embargo, contiene modificatorias y son las siguientes:

> Artículo 61: El domicilio es inviolable. No se puede ingresar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito y motivado del Juez o de la autoridad competente (Constitución Política del Perú, 1933, art. 61).
>
> Artículo 66: La correspondencia es inviolable. Las cartas y los papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados sino por la autoridad judicial en los casos y en la forma establecida por la ley. No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos (Constitución Política del Perú, 1933, art. 66).

2.1.9. Constitución Política de 1979

Finalmente, la undécima Constitución redactada y con entrada en vigencia en elgobierno de Fernando Belaúnde Terry, contenía un desarrollo más profundo sobre los derechosde la persona, ya que no solo basta con mencionar el derecho expresamente como la inviolabilidad de domicilio o de comunicaciones, sino especifica lo que se encuentra prohibidode cada derecho siendo amplia la exposición; sin embargo, hay que hacer notar que en esta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Constitución sí menciona expresamente a la prueba ilícita en el artículo 12 refiriendo que no tendrán validez cuando se ejecuten acciones en contra de la dignidad de la persona.

Artículo 2: Toda persona tiene derecho a:

7.- A la inviolabilidad del domicilio. (Constitución para la República del Perú, 1979, art. 2, inc. 7).

Al respecto, el mencionado inciso además indicaba que ninguna persona puede ingresar a la vivienda de una persona y ejecutar allanamientos o investigaciones sin una autorización previa judicial, solo en caso se trate de un caso en flagrancia o peligro inminente.

8.- A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones. (Constitución para la República del Perú, 1979, art. 8).

Ahora bien, el inciso en mención refiere que no puede realizarse ninguno de esos actos sin algún mandato motivado por un juez, además que en el caso que surja esta violación no tendrá efecto legal porque no se encuentra conforme a ley. Es preciso mencionar que este apartado contiene el literal j qué hace referencia respecto a las declaraciones que han sido obtenidas mediante uso de violencia, las cuales no van a tener ningún valor y recaerá responsabilidad penal en quién realice estas conductas.

Artículo 233: Son garantías de la administración de justicia:

12.- La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas. (Constitución para la República del Perú, 1979, art. 233, inc. 12).

Finalmente, el derecho plasmado en el artículo citado es claro al mencionar expresamente a la prueba ilícita otorgándole invalidez.

En ese sentido, resulta evidente que en todas las constituciones de Perú consideraron a la prueba ilícita ya sea de manera directa como la de 1979 o indirectamente conforme a la prohibición de violación de las garantías constitucionales, a pesar de que han existido reformas y modificatorias igual el contenido seguía siendo el mismo, solo, que en el caso de algunas constituciones era mucho más específico el articulado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.2. Marco Legal:

Nuestra normatividad procesal penal ha tenido un progreso diverso en razón de los diferentes códigos que se instauraron en nuestro panorama jurídico nacional, y las modificatorias legales que se determinaron oscilaron entre transcurrir de un sistema inquisitivo a un sistema impregnado de garantías y división de funciones.

1.2.1. Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica

En un primer momento hubo una iniciativa de la creación de un Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que efectivamente fue ejecutado, pero no aprobado, porque todas las naciones tenían que estar de acuerdo con tener el mismo código en todo Latinoamérica; sin embargo, muchos de aquellas desistieron a causa de que no todos los países comparten las mismas interpretaciones, cuestión que era válida y por esa razón no prosperó dicho proyecto.

No obstante, respecto al tema en concreto, la prueba prohibida fue tomada en cuenta en los articulados del capítulo 5 enfocado a la prueba del CPP para Iberoamérica, estipulados de la siguiente manera:

> **148. Libertad de la prueba** (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, 1989)
> El presente artículo, explica cuando un elemento de prueba puede ser admisible, pero cuando se trate de un medio prohibido por el uso de tortura, intimidad de domicilio, comunicaciones y documentos privados estos serán apartados el proceso.

> **149. Valoración** (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, 1989)
> Ahora bien, respecto a la valoración de un elemento de prueba, el artículo en mención expresa que solo podrá ser valorado cuando se haya obtenido por un procedimiento permitido y que se encuentre conforme a las disposiciones de este Código.

De los preceptos anteriores, se sostiene que brindan una noción de la prueba, cuál es su límite y el requisito que debe tener para que sean admitidas por Ley, aunado a ello en el capítulo 7 respecto a la actividad procesal defectuosa del mismo cuerpo legal precisa la prueba que no podrá tener efecto de ser valorada, estipulado en el siguiente apartado:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

225. Principio (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, 1989)

Por último, este apartado considera que para fundar una decisión judicial no podrá valorarse aquellos actos que se hayan obtenido mediante la inobservancia de las normas previstas en este código, salvo que ello se haya subsanado o no hubiera sido reclamado en su debido momento.

1.2.2. Legislación Peruana

Al respecto el sistema penal peruano, ha ido evolucionando y por ende también tuvo reformas y modificatorias, tales como; el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1920 y el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Hasta aquí es preciso señalar que ninguno de estos estatutos procedimentales se ha recogido la institución de la prueba prohibida dentro de sus apartados, esto se da porque anteriormente el sistema procesal penal tenía una inclinación a una corriente inquisitiva.

No obstante, en 1991 se dio un cambio total y esto fue a raíz del Código Procesal Penal de ese mismo año, que precisó en el artículo 195: “Todo medio de prueba para ser valorado debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a la ley” (Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

En este precepto, se evidencia que desde un inicio se tomó en cuenta y se incluyó la prueba ilícita, a pesar de que no fue absoluta se tuvo esta iniciativa que más adelante fue reformada de manera más explícita.

Posteriormente, a raíz de la influencia europea en los Códigos Procesales Penales en distintos países de Latinoamérica, el nuestro no ha sido ajeno, ya que no solo trajo novedosos cambios de esta reforma procesal penal, sino que nos inclinábamos en esta ocasión a un sistema garantista, de esta manera se decide incluir por primera vez de manera taxativa la exclusión probatoria en el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal del 2004.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

1.3. JURISPRUDENCIALES

1.3.1 Tribunal Constitucional Peruano

Nuestro TC ha desarrollado significativa jurisprudencia en relación a la prueba prohibida, e incluso, los pronunciamientos en mención han otorgado líneas de interpretación al momento de atender la institución bajo comentario, sin embargo, aquellas decisiones han variado a través del tiempo, y como es de verse, se ha suscitado un cambio de paradigma incluso al interior del máximo intérprete de la constitución.

En un primer momento el Tribunal Constitucional, nos ha dado a conocer a la prueba ilícita**,** la primera fue el Caso Edmi Lastra Quiñonez en el Expediente N ° 2053-2003-HC/TC, de fecha 15 de setiembre del 2003, en donde define a la prueba ilícita refiriendo que su obtención y posterior actuación transgrede los derechos fundamentales y además de ello lesiona la legalidad procesal, por consiguiente, dicha prueba no tendrá efecto ni podrá ser utilizada en el proceso (Tribunal Constitucional, 2003).

Hasta aquí, se advierte que nuestro máximo intérprete de la Constitución toma una posición sobre la definición de la prueba ilícita, pues señala que no solamente vulnera derechos fundamentales sino también a la legalidad procesal.

No obstante, el Tribunal Constitucional, años más tarde adoptó una postura diferente, siendo esta compartida por varios juristas, en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, Lima, de fecha 27 de octubre del 2010, Caso Alberto Quimper, en su fundamento 7, precisa:

> 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 excluido 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 (Tribunal Constitución, 2010).

1.3.2. Corte Suprema de Justicia del Perú

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En cuanto a la Corte Suprema, en un comienzo tomó la misma postura que el Tribunal Constitucional respecto al concepto amplio de la prueba ilícita, solo que en este caso a pesar de que el CPP del 2004 introdujo esta institución con una concepción restringida, la Corte Suprema mantuvo la postura de una concepción distinta la cual se plasmaba en el Recurso de Nulidad N° 02-05-2008, Lima; sin embargo, posteriormente se pronunció en el Recurso de Nulidad N° 1640-2013, de fecha 10 de diciembre del 2013, en el fundamento quinto, señaló:

> a) Las pruebas obtenidas directamente violentando el contenido esencial de los derechos fundamentales no surten efectos en el proceso; b) Las pruebas obtenidas indirectamente violentando el contenido esencial de los derechos fundamentales, que tampoco surten efectos en el proceso (eficacia refleja) (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013).

a) Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 2004:

En el año 2004 en la ciudad de Trujillo se desarrolló el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, designado a debatir la problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria, siendo uno de los temas a tratar que se sometió al Pleno en mención, fue sobre los problemas nacientes sobre la obtención de la prueba ilícita, asimismo, también debatieron sobre los efectos de la valoración de las pruebas y sus excepciones, todo ello se derivó a raíz de los casos de terrorismo que se fueron generando en nuestro país, es así que se consideraba necesario que mediante un pleno jurisdiccional se establezcan reglas para un mejor desarrollo en el proceso penal.

En relación con el tema 3 titulado la «prueba ilícita y prueba prohibida», refieren que estas dos denominaciones son sinónimos, toda vez que contenían el mismo mensaje y efecto recaído en que la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales carecía de valor probatorio por lo tanto no deberían ser admitidas.

Así también, diferencia a la prueba ilícita de la prueba irregular, pues la primera tiene un efecto reflejo, que sólo vulnera normas constitucionales, mientras que la segunda no abarca este efecto pues lo que se vulnera en la prueba irregular son normas de carácter procesal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En ese sentido, no se pretende el análisis, aportes y cuestiones respecto de las decisiones que tomó el pleno, sino brindar los alcances generales respecto al antecedente jurisdiccional de la prueba ilícita o prohibida en nuestro ordenamiento jurídico y es que efectivamente los Acuerdos Trujillo pretendieron proporcionar solución a aquellos problemas que se han derivado de esta institución, pero también darle presencia a raíz de su origen en el sistema penal peruano.

b) Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116

Sobre la base de toda la normativa y jurisprudencia respecto a la prueba ilícita, se pronuncia un tema de interés, estamos refiriéndonos a la tutela de derechos, siendo así el presente acuerdo plenario, exactamente no hace referencia de manera taxativa a la prueba prohibida pues su desarrollo es limitado respecto de su concepción, naturaleza jurídica o sus efectos; sin embargo, si se pronuncia sobre a los derechos fundamentales concerniente a los alcances de la audiencia de tutela.

Según el acuerdo, en el fundamento 10, los derechos protegidos a través de esta audiencia son los que se encuentran recogidos en el artículo 71 del NCPP. Si bien, fueron once ítems que especifica este apartado del acuerdo plenario, dos de ellos hace referencia exacta a las conductas prohibidas porque su consecuencia vulnera los derechos fundamentales, los cuales refieren que: "(x) no ser objeto de medios coactivos intimidatorios o contrarios a la dignidad ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones ilegales" (Corte Suprema de Justicia de la República, 2010).

Como puede apreciarse, dicha institución ha sido aludida de manera indirecta en el presente acuerdo, puesto que, si bien no era uno de los ejes principales, era necesario desarrollarla mediante los derechos protegidos, con lo que se desprende que la ilicitud de medios probatorios será excluida mediante la vía de la audiencia de tutela de derechos.

A lo dicho con anterioridad, queda claro que la prueba prohibida nos permitía no solo posicionarnos a una acepción, sino que nos dio a conocer que desde mucho antes nos encontrábamos en un Estado Democrático de Derecho que no podía permitir que se lleven a cabo procesos judiciales basados en pruebas ilícitas que transgredan los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. SUPRANACIONALES

2.1. DERECHO COMPARADO

2.1.1. Sistema norteamericano

En la Constitución de Estados Unidos existen enmiendas, las cuales son los derechos que protegen a todo su Estado y sus habitantes, es así que la prueba ilícita se dio a conocer a raíz de la vulneración de la Cuarta y Quinta Enmienda; respecto de la primera, esta protege a los ciudadanos de un allanamiento poco razonable e impide que el Gobierno no puede llevar a cabo registros sin que tenga una previa orden y que éstas sean autorizadas por un juez, las cuales tendrían que estar debidamente fundamentadas y respecto de la segunda, prohíbe y protege a los ciudadanos que estén sujetos a una persecución y sanción penal sin la existencia de un correcto debido proceso.

De esta manera, la teoría de la prueba ilícita ha tenido una evolución en el sistema norteamericano y se dio inicio con el **caso Boyd vs. United States** en 1886, donde la Corte norteamericana señaló que la cuarta y quinta enmienda habían sido vulneradas toda vez que se ingresó a la casa del acusado y lo obligaron a aportar información en contra de su voluntad, es así como la Corte excluye dicha prueba para que no pueda ser utilizada, ya que se tiene claro que la aportación de información forzada a fin de obtener la confesión en este caso del acusado, no era admisible por la violación de dichas enmiendas.

Años más tarde, evoluciona la prueba prohibida como es en el **caso Weeks vs. United States** en 1914, en donde una vez más se vulnera la Cuarta enmienda, porque en este caso el acusado que era el señor Weeks, quien fue intervenido y arrestado por agentes estatales, ingresaron a su domicilio, registraron e incautaron todo documento y articulo que se encontraba en su casa; esto lo ejecutaron, ya que de las investigaciones que se tenía, arrojaban que se transportaban billetes de lotería por medio de correo lo cual estaba prohibido.

No obstante, y es necesario aclarar que dicha intervención no tenía autorización por parte de un Juez, es así que conforme se dio el proceso, la Corte señaló que esta información que se había confiscado no podía tener la calidad de prueba porque se había violado la Cuarta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

enmienda y de esa manera se excluyó del proceso, dando a conocer por primera vez la regla de exclusión.

Es de reconocer que, en algunos países, al tomar en cuenta a la regla de exclusión la consideran de forma absoluta, es decir que no se puede aplicar de ninguna forma una excepción, pues al tener esa tendencia conllevan a la prohibición de excepciones, ya que es como fue evolucionando desde un inicio dicha regla. (Castro, 2014, p. 489).

De esta manera, esta institución ha tomado mayor profundidad en Estados Unidos, dando lugar a una herramienta de gran importancia como es la regla de exclusión; asimismo, ha mostrado tanto protagonismo y desarrollo que el sistema euro continental la tomo en cuenta,ya que los países europeos iniciaron con su aplicación para las decisiones de sus tribunales.

2.1.2. Sistema eurocontinental

a) España

La teoría de la prueba ilícita en España tuvo su origen a partir de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, puesto que en base a los diversos casos y fundamentos de la Corte norteamericana trasladó la figura de la regla de exclusión probatoria y de esa manera se encuentra estipulada la prohibición de utilizar las pruebas ilícitamente obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, toda vez que atentan contra la moral y dignidad del ser humano, es por ese motivo que se crea el artículo 11 inciso 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español dando lugar por primera vez a esta la institución en la legislación española.

Este caso consistía en un proceso laboral, donde el tribunal tomó una decisión a partir de una prueba ilícitamente obtenida y es que en ese momento no existía un derecho fundamental donde puedan ser admitidas y valoradas las pruebas con un origen ilegal, ya que en el presente caso se basaron en una grabación de interlocutores y es que raíz de esta sentencia se introdujo en su sistema la prohibición del uso de pruebas que vulneren derechos fundamentales, siendo que en este caso era el secreto de comunicaciones.

b) Alemania

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ahora bien, respecto al origen de la prueba ilícita en el modelo euro continental, el mayor paradigma de esta institución fue elaborado por el Tribunal Supremo Federal alemán, es decir, que por primera se instauró las prohibiciones probatorias mediante la teoría del entorno jurídico, el cual consiste en que la prohibición del uso de medios probatorios podrán ser admitidos cuando tenga un interés externo y no cuando se vulnere el contenido esencial de los derechos fundamentales que ampara al acusado.

En atención a la teoría del entorno jurídico, no solo dio nacimiento en la legislación alemana a la prueba prohibida, adicionalmente y al mismo tiempo brinda una excepción a esta figura, ya que su explicación aborda cuando es ilícito el material probatorio y por el otro lado cuando puede ser utilizado, ya que si afecta el entorno externo al imputado no habría vulneración a derechos fundamentales.

A su vez, Pérez (2020, p. 28) acota que fue Beling quien abordó y explicó por primera vez en 1903 sobre la prueba ilícita, primero aclarando la problemática sobre su denominación y posteriormente sobre las razones para que una prueba sea considerada prohibida, además de desarrollar sobre los efectos que traería dicha institución.

c) Italia

La prueba ilícita también se instituyó en la legislación italiana en el artículo 13 inciso 3 de su Constitución, que impide la utilización en el proceso sobre las pruebas obtenidas mediante métodos que vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos.

Además, Villegas (et al., 2015, p. 212) explica que el Tribunal Constitucional italiano toma una postura sobre las pruebas obtenidas que transgreden los derechos fundamentales las cuales considera como pruebas inconstitucionales. Así también el Tribunal se pronuncia sobre las grabaciones telefónicas, pues estás pruebas han sido obtenidas mediante métodos qué vulneran los derechos contemplados por la Constitución italiana por lo que proclama la *inutilizzabilitá, siendo* está la inutilizabilidad de la prueba en el proceso.

Como es de apreciarse, Castro (2014, p. 489) indica que el avance normativo de la prueba ilícita permite observar que la regla de exclusión probatoria es considerada absoluta lo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

cual es acertado ya que al obtener y valorar pruebas con contenido ilícito en el proceso penal es considerado un abuso y está prohibición se torna cómo la barrera ante transgresiones.

2.2. CORTES SUPRANACIONALES

a) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La institución de la prueba ilícita ha tenido presencia en la CIDH, claro está que no ha habido pronunciamiento de manera concreta sobre su definición, a pesar de que ha dado a conocer varios casos en los que se han vulnerado derechos fundamentales, a raíz de detenciones arbitrarias e ilegales; sin embargo, el artículo 8 de la Convención Americana nos brinda un panorama respecto a las garantías procesales contempladas.

Es así que al haber profundizado muy poco respecto a la prueba ilícita, nos trae un antecedente mediante el caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, el cual consistía que señora Lori el 30 de noviembre de 1995 había sido detenida por la Policía Nacional, por haber sido vinculada en colaboración a actividades involucradas con el MRTA, es preciso señalar que este caso se dio dentro de la competencia del fuero militar, donde los tribunales se les conocía como jueces sin rostro, ya que en ese tiempo el Perú se encontraba en una situación complicada generada por el terrorismo, es así qué a la señora Lori se le negó comunicaciones con su familia y después de días recién tuvo el acceso a un abogado y posteriormente se le acusó por el delito de traición a la patria, imponiéndole cadena perpetua.

Posteriormente, en el año 2000 el Consejo Militar declaró nula la sentencia, luego se inicia un nuevo proceso y se cambia la calificación jurídica por Colaboración con el terrorismo, es aquí donde la justicia ordinaria la condena a 20 años de prisión y en el año 2002 la Corte Suprema confirmó la sentencia.

De esta manera se analiza si la CIDH es competente; siendo que es correcto que intervenga porque el Estado de Perú en 1978 firmó la Convención Americana, es por ello que, al confirmar la competencia, en el año 2004 la Corte Interamericana se pronuncia señalando primero que no es la justicia penal, por lo que respecto de la calificación legal no puede analizar respecto de ello, pero sí sobre la responsabilidad del Estado peruano. Finalmente, en el caso de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la señora Lori se evidenció una vulneración derechos fundamentales estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos respecto al proceso ante el Tribunal Militar.

Del caso narrado, podemos analizar que la Corte no sé pronunció expresamente sobre las exclusiones probatorias o la eficacia de la prueba, toda vez que no es un tribunal penal para declarar la admisibilidad e inutilizabilidad de pruebas, pero si su finalidad fue brindar un llamado al Estado, donde debió garantizarse la dignidad humana de toda persona privada de libertad, donde las detenciones arbitrarias se encuentran prohibidas por vulneración de derechos fundamentales, de lo que podemos concluir que en este caso la prueba ilícita fue aplicada respecto a las violaciones que genera su aplicación, mas no sobre su exclusión de una proceso, ya que la Corte no es competente para hacerlo.

Lo mismo ocurre en el caso Manuel Manríquez vs. México, con la diferencia que en este caso unos de los ejes a tratar fue la prueba e inmediación procesal específicamente. Los hechos fueron que en el año 1999 detuvieron al señor Manuel y lo dirigieron a las instalaciones del Ministerio Publico, todo ello sin una orden judicial, incluso sin la configuración de flagrancia, no conforme a ello, se sometió a torturas obligándolo a firmar una confesión respecto de hechos relacionados con el delito de homicidio.

Luego de siete días de su detención lo pusieron a disposición de un Juez, quien finalmente lo condenó a 27 años de prisión. Posteriormente se dictaron en el Tribunal mexicano órdenes de aprehensión contra los policías quienes ejecutaron la detención arbitraria y la tortura en la confesión del acusado, a quienes condenaron a prisión. A raíz de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia y señala que efectivamente el Estado Mexicano había violado derechos protegidos de Manuel Enríquez estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a los derechos a la libertad e integridad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, además señaló que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también había concluido que se violó disposiciones contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura en perjuicio de Manuel Henríquez.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Cabe aclarar, que la Corte también se pronuncia sobre las declaraciones primigenias del acusado indicando que no tenían validez; y, que en base al principio de inmediación procesal y las garantías al debido proceso es que las únicas pruebas que deberían ser prevalecidas eran las que habían sido elaboradas ante un juez competente, cuya recomendación de la Corte fue tomar en cuenta medidas para un mejor desarrollo y evitar ineficacia o invalidez en un proceso judicial.

De ello se comprende, que las anteriores declaraciones del acusado tenían que ser excluidas y no podían ser valoradas porque habían vulnerado derechos del imputado, aunque no se señale de manera explícita sobre la prohibición de valoración de prueba prohibida, en este caso tuvo mayor aplicación e importancia la regla de exclusión de pruebas con origen ilícito.

Por último, pero muy importante respecto a Perú, la CIDH, también tuvo pronunciamiento por casos de torturas y tratos inhumanos, si bien es cierto precisó una definición de la prueba ilícita, pero la dio a conocer por las vulneraciones que se generaron y porque se pronuncia respecto del principio de legalidad en el caso de Cantoral Benavides vs. Perú, ya que el 6 de febrero de 1993, el señor Luis Cantoral fue detenido en su domicilio, sin previa orden del juez.

Además, se lo mantuvo incomunicado y después de dos semanas se le brindó el acceso a un abogado; no conforme a ello fue torturado ya que se lo mantuvo de pie con las manos esposadas y lo golpearon en varias partes del cuerpo, no obstante fue exhibido en todos los medios de comunicación con un uniforme de color blanco y negro a rayas el cual era una identificación de los presos tal y como se detuvieron a integrantes de Sendero Luminoso, incluso cuando hasta en ese momento no hubo ninguna sentencia que lo declare culpable.

Es por ello, que solicito a la Corte para que pueda decidir si hubo o no violación de los derechos a la libertad e integridad personal, las garantías judiciales, derecho a un abogado, a la presunción de inocencia y la protección judicial de la Convención Americana de los Derechos Humanos en perjuicio de Luis Cantoral. Finalmente, la Corte decidió que se habían vulnerado los derechos de esta persona, además de las disposiciones vulneradas contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y correspondía al Estado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

indemnizar por daño material e inmaterial, incluso que le debería proporcionar al señor Cantoral un tratamiento médico y psicológico por todos los daños causados.

b) Corte Europea de Derechos Humanos

Ahora bien, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ha desarrollado alguna concepción respecto de la prueba ilícita, tampoco contiene articulados que precisen sobre la admisibilidad, utilización, validez y eficacia de las pruebas; sin embargo, sí contempla el derecho a un proceso equitativo o al respeto a la vida privada, con lo que se desprende que estaríamos frente a una ilicitud probatoria, cómo podemos analizarlo del caso Khan Vs. Ru, en el año 2000 el señor Khan había sido declarado culpable por el delito de tráfico de drogas, pero el Tribunal se basó para condenarlo en pruebas obtenidas ilegalmente, por dispositivos de escucha ocultos.

Es por ello que el acusado apela a su condena la cual no tuvo éxito, toda vez que en ningún dispositivo legal se regula la prohibición de grabaciones de conversaciones; no obstante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo por unanimidad que efectivamente se vulneraron los artículos 8 por haber violado la vida privada y familiar y el artículo 13 respecto a un derecho de recurso efectivo, cabe aclarar que decidieron que no se había violado el artículo 6 respecto a un juicio justo y de esa manera se le concedió una indemnización monetaria al señor Khan.

En efecto, en este caso hubo vulneraciones a los derechos de los ciudadanos y la Corte Europea nos brinda un panorama respecto a que las pruebas obtenidas ilícitamente vulneran el derecho a la vida privada, siendo este un derecho fundamental, de lo que se desprende que la Corte Europea ha tomado en consideración esta institución reflejada en los casos llevados hasta su instancia.

II. PRUEBA PROHIBIDA

En el sistema penal peruano la prueba prohibida ha tomado distintas denominaciones, dado que la doctrina nacional y comparada, la han dado a conocer como prueba ilícita, prueba ilegalmente obtenida o ilegítimamente admitida, entre otros, pero más allá de la terminología, se tiene claro que todas las denominaciones nos llevan a un mismo efecto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Guevara (et al., 2018, p. 18) afirma que, "la denominada prueba prohibida implica un supuesto de exclusión del bagaje probatorio por ilegitimidad del medio de prueba ofrecido, debido a que estas son pruebas originalmente obtenidas con violación constitucional.

Por otro lado, Rosas (2016, p. 1182) señala que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido mediante la violación de garantías constitucionales, siendo así, respecto de aquella obtención se basa y tiene la finalidad de llegar a un resultado que pruebe lo que es materia del proceso, desde el inicio de la investigación hasta la sustracción de lo que se quiere llegar y ello infringe el contenido esencial del derecho.

Como se ha podido evidenciar, existen diferentes denominaciones, las cuales tienen la misma finalidad, pero al respecto de la conceptualización de la prueba prohibida, no hay una consolidación por parte de algunos autores, puesto que, consideran que no solo el efecto de la prueba ilícita abarca a la violación de derechos fundamentales, sino que también vulnera normas procesales.

A raíz de ello, nos posicionamos en dos concepciones distintas, ya sea una de forma amplia y otra restringida, la primera hace referencia que la prueba ilícita vulnera toda norma, mientras que la segunda concepción señala que se vulneran derechos fundamentales.

III. PRUEBA ILÍCITA

1. Concepción amplia

Esta concepción es considerada la más antigua, que consiste en que la prueba ilícitamente obtenida e introducida al proceso vulnera todo lo que concierne al ordenamiento jurídico y no solo a los derechos fundamentales, ya que esta concepción abarca de manera más extensa la ilicitud de la prueba y como consecuencia sería declarada nula (Písfil, 2018, p. 88).

2. Concepción restringida

Al respecto, Jauchen (2017, p. 289) afirma que es todo aquel material de prueba que al obtenerse y actuarse ha producido una violación a las garantías constitucionales que respaldan

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a la persona, cuyo amparado es la Carta Magna en la que se encuentra estipulado esta protección.

A su vez, Sánchez (et al., 2018, p. 66) ha señalado una concepción de prueba ilícita como aquella institución jurídica con contenido constitucional que deriva de la obtención de la violación de los derechos constitucionales de naturaleza formal y no referido a la transgresión de una norma procesal.

Según lo expuesto, nos encontramos exactamente ante dos posiciones; sin embargo, podemos concluir que la concepción restringida es la mayoritaria y compartida no solo por distintos especialistas, también es la que han considerado de manera absoluta el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y nuestro actual Código Procesal Penal.

2.1 Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993, prevé a la prueba prohibida de la siguiente manera:

Artículo 2: Derechos Fundamentales de la persona.

Toda persona tiene derecho a:

10. El secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados

(…)

24. A la libertad y a la seguridad personal. en consecuencia:

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (Constitución Política del Perú, 1993).

2.1. Nuevo Código Procesal Penal del 2004

Por otro lado, el artículo VIII inciso 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal reconoce a la prueba prohibida, no con una conceptualización, pues el legislador brinda una noción que se posiciona con una concepción restringida, pues indica que se está ante una prueba ilícita cuando esta es obtenida ya sea directa o indirectamente con violación a los derechos fundamentales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Es preciso señalar que, "por contenido esencial debe entenderse al contenido determinable de un derecho fundamental, que se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir los derechos" (Talavera, 2017, p. 250).

De igual manera, el artículo 159 del Código Procesal Penal limita la eficacia y utilización de las fuentes de prueba que han sido obtenidas con vulneración a los derechos fundamentales prescribiendo su contenido cómo: "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" (Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

Por último, en el artículo 155.2 del mismo cuerpo normativo, refiere sobre la actividad probatoria, en el cual no menciona sobre la eficacia de la prueba ilícita, pero si su prohibición, estableciendo que: "…El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley…" (Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

3. NATURALEZA JURÍDICA

En la doctrina y jurisprudencia nacional y comprada no se ha logrado un consenso para determinar la naturaleza jurídica de la prueba prohibida, debido a que no existe una consolidación respecto a las posiciones; es por ello que se tiene varias perspectivas.

3.1. Prueba ilícita como garantía procesal

Esta posición tiene su origen en el artículo 20 inciso a, fracción novena de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, donde toda prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula. A pesar de que no nos brinda una concepción, esta perspectiva se encuentra desarrollada y siendo las primeras en pronunciarse en la legislación española, en la cual establecen que la decisión jurisdiccional que se basa en un material probatorio que afecta a derechos fundamentales y no se estaría resguardando aquella garantía.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

3.2. Prueba ilícita como efecto disuasor

Al obtener pruebas constitucionalmente ilícitas y que éstas tengan un efecto reflejo que den nacimiento a pruebas derivadas las cuáles también se encuentren prohibidas quebranta derechos constitucionales y lo que se pretende es la máxima protección de estos. Es así, que esta perspectiva genera que todas las conductas ilegítimas sean desestimadas en el proceso penal y de esta manera la prueba ilícita se convierte en un límite en la investigación poniendo barreras a las pruebas prohibidas por ley.

3.3. Prueba ilícita como derecho fundamental

Respecto a esta perspectiva, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado y ha advertido que este instituto es un derecho fundamental, pero que no se encuentra amparado en nuestra Carta Magna, pues es reconocida como aquella que garantiza a todas las personas que ante cualquier medio probatorio que sea obtenido con vulneración a los derechos fundamentales, será excluido en cualquier proceso que involucre la situación jurídica de una persona ante una decisión que recae en un juez.

En esa misma línea, se puede sostener que el fundamento jurídico de la exclusión de pruebas que han sido obtenidas con violación a derechos fundamentales tiene que hilarse al contenido central del derecho al debido proceso y al de presunción de inocencia, siendo estos también garantías constitucionales (Villegas, et al., 2015, p. 216).

4. FUNDAMENTO JURÍDICO

Sánchez (et al., 2018, p. 59) sostiene que, es importante analizar que la prueba con contenido ilícito significa la afectación a los derechos fundamentales; sin embargo, aunado a ello también su ilicitud abarca la utilización de la misma por el Estado con el único fin de acreditar la culpabilidad del imputado.

Desde esta perspectiva, la fundamentación de la prueba prohibida radica netamente en la protección del contenido de los derechos fundamentales, pero entre la obtención de la ilicitud de la prueba y la lesión de los derechos fundamentales existe un vínculo el cual se tiene que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

hallar ,y ese es la necesidad de incorporar al proceso un medio probatorio transcendental la parte procesal que busca su incorporación, es decir que este mecanismo va a ser sancionado ya sea con una invalidez o con una ineficacia porque estos derechos fundamentales se encuentran estipulados de manera taxativa en la Constitución.

Casaverde (2021, p. 215) menciona dos posturas tomadas en el derecho comparado y que nuestro sistema ha adoptado, la primera es sobre cómo debe influir la regla de exclusión y su efecto disuasorio frente las diligencias policiales al momento de la obtención de la prueba y respecto de la segunda postura abarca el resguardo de los derechos fundamentales, por lo que se refiere que esta última posición reincide en un fundamento constitucional.

Asimismo, San Martín (2015, p. 624) indica que el fundamento de la prueba prohibida recae en el valor de la inviolabilidad y la firmeza de las normas que amparan los derechos fundamentales por encima de todo, de manera que ninguna vulneración de los mismos produzca efectos legales en el proceso.

En esta misma línea, se concluye que exactamente el fundamento de la prueba ilícita se encuentra en nuestro marco constitucional, ya que su única finalidad es que todas las fuentes de prueba que tengan origen ilícito tengan la acepción de prueba ilícita para que encaje dentro del apartado constitucional y de esta manera sea excluida, por prohibición de la Ley, para que posteriormente no existan vulneraciones a los derechos fundamentales.

5. EFECTOS EN EL PROCESO PENAL

La ilicitud de una prueba se tiene claro que conlleva a la vulneración de derechos fundamentales, por lo que carecería de validez en un proceso, tal es así que en cualquier caso ya sea una prueba vital para llegar a la verdad procesal, pero esta sea ilícita, nos conllevaría a que los jueces sostengan una sentencia absolutoria y de lo contrario, si es que esta prueba ilícita no se reportaría como inválida, por lo tanto seria admitida y valorada en juicio, posiblemente estaríamos frente a una futura sentencia condenatoria.

Atendiendo el argumento, se tiene claro que en nuestro proceso penal está compuesto por tres etapas, pues en todas estas se desarrolla una actividad probatoria.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a) Etapa de Investigación Preparatoria

En esta etapa, la actividad probatoria inicia con todas las diligencias que la Fiscalía realiza para recabar información ya sea por su propia parte, así como también, por la información brindada por parte de la defensa. Siendo así, al incorporarse una prueba ilícita y el imputado considere que se están vulnerando derechos, se puede acudir a una tutela de derechos ante un juez de Investigación Preparatoria, lo cual nos ampara el artículo 71 inciso 4 del Código Procesal Penal.

Derecho a la defensa:

El derecho de defensa según De la Cruz (2007, p. 51) viene a ser aquella garantía se goza una persona que esté involucrada en el proceso como calidad de imputado, con la finalidad de ser defendido de manera eficaz en el proceso, en ese sentido se comprende que este derecho no solo es referido a contar un abogado, adicionalmente es tener la potestad de acceder a los actos procesales y ser notificado a las diligencias realizadas, entre otras actuaciones en el que esté implicado.

A raíz de lo anterior, cuando el autor menciona a los medios necesarios, también abarca a que éstos sean legítimos, es por ello que la finalidad de este derecho busca que exista una igualdad entre las partes en un proceso, lo que ocurre respecto a la prueba ilícita es que el permitir la utilización de esta, sin fundamento alguno, este derecho se vería vulnerado, ya que la defensa estaría haciendo cuestionada mediante medios probatorios que tienen origen ilícito, cuyo efecto sería una posible indefensión.

b) Etapa Intermedia

Ahora bien, en esta segunda etapa se pronuncia mucho más esta institución y la regla de exclusión, es así que, si en una primera etapa no se habría excluido una prueba ilícita, en esta segunda, las partes tienen la oportunidad de solicitarle al juez la inadmisibilidad de pruebas porque contienen un origen ilícito.

Inadmisibilidad de la prueba ilícita

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Teniendo en cuenta la idea precedente, el legislador no dejó un vacío legal, respecto a la inadmisibilidad de una prueba prohibida, toda vez que en el artículo 155.2 del mismo cuerpo legal refiere sobre la admisión de las pruebas, por lo que, en esta etapa intermedia no se solicitará la exclusión de prueba, sino se dirigirá al el juez de garantía para que no admita la prueba prohibida por ley, de ello se desprende que efectivamente la prueba ilícita y la que derive de ella, tendrá un efecto de inadmisión en el proceso penal.

c) Etapa de enjuiciamiento

Finalmente, en este estadio el juez no podrá excluir o inadmitir pruebas ilícitas, pero existe la figura del reexamen en la cual se trata de la prueba nueva y de la que no se admitió en la etapa de investigación; todo ello al amparo del artículo 373 del CPP; en este caso se solicita al juez para que las admita al proceso; sin embargo, existe el reexamen negativo, es decir que si se da el caso en que se hayan admitido pruebas prohibidas, el juez no va a poder utilizarlas, porque tiene una prohibición de valoración para tomar una decisión judicial.

Inutilizabilidad y prohibición de valoración de la prueba ilícita

En definitiva, el artículo 159 del CPP comprende la utilización de la prueba, pues es claro el panorama, donde el juez no podrá valorar los medios de prueba que transgredan derechos fundamentales, ya sea que estos, hayan sido obtenidos de manera directa o indirectamente, de lo cual estamos hablando de prueba ilícita y las que contaminen está, es decir la prueba derivada. De modo similar, respecto a la deliberación para emitir la sentencia el juez sólo deberá utilizar las pruebas legítimamente incorporadas en el juicio, tal y como lo señala el artículo 393 del mismo cuerpo normativo.

IV. REGLA DE EXCLUSIÓN

Resulta lógico que en el sistema norteamericano en base al principio de presidencia de la prueba prohibida que transgrede derechos fundamentales ha tenido mucha importancia en su evolución, puesto que ha sido extenso su desarrollo y logrando un estudio jurisprudencial más eficaz; no obstante, ha estado inmersa en diversos debates, análisis y críticas (Hernández, 2005, p. 10).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Para comprender este apartado, es necesario precisar qué la teoría de la prueba ilícita contiene efectos que se han desarrollado anteriormente, uno de ellos es la exclusión probatoria también llamada y con el término más conocido la regla de exclusión. Según Miranda (2012, p. 70) el hecho de que existen diversos sistemas en los cuales han tomado en cuenta la falta de estructurar una teoría general de la prueba ilícita, a la vez ha generado alternativas favorables a las diversas problemáticas que genera esta figura jurídica, sin la necesidad de llegar a una finalidad generalizada.

Si bien es cierto, este término tuvo su origen en el derecho anglosajón, pero nuestro sistema la adoptó con la finalidad de determinar cómo el medio probatorio que contiene esa ilicitud sería excluido del proceso. Uno de los componentes más importantes de la prueba ilícita fue la regla de exclusión, la cual se consolidó en los tribunales de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la cual no solamente se excluyó la prueba ilícita, sino los efectos y derivaciones que se produjeron, todo ello se vio reflejado en el caso Silverthorne Lumber Co vs. United States.

El citado caso inició en 1920 dónde el señor Frederick Silverthorne y su padre operaban en la compañía Silverthorne Lumber; sin embargo, los acusan por fraude al Estado, es por ello que los agentes federales interrumpieron la compañía y los llevaron detenidos. En el transcurso de su detención, los mismos agentes ingresaron a la oficina de la compañía y confiscaron todos los documentos de la empresa y libros financieros, además tomaron fotografías de todo el material confiscado, cabe aclarar que ello fue sin una orden judicial. Hasta aquí, hay que precisar que esta prueba ya se considera ilícita por no contener dicha orden de un juez.

Posteriormente a lo largo de la investigación de la fiscalía se percató que los documentos recabados daban inicio a una nueva investigación, es por ello que la fiscalía acusa, pero el Tribunal señala que no podrán ser admitidas dichas pruebas porque tenían un origen ilícito, que, si bien las primeras fueron prohibidas, a raíz de ello contaminó a los demás documentos considerados prueba derivadas o indirectas. En este sentido, el tribunal falla aplicando a la regla de exclusión a todos los documentos e información incautada y al no haber demás prueba suficiente absolvieron a los acusados. Por consiguiente, es en este caso se consagró la regla de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

exclusión de la prueba ilícita y por primera vez la aplicación de sus efectos reflejos que vendría a ser la Teoría del fruto del árbol envenenado.

Uno de los componentes más importantes en la regla de exclusión es aclarar sobre en que precisamente enfoca su aplicación, porque si bien es cierto esta tiene efectos reflejos que más adelante se desarrollará, no es lo mismo al ataque directo que realiza esta institución, es decir, que estamos ante las pruebas directas.

Prueba directa: En realidad esta prueba no tendría mucho que abordar a pesar de ser el componente esencial de la regla de exclusión, pero esto ocurre por qué su definición es toda aquella prueba que directamente se ha obtenido en el proceso, pero carece de validez porque contiene ilicitud al vulnerar derechos fundamentales, de ello concluimos que estamos hablando de la prueba prohibida o ilícita que ya ha sido desarrollada en párrafos precedentes, solo era necesario dar esta aclaración para dar a conocer cuál es la finalidad de la regla de exclusión que en la presente prueba es aplicada.

1. DEFINICIÓN

Se ha verificado que la única forma de que toda prueba prohibida sea excluida del proceso es en base a la aplicación de la regla en mención, en ese sentido se presenta una definición de acuerdo a Villegas (et al., 2015, p. 207) quien denomina a la regla de exclusión como la obligación de apartar del proceso a todos los medios probatorios que se hayan obtenido con violación a las garantías constitucionales, puesto que carecen de efecto legal y de esta manera no podrán ser declarados admisibles y tampoco deberán ser valorados por el juez en el proceso penal.

2. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN

Toda institución contiene sus límites, y todo ello sin vulnerar la finalidad la cual en este caso es la prohibición de obtener, utilizar y valorar pruebas prohibidas, ante ello mediante el origen jurisprudencial tanto europeo como norteamericano surgieron supuestos de exclusión de los que nuestro sistema penal peruano ha tomado en cuenta, por ende admitió su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico, pero en base a una inclusión jurisprudencial, de las cuales

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

estamos hablando de fuente independiente, descubrimiento inevitable, buena fe, nexo atenuante, infracción constitucional beneficiosa para el imputado y ponderación de intereses.

Siendo así, estos supuestos se desarrollarán con mayor precisión más adelante, ya que tendrán su propio análisis de cada excepción a la regla de exclusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y comparada, es decir, que se abordará las excepciones encontradas en todos los sistemas jurídicos y a partir de ahí examinar cuales serían las apropiadas para aplicarlas en nuestro sistema penal.

3. TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO

La presente teoría también llamada árbol venenoso o ponzoñoso, nos da la impresión de que estamos ante una figura totalmente fuera del ámbito jurídico, pero en realidad es la solución ante la problemática de la regla de exclusión. Sucede pues, que aquel árbol envenenado, verdaderamente es una doctrina legal que hace referencia a las pruebas de un proceso vinculadas a un delito, pero que han sido contaminadas de ilicitud, es allí donde nace una duda que a su vez es el conflicto de la exclusión probatoria: **¿Qué sucedería si a raíz de la obtención de pruebas ilícitas se originan otros medios probatorios, estos también deberían ser declarados ilícitos?**

La respuesta es clara, y es que el efecto reflejo de la regla de exclusión es el nacimiento a nuevas pruebas derivadas de la directa, la diferencia que no han tenido un origen ilícito, pero al provenir de pruebas prohibidas se contaminan de aquella prohibición, es así que todo el árbol se encontraría envenenado por la ilicitud de la raíz, por consiguiente, sería declarado ilegal.

Prueba indirecta: Es también llamada prueba refleja o derivada, toda vez que al haber obtenido pruebas ilícitas que vendrían a ser las pruebas directas se han originado nuevos medios de prueba, los cuales se han contaminado con aquella ilicitud ya que la prueba directa ha dado origen a nuevas fuentes de prueba, pero como las fuentes directas se encuentran envenenadas y por lo tanto tienen carácter de prohibido, tienen el efecto reflejo de contaminar aquella ilicitud a las pruebas que se han derivado de las directas, solo que en este caso estaría vinculada la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

aplicación del fruto del árbol envenenado, en el cual tanto raíces como todo el cuerpo de este árbol serían declarados ilícitos.

De este modo, cuándo se adquiera material probatorio que transgrede derechos fundamentales no contendrá valor en el proceso, a cuyo efecto se le excluirá y no solamente a esta prueba sino a las que se hayan obtenido con posterioridad una vez que se haya tomado conocimiento, siendo estas las consecuencias de la regla de exclusión de prueba ilícita (Jauchen, 2017, p. 295).

Debe señalarse que, tanto la regla de exclusión, como la teoría del fruto del árbol envenenado, son doctrinas que en Perú han sido reguladas en nuestro proceso penal exactamente en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, en efecto para brindar la ubicación de cada figura que se encuentra plasmado en nuestra norma procesal, se seleccionará el siguiente artículo:

> Artículo VIII: Legitimidad de la prueba
>
> 2) Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

Dentro de este marco, menciona a las pruebas obtenidas directa, la cual da pie a la prueba ilícita en la cual se aplica la regla de exclusión, así también señala el término “indirectamente” en el que estaría plasmada la prueba derivada o refleja, donde se aplicaría la teoría del fruto del árbol envenenado.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La institución de la prueba prohibida ha tenido su origen en el sistema norteamericano, en diversas jurisprudencias, lo cual se ha ido adaptando a distintos sistemas y dentro de ellos el nuestro, lo cual no ha sido una mala decisión, pues es necesario su desarrollo en el sistema

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

peruano porque a raíz de la aplicación de esta institución se vulnera derechos de las personas lo cual se instó de manera prohibitiva.

Es por ello que, la prueba prohibida ha tenido ubicación normativo constitucional desde nuestra Constitución de 1834, tal vez no de manera expresa, pero hasta el día de hoy se mantiene prohibiendo lo que se conoce y como se plasma en nuestra actual Carta Magna el Secreto de comunicaciones y la inviolabilidad de domicilio, de ahí de partió para dar mayor profundidad en las normas procesales sobre su exclusión.

De todo lo analizado, se concluye que a partir de la denominación de la prueba prohibida o ilícita más allá de aquella terminología, esta institución tiene una concepción restringida la cual es mayoritaria, por lo que nos queda claro que estamos frente ante la ilicitud de un medio probatorio, como toda aquella prueba que se obtiene ya sea de forma directa o indirecta para su admisibilidad y valoración en el proceso, pero con transgresión tan solo de los derechos fundamentales de la persona.

Nuestro CPP en su art. VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, asume una concepción restringida, en correspondencia con la línea jurisprudencial del TC, es decir, será considerada prueba ilícita aquella que es obtenida siempre transgrediendo derechos fundamentales, concepción mayoritaria y absoluta pues es tomada por nuestra norma procesal.

Cabe puntualizar, que debe entenderse como contenido esencial del derecho fundamental, a todo el conjunto que sujeta el derecho constitucional especifico, es decir, son aquellas facultades necesarias que necesita un derecho para ser reconocido como tal, es en esta medida que debe generarse la violación para que recién pueda operar la prueba prohibida y posteriormente la regla de exclusión.

Por otro lado, aunque no existe un consenso sobre cuál es la naturaleza jurídica de la prueba ilícita, mediante su fundamento podemos inferir que estamos ante un derecho fundamental, pero no al derecho al uso de la prueba ilícita, sino al derecho que no pueda

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

vulnerar ningún derecho fundamental a raíz de la aplicación de esta institución, lo cual es concordante con la concepción restringida que adopta el Código Procesal Penal.

Ahora bien, respecto a la regla de exclusión es preciso señalar que no solo aplica a la prueba directa, pues en realidad está presente en todo el árbol desde la raíz hasta la prueba derivada, es decir, esta se aplicará tanto a la prueba directa como indirecta, esta última a través de la teoría del árbol ponzoñoso porque éste nos permite observar que ha habido pruebas que han derivado a otras, las cuales se han contaminado y la única manera de que prueba directa y refleja no sean admitidas y utilizadas en un proceso, es mediante la regla de exclusión.

En lo esencial, se entiende que las raíces del árbol están envenenadas, los frutos también lo estarán, toda vez que todo el árbol se ha formado en base de la obtención de pruebas prohibidas, es así que el hecho de aquella obtención ha generado el nacimiento de otras pruebas, las cuales se habrían contaminado por aquella raíz.

Finalmente, ante lo desarrollado en el presente capitulo se concluye que la prueba prohibida es un instituto con un amplio desarrollo que tiene muchas directrices que aún falta por delimitar y es válido analizar cada aspecto porque estamos ante una figura que requiere de mucha seguridad ante el ámbito jurídico porque no solo genera la vulneración de derechos fundamentales, sino que un efectivo debido proceso, un respeto ante la tutela jurisdiccional efectiva y sobre todo el actuar de los sujetos procesales en el proceso penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO III

EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA

I. ASPECTOS GENERALES

Durante el desarrollo de nuestra investigación, se ha podido advertir que la incorporación de la prueba ilícita en la jurisprudencia norteamericana ha traído como consecuencia directa el surgimiento de teorías que innovaron en relación a los supuestos de exclusión de prueba ilícita, y este fenómeno a su vez, determinó un tratamiento dogmático específico, con lo cual se consolidó los denominados efectos de la prueba prohibida.

Por ello, dentro del contexto norteamericano, no existe una regla general absoluta, sino, por el contrario, el tratamiento de la prueba prohibida depende del análisis interpretativo de la garantía o derecho presuntamente vulnerado (Hernández, 2005, p. 10).

Siendo así, conforme fue evolucionando la regla de exclusión en el sistema norteamericano, poco a poco fueron apareciendo excepciones a esta institución, su origen probablemente se habrá generado por las ansias de encontrar justicia, lo cual se puede percibir de manera equívoca como cuando se presente una decisión en la que se libere al acusado (Poviña, 2013, p. 154).

Dicho de otro modo, los supuestos de exclusión se han consignado no sólo en nuestro país, sino a nivel internacional, ya que se han producido diversos casos en los que las pruebas que han sido obtenidas con contenido ineficaz o que carecen de efecto legal, terminan siendo pruebas vitales de un proceso, ello nos conlleva a una absolución por falta de pruebas, siendo de esta manera exista impunidad generando una indefensión en las partes incluso en la sociedad, es decir, las llamadas excepciones a la prueba prohibida han nacido por la necesidad de encontrar Justicia en la sociedad, pero buscando un debido proceso sin la vulneración de los derechos fundamentales.

Es preciso aclarar, que se quiere evitar que exista una confusión respecto del reconocimiento del derecho a la prueba ilícita, pues se tiene claro que está vulnera el contenido

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de nuestra Carta Magna; sin embargo, lo que se busca con los supuestos de exclusión es que estos se permitan aplicarse con la finalidad de que las pruebas podrían apartarse de esa ilicitud, lo cual le daría un mejor desarrollo al proceso sobre todo en casos emblemáticos.

En realidad, no se trata de sólo admitir una prueba haciéndola ver como si no fuera ilícita, cuestión que ocurre hoy en día, pues en realidad estas excepciones también deberían tener un proceso correcto para que las pruebas con origen ilícito y las que derivan de ellas sean admitidas y la única forma es mediante las excepciones a la prueba prohibida, analizando cada caso en concreto, lo cual le daría un mejor desarrollo al debido proceso, una mayor protección a la sociedad y a la tutela jurisdiccional efectiva.

En referencia a ello el Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente 2053-2003-HC/TC, emitida el 15 de setiembre del 2003, propone que la prueba prohibida o ilícita es la cual se obtiene mediante la lesión de derechos fundamentales o la legalidad del proceso penal, lo que supone su invalidez e inefectividad. (fundamento 3). Tal razonamiento lato referido por el tribunal supone una exclusión generalísima de la prueba, sin embargo, como podremos exponer, dicho conceptualización somera se verá objetada y excepcionalmente desestimada, dando paso al análisis concreto de cada contexto procesal, para determinar la admisibilidad de la prueba prohibida y su posterior valorización para estimar una pena.

La actividad jurisdiccional ha brindado tratamiento a la prueba prohibida a través del Pleno Jurisdiccional Penal de Trujillo en el 2004, el cual tuvo como punto central de debate, el tema concerniente a las excepciones a la prueba prohibida, concluyendo cuales serían de aplicación a la normatividad nacional, es preciso indicar que, aunque aquellas no se encontraban de manera taxativa, desde entonces brindó atención a aquella institución por parte de la comunidad jurídica.

Por consiguiente, se analizará todos los supuestos de exclusión que han sido adoptados en diversos países, con el objetivo de conocer los efectos, consecuencias y razones por las que se deberían admitir y consecuentemente otorgar valor probatorio a las pruebas excluidas en un proceso por contener origen ilícito, además que se lleven a cabo con su propio debido proceso.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

II. PLANTEAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA.

Debe señalarse que ante las excepciones de la prueba prohibida, estas han tenido un desarrollo dividido, toda vez que han sido abordadas respecto de cada prueba, es decir, se aplican excepciones tanto para la prueba directa como para la indirecta, tal y como lo señala el artículo VIII inciso 2 del NCPP, pues si bien es cierto, en la prueba originaria se encuentra ubicada respecto de la regla exclusión y para que esta aplique a la prueba derivada tiene que hacer uso de la teoría del fruto del árbol envenenado.

En esta perspectiva, San Martín (2015, P. 628) precisa que la prueba prohibida contiene a una originaria y de esta se extiende a la derivada, respecto a la primera es aquella prueba qué se obtiene de manera directa con vulneración de los derechos fundamentales y en cuanto a la segunda es considerada al alcance que llegó la regla de exclusión probatoria.

De esta manera y una vez diferenciadas las pruebas prohibidas, teniendo en claro que ambas tienen la calidad de ilícita, solo que una proviene de la otra es necesario mencionar que existen excepciones que se aplican a cada una, puesto que ello permitirá el mejor desarrollo en el proceso sobre la aplicación correcta de estos supuestos de exclusión.

Por lo tanto, respecto de la prueba originaria, caben las excepciones de teoría de la buena fe, ponderación de intereses, teoría del riesgo, infracción constitucional beneficiosa paratercero, infracción constitucional beneficiosa para el imputado, renuncia del imputado, destrucción de la mentira del imputado, teoría de los campos abiertos, causa probable, error inocuo, conexión de antijuricidad y la teoría del ámbito jurídico. Ahora bien, respecto de la prueba derivada, solo se aplican tres excepciones, siendo la fuente independiente, descubrimiento inevitable y nexo atenuante.

Todas estas excepciones de la prueba originaria y derivada provienen de distintos sistemas y corrientes que se han adaptado en diversos países a pesar de no compartir las mismas interpretaciones, a lo cual el sistema peruano no ha sido ajeno y algunas de ellas las ha tomado en cuenta para el desarrollo de la actividad probatoria de diversos casos, es por ello que abordaremos a continuación cada excepción con su respectivo análisis para verificar cuales son

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

los supuestos de exclusión que realmente son posibles de aplicar y regular en nuestro sistema penal peruano.

III. PRUEBA ORIGINARIA – EXCEPCIONES

1. TEORÍA DE LA BUENA FE

La excepción bajo comentario comprende no sólo limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino, además, actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, es decir, la excepción de la buena fe procura que aquel material probatorio obtenido directamente con la violación de derechos fundamentales puede eventualmente ser utilizado en la actividad plenaria, y consecuentemente, al momento de determinarse la decisión judicial.

Se propone que la prueba obtenida bajo la perspectiva de la buena fe trata sobre la opción de admitir la prueba obtenidas por el detrimento de principios y garantías constitucionales, si tal obtención es accidental o sin dolo, que por lo general radica por el desconocimiento o error (Pisfil, 2018, p. 224). Es por ello que otro aspecto relevante de la prueba prohibida es el conocimiento gravoso de la lesión al derecho, lo que aúna no solo entonces un análisis sustantivo procesal objetivo, sino ingresa al razonamiento judicial el aspecto subjetivo, que, en buena cuenta, lo que deja en un segundo plano el análisis de la afectación de la garantía o derecho, pues mientras que se acredite la culpa del agente que obtiene la prueba, esta podrá ser admitida y analizada por el juzgador.

Según Falcón (2003, p. 773) por su parte señala que una prueba no puede ser excluida a pesar de haber transgredido algún derecho fundamental porque al haber sido descubierta por diligencias realizadas por oficiales, esta acción ha sido efectuada en base a una buena fe, a pesar de que se tenga la creencia que tienen todo el derecho de realizar estas operaciones.

Dentro de este orden de ideas, es preciso señalar que esta teoría nació en la Corte Suprema Estadounidense exactamente en el caso United States vs. León, el presente consiste en que en 1981 agentes policiales vigilaban los domicilios del señor Stewart y Sánchez por sospechas de tráfico de drogas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Es así que se percataron que habían autos que frecuentaban a dichos domicilios y al indagar de quién se trataba se identificó al señor Ricardo del Castillo y Alberto León por lo que la policía quiso tomar decisiones inmediatas y redactaron una declaración jurada que fue enviada a un juez y en base a esto se emitió una orden de allanamiento, por lo que la policía interrumpió los domicilios, pero hubo un inconveniente y es que esa orden de incautación no tenía validez porque carecía de causa probable, toda vez que la policía no tenía certeza que en dichos domicilios se estaba cometiendo un delito y se basaron en la confianza razonable, es así que en este caso los agentes policiales actuaron de buena fe, dándose a conocer por primera vez dicha excepción.

Poviña (2013, p. 168) sostiene que no podría ser aceptada está excepción ya que si la prueba carece de efecto legal ya sea por una buena o mala acción a raíz de las diligencias policiales ello no tiene alguna correlación con el ordenamiento jurídico.

Dicha postura se comparte y es totalmente válida, toda vez que es muy difícil valorar pruebas en base a creencias y más aún respecto de actuaciones en la investigación que está de por medio la libertad o la condena de una persona o de lo contrario la búsqueda de justicia o la obtención de impunidad, es claro que el derecho se basa en hechos reales, en medios probatorios eficaces, más no en supuestos o creencias.

En relación a la idea anterior, se adopta que sería peligroso la aplicación de la presente excepción porque estaríamos ante supuestos, sin tener la convicción que la actuación para obtener un medio de prueba fue realizado con buenas intenciones, ya que es difícil de probar ello, cabe aclarar que no se trata de quitar la credibilidad en quien ha obtenido aquella prueba, pero una vez más es preciso señalar que el derecho debe valerse de hechos, de esta manera la presente excepción no es recomendable su regulación por la inseguridad jurídica que se generaría.

2. PONDERACIÓN DE INTERESES

Esta teoría además de haber tenido su origen en Estados Unidos conocida como el *balancing test*, también tuvo un fuerte desarrollo en el sistema euro continental exactamente en Alemania; sin embargo, en ambos sistemas la noción de su aplicación es diferente. Respecto al

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

sistema norteamericano la adopta sobre el efecto de la prueba ilícita, es decir si realmente vale la pena excluirla aun así hubiera vulneración al derecho fundamental, mientras que en el sistema europeo consiste en la ponderación de los derechos constitucionales que colisionan entre sí, noción que hoy en día el sistema peruano comparte.

Asimismo, la excepción en mención tiene su base en el test de proporcionalidad, el cual consiste en la colisión de derechos y que de por medio existe una ilicitud probatoria, en la cual la única forma que pueda ser admitida es mediante ponderar qué interés prevalece sobre el otro, ya que la aplicación de esta excepción depende de la relación que se origina entre la vulneración del derecho constitucional y la búsqueda de la verdad.

Así, por ejemplo, en un estadio se encuentran diez mil personas y han colocado una bomba, para ello se tiene detenido al implicado, pero no quiere declarar ni brindar información vital como donde se encuentra la bomba. Desde esta perspectiva Falcón (2003, p. 792) explica que no sería igual el hacer uso de torturas o métodos para llegar a la verdad como la hipnosis o el narcoanálisis, además que por un lado está el querer evitar el desastre y salvar a todas las personas y por otro lado está que dicha prueba obtenida pueda ser admitida en juicio para declararlo culpable.

De lo expuesto, esta excepción hace referencia a la ponderación de los derechos que se encuentran colisionados en el caso concreto y de esta manera llegar a un resultado si es que se admitirá o no la prueba que ha sido obtenida con contenido ilícito (Pisfil, 2018, p. 252). De esta manera, resulta claro que todos los derechos contemplados en nuestra Constitución se encuentran en una línea horizontal, es decir que no por el hecho que se encuentren enumerados significa que uno tenga mayor valor que el otro, en efecto cuándo colisionan dos derechos de esta misma naturaleza se acude a un test de proporcionalidad que en este caso es ponderar qué interés prevalece.

Es por ello, que en muchos casos esta excepción ha sido aplicada y ha servido de mucho sobre todo cuando se está ante la seguridad de la sociedad y el derecho fundamental vulnerado, pero es preciso señalar que su estudio debería ser de mayor cuidado, pues estamos antes dos derechos colisionando que en realidad no deberían entrar en una balanza, porque se estaría

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

haciendo valer uno por encima del otro y con ello si estaríamos infringiendo graves derechos fundamentales, es por tal motivo que la aplicación de esta excepción es válida, pero se requiere de un mejor desarrollo y correcto estudio.

3. INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA PARA TERCERO

Esta excepción fue introducida en el sistema europeo mediante Tribunal Constitucional Español, donde fue reconocida como la doctrina de la eficacia de la prueba ilícita frente terceros, adicionalmente la Corte Suprema estadounidense a raíz de este origen recoge dicha doctrina, pero con la denominación *Standing*.

Algunos autores precisan que esta excepción debería ser admitida cuando todas las pruebas que sean obtenidas de manera directa mediante la vulneración de derechos fundamentales en realidad si pueden ser admisibles y declaradas eficaces, pero solo para condenar a los imputados que no estén afectados por esa violación del derecho constitucional, siempre y cuando no exista vínculo de identificación entre el imputado y el tercero con el derecho vulnerado, esto quiere decir qué implica la desconexión entre aquel derecho y la condena.

En ese sentido, este supuesto de exclusión comprende que dentro de un proceso podría hacerse valer todas las pruebas que vulneran derechos fundamentales de una persona que es totalmente distinta al imputado, toda vez que éste no tiene legitimidad para solicitar la exclusión de dicha prueba ya que ninguno de sus derechos fundamentales está siendo transgredido sino de una tercera persona.

En relación con esta excepción, a pesar que el imputado no tiene esa legitimidad para requerir dicha exclusión, también puede darse por desestimada porque de igual forma están siendo vulnerados derechos fundamentales, lo cual se encuentra prohibido en nuestro ordenamiento, pero es posible una excepción mediante la aplicación del supuesto en mención, que si bien no ha sido muy abordada en el sistema penal peruano tanto en doctrina como en jurisprudencia, ya que no la han aplicado o incluso no se han presentado casos en los que se pueda aplicar, de igual manera si es posible su ejecución en nuestro ordenamiento jurídico, pues

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

no existe la identidad entre el titular a quien se le ha vulnerado el derecho y el imputado que está siendo juzgado y posteriormente condenado.

4. INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA AL IMPUTADO

El presente supuesto de exclusión se encuentra consagrado tanto en el ámbito jurisprudencial cómo en nuestra regulación, ya que es admitida en el Pleno Jurisdiccional de Trujillo del 2004 y se encuentra estipulada en el artículo VIII inciso 3 del Título Preliminar del CPP: "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio" (Nuevo Código Procesal Penal, 2004).

Con relación al precepto expuesto, establece que, aunque esté en juego una garantía constitucional, igual deberá ser aceptada sólo cuando sea a favor del reo, es decir, en un caso en concreto, una persona es investigada por tráfico de drogas y se realiza un allanamiento a su domicilio sin previo mandato de un juez, además incautaron todos sus bienes y documentos que se encuentran en su residencia. Posteriormente, en la incautación se percatan que dicha información arroja todo lo contrario a la imputación de la Fiscalía, estamos hablando de elementos de descargo que permiten concluir que la persona detenida no es en realidad el autor del delito

En función de lo planteado, podemos percatarnos que se ha vulnerado la inviolabilidad del domicilio, siendo una garantía constitucional como lo señala el precepto legal del código procesal, entonces estamos ante una prueba ilícita y en el caso descrito si esta fuese admitida conlleva al esclarecimiento del caso y la absolución del supuesto imputado, por eso es que dicha excepción es *in bonam partem.*

Asimismo, haciendo un mayor análisis a la presente excepción, no solo beneficiaría al procesado, puesto que también esa información aportaría al titular de la acción penal en los posteriores actos de investigación que realicé y de esta manera llegar con el verdadero autor del delito. Es preciso aclarar, que no se trata de que el imputado tenga la posibilidad de obtener las pruebas ilícitas que desee para favorecerle así lesione los derechos fundamentales de las demás partes del proceso, más bien consiste en que puede aprovechar de todos los medios probatorios

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que han sido obtenidos a pesar de que se han infringido garantías constitucionales pero que éstas sean a favor de él.

Sin embargo, este supuesto de exclusión no es absoluto al parecer, según Pisfil (2018, p. 275) su aplicación no debe ir más allá de los derechos que amparan al imputado como el de la dignidad humana, es decir que no sería posible aplicar la excepción cuando se presente casos como tortura contra el acusado, aunque dicha prueba le favorezca.

Por su parte, Miranda (2004, p. 109) comparte la postura anterior señalando que, la admisión de alguna prueba con contenido ilícito que le favorezca al procesado no exenta que haya sido obtenido mediante métodos degradantes en su contra, tales como la hipnosis, el detector de mentiras o el narcoanálisis y aunque el imputado voluntariamente se someta a ello no puede ir en contra del principio de la dignidad humana.

5. TEORÍA DEL RIESGO

La presente teoría nace en los tribunales de Estados Unidos, con la finalidad de evidenciar que se están vulnerando derechos fundamentales, pero que los involucrados que a su vez son afectados tienen conocimiento qué de la acción delictiva que han realizado la relatan voluntariamente a terceros, con la supuesta confianza equivoca que esa información se mantendrá en secreto, de lo contrario sería admisible dicha prueba porque la persona se pone en riesgo que dicha información sea revelada.

La teoría del riesgo se aplica, sobre todo en los casos involucrados de grabaciones telefónicas, en la cual uno de los interlocutores narra sus acciones delictivas a otro interlocutor, de esta manera, asume el riesgo que lo que haya contado sea delatado y ello por su error en confiar a la otra persona, siendo así esta excepción reposa en dicha justificación (Espinoza, 2021, p. 145).

Para algunos autores esta teoría no es realmente una excepción, así como lo señala Villegas (et al., 2015, p. 246) ya que su único fundamento en el que reposa es determinar las conductas inconstitucionales que se presentan en un determinado caso y si hubo o no violación al derecho fundamental.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Visto de otra forma, se presenta esta excepción en el caso Hoffa vs. U.S., en 1962 donde James Hoffa había sido acusado por vulnerar una disposición de la ley Taft Hartley, este juzgamiento se basó en que este señor sobornó a varios miembros de un jurado pertenecientes a un juicio.

Este soborno se dio a conocer porque en el transcurso de ese juicio el señor Hoffa y su acompañante King se alojaron en un hotel y todo ese tiempo le brindan información el señor Partin quien finalmente brindó testimonio en juicio que contribuyó a la condena de los acusados, es preciso señalar que estas conversaciones eran completamente voluntarias, por ello no se vulnero ninguna enmienda, pues los acusados se ponían en riesgo de comentar sus actos delictivos a un tercero que podía revelar su información al Gobierno.

Del caso narrado anteriormente, podemos percatarnos que se han producido muchos casos de esa misma naturaleza en nuestro sistema peruano, pero a modo de apreciación no es un argumento válido señalar que por la negligencia de uno mismo se le vulneren derechos fundamentales, en el caso de las grabaciones cada persona corre el riesgo de que lo están grabando o no y es culpa de esa persona por contar los actos delictivos, es por ello que esta teoría no debería ser admitida ni regulada en nuestro sistema y más aún porque podría las partes procesales valerse de otras excepciones para la admisión de los medios probatorios.

6. RENUNCIA DEL IMPUTADO

La doctrina basada en la renuncia del interesado a sus derechos fundamentales ha sido planteada como una excepción a una forma de obtener pruebas vulnerando garantías constitucionales, con conocimiento y aceptación del afectado, pero solo esta renuncia se enfoca a la inviolabilidad de domicilio y al derecho a la no autoincriminación, siendo así la duda generada sería si el imputado podría renunciar a la protección de dichos derechos.

Poniendo un caso de ejemplo, si el supuesto imputado sufre un allanamiento en su domicilio de manera ilegal pues no fue realizado por un mandato judicial, todo lo incautado es obtenido de manera ilícita, a pesar que gran parte de los medios probatorios lo favorecen conllevando a obtener su inocencia; sin embargo, no es posible admitir dichas pruebas, puesto

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

que han sido obtenidas con origen ilícito, siendo así el imputado renunciaría a la protección de este derecho fundamental, es decir permitiría que se haya vulnerado la inviolabilidad de su domicilio y de esta manera la prueba podrá ser admitida y valorada en juicio.

En relación con la problemática expuesta, es necesario analizar si realmente el imputado puede renunciar a un derecho fundamental cualesquiera que fuera, teniendo en cuenta una vez más que todos los derechos tienen el mismo valor y se encuentran en una misma línea; sin embargo, sí desciframos el precepto constitucional respecto a la inviolabilidad de domicilio este señala que nadie puede ingresar al domicilio sin autorización de la persona que lo habita o sin autorización judicial.

En este sentido se comprende, que en el caso que el imputado renuncié a ello ya no estaríamos frente a un allanamiento o registro, simplemente el interesado voluntariamente estaría brindando la autorización para que puedan realizar investigaciones dentro de su domicilio, de esta manera no habría una renuncia expresa de su derecho, sino que está brindando su consentimiento para que puedan practicarse todos los actos de investigación.

Es preciso señalar, que esta excepción no proviene ni tiene la misma finalidad que la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, ya que aparentemente podríamos estar hablando que esta renuncia le favorece para demostrar su inocencia, lo cual no sería coherente porque también involucra una renuncia a la no incriminación qué al hacer un análisis se observa que no solamente se vulnera este derecho sino también abarca hasta el de defensa, pues se tiene claro que no se puede obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo, pero en este caso es decisión se basa cuando él quiere renunciar a este derecho como por ejemplo cuando solicita brindar declaración sin abogado defensor.

Hasta aquí parece sencillo qué el imputado puede renunciar a sus derechos, pero ello puede complicaciones a lo largo de un proceso, ya que más adelante puede indicar qué tal vez no se le leyeron sus derechos o que no le informaron sobre estos, más aún cuando no se tiene constancia de esta renuncia, lo cual podría generar una inseguridad jurídica y que el proceso no pueda llevarse con éxito por estas falencias. No obstante, más allá de ello se tiene claro que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

nuestro ordenamiento jurídico no se puede renunciar a un derecho, de esta manera la excepción en análisis no es posible su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

7. TEORÍA DE LA PLAIN VIEW DOCTRINE Y LOS CAMPOS ABIERTOS

Esta doctrina tuvo su primera aparición en Estados Unidos y además es una de las excepciones que más se ha aplicado en el sistema norteamericano, incluso en casos que no prosperó la doctrina de la simple vista cómo el de Cooligde vs. New Hampshire, este caso sucedió en 1964 en donde la joven Pamela Manson trabajaba como niñera, y el 13 de enero de ese mismo año fue contactada por un hombre quien la llamó para solicitar su servicio, pero lamentablemente desapareció.

Días después encontraron el cuerpo de Pamela apuñalado e inmediatamente la policía registro el automóvil del sospechoso que era el señor Coolidge además se llevaron todos los artículos del vehículo, pero ese registro no fue realizado de manera legal, es por eso que aquella incautación era inconstitucional por lo que los jueces sostuvieron que no era aplicable la doctrina de la vista simple y de esta manera el señor Coolidge fue declarado inocente.

Del caso narrado, concluimos qué tal vez quisieron hacer uso de la doctrina de la vista simple porque si no hubieran incautado el automóvil en ese preciso momento tal vez todos los artículos que se encontraban dentro de este se hubieran perdido o el supuesto acusado las hubiera desaparecido, a pesar de que incluso los agentes policiales actuaron de buena fe, excepción que tampoco se aplicó en el presente caso.

Esta doctrina resulta ser útil y válida puesto que justifica la obtención de la prueba ilícita por el peligro procesal que se podría generar en la demora de la obtención de aquellas pruebas pero con un contenido eficaz, es decir para un mayor entendimiento, en un ejemplo claro, si el momento de ingresar a un domicilio con autorización judicial y se procede a la incautación de todos los bienes de aquella residencia por el delito de organización criminal y en la incautación que lleva realizando los policías a simple vista encuentran droga que conllevan a otro delito, es así que en ese momento como no existe una orden judicial respecto a la incautación de dicha droga, al confiscarla sería considerada prueba ilícita, pero si es que no se realiza dicha acción podría genera que el imputado en un posterior allanamiento la desaparezca.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Resulta claro, que si bien es cierto se produce una afectación del derecho fundamental porque no existe una orden judicial respecto del hallazgo de pruebas pertenecientes a un delito distinto al que se está investigando y es que en realidad no solamente se vulnera un derecho fundamental, que en los casos precedentes estaría involucrado la inviolabilidad de domicilio pero también el derecho a la intimidad porque existe una orden judicial para registrar la residencia, pero no respecto a los nuevos medios probatorios que se han encontrado, por eso es que este supuesto de exclusión es también llamado de la vista directa o como se conoce en el sistema peruano la excepción de los campos abiertos.

Por consiguiente, es totalmente viable su aplicación, porque permite que en el caso de encontrar fuentes de prueba que provengan de otro delito al cual no esté en investigación en ese momento, pueda ser incautado para evitar la obstaculización de una investigación a futuro, a pesar de que estos casos que se generan pueden ser aplicados mediante otros supuestos de exclusión; no obstante, es preciso señalar que la excepción de los campos abiertos si es posible su estudio y regulación.

8. DESTRUCCIÓN DE LA MENTIRA DEL IMPUTADO

La doctrina sobre la destrucción de la mentira del imputado fue introducida en la jurisprudencia norteamericana en el caso Walder vs. EE.UU., el presente consiste que en el año 1954 se presentó una acusación en contra del señor Walder por el delito de transacciones ilícitas de narcóticos, es así que el Gobierno presentó a dos testigos los cuales ingerían esa droga y afirmaron que la adquirieron por parte del acusado, quien testificó en juicio oral y en el interrogatorio directo señaló que nunca había regalado, vendido ni poseído narcóticos.

Posteriormente el Gobierno interrogó al agente policial que había participado en el allanamiento, pero este fue realizado de manera ilegal y también presentó la heroína que se había hallado y confiscado. Es así como el juez admitió toda esta prueba, pero señaló al jurado que no se utilizarán para determinar sí en este caso el acusado había cometido el delito, solamente se iban hacer uso de ellas con el propósito de impugnar la credibilidad en su testimonio; no obstante, el señor Walder fue condenado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Con relación a la problemática expuesta, se valoró prueba ilícita vulnerando la Cuarta Enmienda afectando al acusado, si bien no fue utilizada para basarse en la decisión del Tribunal, sino sólo para verificar si estaba mintiendo, algo que resulta contradictorio por qué aun así al señor se le impuso una condena y más allá que no influenció dichas pruebas, de igual forma se le vulneró los derechos fundamentales al acusado y mediante ello fue condenado.

Por lo demás, se sostiene respecto de esta excepción qué se puede declarar admisible la prueba ilícita solo con la finalidad de desacreditar la declaración del imputado en juicio oral, es decir valorar su credibilidad para llegar a la conclusión si realmente miente, más no será utilizada esta doctrina para acreditar su culpabilidad.

La excepción en referencia en nuestro proceso penal actual, no tendría asidero, puesto que las prerrogativas mayoritariamente favorecen al imputado, al punto que su declaración no puede ser considerada medio de prueba, pues en el posible caso de querer desacreditar la declaración del imputado, pueden ser aplicables otras herramientas como las técnicas de litigación oral como es evidenciar contradicción en un juicio oral, a pesar que hasta el momento no se tiene claro que su tratamiento debe ser como medio de defensa o medio de prueba, aunque en diversas oportunidades se han llegado a aplicar dicha técnica de litigación, pero más allá de ello el análisis en cuestión niega toda posibilidad que se desacredite el testimonio del imputado mediante la aplicación de la presente excepción.

Hay que hacer notar, que en el artículo VIII.3 del NCPP, de forma restringida menciona que la inobservancia de una garantía constitucional no podrá ser utilizada en contra del imputado, de esta manera cierra toda brecha para que la excepción de la destrucción de la mentira del imputado pueda ser utilizada, más aún que ha sido creada para la aplicación en un sistema distinto al nuestro, por lo que no sería posible su aplicación e inclusión en nuestro ordenamiento jurídico.

9. CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD

A diferencia de las otras excepciones ya desarrolladas, la teoría en mención tiene su origen en el sistema europeo exactamente en el Tribunal Constitucional español, quien se pronunció en 1988 mediante la sentencia N° 81/98, la cual desarrolló por primera vez esta tesis

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que también la llamó desconexión de antijuridicidad, la cual consistía en que no solo bastaba con la presencia de la eficacia refleja de la prueba prohibida, sino tendría que haber un nexo entre la prueba inicial y la derivada que comprueben la existencia de aquella conexión de antijuridicidad de lo contrario habría una desconexión y no estaríamos ante prohibiciones probatorias.

Según esta doctrina, para que se puede efectuar el efecto reflejo de la prueba ilícita no basta con la relación causal entre la originaria y la derivada, más bien lo que se necesita es una conexión de antijuridicidad, la cual recaerá en la vulneración inicial al derecho fundamental, así como su efecto que produzca y de la protección que necesite dicha transgresión a raíz de la ilicitud (Miranda, 2004, p. 130).

Esta excepción valora la disuasión que determina la ilicitud entre las pruebas ilícitas y reflejas, de esta manera contiene dos perspectivas que Pisfil (2018, p. 231) lo precisa de la siguiente manera:

a) Desde una perspectiva interna: El análisis de la vulneración del derecho fundamental y su efecto que hubiera producido con la prueba derivada.

b) Desde una perspectiva externa: La evaluación sobre si la garantía constitucional vulnerada necesita una mayor protección para su efectividad.

Como se ha mencionado anteriormente para que se ejecuté el efecto legal de la prohibición probatoria la ilicitud tiene que atacar al contenido esencial de un derecho fundamental, de lo contrario no habría vulneración, siendo así esta teoría no podría utilizarse como excepción y tampoco tendría tal calidad toda vez que sí no hay aquella transgresión al contenido esencial del derecho constitucional no estaríamos ante una prueba ilícita y por lo tanto sería un medio probatorio eficaz que sin ningún inconveniente podría ser admitido y valorado en un proceso.

10. CAUSA PROBABLE

En sí la presente doctrina no tuvo su inicio como excepción, sino como un principio naciente en la Constitución estadounidense respecto de la Cuarta Enmienda donde estipulan

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

que no se pueden producir registros, investigaciones e incautaciones sin que exista una causa probable la cual debe ser acreditada mediante la posible obtención de la orden judicial que señale todos los datos del lugar elementos personas que estén involucradas en el acto de investigación.

De hecho, la legislación peruana adoptó en su momento esta doctrina en el Recurso de Nulidad 4826-2005, de fecha 19 de julio del 2007, a pesar de que el Pleno Jurisdiccional de Trujillo no la admitió en el 2004, de igual manera fue usada para resolver casos en nuestro país amparándose en jurisprudencia comparada, tal como la sentencia recaída en el asunto Souza contra Estados Unidos, en la cual la Corte estadounidense refería a las intervenciones domiciliarias que se realizaban sin autorización judicial.

Es así, que la doctrina llamada causa probable se aplica cuando se diluye o atenúa la regla de exclusión probatoria al obtener una prueba sin previo permiso de un juez, solo en el caso que se demuestre que en un allanamiento se encuentren indicios suficientes para que el juzgador de todas formas hubiera emitido resolución fundando una posible solicitud de registro.

En concreto, así la jurisprudencia peruana la haya asumido en su momento, no tendría justificación su regulación, ya que no por el hecho que exista una orden judicial significa que todo se encuentre conforme a ley, ya que esta debe contener todos los presupuestos para que sea válida, es decir que contenga todos esos datos importantes para la orden judicial, de lo contrario sería insuficiente la causa probable para demostrar que aquella obtención de pruebas mediante la vulneración de derechos fundamentales pueda ser admitida, más aún que en estos casos pueden ser aplicables otras excepciones con mayor fundamento como es la de campos abiertos o el descubrimiento inevitable, pues así se hubiera dado una orden judicial de tomas maneras se hubiera hallado lo que se pretendía.

Con ello, no se quiere inducir a que algunas excepciones puedan suplantar a otras, por el contrario, se busca que las excepciones tengan una base jurídica sólida para su aplicación, lo cual no contiene la excepción de la causa probable.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

11. TEORÍA DEL ÁMBITO JURÍDICO

El desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el modelo europeo ha tenido bastante presencia respecto a las excepciones a las prohibiciones probatorias y es que la presente teoría tuvo su origen en la jurisprudencia alemana donde su Tribunal Supremo Federal, desarrolló la teoría del ámbito jurídico también llamada del ámbito de los derechos, que consistía sí aquella vulneración del derecho fundamental afecta al entorno jurídico de quien la invoca o en su defecto es irrelevante para pronunciarse sobre ella.

Esta excepción la adopta el sistema alemán con el antecedente jurisprudencial norteamericano respecto a la sección llamada *standing* que ha sido desarrollada en párrafos anteriores; sin embargo la teoría del ámbito jurídico ha sido bastante criticada en su legislación alemana pues algunos autores consideran, que por más que la violación de una garantía constitucional afecte al entorno jurídico a un tercero o fuera del entorno de los derechos del imputado no debería hacerse ajeno o apartarse de su protección por más que no esté involucrado en un proceso. Además, se estaría llevando a cabo un juicio con una vulneración a un debido proceso siendo un derecho que también ampara al acusado por lo que indirectamente también se estarían vulnerando sus derechos.

Ante ello, se concluye que aparentemente esta excepción tiene la misma finalidad que la Infracción Constitucional Beneficiosa para Tercero, pero la realidad es que no, porque esta última tiene un enfoque de vulneración frente al derecho vulnerado pero con la no identidad del titular y el imputado, mientras que en la teoría en cuestión se enfoca a todo el ámbito jurídico y lo considera como irrelevante la vulneración o afectación a un derecho fundamental, lo cual no es aceptable en proceso penal peruano, porque antes de darle la condición de relevante primero es necesario analizar sobre el contenido esencial del derecho vulnerado, de esta manera en el sistema peruano dicha excepción tampoco cabría la posibilidad de su inclusión normativa.

12. ERROR INOCUO

Respecto a esta excepción se aplica como un efecto disuasorio, es decir qué se puede admitir la prueba ilícita con violación del derecho fundamental sí está no va a influenciar con la decisión plasmada en la sentencia, pues si esta prueba no ha influido en una sentencia condenatoria es considerado un error inocuo por lo que puede ser valorada.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En otras palabras, si la prueba ilícita no hace daño en la decisión del juzgador, no habría problema en admitirla y valorarla, pues es considerada como un error por la ilicitud que contiene, pero es un error que no causa ninguna consecuencia (daño); sin embargo, por más de que no influya en la sentencia sí produce un efecto el cual es la vulneración de derechos fundamentales y es que dicha excepción no tiene una fundamentación sólida para hacer uso de ella, de lo contrario estaríamos forzando admitir prueba ilícita irrelevante.

Esta excepción fue instaurada en la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Earll v. Estado de Wyoming, donde el señor Anthony Earll había sido acusado como cómplice por el delito de fabricación de drogas (metanfetamina), pero fue condenado con la violación de la sexta enmienda, por una mala conducta del fiscal ya que llamó a testificar a la novia del acusado la señorita Cox, pero en su interrogatorio el fiscal forzó y tergiversó ante el jurado las declaraciones de ella con la finalidad de impugnar el testimonio del acusado, pero este error no influenció en la decisión final, por lo que no hubo un perjuicio y el señor Earll se le condeno como cómplice.

Por consiguiente, esta excepción fue aplicada en los tribunales norteamericanos para sustentar qué si existiera una vulneración a un derecho fundamental, pero esto se dio por un error inofensivo, podrá será valorada pero no afectará la decisión final, lo cual resulta contradictorio pues toda prueba valorada en juicio va a conllevar a una sentencia absolutoria o condenatoria, esto último no permite su aplicación en el ordenamiento peruano, porque conllevaría a la desconfianza en los juzgadores, al no tener certeza que su decisión se basa en pruebas ilícitas y más aún que por errores inofensivos las dejan pasar por alto, argumento no aceptado en nuestra regulación.

IV. PRUEBA DERIVADA – EXCEPCIONES

1. FUENTE INDEPENDIENTE:

En un primer momento esta teoría se desarrolló por los problemas que surgían en las actuaciones policiales en Estados Unidos, el caso Wong Sun vs U.S (1959) explicaba a la perfección esta excepción, el hecho que motivó aquel proceso estableció que agentes federales especializados en narcóticos se presentaron en la lavandería del señor Toy, luego ingresaron y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

lo arrestaron ilegalmente, puesto que sospechaban que encontrarían narcóticos, sin embargo, el señor Toy indicó que quién lo hacía era la persona de nombre Jonny.

Es así que los agentes se dirigieron al domicilio del señor Jonny quien señaló que su proveedor era el señor Wong Sun, siendo todos ellos arrestados, a quienes se les tomó declaración, pero no la firmaron, además el ingreso a sus domicilios y los arrestos se llevaron a cabo sin orden judicial y sin causa probable con motivación razonable.

Finalmente, la Corte decide admitir las pruebas, toda vez que Wong Sun decide declarar de nuevo pero en este caso voluntariamente, con conocimiento de sus derechos y con presencia de su abogado, concluyendo que toda la prueba que se consideraba ilícita, fue admitida por ser obtenida por una fuente independiente y con ello la Corte señala que se rompía la cadena entre la prueba prohibida con la derivada por la existencia de un cauce de investigación, es preciso aclarar que este caso también involucra la excepción del vínculo atenuado.

Bajo esta premisa, la teoría describe que, la prueba prohibida dentro de esta línea teórica es valorable en tanto provenga de una prueba directa obtenida bajo un contexto «lesionador», en tanto la misma hubiera podido ser ingresada al proceso de forma licita y legal Rosas (2016, p. 1186). En la línea del autor, entonces, no condiciona la ilicitud de la prueba su obtención de manera concreta, sino esta debe derivar de una imposibilidad de conseguirla bajo medios lícitos.

Esta excepción es de la más importante pues mediante esta dio origen a otras excepciones para que cubran vacíos en las cuales la fuente independiente no podía ser aplicada pues tiene un vínculo con el nexo causal atenuado y con el descubrimiento inevitable, las cuales son variantes a la presente excepción, no obstante, más adelante serán desarrolladas con su preciso análisis.

En relación con este tema, esta excepción resalta que en el caso que una prueba sea obtenida mediante la trasgresión de algún derecho fundamental haya dado lugar a otros medios probatorios que hubieran sido detectados por un camino independiente de la inicial, en este caso no procedería la exclusión de aquellas pruebas derivadas por el simple hecho de la desaparición

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que conecta ambas, ya que el origen de la prueba derivada se dio por una fuente distinta de la primera (Guevara, et al., 2018, p. 18).

Algunos autores consideran que la fuente independiente no es en realidad una excepción, basándose en el argumento que una prueba que deriva de la ilícita (primigenia), también haya provenido de una fuente sin ilicitud, entonces no se aplicaría el efecto reflejo, por lo tanto sería admitida y posteriormente valorada en el proceso como un medio probatorio eficaz, sin embargo, respecto de ello difiero de tal posición, porque en realidad por más de que aquella prueba sea emanaba de una fuente que no contiene ilicitud, ha provenido también de la prueba inicial que si es ilícita, por lo tanto, la única manera de que pueda ser admitida en un proceso es mediante un supuesto de exclusión que sería el de la fuente independiente, por lo que sí debería ser considerada dentro de las excepciones a la prueba prohibida.

De este modo, esta excepción consiste que al momento de producirse el acto de ilicitud existen otros medios probatorios pero que sean lícitos para poder llegar a la misma finalidad, es decir si en un caso hipotético se obtiene la declaración de un imputado mediante actos de coacción para que señale sobre la ubicación del material probatorio respecto de un delito y a la vez otro de los imputados confiesa sin ninguna coacción la misma información, se tiene claro que la vulneración de los derechos fundamentales no fue en ambos imputados.

Entonces esta prueba que se deriva y que se ha obtenido mediante la violación de derechos constitucionales del primer imputado, aparentemente no podría ser admisible, pero aplicando la excepción de la fuente independiente esta prueba tuvo su origen también de una fuente distinta en la que no se han vulnerado los derechos fundamentales, como es el caso del segundo imputado.

En este sentido se comprende, que estamos ante una excepción a la prueba prohibida derivada y que es totalmente válida, pues en el ejemplo precedente si esa información que habrían brindado los imputados fuera de vital importancia no podría hacerse uso de ella, salvo de la aplicación de la fuente independiente, es así que es una excepción que sirve de mucho su utilización para el proceso evitando cualquier transgresión, dando lugar a una posible y viable regulación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Desde la instauración de la teoría de la fuente independiente, con la finalidad de cubrir cualquier vacío que deja, toda vez que no en todos los casos se puede aplicar dicha excepción y en búsqueda de esa defensa de la sociedad, se elabora una nueva excepción proveniente como una variante de la fuente independiente, qué es el descubrimiento inevitable también llamado hallazgo inevitable o inevitables descubrimientos.

Como la teoría anteriormente desarrollada nació en la jurisprudencia norteamericana, la presente tuvo sus inicios de la misma forma, solo que en este caso fue en el de Nix vs. Williams, lo cierto es que en 1984 el señor Robert Williams asesinó a una niña llamada Pamela Powers de tan solo 10 años. Días después se entregó a la policía de otra ciudad y lo transportaron al lugar donde había cometido el crimen. En el transcurso de ese viaje algunos agentes policiales quisieron sacarle información respecto del asesinato y uno de ellos inició una conversación con el señor Robert y dentro de esa charla que se consideró como una declaración incriminatoria reveló y guio dónde había dejado el cuerpo.

Posteriormente Robert Williams fue condenado por el asesinato de la menor Pamela Powers y después de interponer un *habeas corpus* el Tribunal dictaminó que se había violado el derecho a un abogado respecto a las declaraciones incriminatorias brindadas por el acusado; sin embargo, no había perjuicio que la evidencia respecto de la ubicación del cuerpo podía hacerse uso como prueba en otro juicio.

Es así que se llevó a cabo un segundo juicio, en la que los abogados del señor Williams interpusieron que las pruebas derivadas de la declaración del señor Williams por parte de los agentes policiales eran ilícitas, es así que el Tribunal dictaminó que efectivamente eran inadmisibles dichas declaraciones pero señalando que el hallazgo del cuerpo de la menor sí podía ser válido como prueba ya que de cualquier forma e inevitablemente hubiera sido descubierto por la policía y en base a ello Robert Williams fue condenado por asesinato en primer grado, decisión que fue tomada en mayoría dando a conocer por primera vez la excepción del descubrimiento inevitable.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La excepción del descubrimiento inevitable según Talavera (2017, p. 240) se produce cuando los actos delictivos y los efectos que producirían se hubieran dado a conocer por otras vías que en algún momento se habrían efectuado. Desde esta perspectiva, aparentemente podría tener el mismo proceder que la fuente independiente; sin embargo, ambas excepciones son totalmente diferentes, a pesar de que el hallazgo inevitable es su variante, pero ello no quiere decir que sea una sub-excepción o que incluso tengan la misma finalidad o el mismo significado y qué en un caso en concreto se pueda aplicar una de las dos.

Para ello, Miranda (2019, p. 106) brinda una distinción entre la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, respecto de la primera excepción menciona que la prueba derivada tiene la misma consecuencia qué la prueba originaria y en lo que concierne a la segunda excepción refiere qué se basa en un mero juicio hipotético, es decir que el resultado se hubiera hallado inevitablemente como se hubiera obtenido el resultado de la prueba originaria.

Dicho de otro modo, esta excepción se da cuando aquella prueba si es que no se hubiera descubierto mediante la violación de algún derecho fundamental, de igual manera se hubiera hallado de forma inevitable por otros medios diferentes, pero sin carácter ilícito, por lo que podría ser admitida en el proceso y valorada en juicio, en efecto es recomendable su inclusión en el ordenamiento jurídico peruano.

3. NEXO CAUSAL ATENUADO

Esta doctrina es también conocida como vínculo atenuado y mancha o tinte diluido, es una excepción que de igual forma tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana en la cual se conocía como *purged taint*, donde la mancha o tinte viene a ser la ilicitud que contiene la prueba prohibida y que contamina a la prueba derivada, es ese vínculo que las une y conforme se va atenuando el nexo entre ambas se rompe.

Retomando el caso Wong Sun vs. U.S., desarrollado anteriormente, se adopta que en este caso si bien el Tribunal rechazó todas las pruebas menos una y esa fue la declaración del señor Wong, toda vez que él declaró posteriormente con presencia de un abogado, este derecho fue el cuál había sido vulnerado en un inicio, es así que en el desarrollo de este caso el pronunciamiento fue que existía una atenuación entre la prueba ilícita y la prueba derivada, es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

decir que había pasado tiempo desde la primera declaración en la cual se había vulnerado el derecho del señor Wong mientras que en la segunda se llevó a cabo con todos los derechos brindados al acusado, por lo que la conexión era tenue entre la primera declaración con la segunda e incluso con un factor de voluntariedad de Wong, es así cómo le presenta jurisprudencia dio origen a dos fuentes y una de ellas fue el nexo atenuado.

Guevara (2018) al respecto critica el hecho de darle tanta relevancia a la declaración del imputado, aún más si esta no condice un reconocimiento de responsabilidad penal derivada de prueba delictiva (et al., p. 19). Lo mencionado culmina entonces en que la introducción de una declaración o varias declaraciones no es un medio idóneo para darle licitud a actos de adquisición de prueba prohibida; pues esta declaración puede estar condicionada por muchos factores además que la confesión de la verdad.

Según Miranda (2019, p. 98) en el caso de esta doctrina todas las pruebas que han sido obtenidas no van a ser excluidas del proceso ya que existe un nexo causal entre las actuaciones policiales que han infringido la ley y la seguridad de mantener las pruebas ha sido atenuado cómo para eliminar la mancha. Siendo así, la teoría del fruto del árbol envenenado no podría aplicar cuando está conexión se haya disipado totalmente y por ende no habría contaminación a la prueba derivada.

3.1. Factores de atenuación

a) Temporalidad

Esta característica consiste en el análisis de un lapso de tiempo entre la prueba ilícita y la prueba derivada para la aplicación de la excepción, es decir en un caso en concreto si la declaración del imputado primigenia fue llevada a cabo con vulneración a sus derechos constitucionales y después de un largo periodo vuelve a declarar sin transgresión alguna de derechos, este nexo entre ambas pruebas es tenue porque la prueba derivada ya no está identificada y ligada a la ilícita por lo que se desliga en su totalidad del árbol envenenado y ya no formaría parte como fruto, en este caso sería un medio probatorio eficaz, por lo tanto entra más apartada este la prueba derivada de la ilícita mayor eficacia tendrá.

b) Intensidad o gravedad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El vínculo atenuado involucra la excepción de una prueba prohibida para su admisibilidad al proceso; es así que para que se cumpla esta excepción debe incurrir otro factor, el cual es de la gravedad o intensidad de la violación a los derechos constitucionales que se produjo en la primera prueba ilícita, ello con la finalidad de determinar la atenuación de la prueba inicial con la derivada.

c) Voluntariedad

Este factor es el más preciso respecto del nexo de atenuación, toda vez que existe un quebrantamiento del vínculo que une a la prueba ilícita de la derivada por lo que esta no podría ser viciada ya que la voluntad elimina toda vulneración de derecho fundamental, es así que cuando se obtenga una prueba por decisión libre de una parte del proceso como es su declaración, ya no existiría esta ilicitud que contamine de la prueba directa a la indirecta, porque la voluntariedad de aquella confesión fue practicada con todas las garantías requeridas.

Finalmente, esta última excepción conlleva que mientras la ilicitud esté más alejada de las evidencias recabadas es más probable que se admita en el proceso, a razón del alejamiento de dicha ilicitud, por lo que en un posible caso es viable su aplicación y aborde en la norma procesal, toda vez que aquel vínculo entre prueba originaria y derivada se va perdiendo en aplicación de aquellos factores anteriormente desarrollados.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El objetivo principal de este capítulo fue el desarrollo de los supuestos de exclusión, ante ello se debe precisar que no han sido creados solo para la lucha de la impunidad o por aportar solamente al titular de la acción penal, mucho menos para buscar más sentencias condenatorias, en realidad han nacido en la necesidad de búsqueda de un mejor debido proceso, para no conllevar a un juicio sin actividad probatoria, también para evitar la desigualdad entre las partes, por la seguridad de la sociedad y la protección a los derechos del imputado.

Teniendo en cuenta sobre el desarrollo de las excepciones a la prueba prohibida, existen diversos supuestos que en su mayoría se han originado de la doctrina y jurisprudencia norteamericana, pero también abordadas en el sistema europeo, las cuales no todas se usan en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

diversos modelos e incluso las toman de referencia con una denominación distinta, pero también añadiéndole o variando su finalidad.

Por esta razón, es discutible algunos fundamentos de los supuestos de exclusión, toda vez que cada país no comparte la misma interpretación, es por ello que cada uno adopta sus propios modelos de códigos, lo cual es correcto y por ello acogen que excepciones se aplica en cada sistema, a pesar de que en algún momento han sido aplicados algunos supuestos cuando no fueron reconocidos en su legislación, como es el caso de la causa probable en Perú, lo cual nos permite concluir que se necesita el refuerzo del análisis de cada excepción para determinar cuáles serían admitidas y aplicadas en el país.

Cabe resaltar, que no todas las excepciones se pueden aplicar e interponer en cualquier escenario, pues se debe tener claro que existen supuestos aplicados solamente a la prueba derivada, tales como la fuente independiente, descubrimiento inevitable y el nexo de atenuación, mientras que las demás son aplicables a la prueba originaria (ilícita), ya que las primeras en mención atacan indirectamente mediante la teoría del fruto del árbol envenenado.

En definitiva, se quiere evitar la percepción que debería haber una inclinación incluso por parte de los jueces al aplicar una excepción con la finalidad de favorecer a la fiscalía, cuando todas las excepciones pueden ser interpuestas por ambas partes procesales y el único objetivo es un proceso justo, incluso habiendo excepciones netamente de aplicación en favor del reo.

Por otro lado, de acuerdo con el Pleno Jurisdiccional del 2004, este menciona que no es recomendable la regulación de las excepciones a la prueba prohibida, ante ello considero que no es correcta esa acepción, más aún cuando el pleno admite excepciones que no pueden ser aplicadas a nuestro sistema como la destrucción de la mentira del imputado, desde allí se adopta que los supuestos de exclusión debieron tener un mayor análisis porque al aplicar una excepción no adaptable a nuestro sistema no solo generará vulneración a los derechos fundamentales, sino que se pone en riesgo el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Finalmente, el estudio de cada excepción realizada en este capítulo ha permitido advertir que excepciones realmente deberían ser consideradas en el sistema penal peruano, que son

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

viables y adaptables a nuestro ordenamiento y no solo una copia de distintos sistemas, valiendo de argumentos sólidos para la aplicación de cada una y que incluso si permiten su regulación, puesto que una de ellas se encuentra estipulada en el título preliminar, dando asidero que las demás puedan estarlo y de esta manera si exista un correcto debido proceso en cada caso que se presenten pruebas prohibidas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO – CASOS EMBLEMÁTICOS

I. UN CRITERIO DE CONCIENCIA DONDE SOLO IMPORTA PROBAR LOS HECHOS

1. CASO "VLADIVIDEOS" – EXPEDIENTE N° 06-2001

1.1. HECHOS DEL PROCESO

Los Vladivideos, siendo considerado el caso más emblemático de nuestro país en la década del 2000, no solo por el extenso proceso que se llevó a cabo, sino porque fue el inicio de que la política se encuentra involucrada en actos de corrupción respecto de funcionarios públicos y representantes del Gobierno peruano, teniendo como personajes principales a los que corresponden las siguientes iniciales V.I.L.M.T., L.A.K.B., y A.K.F.F.

¿Quiénes eran estos personajes?

A.K.F.F.: Fue presidente de la República en el año 1990 hasta el año 2000, en estas últimas elecciones tuvo muchos escándalos por favorecimiento a su campaña política.

V.I.L.M.T.: Fue el asesor presidencial de A.K.F.F. en los años 1990 y 2000, en ese mismo año fue designado como jefe del Servicio de Inteligencia Nacional del Perú.

L.A.K.B.: Fue congresista por el partido Perú Posible en las elecciones del año 2000, además fue catalogado como tránsfuga, ya que en ese mismo año decidió retirarse de su partido primigenio para ser partidario de Alianza Electoral Perú 2000, la cual era la agrupación electoral fujimorista.

Teniendo en claro quiénes son los protagonistas del presente caso, permite a continuación conocer de forma ordenada y concreta. sobre los actos que planificaron y ejecutaron, plasmados en videos e imágenes.

Vladivideo Trascendental

La noche del 14 de setiembre del año 2000, en el Hotel Bolívar se encontraban los congresistas Fernando Olivera y Luis Iberico, pertenecientes al partido Independiente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Moralizador, donde presentaron un video de cámaras ocultas que involucraban al asesor V.I.L.M.T., entregando 15,000 mil dólares al candidato al Congreso L.A.K.B., todo ello estaba siendo exhibido a nivel nacional, puesto que el Canal N lo estaba transmitiendo en vivo.

Dicha suma de dinero tuvo como finalidad el apoyo en la campaña electoral que se estaba viviendo en ese entonces, adicionalmente V.I.L.M.T. recibía visitas de miembros de las fuerzas militares, de congresistas, funcionarios del poder ejecutivo y poder judicial y figuras públicas pertenecientes a la televisión, es preciso aclarar, que estos videos fueron grabados en el servicio de inteligencia del Perú, lo que causaba mayor extrañez, ya que V.I.L.M.T. en ese momento era quien lideraba dicha agencia, pero la respuesta a esa inquietud es pues que el ex asesor presidencial tenía conocimiento de dichos videos, porque en algún momento los hubiera podido utilizar a su favor.

Ante este suceso, mientras se trasmitía esos videos a nivel nacional, se estaba llevando a cabo el Pleno del Congreso, lo cual empezó la desestabilización por todos los congresistas, lo que obligo a L.A.K.B. retirarse del congreso y afuera de las instalaciones muchos periodistas lo interceptaron y le preguntaron sobre dichos actos, a lo cual el señor L.A.K.B. se justificó con la excusa que era el dinero prestado para apoyo del alquiler de un camión para su campaña.

Días después, los mismos participantes de las filmaciones se volvieron a reunir para conversar sobre lo sucedido y analizar que justificaciones podrían brindar para evitar futuras complicaciones en el Congreso, aunque no se percataban que esto también podría tener consecuencias en el ámbito de la responsabilidad penal, más aún porque en las sesiones del Congreso realizadas antes de que saliera a la luz los videos, el ex congresista L.A.K.B. efectivamente se pasó a las filas del fujimorismo y en diversas oportunidades le brindó el apoyo en votación en el Pleno.

A su vez, L.A.K.B. no fue el único congresista que negocio su votación antes de salir electo, pues la finalidad de V.I.L.M.T. era recuperar todo lo gastado en la campaña electoral, además de forzar la tercera elección de su candidato presidencial y aprobación de proyectos de Ley para favorecer a sus intereses y de esa manera en el año 2000 se encuentre todo como lo planeo y A.K.F.F. pueda salir relecto, es por ello que negociaba y sobornaba a diversos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

candidatos al congreso posiblemente electos para que sean partidarios no solo del transfuguismo, sino que sean parte del fujimorismo y de esta manera tengan el poder en su totalidad.

Es preciso aclarar, que este pago de 15,000 mil dólares era negociado para que lo reciban de manera mensual los congresistas, toda vez que, en el propio video, primero V.I.L.M.T. le indica que serían 10 mil y L.A.K.B. decidió aumentar a 15 e incluso 20 mil, en ese momento el ex jefe del SIN le hace entrega de todo el dinero, pactando que cada mes recibiría la misma cantidad, pues todo ello iba ser recuperado una vez que A.K.F.F. tome el mando una vez más del gobierno peruano.

Posteriormente, A.K.F.F. se va del país y desde Japón el 21 de noviembre del 2000 renuncia a la presidencia del Perú vía fax, para lo cual el Congreso no la acepta y decide vacarlo por incapacidad moral, cabe aclarar que ante la primera filmación no involucraba directamente a A.K.F.F., pero si a su asesor y a quien designó como jefe del servicio de inteligencia nacional, cuyo servicio fue cerrado y desactivado por el expresidente fujimorista.

No obstante, A.K.F.F. no contaba que no era el único video grabado, ya que consecutivamente se fueron desencadenando, ya que el personal técnico del SIN, fue quien brindó todo un archivo que contenía bastantes filmaciones, que efectivamente fueron hechas con conocimiento de V.I.L.M.T., ya que iba a ser su has bajo la manga en caso que ante cualquier reunión que tuviese no saliera como esperaba, utilizaría dichas grabaciones para su beneficio; sin embargo, no salió como esperaba y la Fiscal de la Nación fue quien interpuso la denuncia, para luego se dicte un mandato de detención, que conllevo al Fiscal Supremo a formalizar acusación.

1.2. PRONUNCIAMIENTO DE LAS PARTES

1.2.1. MINISTERIO PÚBLICO

Inicialmente, la fiscalía inicio las investigaciones mediante el auto de instrucción de fecha 09 de febrero del 2001 en contra de V.I.L.M.T. y L.A.K.B. por el delito de Cohecho Pasivo Propio y Enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, de esta manera presentó diversos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

medios de prueba para que puedan ser actuados en juicio, dentro ellos estuvieron diversos videos que fueron brindados por integrantes del SIN, en los cuales participaban diversos funcionarios públicos, jefes de prensa y artistas involucrados en la televisión.

La fiscalía a sabiendas que todas estas personas no habrían dado su autorización para que las graben ni mucho menos para que los videos sean difundidos, de igual manera los presento como prueba y si bien es cierto en ese momento no aplicada el Pleno Jurisdiccional, ya que fue dado años después, existía doctrina y jurisprudencia comparada para que pueda interponer una excepción a dichos videos por seguridad y protección al proceso en curso.

1.2.2. DEFENSA

En relación con las pruebas ofrecidas por el Ministerio Publico, la defensa técnica fundamento que el primer video y el de mayor trascendencia dónde se veía entregando una suma de dinero V.I.L.M.T. a L.A.K.B., es prueba prohibida, así como los demás videos donde participaban terceras personas, toda vez que no habrían brindado su consentimiento para ser grabadas.

Es por ello, que para la defensa se habría vulnerado derecho a la intimidad de todas las personas involucradas en las filmaciones, pero sobre todo se habría violado el derecho a las comunicaciones, por lo que tendrían la calidad de prueba ilícita porque habían sido sustraídas y no deberían ser ni admitidas ni valoradas en el proceso.

Cabe aclarar, que la defensa no planteó una exclusión probatoria, ya que en esa década el Código de Procedimientos Penales no recogía dicha institución, pero si en la Constitución hacía referencia sobre la inviolabilidad al secreto de comunicaciones; sin embargo, alegó la ineficacia del video, pero con posterioridad a su transcripción y visualización en juicio, incluso antes de ser actuado no hubo cuestionamiento sobre su validez.

1.3. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

Dentro de este marco, se tiene claro que se aplicaba el Código de Procedimientos Penales, entendiéndose de esta manera que una vez culminada la etapa de instrucción inmediatamente seguía la etapa de juzgamiento, en el cual se desarrollaron diversas actuaciones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

probatorias, como la visualización y transcripción de las filmaciones, pues ante este panorama las defensas no se opusieron a su visualización, ya que incluso firmaron dichas actas.

En esta perspectiva, después de todo el escándalo generado en el Palacio de Gobierno que se trasladó a los tribunales de justicia de nuestro país, el 23 de marzo del 2002 el Poder Judicial dicta sentencia en contra de L.A.K.B. y V.I.L.M.T., imponiéndoles seis años de pena privativa de libertad, por haberse acreditado que el excongresista y exasesor presidencial se reunieron en las instalaciones del SIN, además que negociaron los votos en las sesiones del Congreso a cambio de dinero.

Así también, los magistrados señalaron que se había probado que L.A.K.B. tenía calidad de funcionario público y recibió sobornos antes y después de su juramentación como congresista, por último, se pronunciaron que se había acreditado la responsabilidad penal de ambos personajes por los delitos de Cohecho Pasivo Propio y Enriquecimiento Ilícito.

Ahora bien, respecto a las pruebas actuadas en juicio, la Sala Penal Especial brindó diversos fundamentos respecto a la ilicitud de las filmaciones que se habían expuesto y si estas carecían o no de eficacia, en el caso que estaría involucrado la violación de algún derecho fundamental, para poder ser valoradas o si carecían de validez y ser excluidas en el proceso, a pesar que esta figura no se encontraba en el código vigente de ese año, pero si podría aplicarse la prueba prohibida indirectamente al amparo de la Constitución.

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA – SALA PENAL ESPECIAL

Tomado en conocimiento sobre la objeción expuesta por la defensa técnica, la Corte en su fundamento séptimo precisó que así sean lícitas o ilícitas, tengan o no validez o eficacia, sean pertinentes o no lo sean, se incurre en error al señalar que se tratan de pruebas ilícitas porser obtenidas sin consentimiento de las partes que las poseen ya que lo que en realidad importaen el presente caso es verificar si es lícito o ilícito las conductas de los acusados. Además, segúnsu interpretación en base al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales los jueces tienenla facultad de evaluar las pruebas con un “criterio de conciencia”.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por consiguiente, la Corte Suprema decidió que la prueba del video adquiría toda validez y al no haber un cuestionamiento en su debido momento, está no tenía la condición de ilícita, además de ello fundamento en base que, a las declaraciones de los acusados, quienes reconocieron que los diálogos y las imágenes reproducidas eran de su propiedad y en ningún momento señalaron que no habían autorizado a su difusión, es por ello que decidieron valorar las filmaciones.

2.1. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO

Con relación al caso expuesto, se tiene claro que los vladivideos fueron el inicio de la corrupción en nuestro país, que desencadenó el fin del Fujimorismo claro está que solo ante el gobierno presidencial, pero apertura una etapa de corrupción que nos permitió percatarnos sobre el desarrollo de los procesos, las alegaciones de las partes procesales y de la fundamentación de las sentencias respecto de estos casos.

Ahora bien, respecto de los fundamentos expuestos por la defensa, esta no presentó una tutela de derechos por exclusión a la prueba ilícita, toda vez que el Código de Procedimiento Penales no estipulaba en ningún apartado la posibilidad de interponer alguna garantía o mecanismo en el caso que se vulneren los derechos del imputado, es por tal motivo que la defensa hizo su intervención en juicio oral.

No obstante, lo cuestionable de ello es que debieron oponerse en la actuación de la visualización y transcripción del video de V.I.L.M.T. y L.A.K.B., si su intención era que no se valore esa prueba, para que este no se reproduzca en el juicio y de esta manera no tenga la Sala la forma de valorarla para su decisión, más aún que esta filmación fue la que generó la exposición de todos los actos de corrupción en el país y sin ella no se hubieran podido realizar las demás diligencias.

Por otro lado, el Ministerio Público debió actuar con cautela ante esta oposición de la defensa, puesto que en el caso que hubiera sido expuesta en el momento correcto, la fiscalía se habría quedado sin la prueba trascendental o en su caso no hubiera podido seguir con la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

investigación; ya que lo que debió hacer fue alegar una objeción para que se declare infundada la oposición de la defensa, y de esa manera aseguraba dicha prueba.

Se plantea entonces el problema, sobre si se podría aplicar del artículo VIII.2 del Título Preliminar del actual Código Procesal Penal y es claro que no era posible, toda vez que no se encontraba vigente en ese momento, no obstante, podrían hacer uso de doctrina y jurisprudencia comparada y de esta manera si hubieran podido utilizar la regla de exclusión por parte de la defensa y analizar las excepciones a la prueba ilícita a modo de precaución por parte de la fiscalía, de igual forma en cuanto a los jueces, hubieran tenido mayor fundamento para justificar la admisión de dicho video.

En la actualidad, la decisión de los magistrados tal vez hubiera sido distinta, por las instituciones que actualmente se aplican, a pesar que no todas se encuentran de manera taxativa, pero se podría aplicar la excepción de la teoría del riesgo, ya que ambos personajes principales, así como los demás involucrados se colocaban en una situación de peligro al aceptar dichos sobornos, pues podrían darlos a conocer más adelante, cuyo plan fue de V.I.L.M.T. en el caso que no saliera todo como lo pensaba.

Adicionalmente, cabía la posibilidad de aplicar el hallazgo inevitable, pero esta excepción sería ante las demás diligencias realizadas por la fiscalía que habrían derivado del primer video, porque de alguna y otra forma se hubiera descubierto dichas negociaciones, más aún porque ya se tomaba conocimiento de dichos actos los cuales se trataban de investigar.

Evidentemente, las terceras personas como artistas que habían sido filmadas alegaron que no habían autorizado ninguna grabación y su respectiva difusión, ante esta perspectiva se podría aplicar la excepción de Infracción constitucional beneficiosa para tercero, puesto que, la vulneración del derecho fundamental recaía en personas que no estarían siendo procesadas y posteriormente condenadas.

Uno de los componentes más importantes de dicho análisis, es la decisión de los jueces al justificar la validez de la prueba del video, ya que como anteriormente se mencionó hubiera tenido posibilidades de fundamentar su sentencia con la aplicación de una excepción, que si el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

caso se presentará actualmente podrían hacer uso de la ponderación de intereses, pues resulta claro, que estábamos ante una mafia muy grande, que buscaban tener todo en su poder y ponía en riesgo a toda la sociedad incluso al sistema de justicia.

En este caso, los magistrados hubieran aplicado el test de ponderación, en el cual ponderaban la seguridad del proceso y de la ciudadanía ante el derecho fundamental del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los acusados, incluso cuando no se había acreditado la vulneración del contenido esencial, que si bien es cierto en ese entonces no se encontraba estipulado la carencia de efecto legal, pero si estipulaba la Constitución sobre ese derecho fundamental.

Finalmente, un *criterio de conciencia* también abarca el análisis sobre la trasgresión de algún derecho constitucional, algo que debieron fundamentar los jueces, pues una decisión judicial y de un caso emblemático queda en la historia generando que futuros jueces se basen en ello al amparo que no importa si alguna prueba es lícita o ilícita, ya que lo único que importaría sería probar los actos cometidos, pues dicho criterio si generaría una inseguridad jurídica, a pesar que hoy en día existen muchos mecanismos para evitar cualquier vulneración no solo ante un derecho fundamental, sino ante cualquier norma procesal.

II. ¿EL FIN LOGRÓ JUSTIFICAR LOS MEDIOS?

1. CASO “PETROAUDIOS” – EXPEDIENTE N° 105-2008

1.1. HECHOS DEL PROCESO

Un 05 de octubre del 2008 en el programa de noticias dominical “Cuarto Poder”, emitió un reportaje enfocado a hacer público supuestos actos de corrupción practicado en la administración pública, pues en aquel año se estaba llevando a cabo un proceso de concesión destinado a la explotación de hidrocarburos, es así que en este reportaje se presenció irregularidades tales como negociaciones para la adjudicación exactamente de cuatro lotes petroleros en la costa y selva de nuestro país, ello ejecutado entre la empresa noruega DISCOVER PETROLEUM INTERNATIONAL S.A., y, la empresa estatal PETROPERÚ S.A, asimismo estuvieron involucrados diversos funcionarios públicos del país.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El exministro del interior Fernando Miguel Rospigliosi Capurro presentó al programa de noticias diversas grabaciones telefónicas, las cuales fueron difundidas cuya conversación pertenecía al ex ministro de pesquería de iniciales R.A.L.A., el exempresario dominicano de iniciales R.F.C. y el exdirector de la empresa PETROPERÚ de iniciales A.Q.H., en los cuales mencionaban a diversos personajes del gobierno como de empresas privadas, es así que los audios difundidos contenían la siguiente información:

Primer audio

01 de febrero del 2008

El audio en cuestión tuvo como participación a los señores R.F.C. y R.A.L.A., en esta conversación mencionaban al expresidente del Consejo de ministros Jorge del Castillo, si bien en un inicio solo mencionaron su nombre, lo cual posteriormente se concretó que se trataba de él, pues en el audio R.F.C. confirma que tuvo una conversación con el señor Jorge, a lo cual R.A.L.A. le contesta señalando que también había conversado con él, pero también que había invitado a cenar a A.Q.H..

Asimismo, mencionó que A.Q.H. en su calidad de vicepresidente de Perú Petro le había dado su palabra de que le conseguiría los lotes, a su vez le entregó una carta redactada por R.F.C. mencionando que el buscaba los mejores lotes en la zona del litoral norte de Perú y que adicionalmente el señor R.A.L.A. se había comunicado con el presidente de Petroperú C.G.P., para realizar coordinaciones ya que R.F.C. iba a llegar a Lima.

Por otro lado, R.F.C. después de escuchar que la inversión estaría aproximada a dos mil o tres mil millones, menciona que mientras exista una venta de servicios en la concesionaria privada iba a ser una participación directa, además menciona al representante de Petromarker M.D.L., porque se estaría hablando de su compañia y de Discover Petroleum haciendo alusión a esta última como una gran empresa de petróleo.

Finalmente, la información esencial de este audio venía segundos más tarde, porque R.A.L.A. relataba que en la conversación que tuvo con A.Q.H., le mencionó que habían uno lotes pertenecientes a unos noruegos pero no de la misma empresa Petroleum, es así que al final

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

R.F.C. ante su duda es quien decide sobre la concesión y R.A.L.A. le da como respuesta que es Perúpetro quien se encargaba de las inversiones extranjeras de Perú donde era miembro del directorio A.Q.H. que una vez más señaló una promesa sobre entrega de lotes.

Segundo audio

13 de mayo del 2008

En la presente conversación estuvieron como integrantes A.Q.H. y R.A.L.A., la cual consistía en que el exministro le comunicaba a A.Q.H. que había conversado con M.D.L. sobre la realización de los proyectos de contratos sobre sus honorarios para posteriormente enviarlos a Noruega, para ello A.Q.H. le menciona que había conversado con Valdivia refiriéndose al exministro de Energía y Minas J.V.R., quien le había dado una mala imagen de R.F.C. y que todo lo que producía más debía ser apoyado, entendiendo por esto último sobre mayor inversión es más beneficio para todos los participantes por lo que estaban de acuerdo.

Asimismo, relata en su conversación con Valdivia, que este le aconseja que no conviene que intervengan los nombres y firmas de R.A.L.A., su hijo R.L.R. y A.Q.H., ya que podían inducirlo que todo es obra del APRA, además le indicó que busquen a una persona para la intervención de todo el proceso, es por tal motivo que nombran para aparezca su nombre y represente en los contratos a E.A.S., abogado y exrepresentante legal de la empresa *Discover Petroleum*

Por consiguiente, R.A.L.A. concluye señalado que el proyecto del contrato sería redactado y enviado inmediatamente por E.A.S. y que lo último que conversó con M.D.L. fue sobre los honorarios de los abogados, para ello mencionan una cifra de 10 mil dólares que iba a ser repartido entre cinco mil A.Q.H. y los otros cinco mil para E.A.S., algo que para los intervinientes en la llamada telefónica les parecía poco, a pesar que esto iba a darse mensualmente y como ya lo habían concretado decidieron colocarlo de esa manera en el contrato.

Tercer audio

11 de junio del 2008

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En esta ocasión, una vez más los intervinientes en la llamada telefónica fueron A.Q.H. y R.A.L.A., pero esta conversación fue más que todo, información ejecutada de lo que anteriormente se había planificado, pues resulta que A.Q.H. había culminado el informe jurídico para que sea traducido en inglés y después sea enviado a Noruega, además le cuenta lo ocurrido en la sesión del directorio, pues en esa reunión A.Q.H. había propuesto sobre Petroperu para que pueda solicitar los lotes y como respuesta le dijeron que lo único que tendría que hacer dicha empresa es pedir el lote y con quien lo va a trabajar que en este caso era con Discover, pero antes que ello esta última tendría que estar calificada.

De este modo, A.Q.H. se compromete a enviar los informes jurídicos tanto a Noruega como a R.A.L.A y para esto muestra una preocupación sobre la falta de comunicación de los miembros de Discover ante A.Q.H., pero R.A.L.A le menciona que todos los días se comunicaba con ellos, quienes le mencionaban que estaban a la espera de la culminación de los informes por el Doctor Q.H..

Al final, aclaran sobre cuáles son los informes que iban a ser enviados, ante esa duda el exvicepresidente de PERUPETRO señala que el primer informe es el tributario, el segundo es el contractual y el tercero es el informe de sucursal, a lo cual R.A.L.A le pide una copia, además que los honorarios de A.Q. ya habían sido depositados a la cuenta de un tal llamado "gordo" quien era E.A.S., finalmente R.A.L.A. menciona que aún no le habían pagado porque estaba condicionado hasta que se concrete el contrato con Petroperú y que del pago que habían realizado a la cuenta de E.A.S. sacaba 500 a cada uno, de esta manera también tenía un beneficio económico de esa cantidad depositada.

Ante el panorama anteriormente expuesto, el 06 de octubre del 2008 Francisco Vásquez de Rivero como representante de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas de la mano de Erasmo Reyna que en su momento era el viceministro de Justicia, solicitaron al Ministerio Público el requerimiento de la detención preventiva en contra de R.A.L.A, A.Q.H. y E.A.S., para evitar que dichos imputados obstaculicen la investigación.

Luego de ello, la política en el Perú se desestabilizó al hacerse público todos estos actos, es por ello que C.G. presidente de Petroperú y J.V.R. el ministro de energía y minas presentaron

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

su renuncia a Alan García, que al recordar la historia en ese momento nos encontrábamos ante su segundo periodo presidencial, además de ello el 07 de octubre del 2008 se presentó una moción de censura contra el Consejo de ministros y ese mismo día fue detenido A.Q.H..

Días después, el 09 de octubre del mismo año el presidente del consejo de ministros J.C. y todo su gabinete se dirigieron al Palacio Legislativo para justificar todos los actos realizados respecto a los audios que se hicieron público en el Pleno, es preciso aclarar que la Constitución prevé en su artículo 129 que los ministros puedan concurrir a las sesiones del Congreso, es así que el premier decidió presentar su renuncia ante el Presidente de la República quien no tuvo más que aceptarla. El 13 de octubre, se detuvo a E.A.S.; sin embargo, 24 horas después fue dejado en libertad, mientras que R.A.L.A. se encontraba prófugo y con orden de captura.

Posteriormente, la Segunda fiscalía provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios a cargo del fiscal anticorrupción Oscar Zeballos toma conocimiento de las grabaciones telefónicas expuestas en el programa periodístico, es por tal motivo que el 21 de octubre del 2008 inicia la investigación judicial mediate el auto de apertura de instrucción en contra de R.A.L.A, A.Q.H., R.F.C., E.A.S., M.D.L., J.K.K., M.C.R., D.S.A. y C.G.P. por los delitos de Asociación Ilícita para Delinquir (art. 317 CP), Tráfico de Influencias (art. 400 CP), Negociación Incompatible (art. 399 CP), Patrocinio Ilegal (art. 385 CP) y Cohecho Pasivo Propio (art. 393 CP).

A su vez, dictaron orden de impedimento de salida al hijo de R.A.L.A por estar implicado en los actos de corrupción y de igual manera se le abrió investigación a su hija de iniciales L.L.R., quien fue excongresista por el partido Aprista a quien se le involucró respecto de un e-mail que su padre le envió en el cual precisaba sobre la llegaba a Lima de R.F.C. y le indico que dejará dispuesto todo lo necesario, entre otros e-mails con información relevante para el caso pues mencionaban a nuevos personajes como a funcionarios de Discover Petroleum y al expresidente de la Comisión de Perupetro L.C.B., a pesar de ello la excongresista juró desconocer todas las negociones que había realizado su padre.

Es por todo ello, que una vez detenido A.Q.H. permaneció 15 días en la sede de Requisitorias, toda vez que el juez Jorge Barreto confirmó su detención preventiva, con la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

finalidad que el fiscal pueda esclarecer los hechos y corroborar si estarían ante un delito, hasta ese momento no se sabía del paradero de R.A.L.A, es por ello que con autorización del juez allanaron su domicilio y se percataron de la ausencia de los discos duros de sus computadoras, por tal motivo le hicieron la propuesta a A.Q.H. para acogerse a la Ley de Colaboración con la Justicia a cambio de no ir a prisión con la condición que entregara todas las pruebas que aporten en la investigación.

Es preciso señalar, que hasta ese momento las únicas pruebas vitales que tenía la fiscalía en su propiedad que permitían llevar a una condena a los implicados y no queden impunes por todos estos actos de corrupción eran las grabaciones telefónicas, las cuales habían sido interceptadas sin consentimiento de los intervinientes, es por tal motivo que la fiscalía decidió brindarle esa propuesta a A.Q.H., porque al parecer presentían lo que podía ocurrir en el caso que esas pruebas no sean admitidas en el proceso.

1.2. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES

Antes de continuar con el pronunciamiento de las partes, es preciso señalar que el presente caso fue materia de pronunciamiento por varios tribunales, es decir, que la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional emitieron pronunciamiento respecto de uno de los casos más emblemáticos que se plasma actualmente en la historia del Perú.

1.2.1. MINISTERIO PÚBLICO

Estando a que el Ministerio Público al haber realizado todas sus actuaciones conforme a Ley, interpuso acusación en contra de R.A.L.A, A.Q.H., J.K.K., L.C.B., L.C.R., E.M.G., W.W.S., J.S.C., D.S.A., C.G.P. y M.C.R. por delitos contra la administración pública, siendo tráfico de influencias, cohecho pasivo y negociación incompatible, en agravio del Estado peruano, con base a diversos medios probatorios que tuvieron un desenlace no favorable, siendo los siguientes:

- Audios de las conversaciones entre R.A.L.A y A.Q.H.
- Acta de allanamiento y descerraje del inmueble de R.A.L.A
- Acta manuscrita de recepción del CPU perteneciente a R.A.L.A, pero fue otorgada voluntariamente por su secretaria

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Acta de allanamiento e inmovilización de documentos encontrados en la oficina de E.A.S.
- Agenda y cuadernillo pertenecientes a E.A.S., incautadas en su oficina.

Todos estos medios probatorios fueron postulados por la fiscalía, pero con el argumento que no carecían de licitud, ya que contenían todos los requisitos de pertinencia e idoneidad, lo cual conllevo a un análisis probatorio por parte de la Sala para verificar si exactamente estas pruebas podían ser admitidas al proceso como prueba documental.

Asimismo, la fiscalía presentó los medios probatorios como:

- Mensajes enviados por vía correo electrónico encontrados en la computadora decomisada
- Informes emitidos por la Contraloría
- Diagnóstico del proceso de asociación con Discover Petroleum
- Verificación de supuestas o presuntas irregularidades en el otorgamiento de los lotes petroleros al consorcio Petroperu y Discover Petroleum
- Informe Final de la Comisión Investigadora sobre el proceso se preselección de la Empresa Discover Petroleum

Respecto al último medio probatorio mencionado, el Ministerio Público buscaba que se declaren admisibles e infundadas las oposiciones de las defensas, puesto que no vulneraban ningún derecho fundamental y la única finalidad de los informes fueron para cuestionar sus referencias por los peritos que iban a ser citados a juicio.

En efecto, ante este panorama y es preciso señalar que teniendo conocimiento la fiscalía que existía una sentencia condenatoria sobre el caso de la interceptación telefónica en la cual tuvo como resultado favorable a los implicados del presente caso, no postuló ninguna excepción de la prueba ilícita o derivada, para que estas fueran admitidas al proceso.

1.3. DEFENSA

Caso BTR

En un inicio, se llevó a cabo un proceso en contra de la empresa Businnes Track por la interceptación telefónica en agravio de A.Q.H. y R.A.L.A, por los sucesos ocurridos de los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Petroaudios, es por ello la Segunda Sala Penal para Reos en Cárcel sentenció a E.P.F. y C.T. a 7 años de prisión efectiva, así también a G.G. y los marinos de iniciales M.F.V. y J.M.O.A. condenados a 5 años de prisión.

Por otro lado, le impusieron 3 años de pena suspendida por reglas conducta a J.T.O., mientras que a los técnicos en telecomunicaciones A.S.C y P.M. se les dictó 2 años de prisión suspendida, todos sentenciados por el delito de asociación ilícita para delinquir e interceptación ilegal de las comunicaciones y les impusieron el pago de reparación civil de 200.000 soles a favor del Estado y 20.000 soles para cada agraviado, quienes eran el exministro aprista R.A.L.A y el exdirectivo de Perupetro A.Q.H.

Sin embargo, las defensas de los acusados presentaron su disconformidad mediante un recurso de nulidad de dicha sentencia, que posteriormente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema desestimó dichos pedidos y confirmo la sentencia primigenia, ratificando la reparación civil.

Dicha sentencia fue el máximo aporte probatorio que favoreció a los acusados en el caso de los petroaudios, ya que con ello acreditada que, si se había vulnerado el contenido esencial al derecho fundamental del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, de esta manera solicitaron la exclusión de pruebas tanto de las originarias como de las derivan de estas por contenido ilícito.

Ahora bien, respecto del Informe Final de la Comisión Investigadora sobre el proceso se preselección de la Empresa Discover Petroleum, las defensas de R.A.L.A, C.G.P. y M.C.R., se opusieron a la admisión de dicho informe como medio probatorio, con el argumento de la vulneración del derecho de defensa de los acusados.

1.4. PROCURADURIA PÚBLICA

Una vez que la Tercera Sala Penal Liquidadora rechazó la admisión de diversos medios probatorios por las grabaciones telefónicas por considerarlas ilícitas, el procurador de anticorrupción Joel Segura planteó apelación en contra de esa resolución, cuya fundamentación fue que la decisión de la Sala fue de manera indebida.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Si bien declararon inadmisibles todos los audios de las llamadas telefónicas donde se plasmaron todos los actos de corrupción planeados y ejecutados por A.Q.H. y R.A.L.A, es a raíz de ello que se practicaron diversos allanamientos, por lo que se consideraron pruebas derivadas, a pesar que en uno de los allanamientos la secretaria de R.A.L.A entregó voluntariamente una computadora, que posteriormente fue visualizada el 10 de octubre mediante el acta de recepción de dicho artefacto, es por ello que para el procurador no existía una vinculación directa con los audios para poder aplicar la exclusión probatoria, toda vez que estas las demás pruebas fueron obtenidas por otras fuentes.

2. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL - CONTROL DE LEGALIDAD

2.1. TERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA

La Corte Superior de Justicia de Lima, el 8 de setiembre del 2015 emite su resolución respecto de la necesidad del control de legalidad sobre la licitud de prueba documental que había sido ofrecida para su oralización y debate, de esta manera al analizar las pruebas ofrecidos por la fiscalía, siendo estas los audios de las conversaciones entre R.A.L.A y A.Q.H., llegan a la conclusión que se había vulnerado el contenido esencial del derecho fundamental siendo este el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, más aún porque existía una sentencia del caso BTR, donde declararon como agraviados a los involucrados por los petroaudios.

Asimismo, mencionaron que la prohibición a la prueba ilícita no solo alcanza la fuente de prueba obtenida directamente, sino que también se extiende a toda aquella prueba obtenida indirectamente como consecuencia de dicha vulneración, lo cual estamos ante la prueba derivada, por lo que de su análisis concluyeron que efectivamente la ilicitud de estos audios alcanzaba a contaminar otros medios probatorios, porque sin el descubrimiento de los audios no se hubiera podido llegar a las demás pruebas.

Entre aquellas pruebas fueron el acta de allanamiento al domicilio de R.A.L.A, el acta manuscrita de recepción del CPU, el acta fiscal de allanamiento de documentos en la oficina de E.A.S., la agenda encontrada en el allanamiento de su oficina y un cuadernillo también encontrado en dicho allanamiento.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En este sentido, la Sala concluye que sí existía un vínculo causal directo entre los audios y todos los documentos mencionados por lo que dicha ilicitud alcanzaba y generaba prueba prohibida y prueba derivada. Adicionalmente la Sala menciona y cita el artículo VIII.2 del Título preliminar del Código Procesal Penal, así como también pronunciamientos por el Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia llegando a la conclusión que las prueba originarias y derivadas contiene ilicitud por lo que tienen carácter de prohibida y no es posible su admisión ni valoración.

Finalmente, la decisión de la Sala respecto a los famosos audios de las grabaciones telefónicas de los acusados, se encuentra plasmada en el fundamento noveno de su resolución, que en resumidas cuentas precisa que las conversaciones privadas de los procesados R.A.L.A y A.Q.H. fueron obtenidos mediante una interceptación telefónica en la cual estos habían sido víctimas, adicionalmente a ello se llevaron a cabo las actas fiscales de allanamiento y la entrega del CPU, además de cuadernos incautados.

De esta manera mediante una supresión hipotética de la prueba ilícita originaria no sería posible que se habrían llevado a cabo las otras diligencias que tienen el carácter de prueba derivada, por tal motivo no existe la posibilidad que se aplique una fuente independiente y cómo no existe un elemento que permita justificar que las pruebas de derivadas hubieran podido obtenerse por otra vía, tampoco podría ser objeto de descubrimiento inevitable, por estas razones, se concluye que todos los documentos no pueden ser admitidos al proceso por ser considerados prueba ilícita.

3. ETAPA DE JUZGAMIENTO

3.1. TERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA

El 16 de febrero del 2016, se dictó el fallo judicial respecto del caso los Petroaudios, cuya decisión fue en base a los artículos 283, 284 y 286 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales, donde absolvieron a R.A.L.A, F.C.B., L.T.C.R., E.T.M.G., W.W.S., J.L.S.C., D.A.S.A., C.F.G.P., H.C.R., y J.K.K.

Además, se solicitó las órdenes de captura nacional e internacional contra J.K.K. y la anulación de los antecedentes que se habrían generado; sin embargo, es preciso señalar que no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

hubo pronunciamiento respecto de A.Q.H., toda vez que su defensa interpuso una excepción de prescripción por lo cual se había extinguido la acción penal y de esta manera había quedado en libertad.

Todo el fallo se basó, en que la fiscalía no pudo probar que la empresa Discover Petroleum fue calificada indebidamente, además que la intervención como gestor de intereses por parte de R.A.L.A. con la empresa noruega no constituía delito, por lo que los demás involucrados tampoco habían cometidos actor de corrupción, además el fallo sustento que los audios difundidos si fueron obtenidos de manera ilegal, por lo que tenían calidad de prueba ilícita por vulneración al derecho fundamental del secreto de comunicaciones.

3.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ

Sala Penal Permanente – R.N. 677-2016-Lima

Una vez tomado conocimiento la Corte Suprema sobre la apelación realizada por el procurador que solicitó la nulidad de la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora, en esta instancia analizó los hechos y la vinculación que tenían las pruebas originarias y derivadas, es así que ratifico la decisión anteriormente tomada, sobre la ilicitud de los petroaudios, además se pronunció respecto de las pruebas derivadas que fueron las demás actas presentadas por el Ministerio Publico, siendo así preciso que dicha ilicitud si alcanzada aquellas pruebas por lo que también confirmó la inadmisibilidad de dichos medios probatorios.

Anteriormente, se mencionó que la fiscalía había postulado ciertos medios probatorios entre ellos los informes de la contraloría, estos fueron analizados en juicio oral para saber sobre su contenido ilícito, si bien se tiene claro que la prueba ilícita tiene su fase de exclusión en la etapa que en su entonces fue la de calificación probatoria, pero también en este último estadio se puede permitir la exclusión, lo cual se plasmó en la sentencia ello al amparo del artículo 393 inciso 1 del código procesal penal que precisa que el Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.

Es así que, la Sala Penal Permanente en sus fundamentos de la sentencia que fue materia de impugnación respecto de la exclusión probatoria menciona que efectivamente los informes recabados fueron alcanzados por la ilicitud de la prueba prohibida que vienen a ser los audios,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ya que existe un nexo causal entre la prueba originaria con la derivada, además que con ello se acredita que en función de las comunicaciones telefónicas hubo contaminación de ilicitud a las pruebas indirectas, es por tal motivo que se excluyen del caudal probatorio dichos informes, lo cual se encuentra plasmado en el fundamento 4.1.5, conforme lo expresa la Sala.

De esta manera, dichos medios probatorios también fueron excluidos para su valoración, puesto que existía un vínculo de ilicitud entre los audios siendo la prueba primigenia y estos informes considerados como pruebas derivadas, ya que sin las grabaciones telefónicas la Contraloría no hubiera podido realizar dichos informes.

Asimismo, precisa que al haber existido una sentencia la cual se encontraba firme en contra de Bussines Track, por la interceptación telefónica, se acreditaba la vulneración al contenido esencial del derecho fundamental, es por ello que considero correcta la decisión de excluir aquellas pruebas.

Por consiguiente, la Sala declara no haber nulidad en la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora, por lo que ratificaba la decisión de absolver a R.A.L.A. como autor y a J.K.K. como instigador por el delito de tráfico de influencias, asimismo, absolvió a R.A.L.A. como instigador y a J.K.K. como cómplice por el delito de cohecho pasivo y finalmente absolvió del delito de negociación incompatible a F.C.B., L.T.C.R., E.T.M.G., W.W.S. como autores y a D.A.S.A., C.F.G.P., M.H.C.R., R.A.L.A. y J.K.K. como cómplices primarios en agravio del Estado.

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - EXP. N.º 03107-2019-PA/TC

Una vez dictada la sentencia en la que absolvía a los implicados del caso petroaudios se solicitó su nulidad debido a la exclusión del acta de recepción de CPU de R.A.L.A, ya que la Sala Penal considero de forma errónea la prohibición de la prueba y que esta se extendía a todo elemento que esté vinculado con los audios. En vista de ello, como la Sala Penal Permanente declaró no haber nulidad de dicha sentencia y el 15 de diciembre del 2020 la procuraduría pública especializada en delitos de corrupción de funcionarios interpone una demanda de amparo solicitando la nulidad de la resolución.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Dentro de los fundamentos se encontraba un punto vital que era el derecho a probar, ya que no debieron excluirse todas las pruebas, sobre todo el acta de recepción de CPU, porque esté había sido entregado de manera voluntaria por la secretaria del acusado R.A.L.A e incluso en la ejecutoria suprema no se había ponderado los intereses entre el delito de afectación a la intimidad y los delitos de corrupción, es decir no hubo un test de ponderación de a la seguridad de la sociedad frente a la vulneración del derecho fundamental de los involucrados.

Es así que, el Noveno Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 06 de noviembre del 2017, declara improcedente la demanda señalando que la resolución cuestionada había sido emitida por un órgano jurisdiccional competente y cuenta con la motivación suficiente, a raíz de ello el procurador público del Poder Judicial Óscar Lucas Asencios interpone apelación en contra de esta y la Segunda Sala Constitucional confirma la resolución que había sido apelada con los mismos fundamentos.

De esta manera, la procuradora pública adjunta Especializada en Delitos de Corrupción, el 15 de diciembre del 2020 interpone el recurso de agravio constitucional recaído en el expediente **03107-2019-PA/TC** que tuvo como delimitación del petitorio que se vulneraba el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales por incongruencia omisiva, que no se habían absuelto mediante argumentos válidos de todos los agravios que habían sido expuestos en el recurso de nulidad, con ello se refería a la vulneración al derecho a la prueba.

Es preciso aclarar que el fin de este recurso fue por una falta de motivación de las resoluciones judiciales y si bien no hubo mayor pronunciamiento sobre la prueba ilícita es necesario mencionar este fallo, porque involucraba la absolución de los acusados, por lo que el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo y por ende la nulidad la ejecutoria suprema que fue expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.1. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO

Los petroaudios es considerado el segundo caso más emblemático en nuestro país, no solo por los actos de corrupción que se ejecutaron, sino también por el prolongado proceso penal que se llevó a cabo y es que uno de los principales argumentos de todo este proceso determinado en la sentencia dictada el 16 de febrero del 2016, era sobre la admisión de los medios probatorios que sustentaban la acusación fiscal pues estos eran considerados como pruebas prohibidas, por lo que fueron excluidos del proceso penal.

Ante ello, la Tercera Sala Penal Liquidadora brinda una definición respecto de la prueba ilícita como "toda aquella obtenida directa e indirectamente con vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental", lo cual quedaba claro para todas las partes del proceso, al igual que se plasmaba en diversos pronunciamientos por la Corte Suprema y Tribunal Constitucional.

Asimismo, la prueba ilícita no solo era el tema que se abordaba, sino la extensión de esta regla de exclusión, es decir sobre las pruebas derivadas, pues la ilicitud no solamente recaía a la prueba originaria sino las que deriven de estas por los efectos reflejos que producen las pruebas prohibidas conforme se sostiene del fruto del árbol envenenado.

En esta perspectiva, el caso precedente es el claro ejemplo dónde se aplicó erróneamente la regla de exclusión y hubo una ausencia de excepciones a la prueba prohibida, toda vez que se debe tener en claro que no toda prueba derivada debe ser declarada ilícita, ya que en el presente caso existieron medios probatorios que se hubieran podido descubrir tarde o temprano.

Tal es el caso del acta de recepción de la computadora del acusado R.A.L.A., en el cual fue entregado de manera voluntaria por su secretaria, es decir que de alguna forma u otra se hubiera hallado en la información del CPU sobre los actos de corrupción; sin embargo, la interpretación de la Sala fue que esta prueba no se hubiera podido obtener sin la interceptación telefónica entre los involucrados, por lo que había contaminación de ilicitud de las pruebas.

No obstante, es preciso señalar que existe una excepción llamada el descubrimiento inevitable, la cual si podía aplicarse en este caso porque dicho CPU al ser entregado por una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tercera persona brindaba información que de todas maneras hubiera sido descubierta, en consecuencia, generaba la apertura de investigaciones cuyo final hubiera sido la acusación a los involucrados, pero con pruebas más eficaces.

Al mismo tiempo, existe otra excepción llamada la teoría del riesgo en la cual si uno narra sus actos delictivos a una tercera persona, como el propio nombre de la doctrina señala se coloca en riesgo al ser grabado y posteriormente ser difundido, pues en este caso R.A.L.A y A.Q.H. negociaban los lotes comentándole a los noruegos sus planificaciones o incluso a E.A.S. y R.F.C. quienes hubieran podido difundir todos sus actos para no tener problemas legales a futuro, por esta razón esta doctrina podría haber sido aplicada.

De modo similar, cabía la posibilidad de analizar un test de ponderación, es decir la aplicación de la teoría de la ponderación de intereses, donde los jueces aplicaban el *balancing test* ponderando la seguridad de la sociedad, del proceso y la lucha contra la corrupción ante el derecho a la intimidad de los acusados y como resultado se hubiera podido admitir y valorar las pruebas basadas en los audios y llevar un exitoso proceso penal.

Si bien es cierto, existió una sentencia en la cual se acreditó la vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de R.A.L.A. y A.Q.H., pero ello no era impedimento para la aplicación por ejemplo de la ponderación de intereses porque al igual que regla de exclusión señala que la violación al derecho fundamental debe recaer en el contenido esencial, también era claro que las excepciones a la prueba prohibida se crearon en la búsqueda de la verdad judicial y que los actos delictivos no queden impunes, en concordancia era evidente la posibilidad de aplicar excepciones a la prueba prohibida.

Queda claro que la fiscalía y la procuraduría ante la falta de pruebas tuvieron un juicio sin igualdad de condiciones, porque de todas maneras no tenían cómo probar los actos R.A.L.A. y el señor A.Q.H., porque todas las pruebas vitales habían sido desestimadas y las personas que podían declarar en juicio tampoco lo hubieran podido hacer porque hubieran tenido que hacer uso de informes como los de la contraloría que también se declararon inadmisibles.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Finalmente, queda claro qué los jueces aplicaron la regla de exclusión de forma absoluta sin excepción alguna porque incluso en sus fundamentos citan el artículo VIII.2 del Título preliminar del Código Procesal Penal, además a la Corte Suprema y el máximo intérprete de la Constitución, señalando que no es posible admitir pruebas ilícitas y porque en ningún apartado de nuestra legislación peruana señala que existen excepciones a la aplicación de estas.

Como último recurso, los magistrados hubieran validado estas pruebas por medio de estos supuestos de exclusión, de esta manera aseguraban un mejor desarrollo del proceso, pero en base a su interpretación no admitieron ninguna y porque incluso ninguna de las partes las interpuso, por ende, la regla de exclusión prevaleció cómo restringida y esas mismas pruebas que los condenaban terminaron dándoles su libertad, llegando a la conclusión que en este caso *el fin no logró justificar los medios*.

III. UNA PRUEBA NO ES LA CREENCIA DE LOS BUENOS ACTOS

CASO “B.M. – TRÁFICO DE DROGAS” - CASACIÓN N° 1762-2018

1. HECHOS DEL PROCESO

El día 23 de febrero del 2018, el señor de iniciales B.M.R.A. llega de Lima a la ciudad de Arequipa y se hospeda en el hotel «Ideal», ubicado en la Urbanización Independencia del distrito de Yanahuara – Arequipa, posteriormente recoge a su esposa e hija, es así que al encontrarse con su familia se dirigen a una piscina por la Calle Recoleta, es en ese instante que la policía lo interviene con conocimiento que esta persona se dedicaba a la comercialización de marihuana y cocaína, toda vez que la policía previamente habían recibido información de inteligencia que este señor apodado el Loco B. se dedicaba a esa actividad de micro comercialización de drogas y que ese mismo 23 de febrero iba a llegar a la ciudad de Arequipa, con la finalidad de agilizar su intervención y detención.

Siendo las 12:35 horas, el señor B.M.R.A. cuando es intervenido tenía en su poder una mochila de color negro; en la cual la policía al rebuscarla encuentra 3 gramos de marihuana y una cantidad ínfima de cocaína, pues se encontraba envuelto en un papel manteca tipo King Size, de esta manera se lo llevan detenido; luego la policía como tenía conocimiento que el señor se hospedaba en el hotel «Ideal», se dirigen inmediatamente a las instalaciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por consiguiente, a las 13:55 horas, llegan al hotel y realizan el registro de la habitación 42, es preciso señalar que este registro fue autorizado por el imputado, por el cuartelero e incluso por el administrador del hotel, mas no en presencia de un abogado defensor, siendo así que en el interior de la habitación encontraron una caja de cartón abierta que contenía marihuana, además hallaron un maletín que contenía una bolsa de plástico negra con clorhidrato de cocaína.

También en dicho registro de la habitación encontraron diversos utensilios de cocina, como una cuchara metalizada, un colador y una balanza digital, pues todos estos instrumentos tenían adherencias de cocaína, de esta manera la policía decide levantar el acta de registro de habitación con todo lo incautado e inmediatamente lo derivan para realizar las demás diligencias respectivas.

Asimismo, la policía recabó mediante un acta de los videos de vigilancia del hotel y de acuerdo con la visualización se corroboraba que el investigado B.M.R.A. ingresó al hotel el mismo 23 de febrero a las 12:24 horas, portando una caja de cartón, misma que fue registrada e incautada y también se observó al imputado retirarse del hotel con una mochila con la cual se lo intervino.

Es por todo ello, que en base a las actas practicadas se realizaron las pericias a las sustancias recabadas y el resultado arrojó que se trataba de un total de 572.7 gramos de marihuana y 36.21 gramos de cocaína, montos excesivos que conllevaban a que las investigaciones e información recolectada por la policía eran correctos respecto a la micro comercialización.

2. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES

Antes de dar a conocer los pronunciamientos de defensa y Ministerio Público del caso en análisis, es preciso aclarar que se interpusieron dos tutelas de derechos, la primera fue respecto de la prueba originaria y la segunda de todas aquellas que derivaron de la ilícita, es así que a continuación se desarrollara ambos mecanismos interpuestos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2.1. MINISTERIO PÚBLICO

Un 02 de marzo del 2018 la fiscalía formaliza la Investigación Preparatoria por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, presentando diversos actos de investigación, con la finalidad de justificar graves y fundados elementos de convicción y de esta manera solicita la medida de coerción de prisión preventiva. Dentro de los actos que consignó fueron los siguientes:

- Acta de registro de la habitación del hotel donde se hospedaba el investigado.
- Acta de incautación y lacrado de sustancias químicas que viene a ser la droga encontrada.
- Acta de decomiso y lacrado de un celular y de dinero.
- Acta de análisis y pesaje de marihuana que arrojó un peso neto de 483.59 gramos.
- Acta y pesaje de clorhidrato de cocaína que arrojó un peso neto de 33.77 gramos.
- Dictámenes periciales químico forenses.

2.2. DEFENSA

En un primer momento la defensa plantea y solicita una Tutela de derechos, alegando que se habían vulnerado derechos fundamentales del imputado en base a que se había obtenido prueba ilícita, la cual era el registro de habitación del hotel donde se incautaron las sustancias de marihuana y cocaína, pues el objeto de su tutela se basaba que dicha violación era respecto al contenido esencial del derecho fundamental de la defensa, pues se habría inobservado la garantía de defensa procesal, por lo que se consideraba inutilizable el acta de registro de habitación y prueba de campo de fecha 23 de junio del 2018, la cual debería de ser excluida del proceso.

3. PRIMERA TUTELA DE DERECHOS – PRUEBA ORIGINARIA

3.1. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

3.1.1. JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El juzgado invoca dos excepciones la excepción del descubrimiento inevitable, sosteniendo que no cabía la exclusión del acta de registro de habitación porque de modo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

inevitable se habría descubierto la droga en la habitación del imputado, ya que la policía tenía información que se dedicaba a la micro comercialización, más aún cuando lo interrogan al imputado afirma que dichas sustancias le pertenecían.

Asimismo, el juez consideró que la policía no había actuado de mala fe dado que se había convocado al abogado para que estuviese presente, pero este no llegó y la actuación de la diligencia pensando que iba a llegar el abogado y como era un tema de flagrancia y por acelerar el procedimiento se ejecuta el ingreso al hotel, este fundamento fue en base a que si el abogado habría llegado a tiempo de todas maneras hubieran descubierto la droga.

Además, sucede que se asume esta excepción porque se tiene en cuenta para que opere este supuesto se debe aplicar siempre y cuando la policía tenga suficientes elementos en su poder y al tenerlo podría optar por comunicar a la fiscalía para que solicite el allanamiento y el juez lo autoriza, en este caso el resultado hubiera sido el mismo, es decir se hubiera descubierto dicho material probatorio de todas maneras.

Por otro lado, respecto a la fuente independiente, según el juzgado también alegaba dicha excepción porque al excluir el registro de habitación, de todas maneras, dicha información se hubiera dado a conocer por otras vías, porque los policías que participaron en la intervención podrían declarar señalando que encontraron droga, entonces si existieron otras fuentes para llegar a la misma conclusión, por consiguiente, declara infundada la tutela de derechos.

3.1.2. CUARTA SALA PENAL DE APELACIONES DE AREQUIPA

En este estadio la Sala el 28 de julio del 2018 se pronuncia tomando la decisión de excluir el medio probatorio invocado por la defensa, por haber vulnerado el derecho fundamental de defensa toda vez que se privó al investigado de un abogado defensor en la diligencia realizada sobre el registro de habitación y prueba de campo.

Lo que analizaban era el peligro en la demora, mediante el test de ponderación, por un lado, intereses de la sociedad y por el otro el interés del particular que en este caso es el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

imputado que buscaba el respeto de sus derechos fundamentales, como es el de derecho a la defensa.

Asimismo, se pronuncia señalando que la decisión del Juzgado de primera instancia respecto a la aplicación de las excepciones a la prueba prohibida, no funciona como lo realizó, ya que, respecto a la fuente independiente, esta se debe de aplicar mediante una supresión mental, es decir, ante la siguiente pregunta ¿se podrá llegar a la droga sin el acta de registro de habitación?, si la respuesta fuera una negativa no habría forma de aplicar la fuente independiente, porque no hay un nexo causal paralelo para llegar a la misma finalidad.

Paralelamente, la Sala se pronuncia respecto al hallazgo inevitable, señalando que, si no existe una investigación paralela a la presente investigación, entonces no es aplicable esa excepción, porque se necesita de un camino distinto, es decir una diligencia alterna para llegar a la misma conclusión. En consecuencia, la Sala declara fundada la apelación y excluyen el acta de registro de habitación (prueba originaria).

3.1.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Tomado conocimiento las partes procesales sobre la decisión de la Sala, el Ministerio Público interpone recurso de casación excepcional, alegando la inaplicación e interpretación errónea del artículo VIII, 65 y 68 del Código Procesal Penal.

De esta manera, una vez tomado conocimiento del pedido, la Corte Suprema declaró inadmisible el pedido de la fiscalía que se basaba en la vulneración del artículo 429 numeral 3 referido a que la sentencia o auto contenía una indebida aplicación o falta de aplicación de la ley o normas penales y/o una interpretación errada.

En este caso, lo que ocurre es que la Corte Suprema fundamenta que dicho numeral 3 refiere a un precepto material, pero la fiscalía alegaba que era la inaplicación del artículo VIII del Título preliminar del Código Procesal Penal y este viene a ser un precepto procesal, por lo que no estaba correcta su solicitud, es por esa razón correctamente motivada y justificada que declaran nulo el consesorio.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. SEGUNDA TUTELA DE DERECHOS

4.1. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES

4.1.1. DEFENSA

En base a la teoría del fruto del árbol envenenado y ante el panorama de la última resolución fundada a favor de la defensa del imputado B.M.R.A. por la Sala de apelaciones, la defensa solicita una segunda tutela de derechos por exclusión de medios probatorios que derivaron del acta de registro de habitación, cuestión que se siguió en un nuevo proceso.

El pronunciamiento de la defensa fue sin duda que, si es que la prueba originaria ha sido excluida del proceso, también lo estarían las que derivaron de ella, toda vez que sin el acta de registro de habitación no se podría realizar las demás diligencias, pues estaríamos ante una contaminación respecto de la prueba que deriva de la prueba ilícita, tales como los dictámenes periciales de pesaje, de análisis de drogas y el de químico forense porque absolutamente todos carecen de efecto legal.

4.1.2. MINISTERIO PÚBLICO

Ahora bien, la Fiscalía en ese entonces alega excepciones de fuente independiente, descubrimiento inevitable y de buena fe, pues por la flagrancia del presente caso y evitar la demora en el proceso, tienen claro que no hubo una mala fe de la policía al realizar el registro de habitación y las demás diligencias; sin embargo, precisa que en realidad todas las pruebas y diligencias que se llevaron a cabo una vez levantada el acta de registro de habitación eran de una fuente independiente por lo que deberían ser admitidas en el proceso.

No obstante, el Ministerio público al no tener un resultado a su favor en segunda instancia interpone recurso de casación alegando qué debe de analizarse el nexo de causalidad de las excepciones y la Sala no lo hizo pues estaría vulnerando el artículo 429 inciso 3 del Código Procesal Penal el que señala la inobservancia de un precepto material el cual ante la interpretación de la fiscalía se habría interpretado de forma incorrecta.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.2. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

4.2.1. JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El juez en esta instancia se refiere a la decisión anteriormente dictada, señalando si es que no cabe la posibilidad de excluir el acta de registro de habitación, mucho menos se podría excluir las demás pruebas derivadas de la primera, tal y como lo fundamentó en su resolución de la siguiente manera:

- En este caso, no cabe la posibilidad de la exclusión del acta de registro de la habitación del hotel donde se hospedaba el imputado, toda vez que de manera inevitable se habría descubierto o hallado la droga que en este caso fue la marihuana, así hubiese estado presente o se hubiera esperado a que se presente el abogado defensor.

- Asimismo, en el hecho que no cabe la posibilidad de excluir el acta de registro de habitación por la aplicación de la excepción del hallazgo inevitable, conlleva a concluir que las demás actas ya sea de incautación y lacrado de droga, del celular, de dinero, los dictámenes periciales de pesaje y análisis de droga, tampoco podrían ser apartados de la investigación ya que en base a la aplicación de la excepción de la fuente independiente no son efectos de exclusión, de esta manera corresponde desestimar la solicitud de exclusión probatoria de dichos actos de investigación.

En resumen, el juzgado de investigación preparatoria menciona que este tema todavía no se había resuelto en Lima y además para su interpretación si cabe la aplicación de la fuente independiente y hallazgo inevitable, ante ello la defensa menciona que esto ya se había resuelto señalando que no era correcto la aplicación de dichas excepciones; sin embargo, el juzgado se basaba que como aún seguía en trámite y no había resolución firme, no era posible excluir las demás pruebas derivadas

4.2.2. SALA PENAL DE APELACIONES DE AREQUIPA

En esta ocasión, la Sala una vez más le da la razón a la defensa del imputado dado que el 24 de agosto del 2018 al analizar la segunda tutela de derechos por la defensa del encausado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

B.M.R.A., consideró que al haberse afectado el derecho de defensa por la realización del acta de registro también correspondía la exclusión de los demás actos de investigación.

Adicionalmente, se pronuncian de nuevo de las excepciones que se alegaron en primera instancia, sobre la primera idea de la fuente independiente la Sala menciona que para su aplicación es necesario de una operación de supresión mental y sobre la segunda idea del hallazgo inevitable alegan que no existía una línea de investigación paralela, por lo que en ambos casos ninguna excepción era posible aplicarla.

Aunado a ello, fundamentan que no pueden reexaminar la decisión que anteriormente habían tomado, por lo que declaró fundado el recurso de tutela de derechos y revocó el auto de primera instancia.

4.2.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE AREQUIPA

En vista de la decisión de la Sala, la Fiscalía Superior interpone recurso de casación con fecha 5 de noviembre del 2018 en la cual invocó de nuevo la infracción del precepto material contemplado en el artículo 429 numeral 3 del CPP; sin embargo, el motivo casacional no era el correcto y si bien es cierto eso no es motivo para no pronunciarse, la Corte redirecciona dicho pedido señalando que la infracción sería a un precepto procesal y estaríamos en realidad ante el artículo 429 numeral 1 del mismo cuerpo normativo, el cual refiere a que la sentencia o auto son expedidos por la inobservancia de alguna norma procesal o material y/o por una indebida o aplicación incorrecta, siendo esta norma la que se debió alegar.

Acto seguido, el Juez Cesar San Martin Castro fue quien se pronunció respecto de dos aspectos de esta casación, el primero sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y este es la esencia misma del derecho, por ejemplo, ante el derecho a la defensa, se tiene que tener presente como se entiende el artículo IX del título preliminar del CPP, pues la defensa material es la que ejerce uno mismo, es decir el imputado y al defensa formal se da a través de su abogado defensor.

El segundo punto por tratar fue de las excepciones a la prueba prohibida, aclarando que no puede pronunciarse sobre la regla de exclusión de la prueba primaria porque eso ya había

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

quedado firme; sin embargo, sí podría pronunciarse sobre la prueba derivada y si es que es posible la aplicación de la fuente independiente y del hallazgo inevitable.

En cuanto a la fuente independiente, para llegar a la misma conclusión se debe operar la supresión mental, como lo menciona en el siguiente fundamento:

> "(…) desde el método de la supresión mental hipotética, es patente que si se excluye la diligencia de entrada y registro es obvio que lo incautado y decomisado, así como las pericias levantadas al efecto, no habrían podido realizarse. Estas últimas diligencias dependen de la primera diligencia que dio paso a la entrada en la habitación, a su registro y al hallazgo de droga; sin droga –o, mejor dicho, con su inutilización– no cabe pesaje, lacrado y análisis pericial químico forense" (Corte Suprema de Justicia de la República, 2022).

Ahora bien, acerca del descubrimiento inevitable la Corte se pronuncia señalando que no hubo una línea de investigación paralela en lo que se hubiera descubierto de todas maneras la droga, ya que en realidad no hubo otro camino para llegar al mismo resultado, por lo que no daba lugar a dicha excepción. Siendo así, declaran infundado el recurso de casación y, en consecuencia, NO CASARON el auto de vista.

4.3. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO

En función del caso expuesto, se tiene claro que en toda diligencia involucra la participación del imputado, mediante la cual éste tiene derecho a acudir a un abogado defensor, con la finalidad controlar y hacer valer su derecho de defensa, es así que en el presente caso desde que se registró el hotel y se halló la droga se transgredió el derecho fundamental del imputado, porque no tuvo el derecho a contar con la presencia de un abogado.

Así mismo, cuando lo detuvieron declaró que efectivamente tenía la droga en su poder y autorizó el ingreso a la habitación del hotel donde se hospedaba, en relación a esta diligencia se realizó sin la presencia de un abogado defensor, para darle conocimiento de sus derechos y cuál es la mejor estrategia para su defensa y no se sabe si el investigado había sido persuadido

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

o inducido a admitir dichos hechos, es por ello que en base a la creencia que la policía actuó de buena fe, aparentemente querían darle eficacia a esa diligencia.

Ahora bien, respecto a la peligrosidad procesal, todas las diligencias se realizaron con la finalidad de agotar tiempos, pues si bien se tiene claro que en algunos casos cuando se tiene toda la información recolectada se hacía un seguimiento al investigado, y al momento de su detención podrían realizar actos como ocultamiento del material probatorio, porque en este caso la policía quiso actuar de esa manera, sabiendo que en el caso que la Fiscalía solicite el allanamiento podía tardar la autorización del juez para realizarlo y en ese lapso de tiempo se corría el riesgo de perderse todo lo incautado.

En relación a la idea anterior, no se puede obtener justicia de cualquier manera, es decir no se debió buscar la obtención de aquellos medios probatorios sin importar la transgresión a los derechos fundamentales del imputado, por lo que si estaríamos ante una excepción de buena fe, no se tiene claro cuál habría sido el actuar de la fiscalía y de la policía sobre sus intenciones al momento de tomar la declaración del imputado y que aun así por la desesperación y en la supuesta búsqueda de la verdad y evitar aquella peligrosidad procesal se transgredan derechos fundamentales, por lo que dicha excepción no se utilizó ni tampoco hubiera sido correcta aplicarla.

Uno de los componentes más importantes del presente caso, fue la decisión que tomó el juez en primera instancia, pues se puede inferir el uso erróneo de las excepciones a la prueba prohibida, toda vez que dejamos en manos del juez la aplicación de estos supuestos, sin que la fiscalía lo interponga previamente, pues este sujeto procesal dio a conocer dos excepciones en el presente caso y dejó en manos del juzgado decidir cuál era el aplicable.

Resulta claro que, en temas de prueba, fuente o medio probatorio, que vienen a ser el contenido vital de toda la actividad procesal para que exista un efectivo control de legalidad, debe tenerse en claro que figura se adapta en cada caso, de lo contrario se conlleva a un destino de una resolución mal motivada, cuestión que precisó incluso la Sala al señalar que no eran correctas las excepciones que había señalado el juez de instancia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En relación con la excepción de la fuente independiente, coincido con el pronunciamiento de la Sala, toda vez que si se suprimió el acta de registro no habría forma de llegar a esa droga por lo que tampoco se hubieran podido llevar a cabo las pericias y análisis químicos de aquellas sustancias, por lo tanto, no cabía la aplicación de la excepción de la fuente independiente respecto de las pruebas derivadas de la originaria.

Por otro lado, cuando mencionan que podía aplicarse el hallazgo inevitable, esta excepción tampoco era adaptable, puesto que no se puede hablar de este supuesto de exclusión cuando no hay un procedimiento en curso simultáneo, ya que incluso la policía no le comunicó a la Fiscalía para que esta solicite el allanamiento al juez, pues si hubiera sido de esta manera se tiene claro que la droga se hubiera hallado de cualquier manera.

A propósito, es preciso aclarar que la fuente independiente y descubrimiento inevitable no pueden aplicarse a toda ilícita, ya que estas fueron creadas para la aplicación de las pruebas derivadas, es decir que desde un inicio el Juez de Investigación Preparatoria cometido el error de querer aplicarlas ante el acta de registro de habitación, en cambio si hubiera aplicado otra excepción hubiera sido distinto el destino del proceso.

En efecto, hubiera podido aplicar la teoría de la ponderación de intereses, colocando por un lado a la seguridad de la sociedad porque se estaba ante el delito de tráfico de drogas, además de la protección de las demás pruebas que derivaron de la originaria por asegurar el proceso, frente al derecho de defensa del imputado, en otras palabras, hubiera prevalecido lo primero y así se hubieran admitido las pruebas.

Otro punto, es sobre las pruebas derivadas, si el JIP hubiera tomado la excepción precedente, recién podría aplicar la fuente independiente y descubrimiento inevitable; sin embargo, al haberse excluido la originaria era lógico que las demás carecían de efecto legal, en cambio si la decisión primigenia hubiera sido distinta podría valerse de las declaraciones de los policías por su buena fe en la actuación de las diligencias para admitirse como prueba, pero aun así *una prueba no es la creencia de los buenos actos*, ya que el derecho se basa en hechos y no en dichos, por consiguiente las decisiones de la Sala y de la Corte Suprema fueron las correctas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ahora bien, respecto al derecho de defensa no significa que el imputado solo tenga acceso a un abogado, sino que éste una vez que tome el caso tenga conocimiento de las diligencias que se van a realizar; asunto que no se respetó para el imputado B.M.R.A. y como consecuencia se generó la solicitud de dos tutelas de derechos.

Finalmente, se puede concluir que ocurre un problema con la aplicación de las excepciones, porque entendemos que el proceso penal peruano se basa en un sistema regulado y se aplica erróneamente el articulo VIII.2 del Título Preliminar, pues si habrían excepciones se toma la creencia que no se está ante una prueba ilícita, o bien cuando se aplica dicho precepto y se quiere aplicar los supuestos de exclusión sin amparo legal, es porque nos remitimos a la jurisprudencia, lo cual si afecta al debido proceso y genera el mal uso de estas excepciones.

IV. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD A CUALQUIER PRECIO

1. CASO "LAS AGENDAS DE N.H." – EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

1.1. HECHOS DEL PROCESO

En abril del 2006 se inicia la campaña electoral de las elecciones presidenciales de nuestro país, de esta manera el señor de iniciales O.H.T. decide presentarse por el Partido Nacionalista Peruano, cuyo resultado fue favorable hacia él toda vez que salió electo en segunda vuelta derrotando a la excandidata Keiko Fujimori, de esta manera O.H.T. se condecora como presidente de la República del Perú y su esposa de iniciales N.H.A. como la primera dama por el periodo 2006 – 2011.

Tres años después, en mayo del 2019 se apertura una investigación preliminar por el delito de lavado de activos en la Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada, donde estaba a cargo el Fiscal Eduardo Castañeda toda vez porque existían indicios de irregularidades en la campaña electoral sobre el financiamiento de O.H. y N.H., pues existían depósitos a la cuenta bancaria de N.H.A.; sin embargo, esta investigación no prosperó y fue archivada el 22 de abril del 2010.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ante esta decisión, la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Lavado de Activos y procesos de Pérdida de Dominio a quien estaba a cargo Amelia Julia Príncipe Trujillo interpone un recurso de queja el cual tampoco prosperó porque la Fiscalía Superior Penal de Lima confirmó la decisión del fiscal provincial archivando la investigación en julio del 2010.

Sucede pues, que años después a conocimiento de todo el público peruano se obtienen nuevas evidencias para el proceso que había sido archivado, ya que el día 17 de agosto del 2015, se emitió en el programa "Panorama" un reportaje respecto a documentos brindados por el excongresista Álvaro Gonzalo Gutiérrez Cueva, que involucraban a la señora N.H.A. sobre irregularidades en el periodo presidencial de su esposo O.H.T.. Es así, que la información que brindó fueron memorias sucesivas, es decir anotaciones de todos los registros económicos durante los años de campaña del exmandatario.

Algo que resulto extraño fueron 4 agendas dentro de esos documentos entregados, los cuales le pertenecían a N.H.A., que hasta ese momento no se tenía la certeza que eran de su propiedad, pero posteriormente se verificó que habían sido ultrajadas por la trabajadora de la casa de O.H. y N.H. se las había entregado a Álvaro Gutiérrez. Es así, que el reportaje que brindó Panorama consistió en la investigación de los periodistas Marco Vásquez y Walter Jiménez durante varios meses.

Se trata pues, que ambos periodistas viajaron a Italia para tener acceso a una entrevista con el señor Álvaro Gutiérrez Cueva, quien fue congresista por el Partido Nacionalista Peruano en el periodo 2006-2011, él mismo aseguro contar con pruebas originales para la investigación por lavado de dinero que se seguía a N.H.A..

De esta manera el periodista Marco Vásquez fue en busca del estudio Evi Croti y Alberto Magni ubicado en Milán – Italia, quienes eran especialistas en peritajes, de esta manera hicieron entrega de la documentación brindada y una ficha de registro de identidad donde consignaba la firma autentica de la ex primera dama, para acreditar que las agendas si fueron escritas a puño y letra de N.H. Es así, que el resultado de la pericia practicada arrojó y consignó en las conclusiones que las agendas fueron redactas por una misma persona teniendo en cuenta que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

son compatibles y provienen de quien realizó la firma autentica perteneciente a la ficha de registro de identidad de N.H.A.

Por su parte, el contenido de las agendas eran montos exorbitantes aproximadamente de tres millones de dólares, repartidos por filas que sumaban el total de ese monto, pero no señalaban de donde provenían; sin embargo, se encontraron nombres de sujetos involucrados en la investigación por lavado de activos, que se corroboraban con boletos y bouchers que también habían sido entregados y que eran originales, donde se acreditaban los montos depositados incluso en cuentas extranjeras.

Es por ello que una vez culminado el reportaje, la ex primera dama se comunicó con el programa y señaló que las anotaciones del cuaderno no son suyas y las cuentas anotadas son irreales, pues lo que han tratado de hacer es combinar datos correctos que constaban en su carpeta fiscal con otros datos, haciendo alusión que las agendas habían sido falsificadas, además que ciertos detalles en las anotaciones eran sobre sus hijos, su mascota y del interior de su casa, por lo que desmiente todo lo contenido que había brindado Álvaro Gutiérrez y desconocía quien era el titular de dichas agendas, a pesar de que estas habían sido sujetas a un peritaje internacional.

De esta manera, la procuradora de lavado de activos Julia Príncipe Trujillo solicitó inmediatamente toda la documentación que había sido emitida para presentarlo ante la fiscalía, con la finalidad de ofrecer dichos medios de prueba, en el caso de las agendas para que sean parte y se continúe con la investigación.

Posteriormente, en septiembre del mismo año la investigación por el delito de lavado de activos contra N.H.A. se vuelve aperturar y asume la investigación el fiscal Germán Juárez Atoche quién ordenó un peritaje grafotécnico de las agendas para determinar su autoría de éstas y en el mes de noviembre del 2015 N.H.A. se pronuncia admitiendo que si son sus agendas y que las anotaciones provenían de su puño y letra, asimismo señaló que no deberían haber pasado por dicho peritaje, porque esas agendas habían sido hurtadas de su domicilio y contenían información privada, que no conllevaban a ningún tipo de delito.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Es preciso señalar que aparentemente la investigación afectaba el non bis in ídem, puesto que ya había sido archivada incluso confirmada por el Fiscal Superior, pero el Tribunal Constitucional se pronuncia y ordena seguir con la investigación reabierta toda vez que existían nuevos medios probatorios que aportaban a la investigación y que podían conducir a la verdad, pero estas nuevas evidencias ponían en juego dicha investigación pues N.H. señalaba que habían sido ultrajadas de su domicilio.

Ahora bien, todas estas investigaciones se generaron a raíz de irregularidades no solo en la campaña presidencial de O.H., sino en gestiones como jefe de Estado, pues resulta que el 21 de diciembre del 2016, la empresa Odebrecht brindó su testimonio de culpabilidad ante los tribunales de los Estados Unidos, en el cual reconocía que había hecho pactos y entrega de cientos de millones de dólares a funcionarios extranjeros pertenecientes a partidos políticos de diversos países con la finalidad de influenciar en ellos y poder conseguir un beneficio en todos los negocios y proyectos que podrían pactar a futuro, siendo así esta empresa solventaba muchas campañas políticas, donde se han visto involucrados diversos presidentes del Perú tales como el expresidente O.H.T. y la exprimera dama N.H.A. respecto al Partido Nacionalista en las elecciones presidenciales del 2011.

Es por ello, que una vez electo el presidente O.H., la empresa Odebrecht se incorpora a la empresa Kuntur Transportadores de gas con la finalidad de hacer un pacto respecto al proyecto de gas para todos en este gobierno, pues esta obra contaba con la concesión del Gasoducto Andino del Sur y su finalidad era efectivamente que el Estado peruano este a cargo de toda la obra, pero también un objetivo era favorecer a la empresa Odebrecht, cuestión que nadie sospechaba, toda vez que está empresa financió al partido en la campaña donde O.H. fue elegido como presidente de la República.

De esta manera, el exmandatario y la ex primera dama recibieron aportes dinerarios por parte de la empresa Odebrecht y también del gobierno de Venezuela periodo donde se encontraba de presidente Hugo Chávez, con la finalidad de cubrir económicamente sus actividades políticas, ya que el partido por quien postulaba O.H. era del mismo segmento del presidente venezolano.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por consiguiente, antes de llegar al 2016 si retrocedemos 10 años, exactamente cuándo inició la campaña electoral, en estas elecciones presidenciales O.H.T. usó dinero que había sido aportado por la empresa Odebrecht y por el ex presidente de Venezuela, pero ello no fue por cortesía, sino por obtener beneficios posteriores una vez que sea elegido O.H., ya que incluso todo el dinero aportado además de usarlo para su campaña también fue destinado para incrementar su patrimonio familiar y como consecuencia se vio todas las actuaciones dentro de su período presidencial que en párrafos anteriores se encuentran plasmados.

Es por ello, qué la Fiscalía y la procuraduría en busca de la seguridad jurídica y de la sociedad decidieron admitir en la investigación preparatoria las agendas de N.H., ya que sería la única evidencia que sostendría la investigación por lavado de activos, a pesar de que estás habían sido robadas del domicilio de la ex primera dama, quién se encontraba en contra que esas agendas sean parte de la investigación porque vulneraban su residencia y su derecho a la intimidad.

1.2. PLANTEAMIENTO DE LAS PARTES

1.2.1. MINISTERIO PÚBLICO:

El Ministerio Publico, al obtener las agendas de N.H., la cuales habían sido ofrecidas por la procuraduría, inmediatamente las incorpora a la investigación preparatoria en base a una pericia grafotécnica, la cual arroja que las anotaciones y contenido de los cuadernos efectivamente pertenecen a la ex primera dama.

1.2.2. DEFENSA:

Durante el desarrollo de la etapa de investigación preparatoria los abogados de O.H.T. y su esposa N.H.A., se percataron que se había incorporado a la investigación nuevos elementos que contenían origen ilícito, es por tal motivo que interponer una tutela de derechos con la finalidad de que el órgano jurisdiccional excluya en la investigación las pruebas nuevas que habían sido incorporadas a la carpeta fiscal.

El recurso interpuesto de las defensas se basó en la vulneración al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados derecho que se encuentra

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

contemplado en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, su tutela también abarco el pedido que debe prescindir de la pericia grafotécnica que fue practicada a esos documentos, toda vez que las agendas de N.H. eran de contenido privado y habían sido hurtadas para que posteriormente se den a conocer a medios de comunicación y entregadas a la fiscalía.

Sin embargo, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional en base a su Resolución N° 2 de fecha 18 de abril del 2017, declaró infundada la solicitud de tutela de derechos, por tal motivo las defensas de los investigados interponen recurso de apelación.

SEGUNDA INSTANCIA

Defensa de N.H.

Una vez que la defensa de la ex primera dama toma conocimiento de la decisión en primera instancia, interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria y declare fundada la solicitud de tutela de derechos, en base a los siguientes fundamentos:

Primero la defensa de N.H. se expresa sobre la fundamentación brindada por el juez de instancia, ya que si bien es cierto no existe elementos de convicción que señale la configuración del delito de hurto respecto de las agendas, incluso para que se configure el delito debe haber un valor económico y en el presente caso no existe un valor objetivo que tengan las agendas para que sobrepase la deferencia de un sueldo mínimo vital, razón por la cual no se puede hablar de hurto; sin embargo, la defensa señala que quien debe imputar y llevar la investigación de si existe o no el delito de hurto es la fiscalía, pero no en una tutela de derechos un juez de garantía debe hacer una prognosis de que si existe o no el delito, ya que son dos procesos de naturaleza distinta.

Segundo, la defensa señala que el juez no se pronunció sobre la exclusión de la prueba prohibida, ni de alguna ponderación de intereses ya que solo se pronuncia señalando que no hay prueba prohibida porque no se ha acreditado la sustracción ilegal de los documentos; no obstante, refieren a modo de ejemplo que si un documento está en la casa de N.H.A.y aparece de pronto en otro domicilio, es porque un sujeto las sustrajo, lo cual se puede concluir por las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reglas de la lógica y de la experiencia, es por ello que para efecto de una tutela sobre prueba prohibida no se necesita pronunciamiento fiscal ni judicial.

Tercero, en relación al uso de estas agendas por parte de la fiscalía la defensa menciona que no se trata solo de documentación íntima para que exista vulneración al derecho fundamental, sino de la sustracción ilegal de aquellos cuadernos, siendo este el objeto de la tutela de derechos, específicamente la vulneración al derecho de la intimidad y de preservar documentos privados en el ámbito íntimo de la persona.

Cuarto, respecto al argumento del juez de instancia que señaló que la palabra de la señora N.H.A. a estas alturas del proceso se encuentra devaluada porque habría aceptado la titularidad de esos documentos después de realizar la pericia, ante ello la defensa señala que es todo lo contrario y que esa afirmación afecta derechos de defensa y presunción de inocencia.

Quinto, la defensa aclara que la única vía jurisdiccional para que un imputado puede acudir a un juez solicitando el respeto de sus derechos es exactamente la tutela y no se puede afirmar que el ejercicio de este derecho es solo para entorpecer u obstaculizar la investigación, argumento que señaló el juez de instancia.

Finalmente, concluyen que la resolución carece de fundamentación y motivación, por lo que solicita la revoque y declare fundada la exclusión de la pericia efectuada del material probatorio que ha sido admitido respecto de las agendas por ser prueba ilícita.

Defensa de O.H.

Por su parte, la defensa de O.H. se pronuncia respecto a ciertos puntos que coincidían con la defensa de la ex primera dama; no obstante, toca otros argumentos señalado por el Juez Carhuancho, dado que en su resolución menciona que la defensa se habría referido que la regla de exclusión es absoluta y no cabe ninguna excepción, ante ello, la defensa aclara que esa consideración es errada, lo que se querían referir es que se debe analizar cada una de las excepciones, pero concluyen que ninguna de esas excepciones se aplica al presente caso.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Además, la defensa de O.H. precisa que no es cierto que la regla de exclusión se encuentre en una franca retirada, argumentó que señala el juez de instancia, pues más allá del derecho comparado, lo cierto es que en nuestro sistema peruano establece que si se puede excluir la prueba por considerarla ilícita sin darle uso de alguna teoría.

Asimismo, menciona que en el proceso penal queda claro que la definición de cómo se perfila esa regla de exclusión es una cuestión que esta librada a la jurisprudencia ya que no hay norma alguna que regule las excepciones. Por lo que está claro, que hay una garantía que es el deber de motivación, frente a la cual el juez de primera instancia dictó una resolución carente de fundamento.

Ministerio Público

El fiscal Rafael Vela en representación del Ministerio Publico, señala que la decisión del Juez Richard Concepción Carhuancho, de fecha 18 de abril del 2017 en la que declara infundada la solicitud de tutela de derechos y desestima el pedido de declaración de ilicitud de la pericia practicada al material probatorio respecto de las agendas, sea confirmada en todos sus extremos.

Menciona que efectivamente el juzgado hizo uso de la ponderación de intereses, específicamente cuando hay derechos de conflictos hay que ponderar, verificar el peso específico de cada derecho, lo cual si se evalúo; en ese orden de ideas el juez de instancia no encontró elementos de convicción que señalen la sustracción de las agendas y por lo tanto la vulneración de derechos fundamentales de N.H.A. y al no encontrar dichos elementos no había que realizar una ponderación.

Asimismo, la Fiscalía se pronuncia respecto del análisis de la conducta de N.H. que argumentó el juez Carhuancho y para el Ministerio Público dicha conducta es relevante porque se está ejerciendo un derecho que es la tutela y ello no estaba en discusión ni para el Juez de primera instancia; en este caso la Fiscalía le explica a la Sala sobre el valor de la palabra de la investigada ya que si no tienes elementos de convicción para poder ponderar los intereses, en este caso el único elemento que contenía el juez Carhuancho era la palabra de N.H. por eso la consideraba relevante.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

De esta manera, el fiscal Rafael Vela sostiene que las agendas conllevan a la averiguación de la verdad, no a cualquier precio, sino de manera exhaustiva, ya que elMinisterio Público actuó de buena fe con el material que se le fueron proporcionados que en este caso fue la procuraduría quién le entregó las agendas y respecto a que éstas fueron sustraídas por una tercera persona lo cual no ha sido materia de discusión; sin embargo, el contenido de las agendas es totalmente relevante, ya que sirven para corroborar una serie de anotaciones que se encuentran involucradas en el proceso, por todo ello solicita que se le permita seguir con la investigación.

1.3. PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

1.3.1. PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA:

El juez Richard Concepción Carhuancho, titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional, desestimó el pedido de exclusión de pruebas respectos a las agendas de N.H.A., argumentando que no se puede probar que los mencionados cuadernos fueron obtenidas de manera ilícita, ya que no existen elementos de convicción que acrediten que dichos documentos habrían sido obtenidos con afectación de derechos fundamentales, ya que no existe la concurrencia del delito de hurto, por lo que no puede hablarse de prueba prohibida.

1.3.2. SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

Los jueces superiores César Sahuanay Calsín, Iván Quispe Aucca y Jésica León Yarango, declaran infundados los recursos de apelación interpuestos por las defensas de O.H.T. y N.H.A. respecto a la resolución que dictó el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional que declaró infundada la acción de tutela de derechos y denegó el pedido de excluir la investigación del material probatorio incorporado que vendrían a ser las agendas.

Asimismo, desestima el pedido de declaratoria de ilicitud de la pericia practicada sobre los documentos, puesto que no existen datos objetivos que lleguen a la conclusión sobre la manifestación de alguna vulneración de derechos constitucionales respecto de los investigados

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

y que la obtención de las agendas y su incorporación en la investigación a cargo la Fiscalía no se encuentra ante un supuesto de prueba ilícita, por lo que corresponde confirmar la resolución donde declara infundada la solicitud de tutela de derechos por él Juzgado de Investigación Preparatoria.

1.4. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO

El objetivo principal del análisis del caso en mención, es la relevancia que surge de la tutela de derechos planteada, sobre si la regla de exclusión es absoluta o cabe la posibilidad de excepción alguna, toda vez que dentro de los argumentos de la defensa hacían alusión respecto a ello y no fue con la finalidad de hacer conocer que no cabía ninguna excepción sino que la intención de la defensa de N.H.A. era de que no se puede aplicar ninguna de ellas y por lo tanto no exista fundamento para poder admitirla, en efecto las agendas debían ser excluidas en el proceso.

De este modo, se genera una peligrosidad jurídica pues si bien las excepciones no se encuentran reguladas, algo a lo que aparentemente se estaba basando la defensa y que si bien nos guiaríamos por el sistema comparado estamos ante el sistema peruano en el cual no cabe excepción respecto al caso materia de análisis.

Ahora bien, respecto al pronunciamiento del juez de investigación preparatoria, consideró que hubo fundamentos fuera de lugar, respecto a su argumento especificó sí deberían ser excluidas o no estas agendas, pues argumenta y desarrolla que no configuraría el delito de hurto porque incluso este material probatorio supuestamente sustraído no sobrepasaba una remuneración mínima vital, a lo cual por más que la Fiscalía intentó validar dicho argumento no era el correcto, porque en esa instancia el tema a tratar era la exclusión probatoria.

Entendiendo dicho argumento del juez, lo que debió señalar es que no existía forma de acreditar que se estaba vulnerando el derecho a la intimidad toda vez, que no había ningún proceso en curso sobre el delito de hurto de las agendas, lo cual hubiera acreditado dicha violación del derecho fundamental, siendo esto lo único y preciso que debió mencionar, porque en esa instancia no estaba analizando si las agendas tenían algún valor económico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por otro lado, el análisis que se le dio respecto de la palabra de N.H. era que ante el delito de hurto no había forma de acreditarlo porque no existían elementos de convicción que conlleven a la violación de los derechos fundamentales de la investigada y es que en este panorama el único elemento para analizar sobre esta supuesta vulneración era la palabra de N.H.A.

De hecho, en este caso si comparto la postura del juez Carhuancho al señalar que la palabra de N.H. estaba devaluada, porque en un inicio y hablando con exactitud el 21 de agosto del 2015 ella interpone una denuncia por el delito hurto de las agendas; sin embargo, al día siguiente cuando se le entrevista y se le pregunta sobre el conocimiento de estos cuadernos, señaló que desconocía a quién pertenecía dichas anotaciones, todo ello se encierra en la palabra de N.H. que resulta relevante para esta tutela de derechos.

Mas adelante el juez de instancia intentó hacer uso de la excepción de la ponderación de intereses, en la cual existía el conflicto de la vulneración de un derecho protegido de N.H. y la seguridad del proceso en curso y de la sociedad, de esta manera el juzgador respecto del primer interés tiene que hacer un análisis y realmente lo hizo para saber si efectivamente las agendas fueron hurtadas lo cual no había forma de acreditarlo y para buscar más elementos de convicción respecto de ello tuvo que acudir a la conducta de la investigada y como se mencionó anteriormente no demostraba una conducta correcta para que pueda encajar en la lesión de este interés.

Hay que hacer notar, que en base a las reglas de la lógica cuando uno tiene algún objeto (agendas) en su propiedad y aparecen en posesión de otra persona, resulta que se han obtenido sin mi autorización, es decir han sido hurtadas, en ese sentido, el juzgado hubiera podido hacer uso de esta excepción en base a ese argumento y de esta manera ponderaba correctamente los intereses, cuyo resultado aparentemente hubiera sido el mismo porque prevalecía el interés de la sociedad y un proceso exitoso.

Ante todo, el enfoque de mi análisis y critica es sobre la forma en que se admitió dicha prueba, porque no se trata de solo contradecir las oposiciones planteadas, sino que deben estar debidamente argumentadas, si se hubiera señalado que, sí se hurto las agendas o que se habrían

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

obtenido vulnerado el derecho a la intimidad de N.H.A., posteriormente se analizaba mediante el test de ponderación, en este caso de igual forma no prevalecía el interés de la investigada.

Aunado a ello, es preciso aclarar que en este test de ponderación se debe de tener mucha cautela para su análisis y aplicación, pues en el presente también podía basarse el juzgado que sin las agendas no habría forma de llegar a las demás pruebas, generando la inseguridad de proceso, pues se corría el riesgo de que las demás diligencias realizadas por la fiscalía sean apartadas del proceso.

Siendo las cosas así, en base a la regla de exclusión mediate la teoría del fruto del árbol envenado la prueba ilícita originaria (agendas) contaminaba las demás diligencias teniendo el carácter de pruebas derivadas, por lo que, si cabía su exclusión, aunque en este panorama se podrían salvaguardar mediante la aplicación de otras excepciones como es la fuente independiente, descubrimiento inevitable o nexo causal atenuado.

En concordancia, no por el hecho que la procuraduría haya ofrecido las agendas al Ministerio Público significa que pierde esa ilicitud, pues no se trata como habían sido ofrecidas, sino de qué manera habían obtenidas, además, lo que queda claro es que todo este proceso de la exclusión probatoria fue arduo porque se dio por un mal planteamiento y análisis de la excepción a la prueba ilícita, ya que si no se admitía esta prueba de nuevo la investigación podía ser archivada.

Por último, es preciso mencionar que la finalidad de la fiscalía que coincide con el juzgado era *la búsqueda de la verdad a cualquier precio*, de lo contrario generaría impunidad y un descuido en la seguridad de la sociedad, pues si el juez ponderaba correctamente los intereses de todas formas prevalecía la seguridad jurídica y de esa manera no era posible aplicar la regla de exclusión probatoria, pero si la ponderación de intereses en base a una mejor fundamentación consignada específicamente en la resolución.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CAPÍTULO V

AUSENCIA DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU INCIDENCIA EN LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO – CASOS EMBLEMÁTICOS [2004-2020]

I. NOTAS INTRODUCTORIAS.

El desarrollo del presente trabajo de investigación ha tenido su enfoque en torno a las excepciones a la prueba prohibida en el proceso penal peruano respecto de casos emblemáticos previstos en los años 2004 a 2020. Dicha investigación se ha dividido en cuatro capítulos partiendo desde la prueba en el proceso penal hasta el análisis de los casos con mayor trayectoria a nivel nacional.

En primer lugar, se abordó sobre la teoría de la prueba para el conocimiento de su conceptualización, el razonamiento probatorio específicamente sobre el derecho a probar además de los alcances generales de la prueba, asimismo sus valoración y umbral probatorio especificando sobre la prueba prohibida de la mano con los estadios procesales respecto a los grados de sospecha.

En segundo lugar, se indagó sobre el tema general que fue la prueba prohibida, desde sus antecedentes en el derecho comparado y a nivel nacional respecto de su contenido constitucional como en la norma procesal, siendo un capítulo de gran importancia, porque nos brinda nociones de las problemáticas que contiene esta figura, siendo una de ellas las excepciones a la prueba prohibida, tema principal en la presente investigación y tratado en el capítulo siguiente del mencionado.

Conforme a esta circunstancia, el capítulo tres consistió en la investigación de todas las excepciones existentes a nivel nacional e internacional, así como también mediante su análisis sobre los supuestos de exclusión de la prueba prohibida si estos son viables para aplicarlos al sistema penal peruano y sobre evaluar aquellas excepciones posibles de ejecutar, toda vez que en la jurisprudencia o distintos pronunciamientos, han señalado cuáles serían los supuestos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

aplicables; sin embargo, mediante la investigación realizada se discrepa de aquellos pronunciamientos mediante el análisis de los casos emblemáticos.

Por último, se investigó sobre los expedientes tratados de los casos materia de análisis, como fueron los Petroaudios, Vladivideos, las agendas de N.H.A. y finalmente se examinó el caso de B.M.R.A. sobre el tráfico ilícito de drogas, siendo el caso más reciente en nuestro país, cada uno con un desarrollo diferente sobre la prueba ilícita pero lo que tenían en común fue la ausencia o aplicación errónea de los supuestos de exclusión probatoria, todo ello inmerso en el capítulo cuatro.

Por consiguiente, la investigación realizada anuncia una problemática que se encontraba oculta aparentemente, ya que la figura de la prueba prohibida tiene su dificultad en su invisibilidad, pero ello no se considera un problema jurídico; no obstante, afecta porque no permite ahondar en el tema, como es el presente trabajo, que mediante la averiguación realizada se llegó a la raíz de un tema que trae consigo hasta el día de hoy problemas en el proceso penal, ya que no es claro si las excepciones a la prueba prohibida que fueron admitidas tienen realmente concordancia con nuestro sistema y de su afectación ante la falta de regulación.

II. FÓRMULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA ACTUAL

El desarrollo que ha tenido la prueba prohibida en nuestro país no ha sido del todo exitosa, toda vez que como cualquier institución contiene problemas, la presente ha generado incertidumbre en el proceso penal respecto de sus consecuencias, como es la regla de exclusión y es que la verdad que ella no sirve para la protección de los Derechos Fundamentales ni mucho menos para restablecer su vulneración; sin embargo, la exclusión probatoria permite un amparo o una limitación que ante esa violación por las pruebas obtenidas ilícitamente no puedan ser admitidas ni valoradas en el proceso penal.

Ahora bien, en lo concerniente a la fórmula que creó el legislador para seguir la secuencia de la exclusión de la prueba prohibida, no dudo en regularla en la norma procesal pues aparentemente generaba seguridad a la protección de los derechos fundamentales, aunque ya se tiene claro que no genera dicho efecto; no obstante en atención al cuadro que se analizará

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

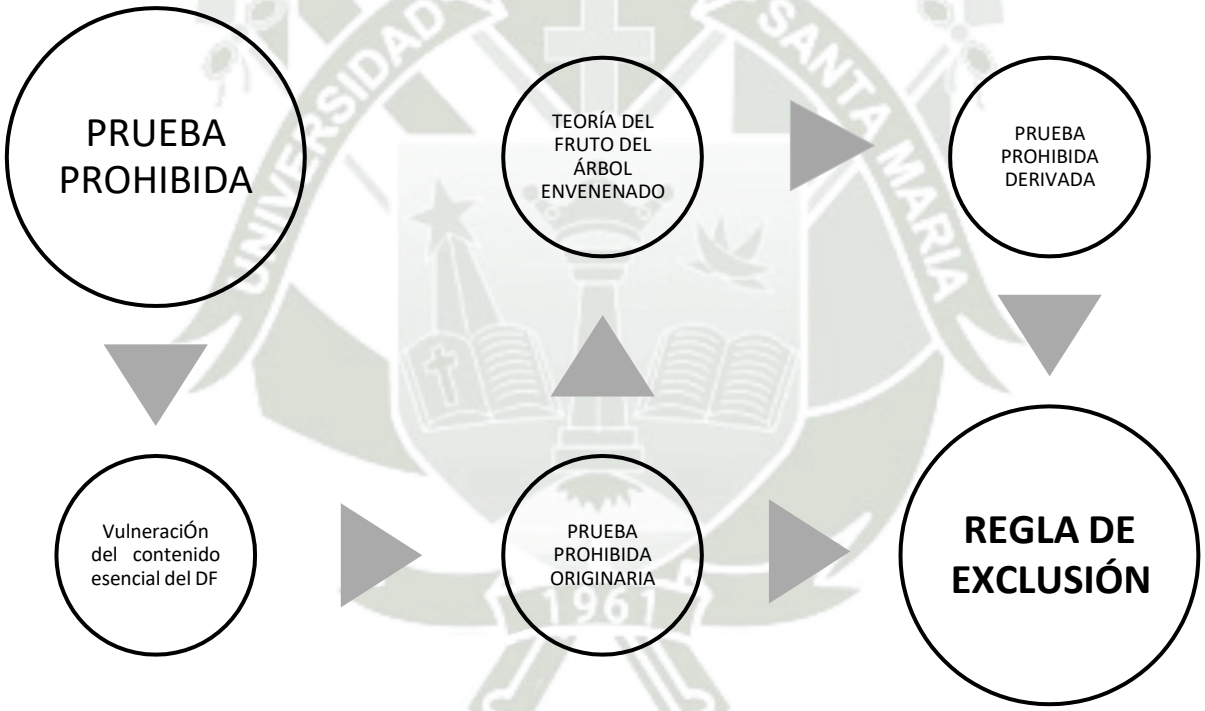
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

a continuación se plasmará la fórmula legislativa de la prueba prohibida, la cual se encuentra estipulada en el siguiente artículo del Título preliminar del Código Procesal Penal.

Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

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

CUADRO N° 1



ANÁLISIS

Cómo puede observarse cuando una prueba carece de efecto legal es considerada prueba prohibida por la vulneración a los derechos fundamentales, de esta manera nace la prueba originaria, pero esta figura tiene un efecto reflejo, esto quiere decir que su ilicitud contamina a otras pruebas que han originado de ella, por ende, se producirá la prueba derivada. De esta manera, ambas pruebas serían excluidas del proceso mediante la regla de exclusión probatoria;

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

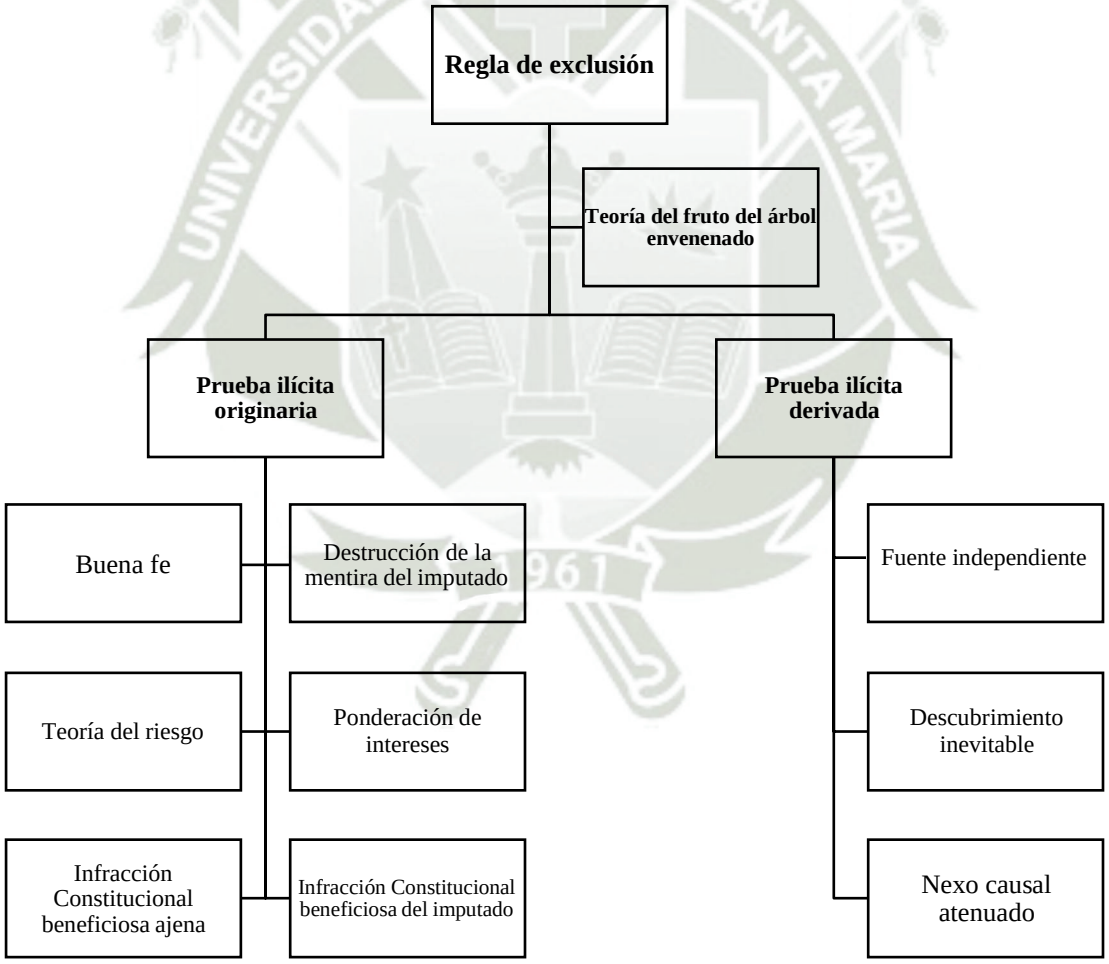
REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

no obstante, esta regla aplica para ambas pruebas ilícitas, solo que en el caso de la prueba derivada debe hacer uso de la teoría del fruto del árbol envenenado.

Al mismo tiempo, en el CPP estipula que la prueba ilícita no podrá ser admitida, utilizada ni mucho menos valorada conforme se va llevando el proceso en los tres estadios procesales; sin embargo, ello no quiere decir que la presente reforma afecte a todos los articulados, puesto que el dispositivo normativo en el que recae la regla de exclusión probatoria es el que s encuentra en el título preliminar, toda vez que desde esta fórmula legal parte la exclusión de prueba prohibida.

CUADRO N° 2



Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ANÁLISIS

Como se ha planteado en el cuadro materia de análisis, existen excepciones tanto para la prueba ilícita originaria como para la derivada, todas ellas no han sido reguladas por el legislador y solo han sido admitidas conforme a la doctrina y jurisprudencia, sobre todo internacional ya que desde allí se partió para su inclusión mediante el pleno jurisdiccional en nuestro país, por ello se introdujo la fórmula legal del articulo VIII del Título Preliminar del CPP.

Siendo así, la norma legal genera una problemática, toda vez que al analizar el inciso 2 del artículo en mención hace alusión a una regla absoluta y la aplicación de alguna excepción contraviene a ello; sin embargo, en el inciso 3 se anuncia una excepción la cual es a favor del reo, ello termina siendo contrapuesto a la regla general, ya que desde un inicio no se quiso taxativizarlas porque no lo consideraban necesario y óptimo, pero como podemos observar una de ellas si se encuentra estipulada e incluso deja entrever como si fuese el único supuesto aplicable por estar regulado.

Además, la Constitución Política al ser el amparo de los derechos fundamentales, se vulneraria al admitir pruebas ilícitas sin excepciones amparadas por la norma procesal, por lo que el vació legal genera inseguridad y afectación no solo en el articulado sino en los procesos que involucren esta figura, pues afectaría a su vez el debido proceso, el derecho de defensa y la tutela jurisdiccional efectiva.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinaria a nivel nacional e internacional, ha sido extensa respecto de las excepciones a la prueba prohibida; sin embargo, es preciso recordar que son sistemas muy distintos tales como Norteamérica y a nivel latinoamericano, es por ello que sus fallos no pueden ser vinculantes a los nuestros, lo cual se tiene claro, ya que más allá de la diferencia entre estos sistemas como los juicios por jurado, lo cual no se aplica en Perú, existen otras distinciones mucho más trascendentales sobre todo respecto a la prueba prohibida.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

En concordancia, los supuestos de exclusión de la prueba ilícita aplicadas en el sistema anglosajón involucran la renuncia a la IV enmienda y si ello se traslada a nuestro sistema, sería igual a la renuncia de diversos derechos fundamentales lo cual no está permitido, así también otra diferencia es que el imputado no goza de los derechos previstos como si ocurre en el proceso penal peruano, tales como el derecho a la no incriminación ya que en EE.UU. se presenta la excepción a la destrucción de la mentira del imputado y en nuestro país es imposible su aplicación más aún por que su tratamiento recae en un medio de defensa.

En función de lo planteado, el sistema penal peruano ha brindado un tratamiento muy deficiente a las excepciones que consideraron admitidas, mediante el Pleno Jurisdiccional de Trujillo del 2004, en base a los casos y doctrina norteamericana y europea. Se plantea entonces que no se han fijado parámetros establecidos porque en el Pleno en mención solo las define más no hace un análisis de fondo si las excepciones admitidas son coherentes y adaptables con nuestro sistema.

Sucede pues, que plantearon la admisión de la excepción de buena fe en el caso de flagrancia y que deba de aplicarse mediante el control del fiscal y juez, a saber, en muchas ocasiones las actuaciones policiales tienen errores en su ejecución y al final todo recae en el fiscal, pero no se sabe si fue por imprudencia, en este caso no analizaron supuestos en los que a través de su aplicación podría traer consecuencias por su carácter subjetivo.

Por otro lado, asumen admitir la teoría del riesgo, con un fundamento especial, siendo que si uno no cuida de sus derechos que no pretenda que lo ampare un Juez, ello es inadmitido toda vez que da a entender que ninguna persona al no cuidar sus garantías no podría acudir a la justicia ante un conflicto, por lo que la problemática en esta teoría se basa en que se acepta la vulneración de derechos fundamentales de la persona por su supuesta falta de cuidado y al asumirla no se percataron que podrían alterar la tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora bien, en relación a las excepciones de la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, infracción constitucional beneficiosa ajena y la ponderación de intereses, todas aquellas han sido admitidas para su utilización, pero fueron desarrolladas de forma muy básica, ya que solo se aborda su origen y en qué consiste, más no si serían afines a nuestro

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

sistema, lo mismo ocurre con la destrucción de la mentira del imputado que resulta contradictoria su aplicación y afecta el derecho a la no autoincriminación, lo cual no fue analizado cuando se acordó admitirla.

Por lo demás, las tres excepciones de la prueba derivada el Pleno las ha desarrollado conforme a su origen norteamericano, pero no se pronunciaron sobre su admisión o prohibición e incluso han sido aplicadas en diversos casos cuando en ningún pronunciamiento las admite, lo cual es incoherente porque en todo caso en la práctica los sujetos procesales estarían amparándose ante jurisprudencia de un sistema que no es vinculado al proceso peruano.

Al parecer se quiso hacer una copia de todas las excepciones que son más utilizadas o de mayor conocimiento; no obstante, sin ese análisis de fondo requerido se corre el riesgo de vulnerar derechos fundamentales o dejar graves precedentes, pues en el caso de la excepción de la destrucción de la mentira del imputado no es válida en nuestro sistema y por otro lado la teoría del riesgo y buena fe son supuestos que causan peligrosidad procesal, lo cual no fue tomado en cuenta.

Es preciso mencionar, que si bien existen diversas excepciones que no han tenido pronunciamiento alguno en nuestro proceso penal, como por ejemplo la teoría de los campos abiertos o el error inocuo, etc.; sin embargo, hasta el momento no han sido utilizadas en la práctica ni mucho han tenido una iniciativa de interponerlas, toda vez que no han sido de mayor impacto y desarrollo ligado a nuestra legislación, aunado a ello los Acuerdos Trujillo no han tenido un carácter vinculante, toda vez que no hacen referencia a él cuándo utilizan las excepciones y esto se debe a su escaso desarrollo sobre el tema.

Hay que hacer notar que, en dicho Pleno, antes de tomar los acuerdos indicaron que el análisis del artículo VIII del T.P induce a una acepción absoluta y ello no es compatible con la doctrina y jurisprudencia y esa falta compatibilidad es porque no se admite ninguna excepción a la norma, siendo el mismo Pleno que lo señala para que posteriormente admita ciertas excepciones, lo cual se torna contradictorio.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por otro lado, el pronunciamiento jurisprudencial que fue el Acuerdo Plenario N° 4-2010 solo abordó el tema de la tutela de derechos, sin señalar que la regla de exclusión es absoluta o habría la posibilidad de admitir excepciones. Lo mismo ocurrió con el máximo intérprete de nuestra Constitución, que en sus diversos pronunciamientos sólo mencionaron la afectación de los derechos fundamentales y la concepción mayoritaria que toma respecto de la prueba ilícita.

Todo ello, ha traído consecuencias las cuales se han verificado mediante el análisis de los casos emblemáticos, ya sea por aplicar excepciones que no han sido emitidas por el Pleno, por otro lado aplicarlas de manera errónea y sobre todo no admitir excepciones ante una restricción por la regla de exclusión de la prueba ilícita, siendo así los criterios tomados por los distintos Juzgados y Salas penales han sido contradictorios, afectando el Debido Proceso, la Tutela Jurisdiccional Efectiva, incluso la Debida Motivación de Resoluciones Judiciales y en algunos casos el derecho de defensa.

Por consiguiente, se debe cambiar el escenario desde la raíz, es decir brindar mediante un estudio de fondo sobre las excepciones que se adaptan a nuestra norma procesal para ser reguladas y así puedan aplicarse con un amparo legal mediante la interposición de cualquiera de las partes procesales o de oficio, con la finalidad de otorgarle a estas figuras un tratamiento más idóneo.

IV. NECESIDAD DE TAXATIVIDAD DE LAS EXCEPCIONES

En primer lugar, una vez concluido el análisis de la investigación realizada respecto de la institución de la prueba ilícita y todo lo que deriva de ella en el proceso penal peruano, ha permitido encontrar un problema que aparentemente estaba resuelto, siendo este la necesidad de taxativizar las excepciones a la prueba prohibida y que si bien estás se encuentran en la jurisprudencia y doctrina de nuestro país; no obstante, no han sido recogidas en el Código Procesal Penal, es por esta razón que se desarrollará la justificación de aquella problemática latente en nuestro proceso penal.

En segundo lugar, resulta claro que estas excepciones han sido desarrolladas y admitidas por los Acuerdos Trujillo, pero ello no significa que cierra toda brecha, vacío y problema legal

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de esta institución de la prueba ilícita, toda vez que se ha verificado qué los diversos pronunciamientos que han otorgado su origen en el sistema peruano han sido deficientes por su falta de análisis.

Desde esta perspectiva, como resultado se ha tenido qué en los diversos procesos ya sea desde la investigación hasta juicio oral, los sujetos procesales han acudido a esta figura en la búsqueda de que las pruebas con ilicitud que son consideradas vitales para sus teorías del caso obtengan efecto legal, pero ello se ha visto forzado en algunas situaciones así como la utilización de excepciones a la prueba derivada, cuando estás solo han sido conceptualizadas, más no han tenido un pronunciamiento ya sea legal, jurisprudencial y doctrinario sobre su admisión o prohibición.

Ahora bien, es preciso mencionar que no todo es recomendable que se regule lo cual es válido y compartido, ya que se puede acudir a las diversas fuentes del derecho; sin embargo, en esta ocasión existe una regla general de la prueba ilícita, misma que sí está contemplada en la norma procesal y no admite excepción alguna por la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, que incluso respalda el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

De ahí se desprende, que verifica una interpretación absoluta generando inseguridad en los procesos como se ha podido evidenciar a lo largo de este trabajo, aplicándose excepciones no admitidas o incluso poniendo en riesgo el futuro del proceso teniendo un final con una sentencia condenatoria valorando pruebas ilícitas admitidas sin excepciones planteadas o forzar una absolución dejando inseguridad en la sociedad por no admitir excepciones y basarse en una regla de exclusión probatoria.

Cabe destacar que en su momento no consideraron prudente la regulación de las excepciones porque aseguraban que beneficiaba un mejor desarrollo del debido proceso y porque su aplicación depende de cada caso en concreto, por el contrario, es necesario hacer una revisión de que en todo el código existen diversas figuras que de la misma forma se tienen que aplicar dependiendo del caso en concreto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

A saber, en todos los casos por más que sean imputados por el mismo delito tienen diferentes caminos, medios probatorios, distintas teorías del caso e incluso diferentes medios de defensa o instrumentos procesales que son interpuestos dependiendo del caso en que se presente, por ello no resulta una justificación válida y coherente ante la negativa de regulación de las excepciones a la prueba ilícita.

Aunado a ello, existe una contradicción ya que una excepción se encuentra regulada en el artículo VIII.3 del CPP, referida a la infracción constitucional beneficiosa del imputado, ello demuestra que su incorporación a la norma no ha afectado al derecho del debido proceso; sin embargo, las demás excepciones que no están estipuladas taxativamente si han traído consecuencias y afectación al derecho aludido, por su falta de aplicación y por colocar por encima a la regla de exclusión como restringida, aludiendo que la única excepción que se podría plantear es la mencionada por tener amparo legal.

De esta manera, resulta claro que la problemática incide en que se aplican excepciones en la justicia penal cuando tenemos una regla restringida, la cual está siendo vulnerada e incluso se toman en cuenta excepciones que tampoco las acordó el Pleno ya sea de manera positiva o negativa, generando de nuevo inseguridad jurídica, por lo que ante su ausencia surge la necesidad de establecer un catálogo normativo de las excepciones, no solo para que tengan un amparo legal, sino para determinar su alcance y cuáles serían las que realmente son adaptables a nuestro proceso penal y de esta manera si exista un mejor desarrollo del debido proceso con igualdad de condiciones.

V. COHERENCIA NORMATIVA PROCESAL

En este rubro verificaremos diversas instituciones establecidas en el Código Procesal Penal, con la finalidad de comparar si alguna norma jurídica de carácter absoluto ha asumido supuestos preestablecidos para brindar una excepción, condición, causal, entre otros, a su vez indicar que margen contienen y de esta manera justificar que las excepciones a la prueba ilícita obtengan ese carácter para ser incluida en la norma procesal.

Conforme el legislador reguló ciertas instituciones en el código con excepciones, causales o presupuestos, así no sean afines al ámbito probatorio como lo es la prueba prohibida,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

todo ello se taxativizó por un solo motivo que fue la seguridad jurídica, en el sentido que el Estado en busca de prevalecer la legalidad procesal mediante el órgano judicial ha optado por cubrir cualquier vacío legal para evaluar y luego valorar las conductas de los ciudadanos que infringen a la norma sean determinadas mediante modelos establecidos por la Ley.

A propósito, aquellas instituciones pueden ser las referidas a las causales de sobreseimiento las cuales el legislador las incorporó de manera taxativa en el artículo 344.2 del CPP, ello con la finalidad de no dejar abierto el panorama en que se pueda interponer el sobreseimiento ante cualquier situación, de esta manera cerraba el legislador una barrera en la que solo se podía solicitar esta figura cuando se presenten los presupuestos indicados.

Así como también, las causales de nulidad previstas en los artículos 150 y 151 del CPP, las cuales adquieren un carácter ya sea de *numerus apertus y clausus*, en el primer apartado refiere a la nulidad absoluta donde el legislador precisó taxativamente que no es necesaria su solicitud por parte de los sujetos procesales y será pronunciado aún de oficio respecto de defectos concernientes distribuidos alfabéticamente desde el literal *a* hasta el *d*; no obstante, solo en el caso de los tres primeros apartados tendrán carácter de *numerus clausus*.

Con relación al último supuesto de la nulidad absoluta que está estipulado en el literal d este refiere sobre el contenido esencial de los derechos y garantías constitucionales que en esta ocasión tendrá carácter de *numerus apertus*, por la cuestión que dicha inobservancia recae en cualquier vulneración al derecho fundamental. Ahora bien, respecto del segundo apartado concerniente a la nulidad relativa, esta solo podrá requerirse en base a determinados supuestos, así como lo estipula en el inciso 1 referido a que se solicitará con excepción en los supuestos que se haya pedido la nulidad absoluta, siendo así adquiere el carácter de *numerus clausus*.

En referencia a las excepciones como medios de defensa, las cuales se encuentran en el artículo 6 del CPP, pues estos son instrumentos que pueden ser interpuestos solo por la defensa y de oficio con la finalidad de extinguir la acción penal, con la única oportunidad de interponerse antes de culminar o durante la etapa intermedia, siendo la naturaleza de juicio, improcedencia de acción, amnistía, cosa juzgada y prescripción, cabe decir que todas estas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tienen carácter de *numerus clausus*, toda vez que cierran la posibilidad de interponerse ante cualquier situación, ya que solo podrán deducirse en casos referidos.

Lo mismo ocurre con las excepciones a la prueba prohibida, con las diferencias que en este caso pueden ser alegadas por ambas partes procesales y en algunos supuestos deducidas por el juez, como es la ponderación de intereses, ya que en esta estará en sus manos balancear los derechos que colisionan mediante el uso del test de ponderación. Así también que las mencionadas están referidas a la regla de exclusión y que pueden ser interpuestas en cualquier etapa del proceso.

Aunque es preciso señalar, que se tiene claro que las llamadas excepciones propiamente dichas se encuentran en el código referidas a la acción penal; no obstante, en la prueba prohibida se han dado a conocer mediante la doctrina y jurisprudencia con el mismo *nomen iuris*, pero en esta ocasión destinadas a la prueba; sin embargo, para evitar una incoherencia en el código se otorgan a las mencionadas como los supuestos o causales de exclusión de la prueba ilícita.

En síntesis, la regla de exclusión es clara lo mismo que las demás instituciones del código, es entendible que el legislador no quiso regularlas por diferentes razones que son respetadas, pero no compartidas; por esta razón no existe imposibilidad alguna de hacerlo más aún cuando trae consigo beneficios que más adelante se expondrán.

De esta manera es necesario mencionar que ante una posible reforma los supuestos de exclusión tendrán el carácter de *numerus apertus y clausus*, pues su fórmula abierta tendrá la finalidad de no cerrar alguna posibilidad de que en cualquier caso que se presente pueda aplicarse, y en caso de la fórmula cerrada adquirirán este carácter porque solo están destinados a un determinado asunto; sin embargo, todas podrán interponerse siempre estén debidamente fundamentadas y analizadas.

VI. PANORAMA CON EL ADVENIMIENTO DE LA REFORMA

Luego de una investigación profunda sobre las llamadas por su origen excepciones a la prueba ilícita, es claro que se necesita un catálogo de supuestos de exclusión para que sean regularizados en el CPP, todo ello solucionaría diversos problemas que han surgido ante su

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ausencia de taxatividad, de esta manera a continuación se manifestarán los beneficios que traería consigo la búsqueda de la presente reforma.

En primer lugar, dicha regulación favorece el mejor desenvolvimiento de la investigación, más aún al debido proceso, ante la presencia de prueba ilícita, toda vez que no habría confusión para los operadores de justicia si la regla de exclusión probatoria es absoluta, puesto que contendría excepciones.

En segundo lugar, beneficiaría a una debida motivación de las resoluciones judiciales, puesto que se plantearían las excepciones correctas teniendo en cuenta las especificaciones de cada caso, de esta manera la motivación estaría basada ante lo señalado por el código, lo interpuesto por las partes y lo actuado en la etapa probatoria, ya que valorar pruebas ilícitas o admitirlas sin fundamento alguno trae consecuencias y sanciones, así como también incluirlas sin analizar la posibilidad de emplear algún supuesto de exclusión.

En un tercer momento, las partes procesales aplicarían las excepciones o regla de exclusión cuando sea necesario y no cuando solamente beneficie a su teoría del caso, es decir, en algunos casos prevalece la posición que la regla es absoluta y en otros si debería aplicarse excepciones, lo cual genera su desnaturalización, de esta manera dicha reforma brindaría un mejor tratamiento a dichas figuras jurídicas.

Finalmente, es importante aclarar que la búsqueda de esta reforma no trata de favorecer solo a la sociedad o siempre buscar una sanción al acusado, además se quiere dejar de lado el pensamiento que con ello se induce a una parcialización del juzgador, ya que por el contrario más allá de llegar a la justicia, lo que en realidad se requiere es un mejor desarrollo al debido proceso, que no se vulnere la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el derecho de defensa, incluso dejar pasar por alto la vulneración de derechos fundamentales y más aún el derecho a probar, es así que se beneficiaría el proceso penal y las partes intervinientes ante una eventual regulación de dichos supuestos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

VII. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN APLICABLES

En base a lo desarrollado en los apartados precedentes, es momento de dar a conocer sobre los supuestos de exclusión de la prueba prohibida ante su posible regulación, cabe precisar que dichas teorías y doctrinas no se consignarán taxativamente tal cual su nomenclatura, toda vez que estos cambios son al Código Procesal Penal y deben contener un *nomen iuris* adaptable e ideal a un código, de esta manera se enumeran las causales aplicables al proceso penal peruano.

Prueba originaria

1. Teoría de la Ponderación de intereses

Este supuesto tendrá carácter de *numerus apertus* porque podrá ser interpuesto ante cualquier escenario que se presente, con la finalidad de ponderar los derechos que se contraponen en el proceso, lo cual tendrá la siguiente formulación legal:

Supuesto regulado: Cuando colisionen derechos fundamentales, se acudirá al test de ponderación.

2. Teoría de la Infracción Constitucional beneficiosa para el imputado

Ahora bien, está teoría ya se encuentra regulada en el CPP y tiene un enfoque de *numerus apertus,* ya que sólo podrá ser alegada cuando favorezca al reo, pero respecto al caso en concreto que se presente, de esta forma estará estipulado de la siguiente manera:

Supuesto regulado: La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Prueba derivada

Las presentes excepciones o llamadas supuesto de exclusión de la prueba indirecta, tendrán el carácter de *numerus clausus,* puesto que su aplicación dependerá de ciertos factores, es decir, sólo podrán aplicarse en determinadas cuestiones, como es la fuente independiente si la prueba derivada puede obtenerse por otro origen, lo mismo que el hallazgo inevitable cuando

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

exista un camino paralelo y el nexo causal cuando se cumplan sus factores que señale la doctrina, siendo así estos supuestos quedarán regulados de la siguiente forma:

1. Fuente independiente

Supuesto regulado: Al suprimir la prueba directa se obtenga por una vía independiente a la indirecta.

2. Descubrimiento inevitable

Supuesto regulado: De forma inevitable la prueba se pueda obtener por una vía alterna o simultánea.

3. Nexo Causal Atenuado

Supuesto regulado: El vínculo entre la prueba directa e indirecta se atenúe por la falta de inmediación entre el actor inicial y posterior

VIII. ESTUDIO DE ENTREVISTAS Y RESULTADOS

Al inicio de la presente investigación se platearon interrogantes y objetivos los cuales fueron la guía con la finalidad de comprobar la problemática generada referida a la ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, para ello se analizó cuatro casos emblemáticos que ocurrieron a nivel nacional en nuestro país.

Aunado a ello, una vez concluida la investigación se diseñó una guía de entrevista la cual fue practicada a diversos juristas entre jueces, fiscales y abogados defensores, con la finalidad de conocer su perspectiva respecto a la problemática sobre la ausencia de las excepciones a la prueba prohibida, la cual ha consistido en seis preguntas, siendo así la información obtenida fue la siguiente:

A. PREGUNTA 1:

Con relación a la primera pregunta abordaba sobre la problemática de la ausencia de las excepciones a la prueba prohibida, en este punto los diversos juristas han considerado que estamos ante un problema latente que hasta el día de hoy no se ha abordado de manera sistemática, aunado a ello precisan que el fundamento de las excepciones a la regla de exclusión

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

en nuestro país viene a ser el derecho fundamental a la verdad y al estar ante un sistema legalista, lo que no se encuentre en nuestro código no va generar una vinculación para su aplicación por lo que muchas veces esta ausencia de excepciones podría generar el aprovechamiento de algún vacíos o falta de normatividad y por último, cuando se trata de una excepción, esta no puede quedar en manos a la interpretación de la jurisdicción.

B. PREGUNTA 2:

Ahora bien, con relación a la segunda interrogante sobre la suficiencia del desarrollo jurisprudencial ya sea de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, todos los doctrinarios entrevistados asumieron que no es suficiente su desarrollo abordado y por esta razón que es necesario su actualización toda vez que esta institución ha tenido una evolución a lo largo de los años y hasta el momento no se ha encontrado criterios en los cuales puedan vincularse, además que su desarrollo daría paso a su regulación legislativa, lo cual genera una mayor predictibilidad a los criterios a nivel nacional.

C. PREGUNTA 3:

En cuanto a la tercera pregunta relacionada a la posición de estos juristas sobre cuáles consideran la razón por la que el legislador omitió precisar esas excepciones en el código procesal penal, algunos mencionan que se trata porque no puede prever el legislador en su totalidad todos los supuestos que requieren regulación. Por otro lado, mencionan que siempre van a existir vacíos normativos y que se puede recurrir a la interpretación jurisprudencial, asimismo concretizan que debe darse por una aplicación netamente interpretativa las excepciones.

De lo anteriormente recepcionado, no se comparte dicha precisión toda vez que existe una regla de exclusión que tiene un amparo legal y es por esta razón que se genera la problemática, ya que para cierto sector pueden considerarla absoluta como para otros no y si dejamos en manos de la interpretación la excepciones podría provocar que cuando estemos ante un caso con material probatorio vital para el proceso en base a una interpretación podría quedar fuera del acervo probatorio, generando muchas veces impunidad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Adicionalmente, algo preciso que dos juristas mencionaron fue qué muchas veces se tiene el buen concepto entre legislador y juez, por al aplicar la interpretación no siempre va a llevarse a cabo de manera correcta, por ende, se va a incurrir en errores, lo cual no se puede confiar de ello ya que cuando estamos ante una figura jurídica que prevé el acervo probatorio no puede estar sometida a una mera interpretación.

Por otro lado, mencionaron que el legislador había omitido la función de garantía, seleccionadora y una motivadora, ya que no tenía como legislar algo que nunca plantearon y por ese motivo no consideró necesaria esta regulación, pero no fue correcta su decisión ya que ello ha traído problemáticas en los diversos criterios que se han generado los cuales resultan contradictorios.

D. PREGUNTA 4:

Desde otra perspectiva, una interrogante muy importante que se les precisó fue sobre las excepciones que consideran aplicables a nuestro sistema, en esta ocasión la mayoría de los juristas mencionaron a la ponderación de intereses, otros mencionaron a las excepciones respecto a la prueba prohibida derivada es decir fuente independiente, descubrimiento inevitable y nexo causal atenuado.

Sin embargo, uno de los juristas menciona qué no debe de aplicarse ninguna excepción toda vez que existe una regla general estipulada en el artículo VIII inciso 2 del Título Preliminar la cual es la regla de exclusión y para este jurista según su interpretación es restringida.

Esto último hay que hacerlo notar porque en mi presente investigación este ha sido la mayor problemática que ha generado esta ausencia de excepciones, toda vez que si dejamos las excepciones a una mera interpretación al igual que este jurista por su interpretación podría generar y considerar que la regla de exclusión está por encima de todo y que no cabe excepción alguna lo cual en un proceso cuando exista pruebas únicas y esenciales pero estas hayan tenido deficiencias por una ilicitud probatoria, no van a poder ser admitidas lo cual va a generar una absolución o de lo contrario puede ser admitida esta prueba prohibida haciendo caso omiso a la vulneración de los derechos fundamentales con la finalidad de buscar una condena.

E. PREGUNTA 5:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Una vez precisada y consignada la relevancia e importancia que ha tenido la ausencia de las excepciones era necesario plantearles la pregunta sobre los problemas que se presentaban en la práctica forense, desde ahí algunos juristas señalan que hasta el momento no habían tenido un problema, pero ello no ocurría porque se han presentado casos de esta naturaleza.

Por otro lado, mencionan que una problemática son los riesgos de incorporación de información inválida ya aquí señalan que esa búsqueda y esa necesidad de llegar a la verdad tiene una limitación y esa es la afectación a los derechos fundamentales, en este caso se va a apartar todas las pruebas que han sido obtenidas y no necesariamente deben ser excluida, más aún porque tanto el fiscal como el juzgador están sometidos a lo que señale la ley y la Constitución.

Adicionalmente, mencionan no habría una problemática exacta en la práctica forense, ya que el legislador preciso una regla y una sola excepción en el código referida a la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, es por esta razón que tal mandato debe ser cumplido, siendo así una vez más estamos ante nuestro sistema legalista y efectivamente al no estar reguladas las excepciones harán caso omiso a su aplicación o de lo contrario solo tomarían en cuenta la que precisa el código como si fuese la única que pudiera aplicarse por tener exactamente ese amparo legal.

F. PREGUNTA 6:

Finalmente, en la última pregunta que se les presentó fue sobre los beneficios jurídicos que generaría la incorporación normativa de las excepciones, de esta manera algunos juristas señalan que basta con la doctrina y jurisprudencia, pero hasta aquí es necesario mencionar que no brindaron cuál es la jurisprudencia exacta o que cubre esta problemática de las excepciones, toda vez que no existe la suficiencia de la jurisprudencia, más aún que la doctrina no es unánime y además pretenden dejar esto a la interpretación con la finalidad de no crear más reglas que estén en contra de la exclusión probatoria.

Por otro lado mencionan que siempre el análisis y estudio de una institución en la búsqueda de su incorporación normativa va a traer beneficios operativos en la práctica judicial respecto a la motivación de las decisiones y que con toda seguridad se generaría un límite sobre

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

todo a los jueces para qué se cuiden de no afectar la norma, es preciso mencionar que estas excepciones no deberían de estar tal cual a su nomenclatura como teoría o doctrina, sino brindarles un catálogo normativo como presupuestos o supuestos de exclusión a la regla de exclusión de la prueba prohibida y darles un *nomen iuris* acorde a un código todo esto en la búsqueda de una seguridad del proceso.

Por consiguiente, una vez analizado las respuestas de los diversos entrevistados se ha logrado cumplir con los objetivos planteados desde un inicio de esta investigación los cuáles van a ser descritos brevemente de la siguiente manera:

PRIMER OBJETIVO:

Ese objetivo consistía en determinar el estado actual de las excepciones a la prueba prohibida en nuestro proceso penal, a lo cual como resultado se tiene que las excepciones evidentemente no se encuentran reguladas en nuestra normatividad y generan una problemática ya que ello queda en manos de una interpretación y esta misma también aplica a una regla general que tiene amparo legal y el quererlas aplicarlas podríamos estar incurriendo en una vulneración a la regla de exclusión de la prueba prohibida, por lo que se ha determinado finalmente que es necesaria su regulación para que contengan un sostén ya sea el amparo legal.

SEGUNDO OBJETIVO:

En esta ocasión, el objetivo planteado fue clasificar las excepciones a la pruebaprohibida aplicables al proceso penal peruano, de esta manera se ha obtenido de la informaciónrecabada que las excepciones que son adaptables a nuestro sistema es la ponderación de intereses y todas las excepciones respecto de la prueba derivada ya sea fuente independiente descubrimiento inevitable y nexo causal atenuado.

No obstante, existe una excepción que si se encuentra regulada que es referida a la infracción constitucional beneficiosa para el imputado la cual no podría dejar de estar regulada toda vez que esto tiene incluso amparo en la Constitución Política respecto al artículo 139 que todo va a ser en favor al imputado, por lo que resulta una excepción también aplicable a nuestra normatividad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

TERCER OBJETIVO:

Respecto del tercer objetivo se enfocó al examinar la problemática que se genera a raíz de la ausencia de taxatividad de las excepciones a la prueba prohibida, por lo que del análisis y diagnóstico obtenido este objetivo se ha logrado en el sentido qué la problemática se genera porque se presentan criterios jurisdiccionales contradictorios, lo cual no permite llegar a una uniformidad cuando estamos ante las excepciones a la prueba prohibida y en muchas ocasiones esta interpretación vulnera el debido proceso ya que para ciertos casos se puede aplicar una excepción como para otros no es así, porque en un primer momento consideran que sí puede ser aceptada y en un segundo lugar consideran lo contrario.

CUARTO OBJETIVO:

Por último, este objetivo se basó en identificar los beneficios generados a raíz de la inclusión normativa de las excepciones a la prueba prohibida, y cómo objetivo ejecutado se tiene que uno de los beneficios es la seguridad aún proceso equitativo, va a generar una mejor motivación a las resoluciones judiciales, es decir una mejora en la operatividad judicial, aunado a ello se tendrá en claro si es que la regla estipulada en el Título Preliminar del Código Procesal Penal es absoluta o puede admitir alguna excepción adicional a la ya estipulada y con ello favorecerá a todos los sujetos procesales al momento de incorporar material probatorio.

RESULTADO:

En síntesis estas entrevistas realizadas a los operadores y especialistas pertenecientes al sistema de Justicia penal han permitido conocer una perspectiva sobre cómo han podido aplicar, responder y valorar cuando se presenta alguna prueba prohibida o sus excepciones, uno de los datos resaltados es que evidentemente estamos ante una regla de exclusión absoluta que impide utilizar e interponer una excepción así sea mediante la jurisprudencia o doctrina, ello no va a solucionarse mediante más jurisprudencia en este caso así sea de contenido sistemático, ya que siempre la regla estará por encima para lo cual necesita que en su propio apartado mencione que caben excepciones precisando las únicas aplicables.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

De esta manera, el objetivo general de la presente investigación planteado sobre proponer la inclusión normativa de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida ha sido desarrollado y efectuado, de esta manera la relevancia e importancia que ha traído estas instituciones jurídicas va a seguir generando una problemática si es que no se busca una solución y esta es su taxatividad en el Código Procesal Penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CONCLUSIONES

PRIMERA: CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

La regulación normativa actual al interior de nuestro proceso penal acoge una concepción restringida con relación a la prueba prohibida, es decir, sólo será considerada prueba prohibida aquella que transgrede —directa o indirectamente—, el contenido esencial de un derecho fundamental. Esta postura se encuentra explícita en el art. VIII.2 del Título Preliminar, en correspondencia con la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional.

SEGUNDA: JURISPRUDENCIA INSUFICIENTE

Nuestra investigación ha determinado que existe un desarrollo jurisprudencial mínimo en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, gran parte de los pronunciamientos jurisdiccionales (Tribunal Constitucional y Corte Suprema), se han limitado a conceptualizar la institución de la «prueba prohibida» como tal, sin brindar atención a las excepciones aplicables a nuestra normatividad nacional.

TERCERA: ERRÓNEA INTERPRETACION DE LAS EXCEPCIONES

Una revisión detallada y atenta de los pronunciamientos jurisdiccionales desprendidos de los casos emblemáticos, podrá advertir que existe una interpretación equivocada de las excepciones a la prueba prohibida, e incluso, un grave desconocimiento de las implicancias de cada de aquellas. Un factor que abona la situación en referencia es la ausencia de un catálogo de excepciones aplicables, puesto que el desarrollo que se realizó en torno a este punto nos obliga a prestar atención a jurisprudencia de países foráneos.

CUARTA: EXCEPCIONES APLICABLES

Existen diversas excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, sinembargo, el contenido que se le ha brindado a dichas excepciones obedece a ordenamientos jurídicos diferenciados al nuestro, en consecuencia, es necesario identificar cuáles son las excepciones que podrían ser aplicables a nuestro proceso penal, en ese sentido se ha establecido que las excepciones aplicables son las siguientes:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Prueba originaria: Teoría de la Ponderación de intereses; Teoría de la Infracción Constitucional beneficiosa para el imputado.

Prueba derivada: Fuente independiente; Descubrimiento inevitable; Nexo Causal Atenuado.

QUINTA: NECESIDAD DE UNA REFORMA NORMATIVA

Es necesario una reforma normativa en relación a las excepciones a la regla deexclusión, una fórmula legal que pueda conciliar la perspectiva restringida, y, además enunciede manera taxativa cuales son las aplicables.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Es recomendable que se brinde un desarrollo estricto a lo que debe entenderse por «contenido esencial» de un derecho fundamental, y aquello debido a que existen diversas actuaciones en la actividad jurisdiccional que omiten pronunciarse sobre este punto cuando se debate una excepción a la regla de exclusión, más aún, cuando este concepto no ha sido ampliamente difundido en nuestra comunicad jurídica.

SEGUNDA:

Es recomendable un pronunciamiento plenario en relación al contenido y tratamiento de cada una de las excepciones a la regla de exclusión, ya que durante nuestro análisis se ha podido evidenciar que existe una falencia en cuanto a su desarrollo, y, además, una errónea interpretación en cuanto a su contenido.

TERCERA:

Es recomendable un control de motivación riguroso ante mecanismos de tutela que postule excepciones a la regla de exclusión, y aquello debido a la interpretación errónea y defectos de motivación existentes en los casos emblemáticos analizados.

CUARTA:

Es recomendable variar la perspectiva actual en torno a la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión, siendo que ya luego de la investigación, se han establecido cuales de aquellas son estrictamente aplicables a nuestro proceso penal, que serían las siguientes:

QUINTA:

Es recomendable la elaboración de un proyecto de ley que postule la taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión, en el cual se determina de manera normativa las causales preestablecidas a efecto de brindar seguridad jurídica en la actuación procesal de los partícipes del proceso.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arbulú, V. (2014). *La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal* (1° ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Arismendiz, E. (2015). La prueba en el delito de Colusión bajo las reglas del Código Procesal Penal de 2004. En *La prueba en el proceso penal* (1° ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Casaverde, L. (2021). La prueba prohibida en el caso Petroaudios. *Actualidad Penal*.

Castillo, J. (2018). *La Presunción de Inocencia como Regla de Tratamiento.* Lima: Ideas Solución Editorial.

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

Castro, H. (2014). Apuntes sobre prueba ilícita en el proceso penal de 2004. En *Nuevo Código Procesal Penal comentado* (Vol. 1°). Lima: Instituto Legales.

Clariá, J. (2008). *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. (1989). Obtenido de http://www.iibdp.org///wp-content/uploads/2020/08/IIDP_Codigo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoamerica.pdf

Constitución de la República Peruana. (19 de octubre de 1856). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1856/Cons1856_TEXTO.pdf

Constitución para la República del Perú. (12 de Julio de 1979). Obtenido de https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm

Constitución para la República del Perú. (18 de Enero de 1920). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf

Constitución Política de la República Peruana. (10 de Junio de 1834). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1834/Cons1834_TEXTO.pdf

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Constitución Política de la República Peruana. (18 de marzo de 1828). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1828/Cons1828_TEXTO.pdf

Constitución Política de la República Peruana Sancionada. (12 de noviembre de 1823). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf

Constitución Política del Perú. (10 de Noviembre de 1860). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1860/Cons1860_TEXTO.pdf

Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993). Obtenido de https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion2020web-10-12-2020.pdf

Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993). Lima. Obtenido de https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf

Constitución Política del Perú. (29 de Marzo de 1933). Obtenido de https://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1933.htm

Constitución Política del Perú Sancionada por el Congreso Constituyente de 1867. (29 de agosto de 1867). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1867/Cons1867_TEXTO.pdf

Constitución Política para la República Peruana. (1 de julio de 1826). Obtenido de https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1826/Cons1826_TEXTO.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. (10 de diciembre del 2013). *Sala Penal Transitoria RNN° 1640-2013 Santa.* . Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed97070045fc8e058ecb9e021c5bb19c/RN+001640-2013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed97070045fc8e058ecb9e021c5bb19c

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Corte Suprema de Justicia de la República. (16 de noviembre del 2010). *VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS, Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116.* Obtenido de https://lpderecho.pe/audiencia-tutela-derechos-acuerdo-plenario-4-2010-cj-116/

Corte Suprema de Justicia de la República. (18 de marzo del 2022). *Sala Penal Permanente, Recurso de Casación Nro. 1762-2018/Arequipa.* Obtenido de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3026287/CAS%201762-2018%20AREQUIPA.pdf.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. (6 de diciembre del 2011). *VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, ACUERDO PLENARIO N° 6–2011/CJ–116.* Lima. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d7ac3b004a1e482fa329eb91cb0ca5a5/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+6-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d7ac3b004a1e482fa329eb91cb0ca5a5

Cusi, J. (2016). *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal.* Lima: IDEMSA.

De la Cruz, M. (2007). *El nuevo proceso penal.* Lima: IDEMSA.

Del Río, G. (2010). *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio* (1° ed.). Lima: ARA Editores.

Devis, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial.* Buenos Aires: Temis.

Espinoza, R. (2021). Uso de la teoría del riesgo y prueba ilícita en el ordenamiento jurídico peruano. *Actualidad Penal*.

Falcón, E. (2003). *Tratado de la prueba.* Buenos Aires: Astrea.

Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba.* Lima: Grijley.

Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (3° ed.). Madrid: Marcial Pons.

Guevara, I. (2018). La prueba prohibida. Ocaso o replanteamiento de sus bases a partir del interés públicos. En *La prueba en el proceso penal* (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Hernández, H. (2005). *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno.* Santiago de Chile: ISSN.

Jauchen, E. (2017). *Tratado de la Prueba Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial.* Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.

Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal* (2° ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mendoza, F. (2012). *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo* (1° ed.). Lima: San Bernardo Libros Jurídicos.

Mendoza, F. (2022). *PROCESO PENAL Apuntes críticos* (1° ed.). Lima: IDEMSA.

Miranda, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2° ed.). Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR.

Miranda, M. (2012). *LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO (Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004).* Lima: Jurista Editores.

Miranda, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense.* Madrid: Marcial Pons.

Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. Tomo II). Lima: IDEMSA.

Nuevo Código Procesal Penal. (2004). Lima: Diario Oficial el Peruano.

Palacio, L. (2000). *La prueba en el proceso penal.* Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Peña, A. (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal* (2° ed.). Lima: Rodhas.

Pérez, M. (2020). Prueba prohibida. En *La prueba en el proceso penal.* Lima: Gaceta Jurídica.

Pisfil, D. (2018). *La Prueba Ilícitamente Obtenida en el Proceso Penal.* Lima: Editores del Centro.

Poviña, F. (2013). *Regla de exclusión probatoria.* Buenos Aires: Astrea.

Reátegui, J. (2018). *Comentarios del Nuevo Código Procesal Penal* (Vol. 1). Lima: Ediciones Legales.

Rosas, J. (2016). *La prueba en el proceso penal* (Vol. 2). Lima: Ediciones Legales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Rosas, J. (2016). *La prueba en el proceso penal* (Vol. 1). Lima: Ediciones Legales.

Salas, C. (2012). La actividad probatoria en el nuevo proceso penal: Recolección, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba. En *La prueba en el proceso penal de 2004* (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal* (1° ed.). Lima: INPECCP y CENALES.

Sánchez, L. (2018). ¿En qué momento se debe excluir la prueba ilícita en el proceso penal peruano? En *La prueba en el proceso penal* (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Talavera, P. (2017). *La Prueba Penal.* Lima: Editores Pacífico.

Taruffo, M. (2015). *Prueba y Proceso Judicial* (1° ed.). Lima: Instituto Pacífico.

Tribunal Constitución. (27 de octubre del 2010). *Expediente Nro. 00655-2010-PHC/TC.* Obtenido de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html

Tribunal Constitucional. (15 de septiembre del 2003). *Expediente Nro. 2053-2003-HC/TC.* Obtenido de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02053-2003-HC.html

Tribunal Constitucional. (17 de octubre del 2005). *Expediente Nro. 6712-2005-HC/TC.* Lima. Obtenido de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf

Tribunal Constitucional. (5 de abril del 2007). *Expediente Nro. 1014-2007-PHC-HC.* Lima. Obtenido de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html

Tribunal Constitucional. (8 de agosto del 2005). *Expediente Nro. 4831-2005-HC/TC.* Arequipa. Obtenido de https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.pdf

Vargas, R. (2019). *LA PRUEBA PENAL Estándares, razonabilidad y valoración.* Lima: Instituto Pacífico.

Villegas, E. (2015). La regla de exclusión de la prueba ilícita: Fundamentos, Efectos y Excepciones. En *La prueba en el proceso penal.* Lima: Instituto Pacífico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ANEXOS

I. ANEXO 1. PROYECTO DE LEY

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Dentro de este marco indagatorio sobre las excepciones a la regla de exclusión de a la prueba prohibida, resulta necesario evidenciar la problemática que genera su ausencia en el proceso penal peruano respecto del CPP, es por esta razón que la reforma legislativa propuesta se genera a raíz de la necesidad de modificar el dispositivo legal en cuestión y taxativizar las excepciones mencionadas para favorecer la operatividad de los sujetos procesales y en quien recae la potestad jurisdiccional.

Todo ello resulta significante para el debido proceso, ya que resulta incoherente que una excepción se encuentre regulada mientras que las demás solo tengan amparo jurisprudencial, más aún que la regla de exclusión generaliza cualquier prueba ilícita carecerá de efecto legal por lo que conlleva a una institución absoluta y genera incertidumbre en las partes del proceso.

2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

a. Objeto del proyecto

El objeto de la presente iniciativa legislativa es lograr una modificatoria al artículo VIII inciso 2 y 3 del Título Preliminar del CPP, referido a la prueba ilícita y a la excepción referida que cualquier vulneración a una garantía constitucional será válida si favorece al imputado. Es por ello, que la reforma en mención tiene el propósito de concretizar el enfoque de la regla de exclusión de la prueba ilícita y lograr una unificación respecto de los supuestos de exclusión para que sean taxativizados y de esta manera exista coherencia normativa y para su aplicación.

b. Antecedentes

La institución de la prueba ilícita ha tenido un desarrollo abundante en el sistema norteamericano, que desde ahí partió su iniciativa al sistema euro continental y latinoamericano, por esta razón, la legislación peruana por primera vez incorporó en el 2004 en el título preliminar del NCPP, la prueba ilícita en la cual hacía referencia a la regla de exclusión probatoria y la teoría del fruto del árbol envenenado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Asimismo, el punto central de la presente reforma es basada en las excepciones a la prueba prohibida, siendo así estos supuestos tuvieron su origen de igual forma en la Corte estadounidense, las cuales también han sido tomadas en cuenta en los distintos países, claro está que no han sido recogidas absolutamente todas, por lo que los países tienen una distinta interpretación.

De esta manera, la legislación peruana optó por estudiarlas y tomar la decisión de admitirlas en nuestro proceso penal, por lo que mediante el Pleno Jurisdiccional del 2004 llevado a cabo en Trujillo se decidió aceptar otras excepciones, pero no acordaron regularlas; sin embargo, es preciso mencionar que el legislador taxativizó una excepción que en su origen es conocida como la infracción constitucional beneficiosa para el imputado.

Es así que, las excepciones a la prueba ilícita fueron dando lugar en el proceso penal y tomadas en cuenta en diversos casos emblemáticos de nuestro país desde el momento en que fueron admitidas, a pesar de que su desarrollo jurisprudencial es escaso en nuestro país, ya que el Tribunal Constitucional y L acorte Suprema solo se abocaron a refirió sobre la conceptualización de la prueba ilícita, a pesar que incluso no diferenciaron a la originaria de la derivada y muchos menos precisaron sobre dichos supuestos de exclusión.

c. Fundamentación de la propuesta

En razón al enfoque de las excepciones a la prueba ilícita que han sido abordadas en nuestro CPP, es necesario hacer hincapié sobre ciertas problemáticas generadas, ya que dichas instituciones tienen parámetros que aún falta por analizar y desarrollar en nuestra legislación, tal es así que la presente reforma busca su regulación taxativa en el proceso penal.

En efecto, no toda institución debe ser taxativizada ya que podría hacerse uso por medio de la jurisprudencia, como es el presente caso; no obstante, respecto a la presente investigación en el CPP existe una regla que necesita ser aclarada si es absoluta o no, más aún que una excepción se encuentra regulada y genera confusión si es que podría ser la única que puede aplicarse o que tiene mayor peso por tener un amparo normativo.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Desde luego, se sustrae tres aspectos de lo anteriormente señalado, el primero es que existe una regla de exclusión que generaliza su restricción respecto que ninguna prueba ilícita podrá tener efecto legal, en segundo lugar, estamos ante una sola excepción normativizada a diferencia de las demás que se amparan ante un acuerdo jurisdiccional y por último el aspecto de mayor relevancia es la problemática que genera que las demás excepciones se encuentren fuera del ámbito normativo del CPP.

En consecuencia, es necesario la regulación de las excepciones a la prueba ilícita, mediante un *nomen irus* propio de un código, con la finalidad de brindarle supuestos a la regla de exclusión y de esta manera las excepciones adquieran un tratamiento propio dentro de la actividad probatoria, sin dejar vacíos legales o generando erróneas interpretaciones de su aplicación.

d. Análisis costo beneficio

El planteamiento de la presente reforma no generará ningún gasto al Estado, ya que, por el contrario, garantizará un mejor desarrollo en el sistema del proceso penal, beneficiando a las partes procesales y a los órganos de administración de justicia, toda vez que mediante la propuesta legislativa sobre los supuestos de exclusión generará un impacto ante la lucha contra la corrupción, ante la necesidad de buscar la verdad procesal y sin desamparar los derechos fundamentales.

e. Efecto a la norma a nivel nacional

La propuesta legislativa en mención se adapta a los criterios establecidos por la norma procesal y la Constitución, toda vez que no se busca el reconocimiento de una prueba ilícita, más bien se requiere de algún supuesto de exclusión para buscar la alternativa de que el medio de prueba pueda ser admitido porque en realidad produce un efecto legal.

A propósito, el efecto que traería consigo es aportar con la lucha contra la corrupción, que no exista una indebida motivación de las resoluciones, no afecte la tutela jurisdiccional efectiva y los derechos de las partes procesales, ya sea el derecho a la prueba, así como también el derecho de defensa, toda vez que genera un panorama aclaratorio sobre una regla que si

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

admite excepciones y cuáles serían las adaptables a nuestro sistema y que no solo una tenga amparo legal.

f. Reforma legal

El articulo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, contiene 3 incisos, de los cuales dos de ellos son referidos a la prueba prohibida exactamente el inciso 2 y 3 que están redactados conforme el siguiente precepto legal:

Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

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.

De esta manera, posterior a la reforma ejecutada en el articulado en mención, se derogará el inciso 3 para ser trasladado en un supuesto de exclusión dentro del inciso 2, lo cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, excepto cuando se presenten los siguientes presupuestos:

a) Cuando colisionen derechos fundamentales, se acudirá al test de ponderación;

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

c) Al suprimir la prueba directa se obtenga por una vía independiente la indirecta;

d) De forma inevitable la prueba se pueda obtener por una vía alterna o simultanea; y,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

e) El vínculo entre la prueba directa en indirecta se atenúe por la falta de inmediación entre el acto inicial y posterior.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

II. ANEXO 2. ENTREVISTAS

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

Cargo/Profesión/Grado Académico: Juez Superior de la Sala Penal Nacional

Institución: Corte Superior de Justicia del Perú

Lugar: Plataforma Zoom **Fecha:** 20-08-22 **Duración:** 26:00

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

Primero creo que un tema que usted está abordando y esto no es una cuestión delizonja, sino un trabajo que impresionó desde que lo he leído, porque cuando se ha trabajado sobre el tema de la prueba prohibida muchos no lo han visto como problemático tal vez por su contenido constitucional el tema de no estar vinculado al contenido esencial, pero no solo usted aborda el tema de la prueba prohibida, en el sentido de su exclusión como tal, sino parte de un tema que es ya un poco más específico,es decir la excepciones a la prueba prohibida, es decir una vinculación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de la exclusión probatoria que se produciría sobre la base de las excepciones, a la inversa como se incluiría esa información importante que habría sido objeto a una excepción a la prueba prohibida.

Yo tengo una percepción, lo que pasa que en nuestro Perú y gran parte de la judicatura latinoamericana tenemos un paradigma diesochesco, un poco afrancesado, porque tenemos una perspectiva un paradigma legalista, de tal manera que si no está en el código no nos sentimos vinculados, de lo contrario aprovecharíamos de los vacíos que estén en el código como para no hacer jurisdicción, eso lo hemos visto en el tema del cese de la prisión preventiva en todos aquellos temas que no obstante la norma autoriza las interpretaciones extensivas, analógicas; sin embargo, siempre buscamos lo que el código dice y parece que eso tiene que ver con la inseguridad de los operadores con trabajar esos criterios en tanto podrían ser pareceres de la doctrina y jurisprudencia.

Entonces la ausencia de una regulación normativa con relación a las excepciones de la prueba prohibida, si representa el no haber considerado el paradigma legalista de los jueces y que hace obviamente que esto no este no tenga tanta operatividad, más las soluciones son de carácter intuitivo o en algunos casos llegan a una suerte de aplicar esa excepción todo terreno que viene a ser la ponderación, entonces es correcto por lo menosme parece correcto la inquietud que usted manifiesta en la pregunta constituiría un problema que no estén reguladas las excepciones.

Si, y de hecho esto no es una cuestión que podamos decir en un proceso de constitucionalización del proceso penal con toda seguridad a futuro esto podrá superarsey los jueces tendrán un contenido más constitucional y convencional y podrán en su casotrabajar con las excepciones de manera prudente, me parece que el tema no esta tan claroy hay necesidad de una regulación porque a veces en el propio Estado Unidos, se ha vistocomo estas excepciones han crecido tanto a veces se llega solo a los temas de ponderación en forma general que de pronto resulta que estas excepciones vienen a ser una suerte más bien reglas casi generalizadas, entonces pautar algunas reglas, unas excepciones así regladas me parece importante y sobre todo por el mismo término si es una excepción entonces que este regulada, porque las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

excepciones no pueden estar sujetas al buen o mal sentir de la jurisdicción.

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

En realidad, las forma que han sido desarrolladas han sido un poco casuísticas, por lo menos en cuanto a las excepciones no ha habido un desarrollo sistemático, esto hace quese ponga énfasis en algunos casos como la Suprema con los Petroaudios en el caso del Tribunal Constitucional, entonces no ha habido un desarrollo sistemático, si quisiéramoshacer una suerte un encuadre o ver como la jurisprudencia ha tenido un desarrollo pormenorizado de las excepciones no lo vamos a encontrar.

Quizá este Acuerdo desarrollado en Trujillo hace un buen tiempo, todavía sigue siendo un punto de referencia que utilizan los jueces para ver cómo se puede trabajar estas excepciones a la regla de exclusión, entonces no existe un desarrollo sistemático esto es una tarea pendiente del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, más expectativa tendríamos que tener en la Corte Suprema si esto fuese desarrollado a través de casaciones vinculantes, todo ello con respecto a esta pregunta en el sentido que no encontramos un desarrollo sistemático.

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Lo que pasa es que creo que todos tenemos un buen concepto de los legisladores y los legisladores tienen un buen concepto de los jueces, parte siempre de un deber ser, losjueces o legisladores asumen legislación externa y se orientan a regulaciones pensando de que tenemos jueces suficientemente criteriosos que van aplicar las excepciones a la regla de exclusión de manera mesurada respetando la regla general de la exclusión y que solo de manera muy excepcional se pueda plantear eso, entonces yo creo que es el buenconcepto que se tiene pero esa no es la realidad y de pronto los propios jueces al considerar que no hay necesidad de una regulación en el sentido que esto corresponde aun desarrollo jurisprudencial yo creo que estamos partiendo siempre de una ideación de un juez que tiene formación constitucional y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

podría utilizar de manera adecuada las reglas de exclusión.

Esto sobre todo por una cuestión muy importante, si tengo a los operadores de persecución penal, policía, independientemente de que siempre del ejercicio del poder punitivo pulsa por lograr más información aun afectando el contenido esencial de derechos fundamentales esa pulsación va a ser permanente eso se ve en la historia y el contrapoder que viene a ser la Constitución el respeto de los derechos fundamentales permite acotar ese ejercicio, permite limitar por lo menos en el deber ser, entonces es evidente que este contrapoder cuando solamente se queda en la Constitución y no hay un desarrollo es donde se van generando los problemas, el poder punitivo pretende siempre que haya si fuera posible la mayor cantidad de reglas de exclusión para que el material informativo que se ha obtenido afectando derechos fundamentales con el supuesto de descubrimiento inevitable, con el supuesto de la teoría de la equivalencia decondiciones con cualquiera de ellas se dice que de cualquiera manera se hubiera incluidoy que hay del contenido esencial que se ha afectado., es decir, esto es un problema de configuración y es por eso que si tendríamos un legislador atento al problema de cómo el poder punitivo siempre pulsa, es decir te voy a poner límites y mira estos límites estánen estas reglas de exclusión así tasadas, explicitas de tal manera que debe configurarse cada una de estas legalmente para que recién te habilite la inclusión de este material y como es excepción justamente te lo estoy pautando de esa manera.

Eso no lo requieren obviamente en Norteamérica, porque tiene una configuración distinta a la nuestra, pero en nuestro medio donde nuestra Constitución durante buen tiempo no la han considerado como una norma jurídica sino básicamente una norma política, entonces tenemos nuestros jueces y legisladores que de pronto consideran que esta suerte de no regulación dejada a la prudencia de los jueces va a generar me imaginouna mayor potencialidad de la persecución penal, pero ello ya sabemos que lo que finalmente va a decantar a la afectación de los derecho fundamentales y hacer trizas básicamente el tema de los derechos fundamentales que se pretende proteger.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?

En la práctica qué es lo que sucede eso va a depender del tipo de delitos, creo que unode los que no debe regularse yo lo voy a plantear en el sentido negativo es el de la actitudsospechosa, que intervienen a la persona por actitud sospechosa, bastante difundido estetema, pero al final dicen que se le encontró siempre por descubrimiento inevitable vinola patrulla se le encontró pasta básica de cocaína, y pretende entrar a una cuestión de ponderación, diciendo que si bien es cierto solo estaba con una actitud sospechosa peronuestra intervención fue apropiada porque se le encontró pasta básica de cocaína, pero que es lo que se está resintiendo no cabe duda, es la libertad de la persona, es decir, una persona que por cualquier situación ansiosa, mirando para arriba para debajo de pronto ante esa situación se le interviene la mala suerte que en esa oportunidad esta persona tenía, compró pasta básica o cualquier otra droga para su consumo y es intervenida como tal y más con la actitud sospechosa que supone que esun comerciante, entonces acá ni siquiera hablan de una excepción, ni siquiera planteanuna excepción, sino se asuma como tal, o sea, no sé este será una suerte de descubrimiento inevitable impropio, pero ni siquiera entran para trabajar con este tema.

Otro de los aspectos es acudir al tema de la ponderación que aplicamos a este tema, se aplica la ponderación con ello no habría ningún problema o en el caso del tinte diluido en el sentido que entre más lejano esté respecto del acto violatorio de los derechos fundamentales se pueda considerar ello como un producto ya legitimado comosi esto se va a ir depurando, limpiando o clarificando el contenido de ese acto violatorio. Todo lo que empieza así termina contaminado.

A ver las excepciones con mayor incidencia, va a depender también delos contextos temporales y justamente el día de ayer en la Sala Penal Nacional hemossentenciado a un coronel del ejército peruano por desaparición extrajudicial y trae a colación esto porque en esos tiempos de violencia política, todos los casos de terrorismo pasaron siempre por la investigación científica el interrogatorio científico, es decir, las torturas y sobre la base de la tortura se obtenía declaraciones incriminatorias pero no solamente en ello, sino que con esa

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

base luego pues lograron ir al lugar donde se encontró la dinamita y todo lo demás, en buena cuenta en este momento fácil podríamos decir es prueba prohibida, pero la excepción obviamente ponderativamente porque se trata de terrorismo es decir el apelar siemprea esas cuestiones generales hacen de que pues se trata un delito de tal entidad y tal gravedad una suerte de derecho penal del enemigo y creo que es un buen puntopor ejemplo, para ver las excepciones y el derecho penal del enemigo un buen puntoy para ver cómo más allá de la exigencia de una regulación normativa siempre vamosa estar pendientes sobre este tema del derecho penal del enemigo y como las excepciones aquí deberían ampliar, tenga la seguridad que si usted haría una entrevistaa oficiales de la Policía o algunos señores en la Fiscalía les dirían que justamente el criterio ponderativo sería una de las excepciones que deberíaplantearse de acuerdoa la envergadura o a la entidad del delito, porque desde esa perspectiva se tratade terrorismo, mire lo que paso con el juez Garzón en España por ejemplo, si se podríainterferir con las comunicaciones de los presos por terrorismo con sus abogados, entonces también en los delitos de corrupción por ser delitos de entidad también podemos realizar ello y se realizaron las intervenciones y como terminó con un juez condenado por prevaricato e inhabilitado para ejercer la función pública, entonces vaa depender del contexto histórico.

PREGUNTAS ADICIONALES

A. De acuerdo con lo mencionado, en el Pleno Jurisdiccional de Trujillo, asumen la excepción de la teoría del riesgo, la buena fe, ¿Qué opina sobre estas excepciones? y sobre la destrucción de la mentira del imputado (se basa en que se utilizara para destruir la versión del acusado, pero no se utilizara para condenarlo ¿Considera que esta excepción vulnera el derecho a la no autoincriminación y el derecho de defensa?

Definitivamente, la buena fe no podría tener sentido una intervención en un lugar donde se supone hay realización de algún evento delictivo por algunas cosas exteriores,bueno se podría afinar por este lado, pero en el caso de la destrucción de la mentira del imputado, es inquisitivo definitivamente es autoritario, se sigue considerando al imputado como un objeto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

B. ¿Considera que debe existir un Acuerdo Plenario o una Ejecutoria Suprema donde aclaren que el imputado debe ser tratado como medio de defensa y no como medio de prueba?

El Código Procesal Penal es clarísimo cuando hace referencia al carácter de la declaración y es prueba la confesión pero se entiende la confesión con las exigencias que establece el código en el sentido que deben ser espontáneas no debe forzarse contra la voluntad, pero no debería haber un Acuerdo plenario, lo que yo considero es que debe considerarse al propio Código Procesal Penal como límite de garantía y no considerarlo más bien cómo interpretar laxamente los temas de la declaración del imputado y a partir de ello afectar a la incriminación, ello no solo se presenta en el plano de la prueba prohibida, actualmente en Lima todavía se ve a fiscales pretendiendo arrinconar al imputado, encontrarle alguna incoherencia, una falsa o mala justificación y con ello lograr una autoincriminación.

5. En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?

Si, riesgos de incorporación de información inválida, con toda seguridad, si genera riesgos, usted dice problemas, pero yo digo riesgos, ahora el gran problema es que con la incorporación de esta información muchos apuntan que se está logrando la verdad, pero muchas veces esa limitación a la afectación de los derechos fundamentales y excluir ese material probatorio, es precisamente porque es una garantía epistémica. Cuando se tortura a una persona ya dan por cierto que la persona que es torturada para evitar el dolor dice la verdad, pero lo que se ha visto es más bien es lo contrario, una personacuando es torturada dice cualquiera cosa para evitar el dolor, es algo diferente.

Vamos viendo en las colaboraciones eficaces cuando se lo rodea y el colaborador eficaz dice cualquier cosa para lograr el premio, entonces no necesariamente los derechos fundamentales deben ser considerados en sentido contra epistémico, como algunos dicen que por ello se va a excluir material probatorio y no por lo contrario es epistémico, porque por lo menos permite depurar que esa información sea institucionalmente incorporada al proceso. Si

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

trae ese riesgo se consiga información inclusive viciada la poca fiabilidad por precisamente afectar derechos fundamentales.

6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

Con toda seguridad, porque lo jueces muchas veces se cuidan de no afectar la norma, como este sería un límite de garantía, tenga la certeza que si ayudaría bastante, estamos hablando de nuestro Perú, con toda seguridad si presenta como proyecto se puede promover algo, siempre partiendo de la realidad jueces legalista que no se inventen excepciones a la regla de exclusión para incorporar cualquier material, teniendo estas excepciones y son las únicas si se verifica se incluye y si no, se excluye por seguridad.

Nombre del entrevistado
FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: RENE MARIO CASTRO FIGUEROA

Cargo/Profesión/Grado Académico: JUEZ PENAL

Institución: PODER JUDICIAL

Lugar: AREQUIPA **Fecha:** **14-08-2022** **Duración: 15 minutos**

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

   En mi experiencia funcional, no lo veo como una problemática la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones de la prueba prohibida, en la medida que tengo claro cuales son los fundamentos de las excepciones y de la regla de exclusión, en el sentido que El fundamento constitucional de la regla de la exclusión de la prueba prohibida en nuestro país viene a ser el derecho fundamental a la presunción de inocencia; y el fundamento de las excepciones a la regla de la exclusión (ineficacia) en nuestro país vienen a ser el derecho fundamental a la verdad y el principio del derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos. En tal sentido se viabiliza una solución, en base además a los criterios interpretativos de la corte Suprema y el TC; no obstante, sería conveniente que se regule legislativamente, para una mayor predictibilidad y uniformidad de criterios a nivel nacional.

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**
   Considero que el desarrollo jurisprudencial de los altos tribunales de la República, son adecuados e idóneos; no obstante que una regulación normativa ayudaría a una solución más célere y uniforme del problema.

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**
   Como en muchos aspectos existen vacíos normativos y eso es normal en cualquier sistema jurídico, dado que el legislador no puede prever prima facie la totalidad de

Rene Mario Castro Figueroa
JUEZ
2do. Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

los supuestos que requieren regulación expresa; sin embargo, ello no impide que el juez pueda resolver los asuntos de su conocimiento, sin regulación expresa recurriendo a la integración e interpretación normativa, precisamente en tales casos las máximas judicaturas nacionales hacen un desarrollo jurisprudencial, como en el presente caso.

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?**
   Jurisprudencialmente se han establecido solo cuatro excepciones a la regla de exclusión: **(i)** cuando favorezca al imputado, **(ii)** cuando no vulnere el contenido esencial de un derecho fundamental, **(iii)** cuando exista una notoria o evidente realidad de los hechos, o **(iv)** cuando se trate de la afectación de derechos de naturaleza procesal, ante la cual debemos acudir a las reglas de la nulidad; de todos ellos las que tienen mayor incidencia en el proceso penal son la (ii) y la (iv) y que una regulación normativa podría facilitar la solución y sobre todo hacer mas predictible y uniforme dicha solución.

5. **En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?**
   Como ya lo señalé en mi experiencia personal la ausencia normativa no me ha generado mayor problema en la práctica judicial, dado que los criterios jurisprudenciales son idóneos; sin embargo, repito una regulación expresa siempre es recomendable a fin de facilitar el trabajo de los operadores jurídicos.

6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

Como en todo problema jurídico, cuando hay norma expresa, facilita el trabajo de los operadores jurídicos (jueces fiscales y defensas), dado que la ausencia requiere mayor análisis y estudio, que incidirá además en una mayor motivación de las decisiones, en esa medida ciertamente que habría un beneficio operativo en la praxis judicial.

Nombre del entrevistado	Sello y firma
RENE MARIO CASTRO FIGUEROA	Rene Mario Castro Figueroa JUEZ 2do. Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: JAIME CORNEJO VALDIVIA

Cargo/Profesión/Grado Académico: JUEZ

Institución: PODER JUDICIAL

Lugar: AREQUIPA **Fecha:** 18/08/2022 **Duración:** 15m.

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

No creo necesario regular normativamente la prueba prohibida

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

El tratamiento no es sistemática y no esta actualizado con las últimas tendencias

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Porque es un asunto que depende de la evolución jurisprudencial

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?**

Dependiendo de la postura se pueden encontrar varias clasificaciones como por ejemplo: el descubrimiento inevitable y el de la ponderación de derechos. Pero no creo que sea necesaria su incorporación legal.

5. **En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?**

No creo que todo deba estar en la ley para cumplirse. Ese es trabajo de la jurisprudencia nacional

6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

No creo, porque igualmente la doctrina evoluciona y la ley puede quedar desactualizada

Nombre del entrevistado	Sello y firma
JAIME COAGUILA VALDIVIA	JUEZ SUPERIOR (P)

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: MARTIN CARDENAS MEZA

Cargo/Profesión/Grado Académico: Juez Superior de la Sala Penal de Apelaciones de Satipo.

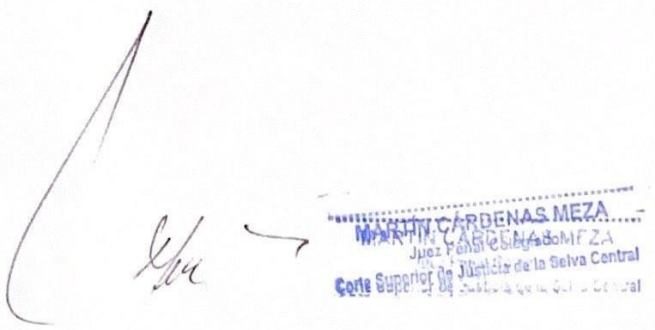
Institución: Corte Superior de Justicia de la Selva Central.

Lugar: Plataforma Zoom **Fecha:** 31-08-22 **Duración:**

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

   Que, si existe un problema la falta de regulación de las excepciones a la prueba prohibida, toda vez que, conforme se advierte de las reglas establecidas en el código procesal solo hace referencia a la legitimidad de la prueba y su incorporación al proceso; sin embargo, esta norma no hace ninguna excepción, pues una prueba siendo ilegitima puede ser incorporado al acervo probatorio para su valoración y para ello deben ser reglados mediante un catálogo de excepciones, bajo los criterios de racionalidad.



Publicació
En su inve

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En este contexto, la ausencia de una regulación normativa con relación a las excepciones de la prueba prohibida, si representa un problema, porque estamos dejando al libre albedrio de los operadores de justicia para determinar que siendo una prueba prohibida deben ser incorporados al acervo probatorio sin tener reglas claras normativamente para ser excluidos de la prohibición establecido en la norma.

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

En mi experiencia puede señalar que, no existe jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema y Tribunal Constitucional que logre explicar, las reglas de exclusión a la prueba prohibida, pues si bien existe sentencias de la corte suprema y el TC., sin embargo, no se advierte reglas claras de exclusión, pues solo existe criterios que están sujeto al libre albedrio de los operadores, así por ejemplo tenemos el R.N 2076-2014 lima norte FJ.6, al señalar, "(…)La conversación telefónica entre el imputado y el denunciante no es prueba ilícita por cuanto: i) uno de los interlocutores aceptó efectuar la llamada, no intervino un tercero ajeno a la conversación; ii) no se trató un delito provocado, no se indujo al imputado a delinquir, hubo una línea reiterada de conductas tendentes a la obtención de dinero por influenciar a un magistrado; iii) al tratarse de una conversación entre dos personas, no se necesita una autorización judicial; iv) no es ilícito que la autoridad inste a una de las partes a tener una conversación con uno de los imputados y que esa conversación se grabe; en esta sentencia advertimos criterios a la prueba prohibido referido al secreto de la comunicaciones, por lo tanto, a través de la jurisprudencia no se puede determinar una excepción a la prueba prohibida, sino es la ley quien tiene que determinar las reglas de exclusión a la prueba prohibida, por lo tanto, son los operadores de justicia (Corte suprema y T:C.), por iniciativa legislativa remitir al congreso para que estas sean regladas.

MARTÍN CÁRDENAS MEZA
Juez Penal Colegiado
Corte Superior de Justicia de la Selva Central

Publicació
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Si bien, en primer orden la producción normativa recae en poder legislativo, en esta línea a cumplido con regular las reglas de la prueba prohibida; sin embargo, esta reglas no admite excepciones, sin embargo, son los operadores de Justicia quienes van a descubrir las excepciones a la regla, y son ellos los que tiene que fijar parámetros claros de las reglas de exclusión para luego ser enviados al poder legislativo mediante la iniciativa legislativa y se materialice en norma claras para no dejar al libre albedrio de los operadores para fijar las reglas de exclusión, seri muy riesgoso.

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?**

El descubrimiento inevitable, es una de las reglas de excepción a la prueba prohibida sin embargo, no se encuentra positivizada, toda vez que hoy en día todo lo relacionado al descubrimiento inevitable a pesar de que se ha materializa vulnerando derechos fundamentales, se viene considerando como regla de excepción a la proba prohibida y por ende ingresan al acervo probatorio, como son los casos del allanando de inmuebles con fines específicos, sin embargo en el momento de hallar las evidencias va más allá de lo que es el objeto de la intervención o allanamiento, por lo tanto, para evitar ello, las reglas de excepción deben ser regladas para evitar vulneraciones a derechos fundamentales.

MARTÍN CÁRDENAS MEZA
Juez Penal Colegiado
Corte Superior de Justicia de la Selva Central

Publicació
En su inve

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5. **En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?**

   Si, trae consigo problemas toda vez que las excepciones a las reglas de exclusión de la prueba prohibida se están dejando al libre albedrio del operador de justicia jueces, pues la exclusión muchas veces conlleva a la afectación de los derechos fundamentales, de este modo están reglado con parámetros claros de racionalidad garantizaría los derechos fundamentales.

6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

   Claro que sí, toda vez que la mayor parte de los operadores-jueces, parten del supuesto normativo como premisa mayor para sustentar sus decisiones, si bien la jurisprudencia uniformizada puede servir para solucionar las reglas de exclusión, sin embargo, por la diversidad de criterios adoptados por la Corte Suprema y en alguno casos no condice con los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional, por lo tanto la jurisprudencia no puede brindar un beneficio jurídico y operativo para dar solución a las reglas de exclusión.

Nombre del entrevistado	Sello y firma
MARTIN CARDENAS MEZA	

MARTÍN CÁRDENAS MEZA
Juez Penal Colegiado
Corte Superior de Justicia de la Selva Central

Publicaci
En su inv

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: ROGELIO SERAFIN ZEA PANTIGOSO

Cargo/Profesión/Grado Académico: Juez Penal

Institución: Poder Judicial

Lugar: **Fecha:** **Duración:**

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepcionesa la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer losalcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausenciade regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

Considero que no existe tal problemática en atención a que la Constitución Política del Estado habilita que los jueces al momento de admitir, actuar y valorar una prueba prohibida, hacerlo bajo el principio de proporcionalidad, dado que, de regularse pueden generar dos problemáticas, la primera es que las excepciones no siempre abarcan las circunstancias fácticas que se pueden presentar en la realidad; y en segundo lugar, tenemos la mala práctica jurídica de convertir la excepción en la regla.

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?

La exigencia de la realidad siempre está varios pasos adelante de la legislación y de la jurisprudencia, no siempre lo que nuestros altos Tribunales resuelven estan acorde con la exigencia fáctica del momento histórico en que vivimos, dado que, muchas veces sussentencias se basan en aspectos doctrinarios y jurisprudenciales de otros países como porejemplo de EEUU donde han desarrollado las excepciones a la regla de exclusión, perobajo circunstancias sociales y culturales distintas a nuestra realidad y tradición jurídica, y, para un momento histórico distinto a la actual.

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Considero que tuvo cuidado de que la excepción no se convierta en regla, señalando básicamente que toda prueba obtenida con vulneración a los derechos fundamentales es prohibida sin posibilidad legal alguna de admitir en contrario, sin embargo, la Constitución política habilita al Juez a ponderar en casos extremos en la que se encuentreen juego por ejemplo una vida en relación con otro derecho fundamental como es el allanamiento de domicilio.

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesariasu incorporación normativa?**

Nuestro ordenamiento procesal ha habilitado una sola regla, que es la contenida en el artículo VIII en su numeral 3° del Título Preliminar del NCPP habilita al Juez Penal a admitir la prueba prohibida cuando ésta favorezca al imputado, sin embargo, no es de uso frecuente considero por la poca formación procesal que tienen los operadores jurídicos y por sesgos cognitivos. Ahora bien, la jurisprudencia emitida por los altos tribunales ha señalado como reglas de exclusión a las planteadas por la jurisprudencia norteamericana, pero considero que éstas no deben ser materia de incorporación normativa, dado que, la idiosincrasia y la tradición jurídica latina y en especial la de nuestro país, no es acorde con la exigencia social de EEUU.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

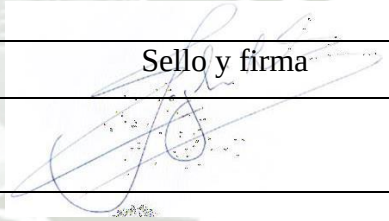
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5. **En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepcionesa la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?**

Conforme lo he afirmado al principio, considero que existe las herramientas constitucionales para establecer la excepción a la regla de exclusión, por tanto, el problema no está focalizado en la normatividad, el problema se enmarca para toda la práctica forense en la formación jurídica de los operadores de justicia.

6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepcionesa la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

Considero que no, dado que, se corre el riesgo de regular situaciones jurídicas no acorde con las exigencias sociales y de convertir la práctica forense, es decir, su operatividad en que la excepción se convierta en regla.

Nombre del entrevistado	Sello y firma
Rogelio Serafín Zea Pantigoso	

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: Carlos Alberto Herrera Moyorvejo

Cargo/Profesión/Grado Académico: Magíster - Fiscal Superior Penal

Institución: Ministerio Público

Lugar: Arequipa **Fecha:** 16.08.22 **Duración:** 10'

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

Evidentemente en tanto mayor resolte la predictibilidad del sistema, mayor seguridad jurídica resoltará.

Particularmente sí veo muchas veces confusión en los operadores que pierden perspectiva que el fundamento constitucional del fenómeno lo es la presunción de inocencia.

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

Reitero de un lado sería conveniente la regulación expresa, aunque de otro lado, caso es caso y normar admitiría posibilidades otras que "en contrario" generación que los operadores insistan en introducir prueba prohibida o excluir otra.

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Que el fundamento lo es un principio constitucional. Muchos principios no están expresamente regulados, pero allí están.

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?**

"Cuando no vulnera el contenido esencial de un derecho fundamental".

Regularlo expresamente no estaría mal, pero creo ya se infiere.

5. **En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Reitero hoy en día si hay inconvenientes, pero convendría explicitarlo cuando cada caso es complejo per se? No sería abrir puertas que lejos de viabilizar salidas nos lleven a laberintos?

6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

En todo caso, particularmente me parece por ahora que la doctrina y jurisprudencia, juegan bien su rol de fuente.

Nombre del entrevistado	Sello y firma
Carlos A. Herrera Mayorga	

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: Luis Cesar Salas Bejarano

Cargo/Profesión/Grado Académico: Fiscal-Abogado/Magíster

Institución: **Ministerio Público**

Lugar: Arequipa **Fecha:** **Duración:**

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

No, considero que la regulación positiva de la prueba prohibida por ilicitud es suficiente para responder a lo que se ha considerado un derecho fundamental (derecho a la prueba lícita en el proceso). Sin embargo, es posible que una regulación específica (con cláusula abierta) pueda ayudar a seguridad jurídica.

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Considero que si es idóneo el mecanismo jurisprudencial para regular las excepciones de la prueba ilícita (claro está que como toda herramienta legal es perfectible en su aplicación)

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

La imposibilidad de considerar todas las posibles excepciones que pueden presentarse en el iter probatorio destinado a la aproximación razonable a la verdad.

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?**

La excepción de descubrimiento inevitable, pero considero innecesaria su positivación, la finalidad puede cumplirla la jurisprudencia

5. **En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?**

No, considero que la jurisprudencia pueda hacer frente a dicha situación.

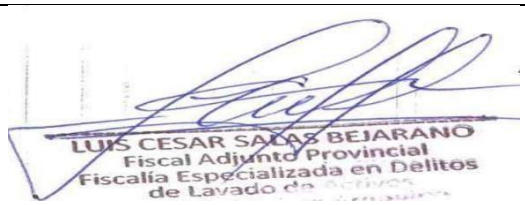
6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

Como señalé anteriormente, podría mejorar la operatividad de la seguridad jurídica al tenernorma positiva.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Nombre del entrevistado	Sello y firma
LUIS CESAR SALAS BEJARANO	

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: Roberto Carlos Reynaldi Román

Cargo/Profesión/Grado Académico: Fiscal penal/Abogado/Magister en derecho penal

Institución: Ministerio Público

Lugar: Arequipa **Fecha:** 15 de agosto, 2022 **Duración:**

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

Actualmente se regula la excepción de *«infracción constitucional beneficiosa para el imputado»*, prevista en el artículo VIII.3 del título preliminar del CPP, que basa su fundamento en que si una prueba obtenida ilegítimamente, favorece la presunción de inocencia, no podría inadmitirse para condenar a alguien que se sabe inocente.

Respecto de las demás excepciones, la cuestión es: para qué establecer legalmente una regla general deexclusión de prueba ilícita, si la voy a borrar con más de diez excepciones. Sin duda, ya no sería una regla, sino una mera sugerencia. Luego, una norma que exprese «será excluida toda prueba que vulnerederechos fundamentales, *a menos que*, se encuentre alguna forma de no excluirla», no cumple ninguna finalidad y menos resulta persuasiva. Si un sistema de justicia quiere preservar derechos fundamentales,no puede justificar su vulneración con excepciones.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Ni necesario, ni suficiente. El legislador fue quien estableció una regla de exclusión, que debe ser observada por los operadores jurídicos. Luego, si la fijación de excepciones a la regla de exclusión la hacen inaplicable, la redefinen o la modifican, entonces es una actuación ilegítima, no permitida a los demás poderes constituidos, a quienes no se les está permitido alterar el ordenamiento jurídico. Con talproceder, abrimos la puerta y convertimos en legislador a un juez, autoridad, estudiante o filósofo que simplemente imponga su posición particular, frente a la posición democrática. De ahí, que el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo (2004), que se atreve a admitir por vía jurisprudencial, excepciones a la regla de exclusión, se convierta en un instrumento de abierto enfrentamiento al principiodemocrático y le desconozca autoridad al principio de legalidad procesal.

Distinto es que los dispositivos legales pueden interpretarse y, dentro de las interpretaciones posibles, varios supuestos no se ajusten en un juicio de tipicidad procesal. Por ejemplo, cuando la fuente de la prueba es independiente, no se aprecia nexo causal entre la vulneración de un derecho fundamental y laobtención de la prueba, como lo exige el art. VIII del título preliminar del CPP. Ello, de ninguna formaimplica crear excepciones *extra legem*, más bien, obedecer la norma dentro de una interpretación dentrodel sentido posibilitado por el legislador.

Creo que más bien es el legislador, quien ha advertido que es el único que puede establecer excepciones,pues así lo ha hecho en el art. VIII.3, permitiendo una sola excepción y no más. Luego ¿quién es el juez para intervenir en competencias que no le corresponden? Si la regulación legislativa, ofende la moral del juez, pues tendrá que recurrir a mecanismos constitucionales de control difuso o concentrado, pero jamás hacer de legislador.

3. **¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sin duda, cuando se crea una ley, el legislador no puede tomar en cuenta todos los supuestos posibles en un contexto social de constante evolución o de eventuales sucesos futuros extraños y exóticos. Por ello, en el momento que sea la ley la que se tenga que enjuiciar o hacer inaplicable, los estados constitucionales, otorgan al Juez la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes a través del control difuso o concentrado, pero hasta ahí.

Si nos enmarcamos al legislador peruano (sin duda el código procesal de 2004, es posterior al desarrollode las excepciones), podemos anotar que, prefirió la preservación máxima de los derechos fundamentales a la posibilidad de abrir una puerta resbaladiza donde se permita más bien su vulneración, permitiendo una sola excepción (art. VIII.3)

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?**

Respecto de la prueba ilícita directa: la doctrina de la buena fe, la teoría del riesgo y la ponderación (como en el caso *vladivideos*). Respecto de la prueba ilícita indirecta: la fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

No considero que se deba incorporar normativamente tal o cual excepción, pues conduciría a desorden regular algunas excepciones y haría de una regla (exclusión) más bien la excepción. Creo que la interpretación adecuada de la prueba ilícita, tal como está regulada, abre paso a excluir ya varios supuestos de aplicación.

5. **En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?**

No, lo que considero que trae problemas en la práctica forense, es la ausencia de un método de interpretación a partir del respeto a la vigencia de la ley. El legislador, ha establecido una regla de exclusión con una sola excepción. Tal mandato debe ser cumplido o inaplicado por control

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

constitucional, pero no puede haber una vía de inobservancia por decisión unilateral. Si el operador jurídico considera que una prueba ilícita debe ser utilizada, entonces tendrá que interpretar dentro del sentido normativo posible, la cláusula legislativa y decidir la utilización dela prueba; pero si no fuera posible su uso por la vigencia de la norma, entonces está imposibilitadode hacerlo.

6. **En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?**

Un beneficio operativo para acceder valorativamente a prueba relevante, que permita fijar los hechos enun determinado contexto histórico y con ello, saber qué pasó; pero a la vez, una incitación a los agentesde investigación para buscar pruebas a costa de la vulneración de los derechos fundamentales. Si hacemos un balance, al parecer el costo es superior.

Nombre del entrevistado
Roberto Carlos Reynaldi Román

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: Noelia Yashira Cárdenas Vásquez

Entrevistado: Luis Gutiérrez Oliva

Cargo/Profesión/Grado Académico: Abogado Defensor

Institución: Estudio Gutiérrez Oliva

Lugar: Plataforma Zoom **Fecha:** 11-08-2022 **Duración:** 28:46 minutos

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar cuáles son las excepciones a la prueba prohibida legitimadas en nuestro ordenamiento jurídico, y establecer los alcances de su normativización.

1. **En su experiencia ¿Considera usted que existe una problemática ante la ausencia de regulación normativa en torno a las excepciones a la prueba prohibida?**

Para empezar el problema surge de cuál es el concepto de la prueba prohibida, y la Casación 591- 2015, Huánuco, la cual precisa sobre la prueba prohibida es que la que vulnera el contenido esencial de un derecho fundamental y de ahí viene a definir el contenido esencial, pero hay un problema, pues todos piensan que prueba prohibida se enfocan a un concepto de prueba en general y se tiene que diferenciar dos cosas la pruebaoriginaria y la prueba derivada porque en ese nexo de causalidad se encuentran las excepciones que justamente es el análisis porque no están normativizadas.

Para ello tenemos que remontar primero más o menos a 1914 se encontrara los casosBoyd, Weeks, todos los casos de Estados Unidos, el tema está en que la prueba prohibidatiene una finalidad o sea surge para sancionar las malas prácticas policiales que habían en ese tiempo había

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

policías federales y finalmente surge un caso anterior inclusive al de Weeks que es el caso Boyd, entonces lo que sucede es que este señor era un comerciante entonces prácticamente la policía hace que presente sus facturas pero él conlas facturas incriminaba, es ahí donde se remiten a la Cuarta y la Quinta enmienda.

Hay una distinción, porque en la cuarta enmienda ahí surge la prueba prohibida y eneste caso se habla de la quinta enmienda que es la no autoincriminación y la cuarta es por el tema de la obtención de pruebas respetando los derechos fundamentales, entoncesluego hay un caso en Estados Unidos porque se habla de la teoría de la fuente de plata, sucede pues que había dos tipos de procesos en Estados Unidos, procesos federales y procesos estatales en los procesos federales el policía federal conseguía prueba para el proceso federal y el policía estatal la prueba que conseguía no se podía usar en el procesofederal y al revés acontecía lo mismo, pero lo que sucedía era que en la mayoría de procesos en Estados Unidos eran estatales entonces esa teoría la bandeja de plata ya empieza a surgir temas de competencia.

Ahora si la finalidad era excluir la prueba obtenida con malas prácticas policiales, esdecir la mala fe, es lo que en otras palabras tú vas a sancionar con la exclusión, ¿qué pasa si habría buena fe? entonces la buena fe es justamente una excepción pero a la prueba originaria por eso es que la única excepción que tú vas a tener por ejemplo en laprueba originaria es la buena fe nada más porque lo que se sancionaba era la mala fe paraeso surge la prueba prohibida, pero después surge la teoría de los frutos del árbol envenenado por qué esa teoría precisa que si ya la prueba originaria ha sido prácticamente excluida del proceso, es decir debe seguir la suerte de lo principal, pero en ello hay excepciones la fuente independiente, descubrimiento inevitable.

Ahora respecto a la Casación 1762-2018, en este caso la Fiscalía planteó casación excepcional justamente para que la Corte Suprema defina los alcances de las excepcionesde la prueba prohibida, pero el problema es que la Fiscalía lo plantea como motivo del articulo 429.3 y este refiere a un precepto material y distinto es una norma procesal, ya que el numeral 3 del 429 no te menciona sobre normas procesales sino de una norma material por eso se las rechaza y se les declara inadmisible porque no precisa cuálprecepto material es el que se estaría vulnerando.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Pero después de ello la prueba originaria que es el acta de registro de habitación quedafirme y nosotros (abogado del imputado) planteamos una tutela de derechos y lo declaraninfundado porque para el juez encontró un hallazgo inevitable qué quiere decir, que, si hubiera estado presente o no el abogado del imputado igual se iba a encontrar la droga, entonces eso para él es hallazgo inevitable. Segundo, la fuente independiente si se excluye el acta de registro de habitación (prueba originaria) pero hay otras actas que darían cuenta o las declaraciones de los policías que darían cuenta que la droga se ha encontrado, entonces para el juez ello era fuente independiente. Luego se apela y la Salapenal de apelaciones entonces refieren sobre fuente independiente y hallazgo inevitableporque no existe una definición muy clara de lo que era las excepciones, por ello la Salaexplica una por una, la fuente independiente se hace una operación mental, una supresiónmental, es decir, si quito el acta de registro de habitación ¿se llegará a la droga o no se va a llegar? No, entonces conclusión no hay una fuente independiente porque dependesde este acto. Ahora el hallazgo inevitable si existe una investigación paralela que te hubiera llevado a ese hallazgo eso es el hallazgo, es una línea de investigación paralela y la fuente independiente se realiza una operación de supresión mental.

2. **En su experiencia ¿Considera usted suficientemente idóneo el desarrollo jurisprudencial (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?**

En realidad no, porque por ejemplo, en el caso anterior el fiscal siendo Fiscalía superior plantea en la casación señala que debe remitirse al artículo ocho del título preliminar del código procesal y se tiene que analizar en ese nexo de causalidad que sonlas excepciones y ahí por ejemplo un dato adicional de una sentencia de una constitucional que te dice que los derechos del del investigado en particular ceden a losderechos al interés general de la población o sea que sería combatir el tráfico ilícito de drogas que es un deber del Estado que está en el 44 de la Constitución entonces en basea ello para la Fiscalía superior eso se debió analizar y dentro de esa relación de causalidadpara ellos debería ponderarse también en un test de proporcionalidad.

Por otro lado, San Martín Castro menciona que la tendencia de prueba prohibida para el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Perú viene de fuente italiana y fuente alemana, entonces el contenido esencial en estacasación 1762-2018 prácticamente se define de la siguiente manera todo lo que hace queel derecho de defensa siga siendo derecho de defensa y no sea otro derecho eso es lo inherente, lo propio, pero el tema está en que si se realiza una búsqueda de antecedentesde definición de fuente independiente y hallazgo inevitable anteriores a esta casación, para Prado Saldarriaga la definición es muy distinta a la que brinda San Martín Castro, son posiciones contrarias, es por ello que hasta Corte Suprema tiene contradicciones y con ello te quiero decir que el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho de todo lo queconcierne a la prueba prohibida o por parte del Tribunal Constitucional de todas manerases insuficiente, distinto es que lo normativice y que sea de cumplimiento obligatorio peroel tema es cómo podrías normativizar porque cierto es que el tema la las excepciones enese nexo de causalidad también se encuentran sometidas a un test de proporcionalidad, es decir para definir que es inevitable y que es independiente entonces cómo podrías normativizar en el código algo que se aplica para cada caso concreto, para ello tendrías que hacer algo como el 269 por ejemplo para la prisión preventiva o sea dar parámetros generales que ahí están sujetos a interpretación y sobre eso tal vez se podría plantear unAcuerdo Plenario.

3. ¿Cuál considera usted que es la razón por la que el legislador omitió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?

En realidad porque no las han regulado, es que si acudes a las funciones del tipo hayuna función de garantía, seleccionadora y una motivadora que si bien esto se da para lostipos penales, pero también aplicaría para lo que sería normas procesales, finalmente como hacen los delitos se selecciona conductas que no permiten la convivencia social yen paz y que vulneran bienes jurídicos que son bienes jurídicos aquellos valores que permiten la convivencia en paz de la sociedad etcétera, entonces eso se selecciona, después se tipifica que surge la función de garantía y después de eso finalmente surge eltema de la motivación, es decir que mensaje llevas a la sociedad.

Ahora sí eso lo trasladas a la prueba prohibida el legislador nunca lo pensó, ósea notenía como seleccionar algo que nadie nunca planteó, porque te habla de pruebaprohibida de manera muy general o sea prohibida aquella que no se puede subsanar y que vulnera el contenido esencial del derecho fundamental y prueba irregular es aquellaque sí se puede subsanar, pero finalmente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

no mencionan de prueba originaria ni de prueba derivada y si no tienes claro ello entonces cómo se analiza el nexo de causalidaddonde estarían las excepciones a la prueba prohibida originaria y derivada que son distintas.

4. **En su opinión. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida con mayor incidencia en el proceso penal? ¿Considera usted necesaria su incorporación normativa?**

Hallazgo inevitable y fuente independiente, sobre todo fuente independiente porque acuérdate que el Perú hay un sistema de investigación único fiscal, es decir el fiscal es el único que puede investigar y como abogados si quieren introducir actos de investigación al proceso es a través la Fiscalía, ya que Fuente independiente se puede tener, pero hallazgo inevitable, es decir líneas paralelas para llegar al mismo fin, es pocoprobable.

PREGUNTAS ADICIONALES

A. **¿En el caso de la ponderación de intereses, sobre el Test de Ponderación, también podría aplicarse?**

Es que la ponderación de intereses en sí no es una excepción, el Tribunal Constitucional te precisa de cuando el derecho de defensa debe ceder, qué sucede en lasdiligencias preliminares el Tribunal Constitucional menciona que a veces se hacen diligencias sin abogado porque si esperas al abogado los otros investigación de repente ya no se pueden lograr, es por ello que la urgencia es el peligro de la demora por ejemploque la evidencia sea alterada o desaparezca, etcétera, entonces es en base a eso que cedeel derecho el interés particular al interés general entonces propiamente si tú te das cuentaeso no es una excepción de lo que estamos hablando sobre prueba derivada si no estás ante una prueba originaria.

B. **¿En el caso de la infracción constitucional beneficiosa para tercero, también podría aplicarse?**

Si hay una infracción constitucional a beneficio de tercero, se ingresa al test de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ponderación que sería lo mismo, porque el Tribunal Constitucional no está creando reglas de exclusión, no está creando excepciones, nunca te las van a poder crear porqueprovienen del sistema anglosajón, las únicas son la de la prueba derivada y finalmente esa ponderación de intereses surge, pero en la aplicación de excepciones que ya están definidas dependiendo si es prueba originaria o derivada.

C. A modo de conclusión ¿en todo caso cuales serían las únicas excepciones aplicables a la prueba derivada?

Fuente independiente, hallazgo inevitable y nexo causal atenuado.

5. En su opinión ¿Considera usted que la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida trae consigo problemas en la práctica forense?

El derecho en general es criterios e interpretación en realidad no es que no esté taxativizado, sino que dependiendo de la etapa en que te encuentres se sanciona con exclusión en la etapa de investigación, con la inadmisión a la intermedia e inutilizacióna la etapa de juzgamiento y para cada uno tiene sus mecanismos por ejemplo el articulo 71.4 si el imputado cree que se están vulnerando sus derechos se solicita la exclusión.

Respecto a la inadmisión se analiza la conducencia de cada medio probatorio que se está ofreciendo y la inutilización juicio que se encuentra en el 159.

Ahora si nos enfocamos en la prisión inclusive el articulo 202 y se encuentra el principio de legalidad por ejemplo en las medidas de coerción, luego el 157.1 referido ala libertad probatoria pero siempre y cuando se respete el procedimiento legal ylegalmente establecido porque el fiscal también se encuentra sometido a la Constitucióny la ley y no solo el juez por ello si te remites al 65 me parece y el fiscal también se encuentra sometido a la Constitución en la ley.

Es así que en realidad lo que falta no es que no se encuentre taxativizado la prueba ilícita si bien no hace la distinción sobre prueba originaria y prueba derivada, no te regulaexcepciones,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

sino que simplemente refiere el código de manera general y sobre qué pasaría, pero no es que no este, ya que en realidad si esta, pero lo que falta es el tema dediferenciar lo que es originaria y derivada y de ahí plantear excepciones.

PREGUNTAS ADICIONALES

A. ¿En el caso del articulo VIII.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, sobre la inobservancia a cualquier garantía constitucional será válida cuando favorezca al imputado, considera que no debería estar regulada?

Es que en realidad no podrías dejar de regular o del sentido contrario por qué si te vasal artículo 139 numeral 11 de la Constitución la interpretación *in malam partem* está proscrita.

6. En su opinión ¿Considera usted que incorporar normativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida podría brindar un beneficio jurídico-operativo en el proceso penal?

Regularlas taxativamente como el 269, criterios generales con *numerus apertus* jamás número clausus porque hay situaciones infinitas o tal vez no taxativizarlas en el código, pero también podría ser mediante un Acuerdo Plenario como precedente vinculante seríainteresante.

Nombre del entrevistado
Luis Gutiérrez Oliva

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ENTREVISTA

Título: Ausencia de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida y su incidencia en los criterios jurisdiccionales en el proceso penal peruano – casos emblemáticos [2004-2020].

Entrevistador: NOELIA YASHIRA CÁRDENAS VÁSQUEZ

Entrevistado: DIEGO ALEJANDRO BASANTE CÓRDOBA

Cargo/Profesión/Grado Académico: Docente universitario en las áreas de Técnicas de Juicio Oral y Derecho Probatorio – Universidad CESMAG, Pasto, Nariño, Colombia; Asesor y consultor – Asociación María Goretti; Abogado litigante – firma B2C abogados/ Abogado/ Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Colombia; Especialista en Derecho Penal por la Universidad Libre de Colombia

Institución:

Lugar: **Fecha:** **Duración:**

Indicaciones: La presente entrevista está destinada a determinar los beneficios y razones sobre las excepciones a la prueba prohibida que han sido incorporadas taxativamente en el sistema penal colombiano.

1. **En su experiencia ¿Considera que la regulación de las excepciones a la prueba prohibida ha traído beneficios jurídico - operativos al proceso penal colombiano?**

Considero que sí, pero con cierta reserva, me explico, el legislador ha dejado la puerta abierta a distintos escenarios que sin una flagrante violación directa o indirectamente a derechos fundamentales se permita la correspondiente valoración probatoria, sin embargo, dentro de la función interpretativa del juez y en su convicción de pretender una verdad, el operador judicial se puede amparar indebidamente en un escenario probatorio excepcional, sin que ello diera lugar, luego entonces, de alguna manera se abre la puerta a buscar justicia “por cualquier medio”

2. **¿Cuáles son las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida que se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Penal Colombiano?**

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Inicialmente, es menester indicar que en Colombia se cuenta con una base vertebral sobre la prueba prohibida o ilícita, en este caso, la Constitución Política de 1991 en su artículo 29, la cual en su tenor literal reza: *"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*; de otro lado, la norma adjetiva que guía el procedimiento penal es la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), en este caso, se cuenta inicialmente con una cláusula de exclusión en su artículo 23, estipulando: *"Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia."*

A pesar de lo dicho, ciertamente existen excepciones a la regla de exclusión, en particular regulado en el artículo 455 de la citada norma procedimental, consagrando 3 excepciones a saber:

- El vínculo atenuado
- La fuente independiente
- El descubrimiento inevitable

3. ¿Cuál considera usted que fue la razón por la que el legislador decidió precisar taxativamente las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida?

A mi criterio, considero que la razón se funda en el principio de legalidad a efectos de generar unos estadios probatorios taxativos, es decir, impedir la discrecionalidad en el operador judicial, pues dicho sea de paso, en juego se encuentran derechos fundamentales, sin embargo, en gracia de discusión se encuentra la teleología del legislador sobre la praxis judicial, toda vez que el juzgador se puede valer de una causal "acoplarla" a un caso en concreto y permitir la valoración de medios de prueba bajo la afectación de garantías básicas dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho

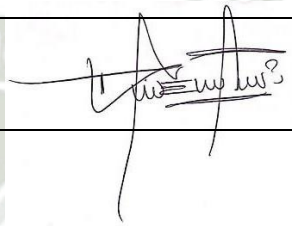
4. En su opinión ¿Considera usted que si se presentase el panorama de la ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida traería consigo problemas en la práctica forense?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Considero que en todo escenario existen problemas, naturalmente por el marco de movilidad interpretativo del juez, sin embargo, al ubicarnos en un panorama probatorio en donde la cláusula de exclusión no se encuentra reglada, en un sistema de common law, a través del cual las altas cortes a diario emiten decisiones, sería dejar una discrecionalidad muy amplia en cabeza del operador jurídico que atentaría directamente con la seguridad jurídica del sistema judicial, toda vez que, a pesar de la identidad de hechos y medios de prueba en una causa, se pueden dar diferentes decisiones con el solo hecho de cambiar al sentenciador.

Nombre del entrevistado	Sello y firma
DIEGO ALEJANDRO BASANTE CÓRDOBA	

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

III. ANEXO 3. PROYECTO DE TESIS

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Universidad Católica De Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

AUSENCIA DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU INCIDENCIA EN LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO – CASOS EMBLEMÁTICOS [2004-2020]

Proyecto de tesis presentado por la bachiller: **Noelia Yashira Cárdenas Vásquez** para obtener el Título Profesional de **Abogada**.

AREQUIPA – PERÚ

2022

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Título: AUSENCIA DE LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU INCIDENCIA EN LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL PERUANO – CASOS EMBLEMÁTICOS [2004-2020].

Autor: Noelia Yashira Cárdenas Vásquez.

---

1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Con el advenimiento de la reforma e implementación del Código Procesal Penal del 2004, han surgido algunas instituciones jurídicas que con anterioridad no se encontraban de manera taxativa en nuestro proceso, una de aquellas es la denominada Prueba Prohibida.

Esta categoría jurídica surge a raíz de que en nuestra Constitución Política se contempla el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados (art. 2 inciso 10); sin embargo, el desarrollo que se ha efectuado entorno a dicha institución es ínfimo, y en ocasiones se ha recurrido a la doctrina de países foráneos para la aplicación e interpretación de la referida institución.

Es en este sentido, que la prueba prohibida ha cobrado singular relevancia en el panorama jurídico nacional, no obstante, existen parámetros de interpretación que no han sido abordados en nuestra legislación aun cuando se encuentran dentro de esta institución, dando lugar a remitirse a otras fuentes del derecho para aplicarlas.

El articulo VIII del Título Preliminar del CPP al aludir a la prueba prohibida anota que dichas pruebas son todas aquellas obtenidas directa o indirectamente con la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, la primera, denominada prueba prohibida, mientras que la segunda recibe el nombre de prueba derivada; y si bien es cierto, la norma procesal en este artículo establece la exclusión de la prueba prohibida, no brinda posibilidad de excepción a dicha regla, es decir, existe una ausencia de taxatividad de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Es necesario precisar hasta aquí, que las excepciones a la regla de exclusión tuvieron su origen en la jurisprudencia y legislación comparada; sin embargo, en el ámbito normativo nacional dichas excepciones solamente se han tomado como referencia en decisiones jurisdiccionales, lo cual ha originado una diversidad de criterios aplicables y en ocasiones contradicciones respecto a su aplicación, debido a que no se encuentran reguladas al interior del proceso penal.

Una de las consecuencias que trae consigo la ausencia de excepciones en relación a la regla de exclusión de prueba prohibida es que la actividad probatoria de cargo encontraría algunas falencias o deficiencias, puesto que el material probatorio relevante podría quedar fuera del proceso, pues la regla que establece nuestra normatividad procesal tiene un carácter absoluto. Es necesario precisar, que una consecuencia adicional es también una actividad jurisdiccional sin camino a la verdad procesal, ya que en el dispositivo penal contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar, comprendería indirectamente encaminar las decisiones jurisdiccionales a un tramo absolutorio en la mayor parte de los casos, lo cual generaría impunidad, y además, los pronunciamientos jurisdiccionales tendrían una dirección condenatoria pero en este caso sería forzada al no permitir la admisión de una prueba que mediante una excepción correctamente fundamentada puede llegar a ser la clave del proceso.

Cabe resaltar, que ello no influiría en el principio de imparcialidad en el que recae el juzgador al momento de brindar una decisión, más aún porque estas consecuencias afectarían a todos los partícipes del proceso por la necesidad de regular las excepciones a la regla de exclusión de prueba prohibida.

Es por ello, que el problema detallado con antelación ha merecido atención por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional; y, en algunas ocasiones las decisiones jurisdiccionales han tomado como referente casos emblemáticos de la legislación norteamericana; sin embargo, no existe uniformidad en cuanto a la interpretación y contenido de las excepciones a la regla de exclusión, tan es así, que algunos estudios nacionales proponen algunos parámetros diferentes a los de la jurisprudencia norteamericana.

Así las cosas, es necesaria una regulación taxativa en cuanto a las excepciones de la prueba prohibida, la cual propiciará seguridad jurídica y la ausencia de transgresión de violación de derechos fundamentales, más aún porque nuestro sistema obedece al orden taxativo de los dispositivos legales, por lo cual se requiere su regulación para una futura aplicación sosteniéndose en un amparo legal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

2. JUSTIFICACIÓN

2.1. Relevancia académica

En el ámbito académico el proyecto se justifica ya que el investigador pone a disposición el análisis y los estudios teóricos jurisprudenciales y doctrinarios obtenidos y desarrollados para determinar la solución que mejor se adapte a nuestro sistema en lo que se refiere a las excepciones de la prueba prohibida.

De esta manera se incentiva al análisis y profundidad de las excepciones de la prueba prohibida y además en el estudio sobre su regulación en nuestro código procesal penal y de esta manera tener un panorama más claro al momento de estudiar dichas instituciones.

2.2. Relevancia jurídica

El presente estudio, surge como motivo y propósito de analizar la situación actual de las excepciones de la prueba prohibida en el proceso penal peruano y cómo afecta en la admisión y valoración de la prueba por los tribunales peruanos al no estar reguladas en el Código Procesal Penal.

La relevancia reside en una mejor adecuación de la práctica judicial nacional al ordenamiento jurídico supranacional, es decir, unificar los criterios procesales internos con los derechos internacionales reconocidos por el Estado peruano, pues dentro del contexto sociocultural de la globalización, a la que el derecho no es ajeno, es necesario la unificación de las premisas generales que conducen el derecho internacional. Así la importancia del presente proyecto se basa en la contribución satisfactoria que tiene este tema en el ámbito jurídico, ya que fomentará mejores prácticas procesales de los sujetos procesales, pues al tener una mejor guía procesal sobre lo que se entiende como una excepción a la prueba prohibida, se mejora el ejercicio de la abogacía tanto desde la perspectiva fiscal como la de la defensa técnica, en especial condice al juez con el correcto trato judicial frente a la prueba, pues este es la última barrera del sistema penal que tiene una persona, para encontrar justicia.

2.3. Innovación

Se tiene que tomar en cuenta que sí se puede aplicar las excepciones a la prueba prohibida, de hecho, han sido aplicadas en casos emblemáticos, así como no han dado lugar a su aceptación debido a no estar reguladas. Para ello se requiere que estas instituciones se encuentren en nuestro código procesal penal, lo cual se logrará mediante la investigación que se realizará en el presente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

estudio, lo cual permitirá el control adecuado de los sujetos procesales y esto brindará una confianza al justiciable.

En este sentido, la innovación que tiene la presente investigación conlleva a una reforma en nuestra legislación respecto a la necesidad de regular las excepciones a la prueba ilícita y si bien la deficiente incorporación de una prueba que tenga las características de prohibida afecta la operatividad de las etapas del proceso, lo cierto es, que al acudir a la aplicación taxativa de una excepción de una prueba para que esta sea admitida y posteriormente valorada, garantizaría el proceso, debido a que esa prueba podría ser vital para llegar a la verdad procesal.

3. HIPÓTESIS

Dado la ausencia normativa en relación a las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, **es probable que** existan pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios. **En consecuencia,** resulta necesaria la regulación de un catálogo normativo sobre las excepciones a la prueba prohibida aplicables al proceso penal peruano.

4. INTERROGANTES

4.1. INTERROGANTE GENERAL

- ¿Por qué es necesario la regulación de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano?

4.2. INTERROGANTES ESPECÍFICAS

- ¿Cuál es el estado actual de las excepciones a la prueba prohibida en nuestro proceso penal?
- ¿Cuáles son las excepciones a la prueba prohibida aplicables al proceso penal peruano?
- ¿Cuál es la problemática que se genera a raíz de la ausencia de taxatividad de las excepciones?
- ¿Cuáles serían los beneficios generados a raíz de la inclusión normativa de las excepciones a la prueba prohibida?

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Proponer la inclusión de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar el estado actual de las excepciones a la prueba prohibida en nuestro proceso penal
- Clasificar las excepciones a la prueba prohibida aplicables al proceso penal peruano
- Examinar la problemática que se genera a raíz de la ausencia de taxatividad de las excepciones a la prueba prohibida.
- Identificar los beneficios generados a raíz de la inclusión normativa de las excepciones a la prueba prohibida

6. CONCEPTOS BÁSICOS

La prueba

Centrándonos al concepto de prueba Castillo (2014) señala que la prueba es toda aquella actividad que realizan los sujetos del proceso conforme se ciñen a ley, de las garantías y principios que señala nuestra Carta Magna, con la finalidad de lograr convicción en el juez, relacionado a la veracidad de las postulaciones afirmadas.

Por su parte, (Ferrer, Vásquez, & Taruffo, 2018) menciona que la prueba entendida como medio de prueba que puede estar compuesta ya sea por una persona, cosa, grabaciones, documentos, hechos, entre otros, con lo cual proporcionara información importante y de utilidad para instaurar veracidad o de lo contrario a la falsedad de los enunciados.

Prueba ilícita

Según (Rosas, 2016) la prueba ilícita es aquella que se obtiene con transgresión de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquel ejercicio que conlleva a un resultado probatorio al proceso, esto quiere decir, que partiendo de la obtención de dicha prueba debe de darse por métodos ilícito y el resultado de ello es la violación a un derecho esencial

Por otro lado, San Martín Castro (2020) refiere que tiene como efecto jurídico de carecer eficacia procesal, conlleva a efectos en la actuación probatoria como es aquel medio probatorio con infracción directa o indirecta a los derechos fundamentales de la persona será efecto de inutilización.

Prueba Irregular

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Para Neyra (2015) la prueba irregular tiene ese carácter por el hecho que se contrapone a las garantías establecidas o estipuladas en las normas procesales.

En otros términos, son pruebas procedentes con vulneración a la norma procesal, siendo así la ley procesal es legalizada de la Constitución y ante cualquier obtención para su producción debe tomarse en cuenta conforme el resguardo de las garantías constitucionales (Jauchen, 2002).

Teoría del fruto del árbol envenenado

La llamada doctrina del "fruto del árbol venenoso o envenenado" tuvo su origen en la corte de los Estados Unidos., es ahí donde recibió el nombre de fruit of the poisonous tree, remontando al caso Silverthorne Lumber Co Vs. United States, el cual consistía en que la Corte dictaminó que el Estado no podría obligar a una persona para que entregara documentación, esta misma había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal (Talavera, 2017).

Asimismo, Castillo (2014) respecto a esta teoría sostiene, que se deben la exclusión probatoria debe abarcar tanto a las pruebas ilícitas y también las que se deriven de ellas, ya que existe una ineficacia procesal por la transgresión de los derechos fundamentales y el aprovechamiento de esa prueba obtenida es ilícita.

Es preciso señalar, que esta teoría se encuentra contemplada mediante la regla de exclusión en el artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal haciendo alusión que carecen de efecto legal todas aquellas pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales.

Regla de exclusión

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la regla de exclusión donde refiere, que la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial. En así, que en la jurisprudencia estadounidense esta regla no constituye un derecho fundamental, ya que en realidad su función disciplinaria se enfoca en prevenir y evitar conductas ilícitas por parte de los policías (Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso Alberto Quimper , 2010).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Por otro lado, Jauchen (2002) menciona que, los fundamentos de esta doctrina se basan en la infundada razón ética referente a que el Estado se aproveche de material probatorio obtenido de manera ilegitima con la desesperación de llegar a un juzgamiento.

Prueba derivada

Castillo (2014) refiere que la prueba derivada o refleja es aquella, en sí misma lícita, pero que su origen ha tenido otro destino que conlleva a la violación de derechos fundamentales.

Dicho de otro modo, Neyra (2015) da a conocer a la prueba derivada mediante un ejemplo y señala que, a raíz de la confesión del imputado respecto a un delito de hurto, pero esta llevada a cabo mediante torturas, se obtiene la información en donde se ubica lo que había hurtado por lo que se realiza un allanamiento y se encuentra lo perteneciente a la parte agraviada.

Es decir, la prueba derivada se obtiene mediante la prueba prohibida, convirtiéndose en una nueva prueba, pero al tener esa conexión dado que una dio origen a la otra, se contamina, por lo que ambas carecerían de efecto legal.

Excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida

1. **Fuente independiente:**

La excepción de la fuente independiente funciona cuando el acto delictivo y todo lo que desencadene pueden ser material probatorio legal siempre que hipotéticamente se suprima el acto viciado y de igual forma se arribe a sus consecuencias por una vía legalmente establecida (Pisfil, 2018).

2. **Teoría del riesgo:**

Según esta excepción si el imputado realiza actos voluntariamente ante terceros con la errónea confianza que este no va a revelar lo manifestado respecto a la vinculación de un delito, estaría asumiendo de forma implícita el riesgo de sr delatado a futuro, siendo así esta excepción admite aquella prueba (Guevara, 2018).

3. **Infracción constitucional beneficiosa para tercero:**

Las pruebas obtenidas directamente mediante vulneración de derechos constitucionales pueden ser admitidas, siempre que mediante su uso se condene al imputado y este no sea afectado por dicha violación, ya que esto último implica la desconexión entre el derecho fundamental y su futura condena (Rosas, 2016).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. Ponderación de intereses:

Pisfil (2018) menciona que esta excepción hace referencia a la ponderación que debe existir entre los derechos o garantías constitucionales dependiendo del caso que se presente concreto, con el fin de apartar o admitir una prueba ilícitamente obtenida.

Según Neyra (2015) refiere que el conflicto se produce entre un derecho fundamental y el interés de la sociedad en busca de la persecución delictiva.

5. Infracción constitucional beneficiosa para el imputado:

Rosas (2016), señala que esta excepción tiene la posibilidad de valorar prueba ilícita siempre que sea utilizada a favor del reo. La presente es la única excepción a la regla de exclusión que se encuentran estipulada en el artículo VIII inciso 3 del Código Procesal Penal.

6. Descubrimiento inevitable:

Esta excepción, como lo señala Jauchen (2002) ha sido elaborada por la jurisprudencia norteamericana y es que, a pesar de la ilegalidad, es correcto deducir que la prueba obtenida se hubiera dado por otra forma, pero por una vía legitima.

De igual forma, (Neyra, 2015) menciona que es una excepción en la que se presenta una conexión causal entre la prueba obtenida con violación de garantías constitucionales y la derivada, que no se excluye, por la hipótesis que si bien entra en debate por su discusión, peri que se hubiera hallado de todas maneras con el respeto de los derechos fundamentales.

7. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS / ESTADO DEL ARTE

“ESTUDIO DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU APLICACIÓN COMO REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL”

AUTOR: GONZÁLES CAMPOS CÉSAR ALADINO

El autor analiza como internacionalmente se ha establecido una censura a aquellos medios de prueba que infringen preceptos normativos y los principios que rigen el proceso penal, como por ejemplo el principio de legalidad y el debido proceso. Siendo que, en el caso del Perú existe el reconocimiento prohibitivo, pero, sin embargo, todavía persiste desarrollo jurisprudencial que admite la prueba prohibida incluso si no está relacionada con ningún aspecto beneficioso para el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

imputado, precisando que esta es la única exclusión prevista en la norma procesal; siempre y cuando se adecue a alguno de estos dos contextos: **a)** si el funcionario obtiene el medio probatorio sin que medie dolo y que el mismo actúe de buena fe; o **b)** si el medio probatorio después de examen de ponderación guarda relación con derechos de mayor relevancia que los vulnerados al momento de su obtención.

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN LOS JUZGADOS PENALES DE LA PROVINCIA DE CORONEL PORTILLO 2017

AUTORAS: LAVI BARBARÁN JACKELINE / RENGIFO CÓRDOVA MUSY

Las autoras realizan un estudio estadístico sobre los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Coronel Portillo en el año 2017 y, además, algunos de los casos emblemáticos en los cuales el Tribunal Constitucional ha establecido precedentes sobre la naturaleza fundamental de la prueba prohibida, esto es, su reconocimiento como un derecho fundamental, mas no absoluto, lo que quiere decir que, acerca de las exclusiones a la prohibición relativa a la obtención de medio probatorio ilícito. Asimismo, el trabajo de investigación se avoca a las imprecisiones normativas referentes al procesamiento y exclusión de la prueba prohibida y como no se ha determinado una etapa idónea para su examen y posterior examen de licitud.

EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA PARA GARANTIZAR EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO PENAL, EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUÁNUCO, 2014 - 2015

AUTORA: FLÓRES LEÓN VILMA FELICITAS

El proyecto de investigación estudia el cotidiano accionar de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, en el sentido que, los magistrados de dicho distrito judicial adoptan posiciones relativas a la admisión y posterior admisión de la prueba prohibida, siempre y cuando estas cumplan con el elemento de haber sido recabada en presencia del representante del Ministerio Público (Fiscal), a su vez, cuando esta ha sido recabada en la etapa de las diligencias preliminares la admisión de la prueba es sujeta a un control que puede derivar en su no admisión en ciertos contextos determinados, así mismo la admisión de tales medios probatorios prohibidos genera que el juzgador opte por valorar todos los medios probatorios presentados incluyendo las pruebas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ilegítimas; lo que lo ha llevado a concluir que la reglamentación de las exclusiones, al menos de la precisión en las normas, es necesaria.

LA TUTELA DE DERECHOS Y LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. CASO NADINE HEREDIA 2017

AUTORA: SÁNCHEZ GUEVARA LUZ VICTORIA

La investigación girará en torno al caso Nadine Heredia y Ollanta Humala, en estricto sobre la tutela de derechos que plantearon por la presunta forma ilícita en que el Ministerio Público obtuvo un medio probatorio vital para determinar la culpabilidad o inocencia de los procesados, centrado exactamente en la fundamentación del juzgado que resuelve la tutela de derechos, pues en base al análisis de la tesista, la misma carece de la motivación; concluyendo que el Poder Judicial, y en específico la Corte Suprema, debe promocionar un análisis aclarativo de cómo se debe tratar la prueba prohibida a través de la tutela de derechos.

LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES SOBRE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHÍBIDA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

AUTORA: HUERTA TORRE ROXANA JACKELINE

Esta tesis resalta el hecho que el interés público viene siendo material de mayor relevancia, en tanto que el esclarecimiento de los hechos resulta más relevante para la sociedad, sin embargo, la perspectiva constitucional a través del reconocimiento de los derechos dentro de los procesos judiciales, en este caso los penales, reflejan el objetivo material humanista de la Constitución vigente; entonces, la negación de la eficacia probatoria dependerá no solo de su pertinencia y utilidad, sino también que la misma no afecte los derechos de los sujetos partes del proceso, a pesar que de su prohibición resulten la no sanción de conductas delictivas y la posterior declaración de inocencia del investigado. Además, esta investigación resaltará la incorrecta implementación de la doctrina estadounidense al ordenamiento jurídico peruano, pese a que el contexto social y jurídico, es decir, los elementos que la componen como derechos, principios y fundamentos son diferentes.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

“PRINCIPIOS DE PREDICTIBILIDAD Y CERTEZA EN LAS DECISIONES JUDICIALES RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, PERÚ 2016”

AUTOR: NEYRA TUMPI ANA DEL ROSARIO

El trabajo de investigación resalta la clara aplicación de jurisprudencia como la fuente primordial por sobre la ley, al ser esta última muy restringida menos útil al momento de resolver los conflictos reales, por lo cual la investigación aclara nociones dogmáticas que ayuden a un mejor análisis de la herramienta del “*exclusionary rule*”; a fin que la jurisprudencia peruana deje de realizar una aplicación poco coherente y desordenada, en tanto la misma investigación advierte que en ocasiones la aplicación a servido como herramienta de impunidad, generando de esta manera un escenario judicial poco predecible y cuestionable sobre qué medios de prueba son lícitos y cuando no lo son.

“LA EXCLUSIONARY RULE DE EE.UU. Y LA PRUEBA ILÍCITA PENAL DE ESPAÑA. PERFILES JURISPRUDENCIALES COMPARATIVOS”

AUTOR: ALCAIDE GONZÁLEZ JOSÉ MANUEL (ESPAÑA)

El autor realiza una investigación respecto del reconocimiento jurisprudencial de la prueba ilícita, mediante un análisis comparativo de la regla de exclusión entre su país de origen EE.UU. y España, además su investigación se enfoca a la instauración de la regla de exclusión, sus limitaciones y excepciones, pues pretende demostrar que a pesar de tener sistemas dispares han calado dicha doctrina y jurisprudencia en Tribunales Españoles.

LA CONFESIÓN PRECEDIDA DE LA OBTENCIÓN INCONSTITUCIONAL DE FUENTES DE PRUEBA

AUTOR: JAIME CAMPANER MUÑOZ (ESPAÑA)

La investigación en referencia trata el espinoso e interesante tema del alcance de la ineficacia de la prueba ilícita y más concretamente, su aspecto más problemático a saber la prueba refleja. Mas únicamente en el que probablemente sea hoy en día su faceta más polémica: el valor de la confesión precedida de prueba inconstitucionalmente obtenida, que, sin duda alguna, puede considerarse el "tema estrella" de la actual problemática de la prueba ilícita. Y es que la regla de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

exclusión no se refiere tan sólo a las pruebas obtenidas mediante la conculcación de derechos fundamentales, sino que abarca todas aquellas que, pese a haber sido obtenidas lícitamente, derivan o tienen su origen en las anteriores. Es decir, estaríamos ante una prueba lícita en sí misma pero viciada de inconstitucionalidad en origen, en la medida en que se ha conseguido gracias a los datos o conocimientos adquiridos ilícitamente.

LÍMITES DE LA PRUEBA PROHIBIDA A PARTIR DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

AUTOR: HUGO ALEJANDRO CAMPOS CANTÚ (MÉXICO)

La investigación presentada por el autor analiza el ordenamiento jurídico mexicano en el cual las excepciones a la prueba prohibida, y como existe una necesidad solo de implementarlas, sino de darles valor positivo y taxativo en la norma procesal, en ese sentido también confirma que las posiciones jurisprudenciales no guardan congruencia y al día de hoy persiste una contraposición de criterios, en todo sentido que lo se observa no es la naturaleza ilícita de la prueba sino su admisión como medio probatorio y posterior perfeccionamiento como prueba acreditante de un hecho.

"ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y PROPOSITIVO DEL FUNDAMENTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004". AUTOR: GEOVANNY ALONSO ABRILL ARANIBAR (UNSA)

El trabajo de investigación es trascendental, pues toma una posición desde la perspectiva de que no puede excluirse la prueba, en todos los escenarios jurídicos, es decir, no se puede pregonar de forma absoluta e irracional que la prueba ilícita tiene que ser siempre excluida del proceso penal. Formulando una atenuación a la perspectiva absolutista de la exclusión de la prueba ilícita; y argumentando que la prueba ilícita en algunos contextos jurídicos tiene que ser valorada por el juzgador. Esto en los delitos de temas de corrupción, crimen organizado, trata de personas y terrorismo. Pues el argumento que justifica la posición se centra fundamentalmente en la gravedad de dichos delitos y que el proceso penal tiene que procurar maximizar la probabilidad de obtener decisiones justas no solamente desde una perspectiva del sujeto que está inmerso en el proceso penal sino también desde una vertiente social.

8. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

CAPÍTULO I: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Fuente de prueba
- Medio de prueba
- Convicción probatoria

CAPÍTULO II: LA PRUEBA PROHIBIDA

- Prueba prohibida directa
- Prueba prohibida refleja
- Reglas de exclusión

CAPÍTULO III: EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA

CAPÍTULO IV: EXCEPCIONES A LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

9. MARCO OPERATIVO

FUENTES DE CONSULTA

1. PRIMARIAS:

- Constitución Política del Perú
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Legislación extranjera y jurisprudencia nacional e internacional.

2. SECUNDARIAS:

- Doctrina nacional y extranjera
- Artículos jurídicos.

TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y APARTADOS

DEFINICIÓN DE LAS TÉCNICAS

REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA: Comprende la búsqueda de antecedentes que logren influenciar al autor del proyecto de investigación, a través de la revisión de una lista de publicaciones en libros relacionados con el tema del proyecto.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

REVISTAS ESPECIALIZADAS: Comprende la búsqueda de notas, ideas, y/o inspiración en artículos seleccionados por una editorial comprendidas dentro de una revista especializada en temas jurídicos, en su mayoría, cada número de revista trata sobre un tema y los artículos comprendidos en ese número hacen referencia al mismo.

REVISIÓN DE LA FUENTE DOI: Técnica que trata sobre la forma de identificar un objeto digital (artículo digital, por ejemplo). Prevaleciendo el contenido aun cuando el código URL varíe por determinadas circunstancias.

DEFINICIÓN DE INSTRUMENTOS

DATO TEXTUAL: Instrumento que hace referencia a la transcripción literal del texto referenciado o citado, o en su defecto la parte relevante para el proyecto de investigación indicando los datos conforme a la normativa APA.

ENTREVISTA: Trata el uso del método de preguntas y respuestas con fines de conocer las posiciones objetivas y subjetivas sobre el tema de investigación, estas entrevistas, se realizan de forma personal y verbal, siendo redactada con fines académicos.

La información requerida para la presente investigación será recogida en forma personal. Respecto a la información documental y material bibliográfico, será determinado por los diferentes dispositivos legales relacionados con el tema materia de investigación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia; el material se podrá recabar en las bibliotecas especializadas en Derecho, así como de la Biblioteca personal del graduando.

CAMPO DE VERIFICACIÓN

UBICACIÓN ESPACIAL: Perú

UBICACIÓN TEMPORAL: Periodo 2004-2020

UNIDADES DE ESTUDIO: Casos emblemáticos

PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

MÉTODO DE ANÁLISIS:

TIPO

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

La presente investigación es de tipo no experimental, en todo sentido que no se tiene control de las variables e indicadores, pues se tiene que son hechos que ya ocurrieron, por lo que no tienen un carácter manipulable para el investigador.

NIVEL

La investigación es descriptiva y propositiva, pues la misma consiste en describir y evaluar parámetros de la situación particular de manera asincrónica, es decir que la evaluación del problema se desarrollara en varios contextos temporales y la evolución que la misma ha tenido a través del tiempo y los cambios legislativos que se proponen. Por último y al haber evidenciado la problemática que es materia de investigación se efectuará una propuesta normativa con la finalidad de abordar la problemática descrita y brindarle solución.

ENFOQUE

Esta investigación se encuentra comprendida dentro un enfoque cualitativo, pues consta de la observación y análisis de casos emblemáticos a fin de poder resolver las interrogantes del planteamiento problemático.

POBLACIÓN Y MUESTRA

Debido a que el universo de la presente investigación es un universo bastante extenso, es necesario establecer cuáles son los pronunciamientos jurisprudenciales relevantes y que hubiesen desarrollado excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida.

TÉCNICA

Utilizaré para la realización de esta tesis las técnicas de observación, y revisión de fuentes bibliográficas, revistas especializadas jurídicas y fuentes de documentación digital (DOI).

INSTRUMENTOS

Para la realización de la presente tesis utilizaré la entrevista como medio para resolver los objetivos de la investigación, a su vez, servirán como base objetiva para el procesamiento de los datos obtenida; con la finalidad de conocer los límites expresos y tácitos contenidos en el ordenamiento jurídico peruano, el cual contendrá un conjunto de preguntas perfilados a obtener información sobre la muestra que estamos estudiando.

PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Se utilizarán como método de recolección de datos cuantitativos con la finalidad de recolectar datos en cifras estadísticas. Con estos datos se podrá llegar a las conclusiones de la investigación mediante la ayuda de gráficos del tipo barra o pastel, a fin de comparar los datos.

10. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Pese al estado de emergencia que se vive al momento de la realización de la presente investigación, se hará uso de la encuesta como herramienta de obtención de información, por ello el cuestionario contendrá:

- Texto introductorio e instrucciones
- Descripción de los aspectos formales del cuestionario
- Entrevista
- Observación directa e indirecta

1.- En primer lugar, el proyecto de investigación tendrá un diseño jurídico evaluativo; centrando su análisis en la redacción e interpretación proposicional sobre la prueba prohibida, su vulneración al inciso h, del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en la misma línea, se analizará la jurisprudencia relevante sobre los casos en que la prueba prohibida ha sido admitida en base a exclusiones no propuestas taxativamente en la norma.

2.- En segundo lugar, se analizará los artículos VII, 155 y 159 de nuestro Código Procesal Penal Vigente respectivos a la actividad, utilización y legitimidad de la prueba.

3.- En tercer lugar, se expondrá las deficiencias normativas del tratamiento de la prueba prohibida al no tener claras las excepciones concretas o sobre qué contextos la primigenia prueba prohibida es admisible.

4.- Finalmente, el proyecto de investigación propone una serie de exclusiones basadas en el análisis de jurisprudencia nacional e internacional referidas a la línea de investigación, a fin de resolver la deficiencia normativa referida a las excepciones de la prueba prohibida.

11. UNIDADES DE ESTUDIO

11.1. INTERNACIONAL

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Nix v Williams (1984): Las exclusiones son aplicables solo a la prueba derivada y no a la prueba prohibida directa.
- United Estates v. $639,558.00 (1994): Determina el contexto cuando se aplica la excepción de la prueba prohibida en base a la teoría del descubrimiento inevitable.
- Schenk v. Suiza (1998): Establece que no es absoluto la inadmisibilidad de la prueba conseguida ilegalmente, sino que primero debe realizarse un control sobre si, en conjunto el proceso, fue justo.

11.2. NACIONAL

- Exp. N° 655-2010: Establece el bloque de garantías que se protegen con la exclusión de la prueba prohibida: a) Principio de presunción de inocencia, b) Debido Proceso, c) Derecho a la intimidad y privacidad.
- Exp. N° 2053-2003: Se define la institución de la prueba ilícita.
- STC. 1058-2004-AA/TC: Comprende que la situación laboral de una persona no merma el respeto de sus derechos constitucionales, desde una perspectiva de ponderación de derechos.
- R.N. N° 4826-2005: La Corte Suprema aplica la teoría de la ponderación de intereses y la teoría del caso probable para excepcionalmente admitir prueba obtenida ilícitamente.
- Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116: Se establece pautas para el procedimiento de exclusión de prueba prohibida dentro de la audiencia de Tutela de Derechos.
- R.N. N° 1205-2005: Fija que la prueba ilícita depende de la decisión del juez o colegiado, siempre en cuando este vele por una serie de filtros procesales que tomen en cuenta su origen o procedencia.

- R.N. N° 4826-2005: La Corte Suprema aplica la teoría de la ponderación de intereses y la teoría del caso probable para excepcionalmente admitir prueba obtenida ilícitamente.
- Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116: Se establece pautas para el procedimiento de exclusión de prueba prohibida dentro de la audiencia de Tutela de Derechos.
- R.N. N° 1205-2005: Fija que la prueba ilícita depende de la decisión del juez o colegiado, siempre en cuando este vele por una serie de filtros procesales que tomen en cuenta su origen o procedencia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

12. CRONOGRAMA

	I Marzo	II Abril	III Mayo	IV Junio	V Julio	VI Agosto	VII Setiembre	VIII Octubre	IX Noviembre
Proyecto de Investigación	x								
Aprobación		x							
Recolección de información y bibliografía			x	x	x				
Análisis y diagnóstico						x	x		
Revisión del asesor								x	
Redacción final									x

13. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcaide, J. (2012). "La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España", Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona.
- Armenta, M. (2011). La prueba ilícita. Madrid Marcial Pons.
- Castillo, L. (2014). *La Prueba Prohibida.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Estrampes, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Cataluña, Revista catalana de seguretat pública.
- Ferrer, J., Vásquez, M., & Taruffo, M. (2018). *Teoría de la Prueba.* Sucre-Bolivia: Unidad de Investigación de la Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales.
- Flores, V. (2016). Excepciones a la prueba prohibida para garantizar el derecho al debido proceso penal, en la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Huánuco, 2014-2015.Huánuco, Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huánuco.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Guevara, I. (2018). *La prueba en el proceso penal.* Lima: Gaceta Jurídica.
- Jauchen, E. (2002). *Tratado de la Pruena Penal en el sistema Acusatorio Adversarial.* Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Medina, R. (2017). Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Rosario, Editorial Universidad del Rosario.
- Mellado, J. (2008) Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso del allanamiento y secuestro de los "Vladivídeos", Lima, Grijley.
- Miranda, M. (1999) "El Concepto de Prueba ilícita y su tratamiento den el Proceso Penal". Barcelona, Bosch.
- Miranda, M. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal (Segunda ed.). Barcelona: J.M. BOSH EDITOR.
- Miranda, M. (2010), La prueba ilícita, la regla de exclusión probatoria y sus excepciones, Barcelona, Revista Catalana de Seguretat Pública
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Lima: IDEMSA.
- Ordoñez, I. (2018). Criterios Jurisdiccionales Del Tribunal Constitucional Sobre La Prueba Prohibida En El Nuevo Proceso Penal Peruano Durante Los Años 2004-2010. Cajamarca, Universidad de Cajamarca.
- Pisfil, D. (2018). *La Prueba ilícitamente obtenida en el Proceso Penal.* Lima: Editores del Centro.
- Peláez, R. (2017), La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Rosas, J. (2016). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal.* Lima: Ediciones Legales.
- Roxin, C. (200), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal.* Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales; Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Caso Alberto Quimper, 00655-2010-PHC/TC Lima (Tribunal Constitucional del Perú 27 de octubre de 2010).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Silva, M. (1963.) “La prueba procesal”, Ed, Barcelona
- Talavera, P. (2017). *La Prueba Penal.* Lima: Instituto Pacífico.
- TRIGOSO, H. (2009) La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano. Lima, Jurista Editores y D’Jus.
- Tsvetanova, S. (2018). La prueba prohibida en el proceso penal.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

IV. ANEXO 4. JURISPRUDENCIA

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

CORTE SUPREMA
SALA PENAL ESPECIAL
EXP. Nº 06 - 2001
CASO: KOURI BUMACHAR
ENRIQUECIMIENTO ILICITO
LIMA

SENTENCIA

Lima, veintidós de marzo del
dos mil dos.-

VISTOS; *en Audiencia Pública el proceso penal número seis – dos mil uno, seguido contra Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar por el delito de Corrupción de Funcionarios – cohecho pasivo propio – y Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado;* ***interviniendo como Director de Debates el Vocal Supremo señor Julián Rodolfo Garay Salazar; RESULTA DE AUTOS:*** *que, en mérito a la Resolución Legislativa del Congreso de la República número cero quince – dos mil - CR, de fojas cuatro, su fecha veinticinco de enero del dos mil uno, que declara HABER LUGAR a la formación de causa contra Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar por la presunta comisión de los delitos de Corrupción de Funcionarios bajo la modalidad de Cohecho Propio y Enriquecimiento ilícito tipificados en los artículos trescientos noventitrés tres y cuatrocientos uno del Código Penal, y en mérito de la denuncia formalizada por la señorita Fiscal de la Nación que corre a fojas doscientos setentiocho y*

..//..

..//..

demás recaudos acompañados, así como en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo cien de la Constitución Política del Estado, por resolución de fojas doscientos ochentitrés, su fecha nueve de febrero del dos mil uno, se abrió instrucción contra Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar – ex Congresista de la República – por los delitos de Corrupción de Funcionarios en la modalidad de corrupción de funcionarios – cohecho pasivo propio - y Enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, dictándose en su contra mandato de detención, cuyo nombre es el que queda citado, natural de Lima, Provincia de Lima, de estado civil casado, con cinco hijos, con instrucción superior, hijo de Luis Alberto Kouri Hanna y Jeny María Bumachar Fara, no registra antecedentes penales ni judiciales; tramitada la causa con arreglo a ley, se emitió dictamen fiscal a fojas mil doscientos veinticuatro y el Informe del Vocal Instructor a fojas mil trescientos treintisiete, remitidos los actuados a ésta Sala Penal Especial, formulado por acusación el Señor Fiscal Supremo a fojas mil cuatrocientos veintiocho, ampliada la misma a fojas mil cuatrocientos setentinueve,. se declaró HABER MERITO para pasar a juicio oral por resolución de fojas mil cuatrocientos noventicuatro, su fecha diecisiete de diciembre del dos mil uno; habiéndose señalado día y hora

..//..

..//..

de Ley, ésta se desarrolló en el modo y forma que aparece de las respectivas actas con la presencia del acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar y su abogado defensor, recibiéndose la REQUISITORIA ORAL del representante del Ministerio Público y los alegatos del representante de la Procuraduría Pública Ad Hoc y del abogado defensor, cuyas conclusiones escritas se tienen a la vista; planteadas, discutidas y votadas la cuestiones de hecho en pliego aparte, quedaron los autos para expedir sentencia con arreglo a ley; asimismo se observa que de oficio el Tribunal acogió y tramitó la excepción de naturaleza de acción; de igual manera se tramitó la tacha contra el testigo Vladimiro Montesinos Torres; se aprecia también que todos los recursos impugnatorios interpuestos por la defensa contra las resoluciones expedidas por esta Sala Penal Especial han sido desestimadas por las Salas Supremas respectivas; y **CONSIDERANDO**: **Primero**: que, de las investigaciones preliminares llevadas a cabo, se desprende que se imputa al acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar que en su condición de electo Congresista de la República, por el Partido Político "Perú Posible" y antes de asumir el cargo como Congresista de la República el haber realizado un acuerdo con el ex Asesor presidencial Vladimiro

..//..

..//..

Montesinos Torres para cambiarse a la "bancada" del Partido Político Perú Dos mil, todo ello a cambio de un primer pago de quince mil dólares americanos y posteriores pagos adicionales de quince mil dólares americanos los meses de mayo, junio, julio y agosto del dos mil, razón por el que en cumplimiento del acuerdo efectuado, el acusado luego de hacer público su pase a la bancada oficialista de entonces y de prestar juramento el veintisiete de julio del dos mil, otorgó su voto a favor de la bancada oficialista en varias oportunidades; **Segundo:** que, a consecuencia de la publicación del video trasmitido por los medios de comunicación de fecha quince de setiembre del dos mil, que contiene el hecho imputado se formuló la acusación constitucional imputándose a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar la comisión de los delitos de Corrupción de funcionarios en la modalidad de Cohecho pasivo propio y Enriquecimiento ilícito; al efecto, constitucionalmente por la condición jurídica del infractor en su calidad de congresista la Fiscalía de la Nación denuncia penalmente por los referidos delitos: **Tercero:** que, en relación a la **Excepción de Naturaleza de acción** propuesta irregularmente a fojas mil seiscientos cinco por la defensa del acusado, sostiene que los hechos atribuídos al procesado son atípicos y no constituyen delito, es conducta

.//..

..//..

no prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente y el procesado no era funcionario público; que, conforme lo establece el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, para interponer una excepción de naturaleza de acción, regula que se debe tener en cuenta que el hecho denunciado no constituye delito, esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente, o que no se adecúe a la hipótesis típica de una disposición penal vigente pre - existente, afirmada en la denuncia penal; que, de la revisión de los actuados se observa que el contenido y recaudos de la Acusación Constitucional y de la denuncia de la Fiscalía de la Nación se exponen hechos que están contemplados en la ley como delitos y; asimismo, se sostiene que según las circunstancias legales y los hechos denunciados se la atribuye la calidad de funcionario público; en este sentido, corresponde analizar este extremo: ***FUNCIONARIO PUBLICO – ARTICULO TREINTINUEVE DE LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO:*** *que, el artículo treintinueve de la Constitución define que el primer servidor público es el Presidente de la República y en segundo orden son los Congresistas; ésta norma no distingue entre el Congresista*

..//..

..//..

Elegido, Proclamado o Juramentado; es decir aplicando el principio jurídico que estatuye no procede distinguir donde la norma no distingue, por tanto el acusado según el artículo treintinueve de la Constitución es Funcionario público desde el nueve de abril del dos mil; en consecuencia al cinco de mayo del dos mil era susceptible de incurrir en delitos, de la naturaleza investigada máxime si no hay ley que regule que el Congresista elegido no es servidor público; que, en su instructiva de fojas quinientos ochentisiete, el acusado expresamente reconoce que antes de la difusión del video del quince de setiembre del dos mil, tenía la calidad de Congresista elegido y en esta situación tuvo vinculación con el ex Asesor Presidencial Vladimiro Montesinos Torres; tal es así que el acusado a sabiendas de su calidad de Congresista elegido concurrió al Servicio de Inteligencia Nacional para ofrecer su apoyo político a costa de pago de una coima; y Vladimiro Montesinos Torres sabiendo que efectivamente era Congresista elegido, aceptó negociar el apoyo político con el acusado; ***Cuarto:*** *que, respecto a la* ***tacha*** *formulada por la defensa del acusado en su recurso de fojas mil quinientos cuarenticinco, contra la declaración testimonial de Vladimiro Montesinos Torres, considera que el testigo no tiene autoridad moral y por diferentes versiones que dio el*

.//..

..//..

testigo Vladimiro Montesinos Torres ante las autoridades; que, al respecto en materia penal las pruebas se actúan con criterio de conciencia y no se debe actuar y merituar aisladamente sino en relación con todo el universo probatorio actuado en autos, por otro lado en el presente proceso el testigo es un tercero y como tal está obligado por ley a testimoniar si el órgano jurisdiccional lo ordena salvo que medie resolución superior que anule o revoque la resolución que ordene la testimonial correspondiente; entre el testigo y el procesado no les une vínculo familiar cercano, son dos personas particulares, por el contrario se sostiene que el testigo vió y participó en los hechos instruídos; en tal virtud, no es atendible la tacha contra el testigo, máxime que en su oportunidad ya ha depuesto su testimonial, dicha diligencia se ha llevado a cabo con las garantías del debido proceso; **Quinto: PRUEBA INSTRUCTIVA Y DE LA AUDIENCIA ORAL:** que, el acusado **LUIS ALBERTO EMILIO KOURI BUMACHAR** en su **instructiva** que corre a fojas quinientos sesenticuatro, continuada a fojas quinientos ochenticinco y ampliada a fojas mil ciento noventiuno, refiere haber recibido del ex Asesor Presidencial Vladimiro Montesinos Torres la suma de treintidós mil quinientos dólares americanos, en tres

..//..

..//..

oportunidades: la primera vez recibió quince mil dólares americanos; la segunda, siete mil quinientos dólares americanos y la tercera, diez mil dólares americanos; agrega que la finalidad de la recepción del dinero fue para cambiarse a la bancada política Perú Dos mil y para que este Partido obtenga mayoría parlamentaria, confiesa que el dinero recibido fué destinado para financiar el pago de su campaña política, y el pago de su deuda al agente de publicidad Oscar Enrique Dufour Cattaneo, confiesa, adicionalmente, que recibió diez mil dólares americanos, para la compra de un camión con la finalidad de distribuir pescado, fideos y otros productos a los habitantes del cordón periférico de la ciudad de escasos recursos económicos de Lima y Callao; este extremo resultó ser una coartada; no se probó en modo alguno éstas afirmaciones; ésta coartada fue montada después de la difusión del video del soborno; que, en el acta de audiencia de fojas mil seiscientos cincuenticuatro, su fecha trece de febrero del año en curso, el encausado confiesa los siguientes hechos: **a)** Aceptó haber recibido la suma de treintidós mil quinientos dólares americanos de Vladimiro Montesinos Torres, ésta confesión prueba el ilícito de vender o comprometer su voto; **b)** El acusado confiesa, que solo concurrió al Servicio de Inteligencia Nacional en tres oportunidades

..//..

..//..

para entrevistarse con Vladimiro Montesinos Torres; sin embargo, en Audiencia Pública posterior, cambia de versión y dice que conoció a Vladimiro Montesinos Torres dos años antes del año dos mil y que en varias oportunidades se entrevistaron con el citado personaje; ***c)*** *El acusado a fojas quinientos ochentiocho, en su instructiva reconoce que se arrepiente del hecho de haberse pasado del Partido Perú Posible al Partido Perú Dos mil por este hecho pidió perdón al Perú entero; consideramos si era legal su pase y de acuerdo a sus convicciones de su voto no hay porque pedir perdón ni arrepentirse, que, se llegó a probar que se negoció su voto congresal por dinero desde el momento que no aportó al proceso hecho nuevo, no existe arrepentimiento, no existe confesión sincera;* ***d)*** *El acusado se comprometió a presentar las facturas que demuestren su afirmación de haber entregado veintidós mil quinientos dólares americanos a Oscar Dufour Cattaneo; sin embargo, en su declaración, éste testigo niega lo afirmado por el procesado; no obstante el acusado hasta la fecha no presentó factura alguna, es decir, engañó al Tribunal;* ***e)*** *En su instructiva de fojas quinientos noventa, el acusado manifiesta que no ha intervenido en ningún momento en el proceso de captación de Congresistas; no obstante en el juicio oral varía de versión y*

..//..

..//.

reconoce que ante Vladimiro Montesinos Torres, se ofreció como intermediario para la captación de otros parlamentarios elegidos que según el acusado estaban descontentos con el grupo político Perú Posible, el acusado no dice la verdad durante el proceso porque no dice quienes son esos parlamentarios a quienes habló para que se pasen a la bancada de Perú Dos mil; aún habiéndosele preguntado por el Tribunal que precise los nombres no quiso decir los nombres; ***f)*** *El acusado en su instructiva de fojas quinientos noventiuno, expresa que el propósito del gobierno de Alberto Fujimori Fujimori era conseguir "Congresistas Tránsfugas" para aprobar leyes que convenía a sus intereses, vale decir se proponían mediante la expedición de leyes beneficiar sus intereses privados y además tenía como fin legitimar el tercer período de gobierno ilegal de Alberto Fujimori Fujimori; esto demuestra que Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar conocía el origen fraudulento de las elecciones respectivas;* ***g)*** *El acusado en su instructiva de fojas mil ciento noventitrés, confiesa que conocía que otros parlamentarios recibían pagos adicionales aparte de su sueldo se entiende que recibían éstos pagos de parte de Vladimiro Montesinos Torres; sin embargo, el acusado omitió en denunciar a su Cámara estos hechos ilegales con su silencio fue cómplice de esos delitos; esto es una*

..//..

..//..

prueba que el acusado era parte integrante del "Estado Mafioso" de Alberto Fujimori Fujimori, como durante el proceso lo califica el propio abogado de la defensa; ***h)*** *En la Audiencia del juicio oral de fecha cuatro de febrero del dos mil dos, el acusado reconoce que Vladimiro Montesinos Torres tenía el objetivo "de reclutar congresistas a favor del Partido Perú Dos mil";* ***i)*** *En audiencia pública de fecha del seis de febrero del dos mil, el acusado reconoce que Vladimiro Montesinos Torres lo apoyó económicamente y en reciprocidad el acusado le dió apoyo político; según las pruebas actuadas, éste apoyo político fue a cambio de dinero en dólares americanos;* ***j)*** *En Audiencia de fecha treintiuno de enero del dos mil dos, obrante a fojas mil quinientos noventiuno, el acusado ante pregunta explícita del Vocal se le preguntó, si recibió o no recibió dinero de Vladimiro Montesinos Torres por el apoyo político, expresamente el acusado contestó,* ***que si recibió dinero;*** *esto prueba además, que siendo Congresista el acusado recibió dinero porque el apoyo político se entiende que se dá cuando el acusado ya estaba en funciones y además se prueba que sus votos no fueron auténticos; vale decir cobró dinero por emitir su voto congresal a favor del Partido de perú Dos Mil;* ***EL ACUSADO LLEGA AL EXTREMO DE EXHIBIR UNA PERSONALIDAD***

..//..

..//..

INMORAL PORQUE AL SER INTERROGADO CONFESO QUE ADOPTÓ ESTA ACTITUD PORQUE EN ÉSTE MUNDO NADA FUNCIONA SIN DINERO; *ésta calidad de persona debe servir para graduar máximo ó mínimo de la pena;* ***k)*** *El acusado mantenía coordinación y recibía órdenes de Vladimiro Montesinos Torres porque en Audiencia Pública del treiuntiuno de enero del dos mil dos, a fojas mil quinientos noventiuno, confesó que después de la difusión del video concurrió al Servicio de Inteligencia Nacional a pedido de Vladimiro Montesinos Torres, para prestar su declaración ante la Fiscal Provincial Nina Rodríguez delante de Alejandro Rodríguez Medrano, Vocal Supremo del Poder Judicial en ese entonces; esto evidencia el poder de concertación delictual entre Vladimiro Montesinos Torres y Luis Alberto Kouri Bumachar y la obediencia y sumisión de éste al Ex Asesor;* ***l)*** *El acusado en audiencia del cuatro de febrero del dos mil dos, confiesa que fue iniciativa de él, el hecho de concurrir al Servicio de Inteligencia Nacional a fin de conocer a Vladimiro Montesinos Torres y para tener acceso al Presidente de la República para poder formar parte de Perú Dos Mil; con esta confesión queda demostrado que la iniciativa de negociar el voto fue del acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar; reconoce que el*

..//..

..//..

objetivo de la reunión era reclutar congresistas y no como falsamente dijo inicialmente que visitó el Servicio de Inteligencia Nacional por curiosidad, por conocer a Vladimiro Montesinos Torres; ***ll)*** *El acusado públicamente en el juicio oral a fojas mil quinientos ochentidós, reconoce que del "acuerdo político" derivó en un pago económico; esto evidencia que el acuerdo continuó sirviendo a Vladimiro Montesinos Torres hasta después de la juramentación porque era un contrato y este pacto no se realiza solo para antes de la juramentación, porque no tenía razón de ser sólo para antes de la juramentación ejercer; en cambio adquiere sentido el acuerdo político cuyas "cláusulas" comprendían que antes y después de la asunción del cargo se votaría a favor del grupo político Perú Dos mil; en el video se ratifica esta afirmación;* ***m)*** *El acusado en audiencia de fecha cuatro de febrero del dos mil dos, confiesa que fue a iniciativa del procesado, el pedir a Vladimiro Montesinos Torres que le pague sus deudas;* ***n)*** *El acusado en audiencia pública del día cuatro de febrero del dos mil dos, reconoce que está en la cárcel porque no fue leal con sus votantes y está pagando sus culpas;* ***o)*** *El acusado en audiencia del cuatro de febrero del dos mil dos, de fojas mil quinientos noventitrés, niega que Vladimiro Montesinos Torres le haya dicho*

..//..

..//..

cinco veces no, que no podía votar de acuerdo a su conciencia, se prueba con la transcripción del video analizado públicamente que quien estaba ordenando era Vladimiro Montesinos Torres, se demostró que el acusado estaba sujeto a recibir órdenes en cuanto al voto; sin embargo, en audiencia posterior en el video citado se visualiza y prueba este control montesinista en el cual aparece que efectivamente Vladimiro Montesinos Torrres le había negado cinco veces Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar, el acusado que no podía dictar votos de conciencia; se prueba que el acusado obedecía órdenes de Vladimiro Montesinos Torres; ésta transcripción por escrito fue firmado por el abogado de la defensa sin observación alguna; **Sexto**: que, a fojas mil ciento setenticinco, **VLADIMIRO MONTESINOS TORRES,** declara que personalmente, Alberto Fujimori Fujimori siendo Presidente de la República le ordenó personalmente, el día ocho de abril del dos mil, al conocer el resultado de las Elecciones Congresales en vista que había obtenido sólo cincuenticuatro escaños, que realice una operación de reclutamiento de congresistas a fin de tener por lo menos sesenticuatro parlamentarios, para que en el Congreso tenga una Mesa Directiva afín, es decir adicta al Gobierno y poder de ésta

..//..

..//..

manera manejar todas las Comisiones de Congreso y pueda nombrarse Presidente de dichas Comisiones a partidarios de Alberto Fujimori Fujimori, asimismo; declara Vladimiro Montesinos Torres que Alberto Fujimori Fujimori le autorizó que entregue dinero a las personas que se cambien de partido político; declara además el testigo que entregó quince mil dólares americanos al procesado, previa conversación y acuerdo para que el acusado integre las filas de Perú Dos Mil; asimismo, declara que se acordó con el acusado que le entregaría mensualmente durante cinco años siguientes la suma de quince mil dólares americanos, a cambio de que Luis Alberto Kouri Bumachar, permanezca en las filas de Perú Dos mil; el testigo manifiesta que el procesado recibió instrucciones directamente de la Presidencia del Congreso de la Mesa Directiva y además dice Vladimiro Montesinos Torres que coordinó con el acusado el sentido de los votos que iba a emitir; afirma además, que el acusado cumplió con todas las directivas que se le ordenó, incluso atestigua que el acusado asistió al Círculo Militar donde fue presentado al Ingeniero Fujimori Fujimori, adicionalmente sostiene, el testigo, que entre el acusado y él había más que un compromiso era un contrato y éste contrato se cumplió, pues el acusado recibió quince mil dólares

..//..

..//..

americanos mensuales en el mes de mayo, junio, julio y agosto del dos mil; **Sétimo: PRUEBA DEL VIDEO:** que, inicialmente se alegó por la defensa técnica, que es ilícita la prueba del vídeo propalado el quince de setiembre del dos mil, por haber sido sustraído, cabe precisar que no son licitas o ilícitas las pruebas, éstas valen o no valen, son eficaces o no son eficaces, son pertinentes o no lo son; por tanto, es incorrecto sostener que existen pruebas ilícitas por ser obtenidas sin consentimiento de quien las posea, lo que es ilícito o licito son las conductas; en consecuencia si las pruebas reproducen hechos realmente acontecidos, tiene legalmente perfecto valor; este fundamento se sostiene en el artículo doscientos ochentitrés del Código de Procedimientos Penales que establece que los Jueces Penales evalúan las pruebas con el "criterio de conciencia"; aspecto diferente es que la prueba sea el resultado de la intimidación o coacción, que no se presenta en este proceso, máxime cuando el acusado, en su instructiva y en el acto oral reconoce el contenido de los diálogos o hechos vistos en el video; en el presente caso la prueba del video adquiere completa validez por cuanto su transcripción por escrito se hizo en el Tribunal y se dio la oportunidad para ser debatido públicamente, no hay cuestionamiento al video y

..//..

..//..

además el acta ha sido firmada por el abogado de la defensa, el abogado del Estado, los Vocales, la misma que corre a fojas mil seiscientos ochentiséis a mil seiscientos noventinueve; que, se aprecia que entre Crousillat Carreño, Dufour Cattaneo y Montesinos Torres, según el vídeo, hubo acuerdo para trabajar juntos y queden vinculados, es decir un concierto entre éstas personas para que mediante la coima se compre la conciencia del voto, esto se evidencia en el diálogo en el que el acusado manifiesta que es una decisión personal el concertar con Vladimiro Montesinos Torres; en el video, se aprecia en forma evidente que Vladimiro Montesinos Torres en cuanto se refiere a poner precio a la venta del voto, formula pregunta por dos veces al acusado y le dice ¿cuánto?, ¿cuánto?, Vladimiro Montesinos Torres expresa seguidamente acá hay diez, usted dígame, esto quiere decir que Montesinos Torres está diciendo cuanto quieres cobrar mensualmente por vender tu voto de conciencia y Montesinos Torres le hace ver que tiene diez mil dólares americanos y lo invita al procesado a que diga algo, el acusado responde "hablemos de quince, veinte", eso da a entender que el acusado no aceptaba el ofrecimiento de diez mil dólares mensuales sino que exigía quince o veinte mil dólares mensuales, al final; según el video, el acusado acepta quince mil dólares americanos mensuales; además de esa

transacción el acusado le pide a Montesinos Torres que lo apoye para recuperar su inversión realizada en los gastos de campaña; también se aprecia que Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar califica estos gastos electorales como una inversión, es decir observamos que tiene un criterio comercial de la Campaña Electoral, esto es otro hecho grave; que, analizado ésta transcripción y comparado con el video que se visualizó en la Audiencia Pública se llega a probar que siendo Congresista Elegido el cinco de mayo del dos mil, ambos estaban negociando el voto del futuro inmediato mediante el pago de una coima de quince mil dólares mensuales a favor del procesado, este acto se corrobora con la conducta del procesado después de la juramentación y de tomar el ejercicio de su cargo, en concordancia con los depósitos mensuales efectuados en el Banco de Crédito de Perú a su favor según se prueba de la Pericia Contable; ***Octavo:*** ***PERITAJE CONTABLE:*** *que, obra a fojas mil ochocientos once a mil ochocientos noventicuatro cursa la Pericia Contable, ratificada por los Peritos respectivos quienes han sido nombrados oficialmente en Audiencia Pública de fojas mil novecientos treintitrés, esta prueba acredita que el acusado tiene un desbalance de ciento diecisiete mil*

..//..

ochocientos dieciséis punto cero ocho dólares americanos, puesto a Debate en Audiencia Pública el acusado no tachó la pericia, sólo en su oportunidad se opuso a su no realización, oposición que fue desestimada, jurídicamente ésta prueba conserva toda su eficacia; el acusado no supo justificar los ingresos económicos depositados en su Cuenta Corriente; cabe destacar que en su instructiva manifestó el procesado que antes del nueve de abril de dos mil, dejó su departamento alquilado donde vivía con su familia para irse a vivir a casa de su suegra, este hecho demuestra la total insolvencia económica del acusado, situación económica que cambió cuando recibió los dólares americanos de Vladimiro Montesinos Torres por la venta de su voto antes de entrar en funciones y aún después de la toma del cargo de Congresista; **Noveno: ESTADOS DE CUENTAS BANCARIO:** que, esta probado que a cargo del Banco de Crédito del Perú se depositó dinero en dólares americanos a favor del acusado obrante de fojas novecientos treinticinco a fojas mil ochentinueve, merituada esta prueba independientemente a la prueba de la Pericia Contable, se observa que a fojas mil setenta, se acredita que el seis de mayo del años dos mil, se deposita a su favor once mil doscientos dólares americanos, el acusado no ha explicado al Tribunal ni al Juez

..//..

..//..

Instructor el origen y la fuente de éste dinero en dólares americanos, frente a la ley el acusado está obligado a explicar el origen de éste dinero, éste monto de dinero según ha declarado el procesado en el juicio oral, es parte del dinero que le dio Vladimiro Montesinos Torres y que la suma ó monto de dinero diferencial la ha tenido en su poder para hacerlo circular, al mes siguiente según fojas mil setentitrés el acusado recibe adicionalmente en su Cuenta Corriente como depósito la suma de quince mil dólares americanos correspondiente al tres de junio, tampoco ha justificado ante el Tribunal ni ante el Juez Instructor el origen ni de donde provenía tal dinero, por otro lado en el alegato correspondiente de la defensa correspondiente del acusado se ha reconocido que esos ingresos los ha recibido de Vladimiro Montesinos Torres; asimismo a fojas mil setenticuatro en el estado de cuenta del Banco de Crédito del Perú el veinte de junio depositan en su cuenta treinta mil dólares americanos, posteriormente el siete de julio del dos mil según fojas mil setentiséis, depositan en su cuenta corriente veintisiete mil sesentidós dólares americanos, tampoco en su oportunidad no explicó el origen de tal dinero, aunque la defensa reconoció que el origen provenía de Vladimiro Montesinos Torres, pero formalmente no ha justificado el

..//..

..//..

origen legítimo de ese dinero; **Décimo**: que, visualizado el **VIDEO DE LA ENTREVISTA DEL ACUSADO REALIZADA POR EL CANAL CINCO POR EL PERIODISTA EDUARDO GUZMAN,** el diecisiete de setiembre del dos mil, visualizado en Audiencia Pública y sometido a Debate de éste vídeo se llega a establecer que el procesado continuaba recibiendo órdenes de Vladimiro Montesinos Torres, por cuanto después de la propagación del primer vídeo el quince de setiembre del dos mil, acepta las órdenes y directivas de Vladimiro Montesinos Torres para que concurra a una entrevista concertada por Vladimiro Montesinos Torres la cual es el que contiene este vídeo; en Audiencia Pública el acusado declara que Vladimirio Montesinos Torres le dio las pautas que debía declarar en esa entrevista en tanto que Montesinos Torres ya había concertado con los periodistas respectivos del Canal Cinco, quienes se frustraron a ésta entrevista "simulada"; este documento prueba además otra falsedad del procesado cuando dice "hace dos años que ya conocía a Vladimiro Montesinos" en contradicción de lo que declaró el testigo citado cuando dijo recién lo conocía al procesado en el mes de mayo se entiende en el año dos mil; en este vídeo el acusado se ratifica en el sentido que es verdadero el contenido del vídeo propalado el quince

..//..

..//..

de setiembre del dos mil, con la singularidad que en ésta entrevista no niega la recepción de dinero de Vladimiro Montesinos Torres, solo manifiesta dos coartadas no probadas: la compra del camión y el pago a sus supuestos acreedores; **Undécimo**: que, la **PRUEBA DE AUDIO OFRECIDO POR EL ABOGADO DEL ESTADO,** éste casett fue remitido por el Congreso de la República por orden de éste Tribunal examinado el mismo, se llega a establecer que carece de relevancia jurídica para los presentes autos, por cuanto se aprecia que es un monólogo sin llegarse a identificar al interlocutor respectivo, si bien es cierto que se hace referencia a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar y se consigna que está pidiendo demasiado dinero, veinte mil dólares americanos mensuales y se critica este monto porque es demasiado exagerado, como se aprecia es irrelevante para la causa, el contenido de éste audio ha sido transcrito al proceso cuyo texto corre a fojas mil setecientos cincuentiocho, el mismo que ha sido leído en Audiencia Pública y firmado por el defensor del acusado, Ministerio Público, Defensor del Estado y Magistrado; **Duodécimo**: que, en relación al concepto de **FUNCIONARIO ELEGIDO,** la **CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN,** regula que incurre en éstos delitos los ciudadanos elegidos, ésta Convención ha sido

..//..

..//..

aprobado por Decreto Legislativo número veintiséis mil quinientos cincuentisiete, su fecha cinco de marzo de mil novecientos noventisiete, promulgado el doce de mayo de mil novecientos noventisiete; y ratificado por el Decreto Supremo número doce – noventisiete - RE, del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventisiete, esta Convención en su artículo I define que Funcionario Público también son los ciudadanos que hayan sido elegidos, como es el caso del acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar; en tal virtud, no existe colisión entre el articulo cuatrocientos veinticinco Código Penal y el art. I de la Convención Interamericana contra la Corrupción porque entre otros fundamentos, según el articulo I del Título Preliminar del Código Civil una ley se deroga por otra ley y asimismo, cuando hay incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior esta queda derogada; de esta regla no esta excluido la ley penal; al no existir incompatibilidad no es necesario dictar alguna ley para modificar o derogar parte del articulo cuatrocientos veinticinco del Código Penal con relación del art. I de la Convención citada; este principio adquiere mayor precisión ó relieve con lo estipulado por el art. IX del Titulo Preliminar del Código Civil; que regula que las normas del Código Civil son aplicables supletoriamente a las

..//..

..//..

situaciones y relaciones y situaciones jurídicas no reguladas por otras leyes; la Convención Interamericana de Anticorrupción no es incompatible con el artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal; ***Décimo tercero****: que, constitucionalmente* ***LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION NO COLISIONA CON EL ARTICULO CUATROCIENTOS VEINTICINCO DEL CODIGO PENAL****, porque, según el artículo cincuenticinco de la Constitución Política del Perú esta Convención forma parte del derecho interno; por su naturaleza esta parte de la Convención que prescribe que los ciudadanos elegidos son Funcionarios Públicos, es de aplicación inmediata, es decir, la Convención citada añade una cláusula al artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal;* ***Décimo cuarto****: que, el Status de* ***CONGRESISTA ELEGIDO****, corresponde a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar esta situación se acredita por prueba notoria consistente en el resultado General de las Elecciones de Abril del dos mil, dado a conocer oficialmente el tres de junio del citado año por el Jurado Nacional de Elecciones y que retrotrayendo al nueve de abril del dos mil, fecha de la votación, se llega a determinar que los ciudadanos respectivos habían elegido al acusado como Congresista, este resultado fue ratificado por las*

..//..

..//..

comunicaciones del ONPE; **Décimo quinto**: que, en lo que respecta al **VOTO IMPERATIVO**, es necesario considerar que nuestro sistema reconoce la legalidad del contenido de la libertad de opinión de todo Congresista, es decir que éste no está sujeto a mandato imperativo y no responde ante nadie y que por tanto no es pasible de sanción por el contenido de su voto, pero no se debe confundir con el voto u opinión ilegal, con voto inauténtico, con el voto fraudulento, con el voto "prevaricador", estos votos son ajenos a la verdad de los hechos, es aquel voto que está dirigido, manipulado, conducido por voluntad de terceras personas no por el legislador; como en el presente caso conducido por Vladimiro Montesinos Torres, y con el agravante del previo pago de dinero, es decir es una traición al Pleno del Congreso; de esta manera se está infringiendo un deber de función; **Décimo sexto**: que, en principio, no es cierto que solo el Código Penal regula delitos; la Constitución Política puede también establecer tipos penales especificando conductas antijurídicas de carácter criminal y asimismo, puede establecer penas o sanciones; es el caso del artículo segundo, inciso cuarto, tercer párrafo, de la Ley fundamental cuando tipifica que todo acto, entendiéndose fuera de

..//..

..//..

ley o fuera de mandato judicial, que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente constituye delito; es un ejemplo de tipificación penal; y de otro lado el artículo cien de la Constitución Política del Estado, regula que el Congreso tiene competencia para aplicar la pena de inhabilitación o destitución del funcionario que haya sido acusado por cualquier infracción penal o constitucional; en tal virtud, el Constituyente puede simultáneamente regular que conducta es sancionable penalmente y al mismo tiempo tiene facultad de establecer la pena respectiva; que, el artículo noventitrés, de la Constitución Política es una norma penal de nivel Constitucional; por tanto ninguna ley ni reglamento, ni interpretación o aplicación puede desnaturalizarlo, cualquier interpretación diferente estaría afectando ésta norma constitucional que prescribe que los Congresistas son responsables penalmente desde que son elegidos hasta un mes de haber cesado en sus funciones, cuando infringen normas penales, incluso pueden ser detenidos en caso de flagrante delito; circunstancia en el que, el Congreso o la Comisión Permanente autoriza o no la privación de la libertad del Congresista elegido ésta es la situación jurídica que correspondió al procesado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar que ha originado su destitución y

..//..

../..

ley o fuera de mandato judicial, que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente constituye delito; es un ejemplo de tipificación penal; y de otro lado el artículo cien de la Constitución Política del Estado, regula que el Congreso tiene competencia para aplicar la pena de inhabilitación o destitución del funcionario que haya sido acusado por cualquier infracción penal o constitucional; en tal virtud, el Constituyente puede simultáneamente regular que conducta es sancionable penalmente y al mismo tiempo tiene facultad de establecer la pena respectiva; que, el artículo noventitrés, de la Constitución Política es una norma penal de nivel Constitucional; por tanto ninguna ley ni reglamento, ni interpretación o aplicación puede desnaturalizarlo, cualquier interpretación diferente estaría afectando ésta norma constitucional que prescribe que los Congresistas son responsables penalmente desde que son elegidos hasta un mes de haber cesado en sus funciones, cuando infringen normas penales, incluso pueden ser detenidos en caso de flagrante delito; circunstancia en el que, el Congreso o la Comisión Permanente autoriza o no la privación de la libertad del Congresista elegido ésta es la situación jurídica que correspondió al procesado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar que ha originado su destitución y

../..

../..

electoral; que, cualquier ley, interpretación o aplicación de una ley por los Jueces que afecte la dignidad humana, como es el Voto Popular, no tiene eficacia conforme lo dispone el artículo cuarto de la Disposición Final de la Constitución Política, concordante con el artículo tercero de la misma Carta Fundamental, éstas reglas constitucionales disponen que los derechos constitucionales como el voto ciudadano, como es el examinado en presente caso, se interpretan de conformidad con los Acuerdos y Tratados Internacionales; **Décimo octavo:** que, el **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** expuesto por la defensa no se debe confundir con el legalismo; existe error en el entendimiento del concepto de legalismo, en algunos momentos de la historia judicial por este falsa aplicación se dictó decisiones judiciales que afectaban elementos mínimos de la razón, tal es el caso de la cita que expuso el Jurista español Florentino García Goyena, en el siglo pasado al criticar el legalismo en los Tribunales ingleses, cuando relata que en un proceso penal, por delito de bigamia instruido a un ciudadano inglés, quien se había casado más de tres veces, insólitamente fue absuelto, porque el delito de bigamia sanciona a quien contrae matrimonio civil dos veces y

../..

..//..

no tres veces; el Jurista peruano Rómulo Lanatta luchando contra este legalismo errado repite después de más de cien años ésta misma cita para desterrar la deficiencia conceptual al principio de legalismo (Libro Homenaje a José León Barandiarán – Editorial Cusco mil novecientos ochenticinco, página doscientos noventitrés); consideramos que el Principio de Legalidad es interpretar y aplicar lo que fluye de la Ley dentro del sistema jurídico entendiéndose por ello el preámbulo constitucional, el Título Preliminar, las leyes, etcétera, es decir lo que emerge del derecho vigente y siempre que sirva para resolver eficazmente el problema o restablecer los daños ocasionados y no legitimar la impunidad; el legalismo no es la simple literalidad que algunas veces es una claridad falsa, además no se debe confundir términos jurídicos con concepto o institución jurídica; ilustra ésta preocupación por superar el legalismo el caso histórico producido en el juicio de Nüremberg cuando se dictó sentencias superando el legalismo, en el citado proceso los tiranos, dictadores y genocidas, procesados amparándose en el falso concepto de legalidad quisieron lograr su impunidad por los delitos que cometieron, quienes afirmaron que solo aplicaron la ley vigente sin importarles los valores; además en el Perú histórico, Manuel Gonzáles Prada, anatemizando a

..//..

..//..

los abogados y a la Magistratura afirmó que algunos Jueces en el ejercicio de sus funciones, una ley clara la interpretan como oscura y una oscura como si fuera clara, muchas veces para servir al bribón antes que al honrado o inocente; bajo esta base conceptual entendemos que la Convención Interamericana contra la Corrupción No colisiona con ninguna norma interna y viene a formar parte del derecho nacional, no necesita reglamentación alguna; aplicándose correctamente éstas normas servirán para controlar e impedir que los ciudadanos ya elegidos como Presidentes o Congresistas pretendan impunemente vender sus decisiones futuras y lo más grave no se puede dejar de sancionar a quienes monitorean y se dejan dirigir por terceros con el propósito de perpetuarse en el poder y seguir medrando al Estado; **Décimo noveno:** que, el artículo cuatrocientos uno del Código Penal - **SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD,** la defensa sostiene que el artículo cuatrocientos uno del Código Penal es inconstitucional porque la pena establecida no guarda proporcionalidad con la pena estipulada con las otras penas del mismo capítulo; al respecto cabe afirmar que el artículo cuarentitrés de la Constitución Política del Estado, sustento de su argumento es una norma totalmente ajena a la proporcionalidad o razonabilidad de las,

..//..

../..

penas que reclama la defensa, la citada norma si es programática no es de cumplimiento inmediato porque requiere un desarrollo; normativo que, el artículo cuatrocientos uno, citado por el Principio de Presunción de Constitucionalidad de todas las leyes, mientras no se declare su inconstitucionalidad por sentencia emitida por órgano competente debe acatarse y cumplirse, es constitucional, ésta ley no colisiona con la Constitución Polítitica y en todo caso debe demandarse cuya sentencia favorable si es el caso, y su inconstitucionalidad que regirá para el futuro; como dispone la Constitución Política del Estado, no alcanza a actos anteriores; que, el artículo cuatrocientos uno del Código Penal contempla la gravedad de la pena dentro del contexto de los demás delitos sobre funcionarios públicos porque tiene un elemento diferenciador, el cual es el beneficio económico; en cambio en los otros delitos no se exige este presupuesto o requisito; ***Vigésimo***: *que, respecto al* ***BIEN JURIDICO TUTELADO*** *por los artículos trescientos noventitrés y cuatrocientos uno del Código Penal comprendido, en el presente caso, no solo protege el bien jurídico el cual es la correcta función de la Administración Pública, al efecto, tiene mayor alcance porque indirectamente protege otros bienes jurídicos superiores como son el Derecho*

..//

Universal de votar para elegir a sus gobernantes; razón por el que es necesario proteger el Voto Popular frente al negociado del mismo y preservar el voto de los ciudadanos contra el pago de coimas, el Poder Legislativo debe legislar normas orientadas a disuadir e impedir que en el futuro no se traicione el voto electoral; ***Vigésimo primero: CONDUCTA IMPROPIA DEL ENCAUSADO:*** ***a)*** *A fojas quinientos noventitrés dice que, por curiosidad fue a visitar a Montesinos Torres; no dijo la verdad porque en el juicio oral sostiene que ya hace dos años que lo conocía;* ***b)*** *A fojas quinientos cuarenticuatro, el acusado afirma haber pagado cuarenta mil dólares americanos para ingresar al Partido Perú Posible, pero en la Audiencia Pública negó haber pagado suma alguna para su ingreso al citado Partido esto demuestra su contínuo propósito de mentir al Tribunal;* ***c)*** *En la instructiva de fojas mil ciento noventitrés se acredita que el acusado recibía órdenes de Vladimiro Montesinos Torres cuando confiesa que éste le entregó la foto del hijo del Congresista Waissman para que lo denuncie por los delitos ocasionados en los disturbios callejeros;* ***d)*** *A fojas mil ciento noventicuatro, el acusado confiesa que Vladimiro Montesinos Torres es el autor intelectual de la denuncia por difamación via querella, presentado en su oportunidad,*

..//..

..//..

contra el actual Presidente de la República Alejandro Toledo Manrique, es decir claramente se prueba que el acusado estaba sometido a las órdenes de Vladimiro Montesinos Torres; **e)** *El acusado en Audiencia Pública del treintiuno de enero del dos mil dos, dice que Vladimiro Montesinos Torres no fué de la idea de denunciar al hijo del Congresista Waisman; esto acredita que cambió la versión de su instructiva cuando afirmó que ésta idea fue de Vladimiro Montesinos Torres; En* ***AUDIENCIA*** *de fecha del seis de febrero del dos mil dos, el representante del Ministerio Público le preguntó sobre la utilidad de la venta de pescado, que dice realizar, el acusado contestó burlonamente de la siguiente manera "bueno yo lo invito si me deja salir para que vayamos juntos al terminal pesquero y así se constataría in situ que es cierto" ; esto demuestra la conducta altanera y de desacato del procesado contra el representante del Ministerio Público;* ***Vigésimo Segundo:*** ***COARTADA EN CUANTO A LA COMPRA DEL CAMION:*** *que, respecto a la compra de un camión frigorífico a nombre del acusado, con el dinero que recibió de Vladimiro Montesinos Torres, es totalmente ajeno a los delitos debatidos, y aún más no ha sido debidamente probado tales hechos, el procesado solo prometio presentar las pruebas sobre ésta materia, pero no lo realizó hasta el pronunciamiento de este fallo; por el*

contrario sostuvo en audiencia publica que oculta el camión para evitar ser embargado por reparación civil; estos supuestos hechos son sólo una coartada; así como el pago de dinero al publicista Dufour Cattaneo, con ninguna factura y documento contable se ha llegado aprobar estos pagos, todo fue un ardid montado después del quince de setiembre del dos mil, una vez conocida o realizada la publicación del primer video; ***Vigésimo tercero:*** *el* ***MOVIL DEL DELITO*** *que ha conducido al delito a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar en el presente caso es el lucro económico, porque ha mercantilizado el Voto de confianza del pueblo en las Elecciones Generales de abril del dos mil; monitoreado por Vladimiro Montesinos Torres, ésta conclusión fluye además, de lo manifestado en la Audiencia Pública cuando el acusado afirmó que su afán de tener o buscar poder lo llevó a cometer el delito objeto de la imputación; ésta confesión y realidad desvirtuó la coartada de la supuesta compra del camión frigorífico para repartir pescado; quería aparentar un fin humanístico a sus coima;* ***Vigésimo cuarto: DESPROPORCIONALIDAD DE LA PENA****: que, en cuanto a la afirmación de la defensa sobre la supuesta desproporcionalidad entre el contenido normativo de la pena establecido en el artículo*

..//..

cuatrocientos uno del Código Penal y los estipulados en los otros artículos comprendidos en el rubro de delitos contra la administración pública, que va desde el artículo trescientos sesentiuno al cuatrocientos uno del Código Penal, anotado, procede sostener que existe diferencias sustanciales; en el tipo sobre Enriquecimiento Ilícito existe el elemento pecuniario o económico, elemento que no es consustancial a los demás tipos penales citados, por tanto es erróneo afirmar que existe desproporcionalidad en el plazo de diez años como pena máxima para el delito tipificado en el artículo cuatrocientos uno del Código acotado y el menor plazo regulado para los otros tipos penales, el Legislador y la Sociedad han considerado mayor penalidad cuando hay de por medio beneficio económico con ocasión de ser funcionario o Servidor Público; máxime cuando éste no puede explicar o justificar el origen del dinero; en el caso del procesado , como se dejó establecido, su insolvencia económica fue muy notoria antes del nueve de abril del dos mil, antes de ser elegido Congresista, tal es así que en su instructiva el procesado manifestó que dejó su casa alquilada para ir a vivir a la casa de su suegra; luego de ser Congresista Elegido la situación económica del procesado cambió en forma evidente según la Pericia Contable, que arrojó un desbalance de ciento diecisiete mil ochocientos dieciséis dólares..//..

..//..

americanos éste desequilibrio económico fue producto de la "coima" o soborno; ***<u>Vigésimo quinto</u>: COHECHO PASIVO PROPIO – ARTICULO TRESCIENTOS NOVENTITRES DEL CODIGO PENAL:*** *que, está acreditado según los hechos, la ley y la Constitución Política, que el acusado al cinco de mayo del dos mil tenía el Status jurídico de Congresista Elegido que por mandato constitucional ya contaba con protección y prerrogativas que no lo tiene el ciudadano común; por este status legalmente el Congresista Elegido estaba obligado a no aceptar donativos o realizar promesas o cualquier otra ventaja para realizar cualquier acto que viole su obligación de emitir votos auténticos y no emitir votos digitados por terceras personas, es decir, estaba prohibido de realizar actos, pactos o contratos dirigidos a cambiar su voto influenciado por la coima, en el presente caso el procesado siendo elegido Congresista no solo concurrió al Servicio de Inteligencia Nacional a solicitar el pago de un dinero por su apoyo político por la venta de su voto a favor del Partido político Perú Dos mil, sino que según su propia confesión aceptó ventajas económicas, y ya estando en el ejercicio del cargo efectivamente incumplió su obligación de emitir su voto de conciencia; por el contrario, emitió votos fraudulentos, se trata*

..//..

..//..

el caso que el Congresista Elegido no cumplió su obligación, porque hay deberes implícitos ó tácitos, como es por ejemplo que los abogados digan la verdad de los hechos ante los Tribunales, en el presente caso ha existido un nexo de causalidad entre el negociado pactado el cinco de mayo del dos mil y los votos emitidos después de la juramentación en el ejercicio de sus funciones, votos que respondían a lo pactado entre el acusado y Vladimiro Montesinos Torres quienes habían acordado que estaba prohibido dar votos de conciencia; según lo transcrito en el video cuando Vladimiro Montesinos Torres le ordenó al acusado en forma expresa por cinco veces que estaba prohibido que emita sus votos auténticos; pactaron que el acusado tenía que obedecer al mandato de Vladimiro Montesinos Torres y de Alberto Fujimori Fujimori; que aspecto diferente es que un candidato no elegido es decir que un ciudadano común suscriba contratos o reciba ventajas económicas o reciba coimas prometiendo enajenar su voto, en tal caso estaríamos frente a un delito imposible, no sancionable, que no es el presente caso de Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar quien era un sujeto que sabía lo que estaba haciendo y pactando; ***<u>Vigésimo sexto</u>: MISMO HECHO – CONCURSO IDEAL : a)*** *que, en el presente caso los delitos*

..//..

..//..

investigados están constituídos por un mismo hecho antijurídico originado, entre otras pruebas, en un contrato, pacto o acuerdo que comprende diversos momentos o actos los mismos que están relacionados unos con otros bajo la misma finalidad el cual es la enajenación del voto; ***b)*** *que, en un primer momento, el cinco de mayo del dos mil, Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar, siendo Congresista ya elegido según los resultados de las Elecciones de Abril del dos mil, retrotrayendo tal resultado al cinco de mayo del dos mil, recibe de Vladimiro Montesinos Torres la suma de quince mil dólares americanos, según el Video difundido el quince de setiembre del dos mil, suma que aparece depositada en el Banco de Crédito del Perú a nombre del acusado, el seis de mayo del dos mil, según se prueba con la Pericia Contable no tachada; estos hechos son notorios no se necesitan probar cuando es de conocimiento público, como es el hecho que según difusión pública de la ONPE que el acusado había sido elegido el nueve de abril del dos mil, nadie puede negar que el ONPE difundía públicamente a través de medios de comunicación quienes habían sido elegidos, según el avance de los escrutinios el acusado ya había sido elegido;* ***c)*** *que, en un segundo momento, el día tres de junio del dos mil, Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar,*

..//..

..//..

recibió quince mil dólares americanos, según el alegato de la defensa ratificado con la Pericia Contable y la declaración testimonial de Vladimiro Montesinos Torres; en esta ocasión su status jurídico del acusado, retrotrayendo al resultado de las Elecciones Generales del nueve de abril del dos mil, propaladas el tres de junio del dos mil, fue de Congresista Elegido; ***d)*** *que, en un tercer momento, el día diecinueve de julio del dos mil, Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar recibe quince mil dólares americanos, lo cual se verifica de lo afirmado por la defensa en su último alegato y por la declaración del testigo Vladimiro Montesinos Torres, así como la Pericia Contable, siendo en ésta ocasión el status jurídico del acusado de Congresista, Proclamado formalmente, el siete de junio del dos mil;* **e)** *que, en un cuarto momento, el día siete de agosto del dos mil, Luis Alberto Kouri Bumachar, recibe de Vladimiro Montesinos Torres quince mil dólares americanos, según la Pericia Contable, afirmado por el alegato de la defensa y la declaración de Vladimiro Montesinos Torres, siendo formalmente su condición jurídica del acusado, a ésta fecha, el de Congresista Juramentado; es decir el acusado se encontraba en funciones;* **f)** *que, luego de la fecha de Juramentación en el ejercicio del cargo de Congresista o Servidor Público el acusado continuando*

..//..

..//..

cumpliendo lo pactado el cinco de mayo del dos mil, entre otros actos a favor de Vladimiro Montesinos Torres, cumplió con votar a favor de la bancada de Perú Dos Mil, para archivar la denuncia contra Vladimiro Montesinos Torres con ocasión de la propalación del video difundido objeto de éste proceso, propalado el quince de setiembre del dos mil, que contiene actos delictuosos del acusado, esto se desprende del Detalle o Informe de las Mociones votadas del cuatro de agosto al veintiocho de setiembre del dos mil, que corren a fojas doscientos sesentitrés, remitidos por el Congreso de la República; **g)** que, de todo lo expuesto se evidencia que los actos aludidos y probados corresponden a un mismo hecho o voluntad criminal, los mismo que están sancionados por dos normas legales; el artículo trescientos noventitrés y el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, es decir constituye un Concurso Ideal de Delitos previsto en el artículo cuarentiocho del Código Penal, que obliga a sancionar por el delito de condena más grave; ésta es la doctrina que recoge el Legislador Peruano expresamente en la ley, artículo cuatrocientos uno del Código acotado; en ésta eventualidad según la norma anotada es obligación del Juzgador aplicar la norma que contemple la pena más grave; si existen otras doctrinas, es aspecto diferente, mientras no se

..//..

..//..

modifique o revoque la ley debe cumplirse; ***Vigésimo sétimo:*** ***REMITIR COPIAS ARTICULO 265 CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES – PARA JUZGAMIENTO DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, VALDIMIRO MONTESINOS TORRES, DUFOUR CATTANEO, CROUSILLAT CARREÑO:*** *que, de los Debates Orales realizados en Audiencia Pública consecutivas y de lo actuado en el proceso se evidencia, entre otros hechos, los siguientes:* ***a)*** *el video remitido por el Congreso de la República, el enviado por el Canal "N", ambos exhibidos en Audiencia Pública acredita que el acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar y Vladimiro Montesinos Torres, el cinco de mayo del dos mil en el local del Servicio de Inteligencia Nacional "negocian" mediante el pago de moneda en dólares norteamericanos el pase de la bancada de Perú Posible al de Perú Dos Mil, partido político gobernante, en ese entonces y que lideraba el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, hoy prófugo de la justicia peruana;* ***b)*** *que el citado video y las declaraciones de Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar evidencian que la finalidad del "reclutamiento" de Congresistas era alcanzar el número necesario de parlamentarios para la toma de decisiones legislativas y Ejecutivas del Poder Central y legitimar las fraudulentas Elecciones Generales realizadas el nueve*

..//..

..//..

de abril del dos mil, como es notorio y de público conocimiento nacional, entre otros métodos usaron la falsificación de firmas ante el Jurado Nacional de Elecciones; ***c)*** *Vladimiro Montesinos Torres en sus declaraciones prestadas, manifiesta que este reclutamiento de Congresistas lo realizó por haber recibido órdenes expresas de Alberto Fujimori Fujimori; efectivamente, según las pruebas expuestas entre otros beneficiarios de éste acceso al poder ilegitimo por cinco años más era indiscutiblemente Alberto Fujimori Fujimori; estos hechos exigen que en proceso pertinente se examine los alcances de la intervención de estos infractores de la voluntad popular y de la ley para determinar su autoría material o intelectual, según el caso; en tal virtud, de conformidad con el articulo doscientos sesenticinco del Código de Procedimientos Penales; se debe remitir copias certificadas de las piezas procesales pertinentes al Ministerio Público para que proceda de acuerdo a sus atribuciones;* ***Vigésimo octavo****: que, del análisis de las pruebas expuestas está probado plenamente que el acusado estando en ejercicio del cargo de Congresista el mes de julio y agosto del dos mil incumplió sus deberes de Congresistas como es emitir votos de conciencia y no digitados desde el Servicio de Inteligencia Nacional; así mismo, está*

..//..

..//..

debidamente probado que recibió ilegalmente dinero durante el ejercicio de su función porque al no justificar debidamente su fuente de origen del dinero percibido; en tanto era funcionario público, su obligación es probar, explicar el origen del dinero percibido; que, además está acreditado la responsabilidad penal del acusado por los dos delitos anotados en tanto que ha recibido ventajas e ingresos económicos siendo funcionario público desde el mes de mayo del dos mil; que, esta responsabilidad se encuadra en un mismo hecho que tiene varios momentos; que, en tal sentido habiéndose tipificado la comisión de los delitos de Corrupción de Funcionarios – Cohecho pasivo propio – y Enriquecimiento Ilícito, de conformidad con el artículo cuarentiocho del Código Penal corresponde aplicar el tipo que estipula la pena más grave; ***Vigésimo noveno:*** *que, para los efectos de la determinación judicial de la pena a imponerse hay que tener en cuenta lo siguiente:* ***a)*** *la pena básica que corresponde a los delitos materia de sentencia es de no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad para el delito de Cohecho Pasivo Propio y para el de Enriquecimiento Ilícito, es de pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años que es la norma que debe aplicarse;* ***b)*** *dentro de ambos marcos legales debe determinarse la*

..//..

..//..

pena concreta que ha de sufrir el sentenciado teniendo en cuenta el principio de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde que sustenta el artículo VIII del Título Preliminar del Código Sustantivo; además de otras circunstancias específicas, tales como: la naturaleza de la acción – delitos de resultado -; la importancia de los deberes infringidos - la administración pública -; la circunstancia de tiempo y lugar en que se cometieron los delitos; los móviles y fines – omitir actos funcionales -; la educación, situación económica y medio social del procesado –; además hay que tener en cuenta que si bien es cierto que de acuerdo al artículo cuarentiséis A, constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal, si el sujeto activo del delito tiene la condición de funcionario público, condición que tiene el sentenciado; también lo es, que el aumento de pena a que hace referencia dicha norma es potestativa para el Juzgador y no obligatoria, y más aún si aquella solo se aplica cuando la circunstancia agravante no esté prevista en el tipo penal, lo que no sucede en el presente caso; y finalmente se ha advertido durante las sesiones orales el arrepentimiento del acusado, lo que debe tenerse en cuenta conforme a la facultad que dispone el artículo doscientos ochentitrés del Código de Procedimientos Penales;

Trigésimo: *que, es prudente fijar el resarcimiento del daño en el..//..*

../..

monto que permita repararlo, por lo que la **reparación civil** debe ser fijada de acuerdo al artículo noventidós del Código Penal; **Trigésimo primero**: que, de otro lado habiéndose el Congreso de la República inhabilitado al encausado por diez años, no es de aplicación la pena accesoria de **inhabilitación** prevista en el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal; **Trigésimo segundo**: que, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, administrando justicia, luego de haber merituado los hechos y las pruebas y en aplicación de los artículos once, doce, veintitrés, veintinueve, treintiséis, incisos primero y segundo, cuarenticinco, cuarentiséis, noventidós, trescientos noventitrés, cuatrocientos uno y cuatrocientos veintiséis del Código Penal y los artículos doscientos ochentitrés y doscientos ochenticinco del Código de Procedimientos Penales; **FALLA**: por unanimidad declarando **INFUNDADA** la excepción de naturaleza de acción deducida por al defensa del acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar; e **INFUNDADA** la tacha planteada contra el testigo Vladimiro Montesinos Torres; asimismo por unanimidad, fija en doscientos mil nuevos soles, suma que por concepto de reparación civil deberá pagar el citado sentenciado a favor del Estado; en cuanto a la responsabilidad penal por unanimidad se condena a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar, como

2170
Doscientos setenta

..//..

monto que permita repararlo, por lo que la **reparación civil** debe ser fijada de acuerdo al artículo noventidós del Código Penal; **Trigésimo primero**: que, de otro lado habiéndose el Congreso de la República inhabilitado al encausado por diez años, no es de aplicación la pena accesoria de **inhabilitación** prevista en el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal; **Trigésimo segundo**: que, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, administrando justicia, luego de haber merituado los hechos y las pruebas y en aplicación de los artículos once, doce, veintitrés, veintinueve, treintiséis, incisos primero y segundo, cuarenticinco, cuarentiséis, noventidós, trescientos noventitrés, cuatrocientos uno y cuatrocientos veintiséis del Código Penal y los artículos doscientos ochentitrés y doscientos ochenticinco del Código de Procedimientos Penales; **FALLA**: por unanimidad declarando **INFUNDADA** la excepción de naturaleza de acción deducida por al defensa del acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar; e **INFUNDADA** la tacha planteada contra el testigo Vladimiro Montesinos Torres; asimismo por unanimidad, fija en doscientos mil nuevos soles, suma que por concepto de reparación civil deberá pagar el citado sentenciado a favor del Estado; en cuanto a la responsabilidad penal por unanimidad se condena a Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar, como

autor de los delitos de Corrupción de funcionarios - Cohecho Pasivo Propio y Enriquecimiento Ilícito - en agravio del Estado; en cuanto a la pena por **MAYORIA se condena a la pena** de **SEIS AÑOS** de pena privativa de la libertad **con VOTO EN DISCORDIA del Vocal Julián Rodolfo Garay Salazar,** quien considera que debe imponerse diez años de pena privativa de la libertad, no esta de acuerdo con el considerando vigésimo noveno; quien considera que en mérito del artículo cuarentiuocho del Código Penal y atendiendo que según el artículo cuarentiséis inciso once del Código Penal no ha existido confesión sincera porque el sentenciado no ha contribuido con confesión alguna que después de haber sido descubierto haya contribuido a conocerse hecho nuevos por tal razón, la pena debe ser de diez años de pena privativa de la libertad, la misma que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el veintiséis de febrero del dos mil uno, vencerá el veinticinco de febrero del dos mil siete; y **ORDENARON** procesar al ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, por los delitos expuestos en la parte considerativa, entre otros fundamentos, por ser el directo interesado en continuar en el poder ilegítimo, para el efecto deben remitirse copias certificadas de la piezas procesales pertinentes al Fiscal Supremo respectivo en vía de Consulta; también se **ORDENA** remitir copias certificadas, al Fiscal Provincial para el procesamiento penal de Crosuillat Carreño, Dufour Cattaneo y Vladimiro Montesinos Torres por los delitos que fluyen de los actuados y considerandos expuestos; en cuanto a la Inhabilitación, carece de objeto pronunciarse porque el Congreso de la república se pronunció al respecto; **MANDARON** que consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se expidan

2172

boletines y testimonios de condena; archivándose los de la materia con aviso del Juez competente.- - - - - -

PALACIOS VILLAR
VOCAL

BIAGGI GOMEZ
VOCAL

GARAY SALAZAR
VOCAL D.D.

VOTO EN DISCORDIA: El Vocal Supremo Julián Rodolfo Garay Salazar, discrepa en cuanto a la pena de seis años, opina que debe aplicarse la pena de diez años de pena privativa de libertad porque no ha habido confesión sincera y como dejo expresado no suscribo el considerando vigésimo noveno de la sentencia, en relación a la graduación de la pena impuesta al encausado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar porque la Ley Proceal no contempla el arrepentimiento como factor de rebajar la pena.- - - - - - - - - - - - - - -

Primero.- Que, la corrupción en la Administración Pública es un mal grave y secular, se presenta notoriamente en los países en proceso de desarrollo económico; la presencia de éste mal impide la generación de trabajo; inversión extranjera y nacional, se condiciona su inversión al otorogamiento de licencias o autorizaciones; estos costos económicos de la corrupción al fin y al cabo se desplazan al público, incrementando los precios en los servicios públicos y en el costo de las mercaderías; sería utópico considerar que las sanciones severas, aisladamente, sean solución al problema de la corrupción las instituciones y Poderes Ejecutivo y Legislativo deben complementar la solución de este grave problema, esencialmente, dictando medidas legislativas, se debe legislar sanción drástica a los "tránsfugas" a quienes cambian de opinión por dinero. -

Segundo.- Que, la Ley no autoriza rebajar pena por arrepentimiento de los procesados; aspecto diverso es cunado hay confesión sincera que es diferente, que consiste, según el artículo cuarentiséis del Código Penal, si el acusado antes de ser descubierto contribuye con con confesar hechos nuevos. - - - - - - - - - - - - - - -

2174

Tercero.- *Que, la ley procesal penal no considera el arrepentimiento como causal de rebaja de la pena.* -

Cuarto.- *Que, en el presente caso se demostró que el procesado engañó y mintió al tribunal.* -

JULIAN RODOLFO GARAY SALAZAR.

VOCAL SUPREMO DD.

CUESTIONES DE HECHO PLANTEADAS, DISCUTIDAS Y VOTADAS POR LOS SEÑORES VOCALES INTEGRANTES DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, EN LA CAUSA SEGUIDA CONTRA LUIS ALBERTO EMILIO KOURI BUMACHAR, POR EL DELITO DE COHECHO PROPIO Y ENRIQUECIMIENTO ILICITO EN AGRAVIO DEL ESTADO.

PRIMERA

¿Está probado que el cinco de mayo del dos mil Vladimiro Montesinos Torres y el acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar se reunieron en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional?

SI LO ESTA

SEGUNDA

¿Está probado que el acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar que en su condición de Congresista Electo de la República, por el Partido Político "Perú Posible" y antes de asumir el cargo como Congresista de la República, el haber realizado un acuerdo con el ex Asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres para cambiarse a la "bancada" del Partido Político Perú Dos mil, todo ello a cambio de un primer pago de quince mil dólares americanos y posteriores pagos adicionales de quince mil dólares americanos los meses de mayo, junio, julio y agosto del dos mil?

SI LO ESTA

TERCERA

¿Está probado que el cinco de mayo del dos mil Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar negoció su voto congresal por la suma de quince mil

dólares americanos y otras adicionales que recibió durante los meses de junio, julio, agosto dos mil?

SI LO ESTA

CUARTO

¿Está probado que Luis Alberto Emilio Kouri Bunmachar antes de su proclamación recibió soborno, así como antes de su Juramentación y cuando era Congresista en ejercicio?

SI LO ESTA

QUINTO

¿Está probado que el acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar ha incrementado su patrimonio al ser Congresista Electo y en ejercicio por la suma de ciento diecisiete mil ochocientos dieciséis punto ocho dólares americanos?

SI LO ESTA

SEXTO

¿Está probado que el acusado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar se reunió en el Círculo Militar con el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori y el ex Asesor Presidencial Vladimiro Montsinos Torres y otros Congresistas tránsfugas?

SI LO ESTA

SETIMO

¿Está probado que el encausado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar era Congresista electo y por tanto funcionario público?

SI LO ESTA

OCTAVO

¿Está probado que el encausado Luis Alberto Kouri Bumachar recibió soborno cuando era ya Congresista en ejercicio?
SI LO ESTA

NOVENO

¿Está probado que el encausado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar para negociar su voto congresal ha efectuado un mismo hecho originado por un contrato realizado bajo una misma finalidad?

SI LO ESTA

DECIMO

¿Está acreditado la responsabilidad penal del encausado Luis Alberto Emilio Kouri Bumachar por los delitos de Cohecho pasivo propio y Enriquecimiento Ilícito por haber recibido ventajas e ingresos económicos siendo funcionario público desde el mes de mayo del dos mil?

SI LO ESTA

Lima, 23 de marzo del 2001

PALACIOS VILLAR
Vocal

GARAY SALAZAR
Vocal D.D.

BIAGGI GOMEZ
Vocal

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
TERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA

Exp. 105-2008

SS. BROUSSET SALAS
ARCE CÓRDOVA
COLQUICOCHA MANRIQUE

Resolución N°
Lima, ocho de setiembre
del dos mil quince.-

AUTOS Y VISTOS.- Es materia de pronunciamiento el control de legalidad, pertinencia y conducencia, de la prueba documental conformante del primer bloque del ofrecimiento del señor representante del Ministerio Público, para su oralización y debate en el presente juicio, consistente en: **a)** el acta fiscal de allanamiento y descerraje practicados en el inmueble sito en calle Bellavista número doscientos treintidós departamento número trescientos uno, distrito de Miraflores, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, con fecha seis de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas ciento treinta a ciento treinticuatro en el expediente principal; **b)** el acta manuscrita de recepción del CPU y otros, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, entrega efectuada por Paola Copara Osorio, quien fuera su secretaria, acta formulada con fecha diez de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas setecientos cincuenticuatro a setecientos cincuenticinco en el expediente principal; **c)** el acta fiscal de allanamiento e inmovilización de documentos, practicada en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, sita en calle Los Sauces número trescientos ocho departamento novecientos uno, distrito de San Isidro, con fecha trece de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas mil ciento cuarenticuatro a mil ciento cuarentinueve

PODER JUDICIAL
Dra. BLANCA L. CORNEJO RAPO
SECRETARIA DE SALA
3° Sala Penal Liquidadora
(3° Sala Penal Especial)

en el expediente principal; ***d)*** *el informe final número cuatro Discover Petroleum Internacional As, de fecha veintiséis de noviembre del dos mil ocho, elaborado por Trym Gubmunsen y Bjarte Johnsen de la firma auditora Ersnt & Young, cuya traducción oficial del idioma ingles obrante de fojas treinticinco mil doscientos sesenta a treinticinco mil trescientos setenticinco en el expediente principal;* ***e)*** *la carta sin número de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, remitida por Morten B. Tidemann a la Comisión investigadora del Congreso de la República de los hechos relacionados con la denuncia por supuestas irregularidades en el proceso de adjudicación de cinco lotes petroleros a favior de la empresa Discover Petroleum, obrante de fojas cuatrocientos noventisiete a quinientos veinte del cuaderno de cooperación judicial internacional;* ***f)*** *el informe final en mayoría de la Comisión Investigadora del Congreso de la República, respecto de los hechos relacionado con la denuncia por supuestas irregularidades en el proceso de selección de cinco lotes petroleros a favor de la empresa Discover Petroleum, obrante de fojas diez mil quinientos dieciocho a diez mil seiscientos veinticuatro, en el expediente principal;* ***g)*** *la agenda signada con el número uno, con un etiquetado en la parte inferior izquierda con el nombre de Ernesto Arias Schreiber Game, encontrada en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal; y* ***h)*** *el cuaderno anillado cuadriculado de marca Andes, encontrado en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal; interviniendo como ponente el señor Ricardo Alberto Brousset Salas.* ***Y ATENDIENDO: RESPECTO A LA NECESIDAD DEL CONTROL DE LEGALIDAD (LICITUD) DE LA***

PRUEBA DOCUMENTAL OFRECIDA PARA SU ORALIZACIÓN Y DEBATE.- ***PRIMERO:*** *Que, el estadío procesal de la oralización de piezas, tiene por finalidad la admisión y debate de prueba instrumental, no producida en el juicio, para ser incorporada al acervo probatorio del juicio, por lo que una vez propuesta por las partes la oralización de un documento (entiéndase también la escucha y visualización de tratarse de documentos contenidos en soportes electromagnéticos de audio o video), es menester que el tribunal efectúe un juicio de admisibilidad, que en primer término, debe verificar la legalidad (licitud) del medio de prueba[1] (en este caso documental), dado que solo podrán ser valorados aquellos obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento constitucionalmente válido[2], careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona[3]; lo que genera la prohibición de su valoración[4] y la consecuente obligación del órgano judicial, para su inadmisión o exclusión (esta última en el caso que al momento de advertirse su ilicitud, el medio de prueba ya hubiera sido admitido).-* ***SEGUNDO:*** *Que, el control de la legitimidad de la prueba, en el estadío tendiente a su admisión, es por ende, obligatorio para el órgano jurisdiccional, no encontrándose supeditado a la formulación de objeciones o reclamo de la parte desfavorecida, debiendo producirse de oficio en caso de no mediar éstas. Ello debido al innegable fundamento constitucional de la exigencia de licitud de la prueba para su validez; y la prohibición de la prueba ilícita*

---

[1] Fundamento 7° STC Exp.00655-2010-PHC/TC QUIMPER HERRERA, 27 de octubre 2010
[2] Art.VIII inc. 1° del Título Preliminar del Código Procesal Penal.
[3] Art. VIII inc. 2° del Título Preliminar del Código Procesal Penal.
[4] Fundamento 15° STC Exp.00655-2010-PHC/TC QUIMPER HERRERA, 27 de octubre 2010.

PODER JUDICIAL

Dra. BLANCA L. CORNEJO HARO
SECRETARIA DE SALA
3° Sala Penal Liquidadora
2ª Sala Penal Especial

(entiéndase aquella obtenida directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona), pues conforme lo precisa el profesor José Antonio Neyra Flores[5],"un Estado Constitucional de Derecho –como el nuestro- impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto a la dignidad humana, cuya tutela es axiológicamente mas importante para la sociedad que el castigo del autor", no pudiendo consentirse que la condena penal se fundamente en pruebas obtenidas –directa o indirectamente- como producto de la violación de los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce[6] a las personas, pues ello implicaría una inaceptable incongruencia axiológica, dado que los valores ideológicos contenidos en la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales, priman frente a los requerimientos procesales de la averiguación de la verdad con fines penales. Al respecto es de precisar que tanto la doctrina nacional mas influyente[7], como la jurisprudencia reciente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República[8], coinciden al considerar que la prueba ilícita[9] vulnera la garantía de la presunción de inocencia (consagrada en el artículo segundo, numeral veinticuatro, literal e) de la Constitución) en su ámbito de regla de prueba –una de las cuales es justamente su interdicción-; así como la garantía genérica del debido proceso (consagrada en el artículo ciento

---

[5] En su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal" t II; Ideosa, Lima 2015; pag.426.
[6] Miranda Estrampes Manuel en "La Prueba en el proceso penal acusatorio"p 114; citado por José A. Neyra Flores en su Ob. Cit. P.426.
[7] El Profesor César San Martín Castro, en su obra "Derecho Procesal Penal" Vol II; 2da. Edición Edit. Grijley; Lima 2003; pag. 643; y el profesor José Antonio Neyra Flores, en su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal" tomo II, Idemsa; Lima 2015; pag.427 .
[8] Sala Penal Transitoria R.N.N°1589-2013-Lima, Ejecutoria de fecha 6 de agosto del 2013, Fundamento 5°; Sala Penal Transitoria N.N.N° 3182- 2012 Callao, Ejecutoria de fecha 15 de abril del 2013, Fundamento 7°.
[9] Entiéndase aquella obtenida directa o indirectamente con vulneración del contenido esencial de un derecho constitucional.

treintinueve numeral tercero de la Constitución); siendo que su utilización "importa una infracción a los derechos fundamentales o garantía procesales constitucionalizadas". Por su parte el Tribunal Constitucional[10], considera que la prueba prohibida –entiéndase la interdicción de la prueba ilícita- 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 excluido 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.- ***RESPECTO A LA DIFUSIÓN DE LOS DENOMINADOS "PETROAUDIOS" Y EL CARÁCTER ILÍCITO DE LOS MISMOS.-*** ***TERCERO:*** *Que, es de público conocimiento que el día cinco de octubre del dos mil ocho, en el programa dominical "Cuarto Poder" de América Televisión, se difundieron audios que registraban conversaciones sostenidas entre Alberto Quimper Herrera (miembro del directorio de Perú – Petro, entidad estatal encargada de la promoción de la inversión extranjera en el sector petrolero; y Rómulo Augusto León Alegría, discutiendo sobre cobros por el favorecimiento a la empresa noruega Discover Petroleum.-* ***CUARTO:*** *Que, como consecuencia de la difusión de los audios antes referidos, se instauró proceso penal contra Elías Manuel Ponce Feijoo y otros por delito contra la Libertad – Violación del Secreto de las Comunicaciones –Interceptación Telefónica, entre otros en agravio de Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera; causa que se vino a denominar "Busines Track" en alusión a la empresa utilizada para tales interceptaciones*

[10] STC Exp.00655-2010.PHC/TC LIMA en su fundamento 7°.

PODER JUDICIAL

Dra. BLANCA L. CORNEJO HARO
SECRETARIA DE SALA
3° Sala Penal Liquidadora
(3° Sala Penal Especial)

ilegales; en dicha causa, signada como expediente número noventinueve guión dos mil nueve (quinientos veintisiete guión dos mil nueve), seguida ante la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, mediante sentencia de fecha veintitrés de marzo del dos mil doce se estableció que los referidos Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera –entre otras personas-, fueron víctimas de la interceptación y grabación de sus conversaciones realizadas a través de los teléfonos fijos de sus respectivas oficinas, grabaciones que fueron escuchadas, grabadas, almacenadas en USBs o CDs y transcritas para luego ser comercializadas, condenándose como autores del delito contra la Libertad –Violación del Secreto de las Comunicaciones –Interceptación Telefónica, en su agravio a Elías Manuel Ponce Feijoo, Carlos Alberto Tomasio de Lambarri, Giselle Mayra Giannotti Grados, Martín Alberto Fernández Virhuez y Jesús Manuel Ojeda Angles; y como cómplices primarios del mismo a Alberto Oswaldo Salas Cortez y Pablo Eriks Martell Espinoza; sentencia que fue ejecutoriada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Ejecutoria Suprema[11]que declaró No Haber Nulidad en la referida sentencia condenatoria. Siendo de precisar que el proceso y sentencias en mención fueron de interés y conocimiento públicos.-

QUINTO: *Que, estando a lo glosado precedentemente, tenemos que los audios difundidos en el programa "Cuarto Poder" del día cinco de octubre del dos mil ocho, así como todos los demás hechos públicos, conteniendo conversaciones entre el procesado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, han sido producto del delito de Violación del Secreto de las Comunicaciones – Interceptación*

[11] Recaída en el R.N.N° 1317-2012 LIMA de fecha 14 de setiembre del 2012, obrante copiada en autos de fs.34768 a 34810.

Telefónica, cometido en su agravio; y como tal han sido obtenidos con violación del contenido esencial de su derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones, consagrado en el artículo segundo numeral décimo de nuestra Carta Constitucional, constituyendo tales audios prueba ilícita (prohibida) directa. Es menester precisar que a diferencia de los casos en que, últimamente se ha establecido jurisprudencialmente, por la Corte Suprema de Justicia de la República[12], la exclusión de la prueba directa e indirectamente obtenida mediando la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales; en el presente caso la ilicitud de la obtención de la fuente de prueba, ha sido establecida judicialmente en sentencia ejecutoriada, constituyendo verdad legal; en virtud de lo cual, la evidencia de tal ilicitud probatoria resulta incontrovertible y de obligatoria declaración, no solo por las razones de orden constitucional glosadas precedentemente –que por si solas resultan de ya suficientes-; sino además por un imperativo de congruencia lógica y ontológica entre las decisiones jurisdiccionales, de cara a la efectiva garantía de los derechos fundamentales de la persona ,sea quien sea ésta sin que medie distinción alguna, por parte del Sistema Judicial.-

RESPECTO A LA VINCULACIÓN ENTRE LOS AUDIOS DE LAS CONVERSACIONES ENTRE EL PROCESADO RÓMULO AUGUSTO LEÓN ALEGRÍA Y ALBERTO QUIMPER HERRERA –OBTENIDOS ILÍCITAMENTE CON VIOLACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO E INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES DE ÉSTOS Y LA PRUEBA DOCUMENTAL PROPUESTA EN EL PRIMER BLOQUE DEL OFRECIMIENTO

[12] Sala Penal Transitoria R.N.N° 2874-2013 DEL SANTA, ejecutoria de fecha 13 de marzo del 2014; Sala Penal Transitoria R.N.N° 1589-2013 LIMA, Ejecutoria de fecha 6 de agosto del 2013; Sala Penal Transitoria R.N.N° 3182 – 2012 CALLAO, Ejecutoria de fecha 15 de abril del 2013.

PODER JUDICIAL

Dra. BLANCA L. CORNEJO HARO
SECRETARIA DE SALA
3° Sala Penal Liquidadora
(3° Sala Penal Especial)

FISCAL.- ***<u>SEXTO</u>:*** *Que, la prohibición de la prueba ilícita, no solo alcanza a la fuente de prueba obtenida directamente como producto de la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental afectado –en el presente caso el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones del procesado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera-; sino que también se extiende a toda aquella prueba obtenida indirectamente como consecuencia de dicha vulneración, entiéndase aquella prueba que sea derivación de ésta, aún cuando se hubiere obtenido –en si misma- mediando las formalidades legalmente establecidas; puesto que dada la vinculación causal entre una y otra, la ilícitud alcanza a esta última, a la que la doctrina procesalista moderna le da la denominación de prueba derivada. En atención a ello es menester, para efectos del control de licitud de la prueba documental ofrecida por el señor representante del Ministerio Público, establecer si existe vinculación causal entre ésta y los audios que constituyen prueba ilícita directa, que nos permita en su caso determinar o descartar su licitud.-* ***<u>SÉTIMO</u>:*** *Que, con relación a la prueba documental constituida por:* ***i)*** *el acta fiscal de allanamiento y descerraje practicados en el inmueble sito en calle Bellavista número doscientos treintidós departamento número trescientos uno, distrito de Miraflores, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, con fecha seis de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas ciento treinta a ciento treinticuatro en el expediente principal;* ***ii)*** *el acta manuscrita de recepción del CPU y otros, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, entrega efectuada por Paola Copara Osorio, quien fuera su secretaria, acta formulada con fecha diez de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas setecientos cincuenticuatro a setecientos cincuenticinco en el expediente principal;*

iii) el acta fiscal de allanamiento e inmovilización de documentos, practicada en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, sita en calle Los Sauces número trescientos ocho departamento novecientos uno, distrito de San Isidro, con fecha trece de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas mil ciento cuarenticuatro a mil ciento cuarentinueve en el expediente principal; iv) la agenda signada con el número uno, con un etiquetado en la parte inferior izquierda con el nombre de Ernesto Arias Schreiber Game, encontrada en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal; y v) el cuaderno anillado cuadriculado de marca Andes, encontrado en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal. Tenemos que las instrumentales antes referidas tienen su origen, en los requerimientos fiscales de medidas limitativas, entre otras de allanamiento de la oficina del procesado Rómulo Augusto León Alegría ubicada en calle Bellavista número doscientos treintidós oficina setecientos tres, distrito de Miraflores; e incautación de los CPUs y/o computadoras del referido procesado y su secretaria Paola Copara; así como el allanamiento de la oficina del ya fallecido Ernesto Arias Schreiber Game, sita en calle Los Sauces número trescientos ocho oficina novecientos uno, distrito de San Isidro; ambos formulados por el señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios[13], obrantes de fojas ciento trece a ciento dieciocho y de fojas mil treinticuatro a mil cuarentiuno, respectivamente, de los que se advierte que, el fundamento objetivo para el requerimiento de tales medidas limitativas es la trasnscripción

[13] De fechas 06 y 09 de octubre del 2008 dirigidos al 3° Juzgado Penal Especial.

PODER JUDICIAL

Dra. BLANCA L. CORNEJO HARO
SECRETARIA DE SALA
3ª Sala Penal Liquidadora

de los audios de las conversaciones entre el procesado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, objeto de interceptación telefónica ilícita, a que se refieren los considerandos precedentes. Apareciendo de las resoluciones Autoritativas de tales medidas limitativas, de fechas seis y trece de octubre del dos mil ocho, respectivamente, expedidas por el señor Juez del tercer Juzgado Penal Especial[14], que tales decisiones judiciales, como es lógico en razón del fundamento de los requerimientos, también tienen como fundamento de razonabilidad, los audios en mención; por lo que podemos concluir que existe un vínculo causal directo entre los audios antes mencionados –producto de la interceptación ilícita de las comunicaciones de dichos procesados[15]; y las actas fiscales referidas en los ítems i), ii), iii), así como la agenda y cuaderno incautados a que refieren los ítems iv) y v) del ofrecimiento fiscal.- ***OCTAVO:*** *Que, con relación a la extensión de la ilicitud probatoria a la prueba derivada de la fuente de prueba obtenida directamente con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, tenemos que:* ***a)*** *que el Código Procesal Penal en el artículo VIII numeral segundo de su título preliminar, establece que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o* ***indirectamente****, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona";* ***b)*** *El Tribunal Constitucional[16], ha establecido que "...en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal";* ***c)***

[14] Obrantes de fs. 119 a 129; y de fs. 1086 a 1091, respectivamente.
[15] Con la precisión que a la fecha Alberto Quimper Herrera se encuentra sobreseído por haberse declarado en su favor fundada la excepción de prescripción.
[16] En la STC de fecha 27 de octubre del 2010, recida en el Exp. N° 0065-2010-PHC/TC LIMA-ALBERTO QUIMPER HERRERA; Fundamento 15°.

*La Corte Suprema de Justicia de la República, de modo reiterado y uniforme en su jurisprudencia reciente sobre la materia, ha establecido que, la obtención de prueba ilícita de valoración prohibida –como la establecida en el caso sub materia[17]- "determina por extensión la exclusión de toda fuente de prueba obtenida como consecuencia de ese acto antijurídico. Tanto la prueba originaria[18] como las derivadas son inutilizables para el proceso penal en tanto la obtención de la primera es inconstitucional"[19]; criterio que también encontramos en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N.N° 1589-2013/LIMA[20], cuando establece "...que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado –prueba originaria- y las pericias practicadas sobre el particular –prueba derivada- no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba". De lo antes glosado, se advierte que la vinculación causal de la prueba prohibida originaria o directa, con la prueba denominada indirecta o derivada, inevitablemente acarrea la ilicitud de ésta, transmitiéndole el carácter de prohibida –o de prohibida valoración.- **NOVENO:** Que, en atención a lo antes expuesto, tenemos que resultando manifiesta la vinculación causal entre los audios de las conversaciones privadas entre el procesado Rómulo Augusto León Alegría y Alberto Quimper Herrera, obtenidos como producto de la interceptación telefónica ilícita de que éstos fueron víctimas; y las actas fiscales de allanamiento, inmovilización y entrega de CPU, así como la agenda y cuaderno incautados; de tal manera que ante la supresión hipotética de la primera –entiéndase la prueba*

[17] La precisión entre lineas es nuestra.
[18] Entiéndase la obtenida directamente con violación de los derechos fundamentales.
[19] Sala Penal Transitoria, R.N.N° 2874-2013/ DEL SANTA; Ejecutoria de fecha 13 de marzo del 2014, Fundamento 4° in fine.
[20] De la Sala Penal Transitoria, su fecha 6 de agosto del 2013.

PODER JUDICIAL

Dra. BLANCA L. CORNEJO HARO
SECRETARIA DE SALA
3° Sala Penal Liquidadora
(3° Sala Penal Especial)

prohibida originaria- no serían posibles las segundas, lo que demuestra el carácter de derivadas que tienen éstas con relación a aquella; desapareciendo por ende la posibilidad de una fuente independiente; y no existiendo elemento alguno que permita sostener que estas últimas pudieran haber sido objeto de descubrimiento inevitable, en razón que antes de la propalación de los audios en comento, no existía denuncia o investigación en curso alguna respecto a la materia; debemos concluir que los documentos referidos en los ítems. ***i), ii), iii), iv)*** *y* ***v),*** *constituyen prueba ilícita; y en consecuencia debe rechazarse su admisión como prueba documental; pues no resulta razonable su admisión para que luego al momento de dictar sentencia sean excluidas por imperativo legal, pues ello además de incongruente, tendría efectos negativos, al generar falsas expectativas en la ciudadanía con respecto a la definición del proceso.-* ***CON RELACIÓN A LA CONDUCENCIA DEL INFORME FINAL NÚMERO CUATRO DISCOVER PETROLEUM INTERNACIONAL AS, DE FECHA VEINTISÉIS DE NOVIEMBRE DEL DOS MIL OCHO, ELABORADO POR TRYM GUBMUNSEN Y BJARTE JOHNSEN, MIEMBROS DE LA FIRMA AUDITORA ERNST & YOUNG.-*** ***DÉCIMO:*** *Que, si bien no existe oposición alguna a la admisión del informe en referencia, tenemos que del propio tenor de su traducción obrante de fojas treinticinco mil doscientos sesenta a treinticinco mil fojas trescientos setentiseis, se advierte que el mismo –por precisión textual en el mismo- que dicho informe no es el resultado de una auditoría de estados financieros, ni una revisión formal, tampoco brinda ningún tipo de evaluación legal; limitándose su alcance a exponer las observaciones, a partir de entrevistas, revisión de contratos, de correos electrónicos, de pagos efectuados por DPI y las partes, así*

como asuntos locales en el Perú; resúmenes de noticias diarias, entrevistas, investigación de cuentas bancarias de quien fuera Ernesto Arias Schreiber Game y la cobertura mediática de las sesiones de la Comisión Investigadora del Congreso; por ende se trata de un informe de carácter general, producto de una investigación informal, cuya realización fue encargada por el directorio de Discover Petroleum Internacional; el mismo que carece de virtualidad probatoria; no pudiéndose homologar a una declaración instructoria de sus autores, de lectura obligatoria conforme lo dispuesto en el artículo doscientos cincuentitrés del Código de Procedimientos Penales, ante su inconcurrencia al juicio. En tal virtud, resultando inconducente el informe en referencia, corresponde desestimar su admisión al debate de piezas.- **CON RELACIÓN AL INFORME FINAL DE MAYORIA DE LA COMISIÓN INVESTIGADORA DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON LA DENUNCIA POR SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE CINCO LOTES PETROLEROS A FAVOR DE LA EMPRESA DISCOVER PETROLEUM.- DÉCIMO PRIMERO:** Que, las defensas de los acusados Rómulo Augusto León Alegría, César Felipe Gutiérrez Peña y Miguel Hernán Celi Rivera, formularon oposición a la admisión del informe en mención, en atención que se trata de una investigación política del Congreso de la República, en la cual se han violado derechos fundamentales, entre ellos el derecho de defensa de los investigados. Al respecto es menester precisar que analizando los términos del ofrecimiento, se tiene que el señor representante del Ministerio Público, no pretende acreditar con dicho informe los hechos materia del proceso, en cuyo caso correspondería desestimar su admisión por manifiesta inconducencia, dada su inidoneidad para tal propósito; sino busca

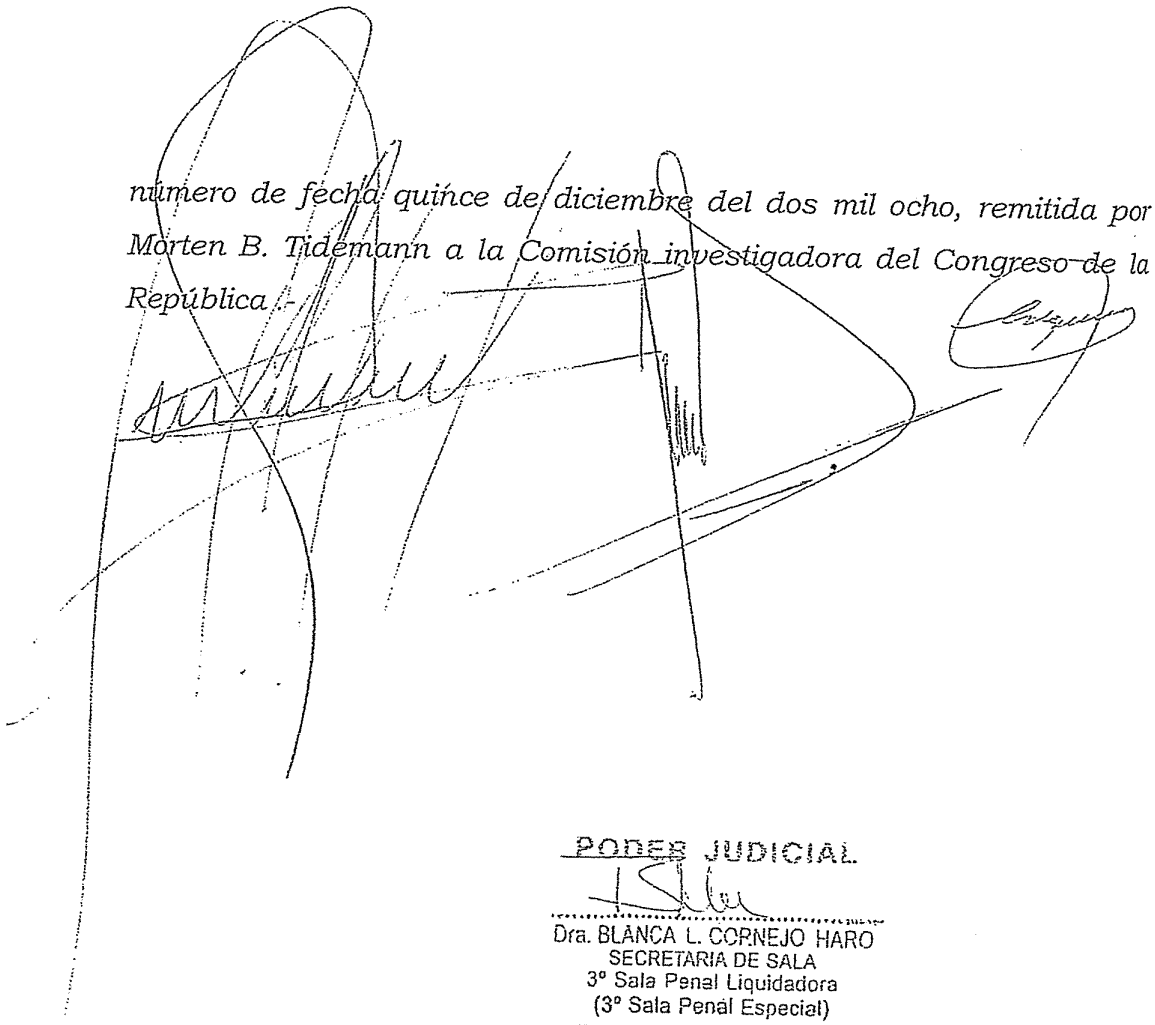
PODER JUDICIAL

Dra. BLANCA L. CORNEJO HARO
SECRETARIA DE SALA
3° Sala Penal Liquidadora
(3° Sala Penal Especial)

acreditar su extensión y tópicos en él contenidos, para cuestionar las referencias hechas a tal informe por los peritos convocados al juicio; propósito para el cual si resulta pertinente y conducente, dado que los propios peritos han hecho referencia al informe en cuestión. Razones por las que debe desestimarse las oposiciones y admitirse a debate el informe en mención.- ***CON RELACIÓN LA CARTA SIN NÚMERO DE FECHA QUINCE DE DICIEMBRE DEL DOS MIL OCHO, REMITIDA POR MORTEN B. TIDEMANN A LA COMISIÓN INVESTIGADORA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.-*** *<u>DÉCIMO SEGUNDO</u>: Que, en cuanto respecta a la carta en mención, la misma reúne la condiciones de licitud. pertinencia y conducencia exigidas, razón por la que debe admitirse para su oralización y debate.- Por tales fundamentos los miembros de la Tercera Sala Penal Liquidadora,* ***RESUELVEN: DECLARAR INADMISIBLE la incorporación al acervo probatorio del juicio, por alcanzarles prohibición probatoria,*** *de la documental consistente en:* ***a)*** *el acta fiscal de allanamiento y descerraje practicados en el inmueble sito en calle Bellavista número doscientos treintidós departamento número trescientos uno, distrito de Miraflores, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, con fecha seis de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas ciento treinta a ciento treinticuatro en el expediente principal;* ***b)*** *el acta manuscrita de recepción del CPU y otros, de propiedad de Rómulo Augusto León Alegría, entrega efectuada por Paola Copara Osorio, quien fuera su secretaria, acta formulada con fecha diez de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas setecientos cincuenticuatro a setecientos cincuenticinco en el expediente principal;* ***c)*** *el acta fiscal de allanamiento e inmovilización de documentos, practicada en la oficina*

de Ernesto Arias Schreiber Game, sita en calle Los Sauces número trescientos ocho departamento novecientos uno, distrito de San Isidro, con fecha trece de octubre del dos mil ocho, obrante de fojas mil ciento cuarenticuatro a mil ciento cuarentinueve en el expediente principal; **d)** la agenda signada con el número uno, con un etiquetado en la parte inferior izquierda con el nombre de Ernesto Arias Schreiber Game, encontrada en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal; y **e)** el cuaderno anillado cuadriculado de marca Andes, encontrado en la oficina de Ernesto Arias Schreiber Game, durante el allanamiento de la citada oficina, agenda que obra como anexo al expediente principal.- **DESESTIMAR LA ADMISIÓN por manifiesta inconducencia,** del informe final número cuatro Discover Petroleum Internacional As, de fecha veintiséis de noviembre del dos mil ocho, elaborado por Trym Gubmunsen y Bjarte Johnsen de la firma auditora Ersnt & Young, cuya traducción oficial del idioma ingles obrante de fojas treinticinco mil doscientos sesenta a treinticinco mil trescientos setenticinco en el expediente principal.- **DECLARAR INFUNDADA LA OPOSICIÓN** formulada por las defensas de los acusados Rómulo Augusto León Alegría, César Felipe Gutiérrez Peña y Miguel Hernán Celi Rivera, contra la admisión del informe final en mayoría de la Comisión Investigadora del Congreso de la República, respecto de los hechos relacionado con la denuncia por supuestas irregularidades en el proceso de selección de cinco lotes petroleros a favor de la empresa Discover Petroleum, obrante de fojas diez mil quinientos dieciocho a diez mil seiscientos veinticuatro, en el expediente principal; y en consecuencia admitir su incorporación para el debate; y **ADMITIR** , la incorporación al debate de la carta sin

número de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, remitida por Morten B. Tidemann a la Comisión investigadora del Congreso de la República.-



PODER JUDICIAL

Dra. BLANCA L. CORNEJO HARO
SECRETARIA DE SALA
3° Sala Penal Liquidadora
(3° Sala Penal Especial)
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Sumilla: Tutela de Derechos – Exclusión de prueba ilícita en etapa de investigación preparatoria.
Con anterioridad a la postulación del requerimiento acusatorio -etapa intermedia- las partes no conocen los medios probatorios que el Ministerio Público llevará a juicio para acreditar los hechos delictivos que atribuye a los acusados; pues una de las posibilidades por las que puede optar al concluir la etapa de investigación preparatoria es el sobreseimiento; por lo tanto, para solicitar exclusión de prueba ilícita, el medio de prueba cuya licitud se cuestiona, mínimamente debe haber sido ofrecido como parte del caudal probatorio de la fiscalía.
En etapa de investigación preparatoria, el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 contempla la posibilidad de solicitar vía Tutela de Derechos la exclusión de prueba ilícita (actos de investigación obtenidos afectando derechos fundamentales); este supuesto exige que los medios de prueba o actos de investigación cuestionados estén sirviendo de base para medidas cautelares o para sucesivos actos de investigación.
No existiendo datos objetivos que nos permitan concluir que se haya puesto de manifiesto la vulneración de los derechos constitucionales de los investigados en la obtención de las agendas y su incorporación a la investigación fiscal este Colegiado considera que no estamos ante un supuesto de prueba ilícita.

Juez Superior: Quispe Aucca

RESOLUCIÓN No. NUEVE.-

Lima, veintitrés de junio de dos mil diecisiete.-

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS, en audiencia pública, los recursos de apelación interpuestos por las defensas técnicas de los investigados **OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO** y **NADINE HEREDIA ALARCÓN** contra la resolución número dos de fecha dieciocho de abril de dos mil diecisiete, expedida por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que declaró infundado su pedido de tutela de derechos, en consecuencia denegó excluir de la investigación el material probatorio incorporado a la carpeta fiscal mediante Providencia

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

N° 23-2015; asimismo, desestimó su pedido de declaratoria de ilicitud de la pericia practicada sobre los documentos cuya exclusión probatoria ha planteado en la audiencia de tutela de derechos; en el proceso que se les sigue por el presunto delito de lavado de activos.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Con fecha veintinueve de marzo de dos mil diecisiete, mediante solicitud -folios 1 a 31- dirigido al Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y NADINE HEREDIA ALARCÓN solicitan Tutela de Derechos, por considerar que el material probatorio incorporado a la Carpeta Fiscal, con la Providencia N° 23-2015, fue obtenido de manera ilícita por lo que debe ser excluido de la investigación; así también, consideran que se debe prescindir de la pericia practicada en esos documentos.

1.2. Posteriormente con fecha dieciocho de abril de dos mil diecisiete, por resolución dos -folios 96 a 108- el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, declaró infundada la solicitud de tutela antes referida.

1.3. Con fecha veintiuno de abril de dos mil diecisiete, las defensas técnicas de los investigados: Nadine Heredia Alarcón -folios 110 a 120- y Ollanta Moisés Humala Tasso -folios 122 a 128- apelan dicha resolución, recursos que son concedidos en fecha tres de mayo de dos mil diecisiete, en la Resolución número tres -folios 129 a 131-, disponiendo la elevación de los actuados a esta Superior Sala.

1.4. Luego de haberse corrido traslado del recurso de apelación por el plazo de cinco días; mediante Resolución número siete de fecha diecinueve de mayo de dos mil diecisiete -folios 174 a 177-, esta Sala Superior declara bien concedidas las apelaciones, señalando fecha y hora para la audiencia respectiva, la cual se llevó a cabo el día miércoles treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete; y conforme a su estado corresponde emitir resolución

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

absolviendo el grado. Interviene como Juez Superior Ponente el señor Quispe Aucca.

II. FUNDAMENTOS:

Primero. Fundamentos de orden normativo.

1.1. El numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993, establece como principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. El que debe ser entendido como un plexo de derechos y garantías que asisten a toda persona inmersa en un proceso.

1.2. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que el debido proceso, es un derecho -por así decirlo- continente, por comprender a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal, así, ha afirmado: *"(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos." (STC 7289-2005-AA/TC, FJ 5).*[1]

1.3. El artículo 71° del Código Procesal Penal (en adelante CPP) contiene mención de los derechos que corresponden al imputado durante el desarrollo del proceso, dentro de ellos, intervenir directamente o representado por abogado defensor desde el inicio de la investigación, hasta la culminación del proceso (numeral 1); así también, ha establecido la institución procesal de la tutela de derechos, como un mecanismo de protección de los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes (numeral 4)[2].

[1] EXP. N.° 01.3433-2013-PA/TC. Fundamento 3.3.1
[2] (...) 2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

"Artículo 71. Derechos del imputado.

1. El imputado puede hacer valer por si mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

(...)

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes."

1.4. Finalidad de la tutela de derechos.

La tutela de derechos constituye un mecanismo procesal -incorporado en el numeral 4 del artículo 71° del CPP-, que permite tanto al investigado como a su defensa técnica reclamar la vigencia de los derechos fundamentales que le corresponden desde el momento en que es vinculado como autor o partícipe de un hecho delictual, de modo que garantiza que pueda ejercer

---

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;

d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

su derecho de defensa de manera efectiva, frente a los excesos en que eventualmente pudieran incurrir los órganos encargados de la persecución penal.

El VI Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Transitoria y Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, apartado 13 tiene señalado: *"La Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. (...)*

En ese sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. (...)

Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado (...)"[3].

Segundo. Fundamentos de la resolución apelada.

Como fundamentos principales que sustentan la resolución apelada se tienen:

2.1. El Juez de instancia considera que la exclusión de prueba prohibida admite excepciones y no comparte con la defensa técnica que postula que la regla de exclusión sería absoluta.

2.2. Que existe una tendencia a utilizar las pruebas con fines de averiguación de la verdad, y pocas veces se excluye el material probatorio.

[3] Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116. Apartado 13.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

2.3. Que la consecuencia jurídica frente a la prueba prohibida -en el sistema norteamericano- es la sanción a los funcionarios públicos que habrían obtenido ilegalmente la prueba, y no la exclusión del material probatorio.

2.4. Sobre el caso concreto, el Juez de instancia analiza en la solicitud de tutela de derechos desde dos vertientes: i) De la obtención de los documentos, y ii) su utilización por los operadores jurídicos.

Sobre la obtención de los documentos.

2.4.1. Sobre la tesis que busca excluir material probatorio, bajo el argumento de que estos habrían sido obtenidos con afectación a los derechos fundamentales, teniendo como causa el delito de hurto, señala que no existe resolución judicial definitiva, menos elementos de convicción que acrediten -aún con carácter indiciario- la ocurrencia de ese delito, o que pongan de manifiesto que los documentos fueron obtenidos con afectación de los derechos fundamentales de los investigados.

2.4.2. Para considerar una prueba como prohibida, se debe establecer el supuesto de hecho que evidencie la violación de derechos fundamentales incurridos en la obtención de la prueba, lo que no ha sido acreditado ni siquiera a nivel indiciario, por lo cual no podría aplicarse consecuencia jurídica alguna.

Sobre la utilización de los documentos por los operadores jurídicos.

2.4.3. La utilización de documentos por el Ministerio Público como por la judicatura no afecta derechos fundamentales. No se ha violado el derecho a la intimidad; se han citado pasajes como sustento de las decisiones, no hay alusión a información personal, íntima, contenida en las agendas; se alude a sumas significativas para la campaña del investigado Ollanta Humala Tasso provenientes tanto de Venezuela como de empresas constructoras de Brasil.

2.4.4. Cuando el material considerado ilícito haya sido obtenido por terceros, no por las autoridades, cabe su plena validación en el proceso penal.

2.4.5. Existen dos valores fundamentales que debe preservar: i) el interés público, y ii) el derecho a la verdad.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

El derecho a la verdad tiene a su vez una dimensión individual y una dimensión colectiva; **a) individual:** los agraviados directamente; y, **b) colectiva:** La sociedad en su conjunto. El Juez de instancia considera que toda la sociedad tiene derecho a saber la verdad, respecto a cómo ingresó dinero proveniente presuntamente de Venezuela y Brasil, hechos que el Ministerio Público imputa a los investigados.

Que es interés del proceso que se esclarezcan los hechos, la idea es que los investigados no adopten mecanismos y/o artilugios legales, con la finalidad de obstaculizar la actividad probatoria, sino deben allanar el camino para su esclarecimiento, tanto más si en el presente caso se están imputando delitos graves, como el delito de lavado de activos y respecto a montos millonarios tanto de Venezuela como de Brasil, razón por la cual el Juez de instancia no solo desestima el pedido de tutela de derechos planteado por la defensas técnicas del investigado Humala Tasso y de la investigada Heredia Alarcón, sino que enfatiza la conducta obstruccionista para la averiguación de la verdad.

Tercero. Fundamentos del recurso de apelación de la defensa técnica de la investigada Nadine Heredia Alarcón.

En el recurso impugnatorio -folios 110 a 120- ratificado en la audiencia de apelación y en sus intervenciones orales, la defensa técnica de la investigada sostiene:

3.1. El Juez de instancia incurre en error al afirmar que la defensa técnica no admite la existencia de excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida; su existencia es reconocida, y se han expuesto fundamentos -en la solicitud de tutela- explicando las razones por las cuales no se aplican a este caso.

3.2. La prueba prohibida funciona como un límite al derecho a probar -no se puede probar a cualquier costo- en determinados casos, se debe excluir un medio probatorio cuando atenta contra los derechos fundamentales.

3.3. Negar la titularidad de los documentos para luego aceptarlos, no puede constituir causa de desprotección de sus derechos fundamentales, ni impedimento para ejercitar su defensa que le garantiza el inciso 23 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

3.4. No es verdad que el reconocimiento de la titularidad de los documentos se haya efectuado después de conocido el resultado de la pericia, toda vez que se reconoció el doce de noviembre de dos mil quince y la pericia se ordenó el veintidós de ese mes y año.

3.5. Invocar el resultado de la prueba pericial, así como la supuesta distorsión de sus grafías, resultan impertinentes en el marco de una solicitud de Tutela de Derechos.

3.6. El hurto de las agendas se investiga ante la Vigésima Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, denuncia N° 311-2015, por lo que el examen de la existencia o no del delito de hurto no corresponde al Juez de instancia.

3.7. Reiterada jurisprudencia nacional ha precisado que la exclusión de prueba prohibida no requiere previo pronunciamiento fiscal o judicial respecto de la ilicitud incurrida en su obtención.

3.8. La vulneración de los derechos a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados (y no a la inviolabilidad de las comunicaciones como sostiene el Juez de instancia) no se producen por la alusión que hace el Juez o el Fiscal a esos elementos, sino -principalmente- por la manipulación y exposición ante, y por terceras personas -distribuidos a diversos medios de comunicación-.

3.9. Calificar una decisión judicial de una tutela de derechos como una acción de obstaculización de la actividad probatoria, constituye un manifiesto abuso de autoridad, pues la sustracción de los documentos es un hecho cierto que fue denunciado.

Cuarto. Fundamentos del recurso de apelación de la defensa técnica del investigado Ollanta Moisés Humala Tasso.

En su recurso impugnatorio -folios 122 a 128- ratificado en la audiencia de apelación y en sus intervenciones orales, la defensa técnica del investigado sostiene:

4.1. No es correcto que la defensa haya afirmado que la regla de exclusión de la prueba prohibida sea absoluta. En el fundamento once de su solicitud aceptan la posibilidad teórica de que la regla de exclusión probatoria

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

admite excepciones, y esa posición la han expuesto oralmente el día de la audiencia.

4.2. La resolución impugnada cita de manera parcial e incompleta al jurista Manuel Miranda Estrampes, si bien dicho jurista hace alusión a que la doctrina de la expulsión de la prueba prohibida está en "franca retirada", no es menos cierto que se han presentado varios casos en los que se ha producido la exclusión de prueba prohibida.

4.3. Diversa jurisprudencia nacional -penal y constitucional- dan cuenta de la aplicación de la regla de exclusión, incluso en casos graves, delitos de corrupción, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, y otros: Caso Serpost (STC N° 1058-2004-AA/TC, Caso Linares (Expediente N° 24-06-HC, Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel), Caso "El Polo I" (R.N. N° 4824-2005), caso Petroaudios (Exp. N° 105-2008), en que se excluyó durante el juicio oral a los denominados petroaudios y la prueba derivada de estos, por ser considerados ilícitos. Existen por tanto diversos pronunciamientos -de fechas recientes- en los que se aplicó la regla de exclusión.

4.4. Para la aplicación de la regla de exclusión, no es necesario establecer, probar o definir una imputación formal por el delito previo, en este caso de hurto. No se requiere pronunciamiento fiscal o judicial previo, respecto a la ilicitud en la obtención de la prueba para declarar el carácter ilícito de la misma; existe continua y reiterada jurisprudencia en ese sentido.

4.5. Es impertinente analizar si el objeto sobre el que ha recaído la vulneración del derecho fundamental (las agendas y demás documentos) tienen la cuantía necesaria para configurar el delito de hurto, por no ser presupuesto para aplicar la regla de exclusión.

4.6. Considera que existen elementos indiciarios iniciales, sobre la denuncia por hurto, pues de no existir, esa denuncia habría sido archivada. Lo cierto es que mediante resolución fiscal de fecha diez de abril del presente se ha notificado la realización de diversas diligencias sumariales dispuestas por la Fiscalía Provincial Penal que conoce dicha investigación preliminar.

Quinto. Fundamentos del representante del Ministerio Público.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

En sus intervenciones en audiencia, el Fiscal Superior ha solicitado se confirme la resolución apelada, como fundamentos principales expone los siguientes:

5.1. El Juez de instancia ha incorporado el argumento de la ponderación como parte de las reglas de exclusión, cuando hace referencia a la sentencia N° 5975-2008-TC, la cual dice, cuando hay conflictos de derechos fundamentales hay que ver el peso específico de los derechos que están en pugna; de tal manera que no existe omisión como sostiene la defensa. Es verdad que para ponderar hay que asignar pesos específicos a los elementos de convicción, a la evidencia que se presenta cuando hay una obligación de sustentar los pedidos; en este caso, el Juez no encontró elementos de convicción para poder efectuar el segundo análisis de la ponderación de los bienes e intereses en cautela, y al no encontrar elementos mínimos en su construcción lógica, no puede asignar peso específico a lo que no existe.

5.2. La denuncia penal que interpone la señora Heredia ante la 29° Fiscalía Provincial Penal de Lima es de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince y cuando se le pone en consideración si reconoce la propiedad de las agendas dice que no, en ese contexto el Juez de instancia hace un análisis de la conducta procesal que termina siendo relevante para determinar la magnitud de la afectación de derechos sostenidos por la defensa, y ponderarlos con la necesidad de averiguar la verdad sobre la forma como fue financiada la campaña política del señor Ollanta Humala Tasso, lo que es exigencia social.

5.3. Sostiene que el Ministerio Público ha sido escrupuloso en hacer uso de la información contenida en las agendas solo respecto a lo que es objeto de investigación, esos elementos de convicción han servido también para que los órganos jurisdiccionales hayan evaluado su contenido para adoptar sus propias decisiones incluido este Colegiado, por su relación con la investigación, de otro modo, no habría sido considerado como elemento gravitante.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

Sexto. De la delimitación del pronunciamiento de la Sala de Apelaciones.

Que, conforme a los límites establecidos por el artículo 419° del CPP, el recurso de apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos, cuanto en la aplicación del derecho.

Este Colegiado dada la postura adoptada por las defensas, considera que la pretensión de quienes son partes apelantes, está circunscrita a la revocatoria de la resolución apelada y declarándose fundada la acción de tutela promovida, se ordene la exclusión del material probatorio incorporado a la carpeta fiscal, mediante Providencia fiscal N° 23-2015 -Agendas de la investigada Nadine Heredia Alarcón y otros-, por ser producto del delito de hurto y existir violación de derechos fundamentales. En sentido contrario el Ministerio Público considera que la resolución apelada está arreglada a derecho y solicita sea confirmado, señalando que el hurto alegado no está acreditado.

Sétimo. Fundamentos de la Sala Penal de Apelaciones Nacional.

7.1. Fundamentos principales de la solicitud de tutela de derechos.

7.1.1 El investigado Ollanta Moisés Humala Tasso y la investigada Nadine Heredia Alarcón promueven tutela de derechos para que el órgano jurisdiccional ordene la exclusión de los documentos incorporados a la carpeta fiscal mediante Providencia N° 23, de fecha veinte de agosto de dos mil quince, cuatro agendas y documentación detallada en dicha providencia (en adelante las agendas), sostiene que su recepción no es producto de la actividad desarrollada por la fiscalía o por el juzgado, menos provienen de un caso en flagrancia, sino han sido sustraídos de su domicilio familiar ubicado en la calle Fernando Castrat 177 Urbanización Chama, Distrito de Santiago de Surco y constituyen documentos privados que tienen anotaciones referidas a su vida familiar, a la de sus hijos -menores- y amigos; también contienen un registro de claves de acceso informático, correos y otros de carácter personal, de su ámbito privado.

7.1.2. En la denuncia de parte que aportó como elemento de convicción[4] para resolver su pedido, así como en el contenido de la solicitud de tutela

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

[4]Denuncia de parte por delito de hurto agravado y otros delitos, interpuesta por Nadine Heredia Alarcón a la Fiscalía Provincial de Turno, que tiene sello de recepción en fecha 21 de agosto de 2015 y obra de folios 58 a 68 de este cuaderno.

que da origen a este cuaderno, sostienen que las agendas estaban guardadas en un cajón de su dormitorio, de cuyo lugar fueron sustraídas por Micheline Vargas León, la que habría colaborado en algunas labores de su hogar desde el año dos mil seis, hasta antes de la navidad correspondiente al año dos mil catorce, y a partir de esa fecha habría dejado de concurrir a su domicilio, precisando que aquella tenía vínculos con el ex Congresista Álvaro Gutiérrez Cueva -la llevó al local del Partido Nacionalista Peruano y la recomendó- quién sería la persona que organizó la sustracción.

7.1.3. Respecto al excongresista Álvaro Gutiérrez Cueva -a quién se refieren como su enemigo político, pues fue electo congresista por su partido y luego de tres meses de asumir el cargo renunció a la agrupación política- señalan que fue la persona que manipuló sistemáticamente los citados documentos; en el programa periodístico Panorama del dieciséis de agosto de dos mil quince, aquél relató que las agendas fueron dejadas en su domicilio los primeros días del mes de diciembre de dos mil catorce, luego los llevó a Italia, país en el cual los entregó al periodista Marco Vásquez; en marzo de dos mil quince la periodista Rosana Cueva obtuvo copias en el domicilio de Álvaro Gutiérrez; así también, un miembro de la Guardia Civil de España -amigo de Álvaro Gutiérrez- los revisó; habrían sido sometidos a un peritaje grafotécnico a través del *Studi Crotti Mani* en Italia; asimismo, el señor Winston Aquije Saavedra habría sido requerido para realizar un peritaje en la ciudad de Lima; adicionalmente las agendas habrían sido manipuladas por quienes los fotocopiaron, mandaron fotocopiar, anillar y legalizar, y que luego fueron mostrados en cuatro cuadernillos en el programa dominical "Panorama" por su Directora y Conductora Rosana Cueva.

7.1.4. La Procuraduría Pública de Lavado de Activos habría recibido esos documentos el catorce de agosto de dos mil quince, posteriormente el diecinueve del mismo mes y año los entregó a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Investigación de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, y se dejó constancia en el acta de entrega que se procedió a fotocopiar la documentación en dos juegos, una para ser incorporada en la carpeta fiscal del Caso N° 69-2015 y otra, para ser entregada en el acto a la Procuradora de Lavado de Activos.

7.1.5. Consideran que durante el tiempo que estuvo en poder del excongresista Álvaro Gutiérrez, hasta el diecinueve de agosto de dos mil

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

quince en que fueron entregadas, se violó sistemáticamente el derecho que tienen a la inviolabilidad de sus documentos privados, por la manipulación de la que fueron objeto, fotocopiados, y exámenes periciales por personas que no tienen autoridad sobre la investigación fiscal.

7.1.6. A partir de lo narrado sostienen que existe violación de sus derechos constitucionales previstos en los numerales 7 (derecho a la intimidad personal y familiar), 10 (derecho a la inviolabilidad de sus documentos privados) y 16 (derecho a la propiedad y a la herencia) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado[5].

7.2. Del estado del proceso en que se solicita exclusión de prueba ilícita.

De acuerdo a la información suministrada por las partes en audiencia, nos encontramos en la etapa de investigación preparatoria, observándose que se ha formalizado investigación preparatoria mediante Disposición Fiscal de fecha seis de junio de dos mil dieciséis[6], bajo los parámetros de un proceso complejo.

7.2.1. La etapa de investigación preparatoria es el conjunto de actuaciones, dirigidas por el Ministerio Público (art. 322°.1 NCPP), orientadas a la averiguación de la realidad de un hecho reputado delictivo, sus circunstancias, la persona de su autor o partícipe –es lo que se denomina la

---

[5] Transcribimos el texto de los derechos constitucionales citados y que forman parte del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, los que establecen que toda persona tiene derecho:

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

10. Toda persona tiene derecho al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

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

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

16. "Toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia".

[6] Expediente N° 249-2015-0-5001-JR-PE-01.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

determinación del hecho punible y la de su autor-, para de ese modo fundamentar la acusación y, también, las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado (art. 321°.1 NCPP) -es, pues, una labor de gestión técnico jurídico de datos-[7].

7.2.2. La etapa de investigación preparatoria conforme a su denominación constituye una de preparación del juicio, en la que no se realiza actividad probatoria; solo se considera prueba a la practicada dentro del juicio, ante los jueces de juzgamiento bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, y es la que será valorada en la sentencia (artículos 356° y 393° del CPP).

7.2.3. Con anterioridad a la postulación fiscal del requerimiento acusatorio -etapa intermedia- las partes no conocen los medios probatorios que el Ministerio Público llevará a juicio para acreditar los hechos delictivos que atribuye a los acusados; pues una de las posibilidades por las que puede optar al concluir la etapa de investigación preparatoria es el sobreseimiento; por lo tanto, para solicitar la exclusión de prueba ilícita, el medio de prueba cuya licitud se cuestiona, mínimamente debe haber sido ofrecido como parte del caudal probatorio de la fiscalía; y mientras ese acto procesal no se haya producido, no estará cumplida una condición para que las partes puedan oponerse a que determinado medio de prueba o elemento de convicción sea llevado a juicio, pues, además, dentro de las facultades discrecionales con las que cuenta el Ministerio Público es decidir -de acuerdo a su estrategia de defensa- los medios probatorios que ofrecerá para acreditar sus pretensiones.

7.2.4. La Etapa de Juzgamiento es el procedimiento principal -art. 356°.1 NCPP-. Está constituido por el conjunto de actuaciones que tiene como eje fundamental la celebración del juicio, que, como acto concentrado, es la máxima expresión del proceso penal. Se enjuicia la conducta del acusado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso, es la parte esencial del proceso penal, en la que tienen lugar la práctica de la prueba y, sobre ella y su resultado, se fundamentará la sentencia -art. 393°.1 NCPP-[8].

---

[7] SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: "Derecho Procesal Penal – Lecciones". Fondo editorial INPECCP y CENALES. Lima 2015. Pág 302
[8] SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. Pág 390.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

7.2.5. Practicada la prueba en la etapa de juzgamiento, en la parte final de esta estación, los jueces a cargo del juzgamiento deberán agotar la cuarta fase de la actividad probatoria, esto es, valorar las pruebas actuadas en el proceso realizando primero una apreciación individual y luego una valoración conjunta de la prueba actuada para decidir el litigio; esta tarea obliga la depuración de aquellos elementos probatorios que hayan sido obtenidos o incorporados al proceso vulnerando derechos fundamentales; si bien es facultad de las partes denunciar la prueba ilícita, también constituye facultad de los jueces excluirlas cuando verifiquen que en su obtención o incorporación al proceso se hayan vulnerado derechos fundamentales. La jurisprudencia generada sobre prueba ilícita es más abundante en la etapa de juzgamiento, y en la fase recursal[9].

7.2.6. Solicitud de Tutela de Derechos y Exclusión de prueba ilícita en etapa de investigación preparatoria.

Como tenemos señalado, la primera oportunidad para solicitar la exclusión de prueba ilícita es la etapa intermedia, y su declaración ya sea de oficio o a pedido de parte puede realizarse también en la fase de juzgamiento e inclusive en sede recursal; no obstante, de manera excepcional puede solicitarse exclusión de prueba ilícita en etapa de investigación preparatoria bajo el cumplimiento de ciertas condiciones; en efecto en el VI Pleno Jurisdiccional plasmado en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 contempla la posibilidad de solicitar vía Tutela de Derechos la exclusión de actos de investigación obtenidos ilícitamente; sin embargo, para este supuesto se necesita que los mismos estén sirviendo de base para medidas cautelares o sucesivos actos de investigación (fundamento 17); precisándose en el citado acuerdo plenario que la posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba - axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, negando efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona

[9] Tal como se aprecia en las ejecutorias de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema: R.N. N° 2774-2013 - Del Santa de fecha 13 de marzo de 2014; R.N. N° 3182-2012-Callao. Las mismas que se han pronunciado sobre la valoración de la prueba en la etapa de Juzgamiento.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

conforme lo disponen: los artículos VIII del Título Preliminar y 159° del CPP, precisándose que el Juez no podrá utilizar directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
Con base en lo anterior, corresponde verificar si en el presente caso existen medidas cautelares basadas en las agendas y si existen reiterados actos de investigación dictados en base a las mismas, de modo que se habilite la facultad de pronunciarse sobre su eventual exclusión antes de haber alcanzado la etapa intermedia.

7.2.6.1. La defensa sostiene que las agendas han sido tomadas en cuenta para fundamentar las medidas coercitivas de comparecencias con restricciones impuestas a los investigados, y al efecto se tiene que respecto a la investigada Nadine Heredia Alarcón, mediante Resolución número cuatro -de fecha 16 de junio de 2016- se declaró fundados los requerimientos de impedimento de salida del país, y comparecencia con restricciones; resolución que fue confirmada mediante Resolución número doce -de fecha 06 de julio de 2016-, y en el caso del investigado Ollanta Humala, se tiene que revisado el contenido de la resolución de primera instancia, mediante resolución número dos -de fecha 11 de noviembre de 2016- se le impuso también comparecencia con restricciones que fue confirmada por Resolución número siete -de fecha 06 de diciembre de 2016-.

7.2.6.2. Si bien las resoluciones de primera instancia antes mencionadas aluden a las agendas; también citan otros elementos de convicción que sirven de sustento para la imposición de la medida de coerción personal – comparecencia con restricciones; por lo cual, consideramos que no se cumple la condición establecida en el pleno jurisdiccional citado que justifique -en la etapa de investigación preparatoria- declarar la exclusión de los elementos de convicción cuestionados de ilícitos, pues no se puede sostener que sea la base -elemento sustancial- que justifique la adopción de dichas medidas.

7.2.6.3. Con relación a que las agendas estén siendo base de sucesivas diligencias - actos de investigación; se aprecia que desde el momento de haber sido incorporadas a la investigación fiscal mediante Providencia N°

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

23-2015 de fecha veinte de agosto de dos mil quince[10], han generado la actuación de varios actos de investigación, tales como declaraciones de los investigados, declaraciones de testigos, requerimiento de informes, pericia grafotécnica y otros, en cuyo caso, se justifica evaluar si la incorporación a la investigación de las agendas ha puesto de manifiesto un supuesto de prueba ilícita que justifique amparar, la exclusión solicitada.

7.3. De la falta de acreditación de las premisas fácticas postuladas.

7.3.1. Si bien los elementos de convicción aportados por la investigada Nadine Heredia Alarcón y el investigado Ollanta Humala Tasso acreditan que las agendas llegaron a estar en poder del excongresista Álvaro Gonzalo Gutiérrez Cueva, quien al prestar declaración en fecha primero de febrero de dos mil dieciséis -folios 45 a 56- reconoce haberlas tenido en su poder y entregado a la Procuraduría Pública de Lavado de Activos, las que según su versión fueron dejadas en la puerta de su domicilio y antes de entregarlas a las autoridades las llevó a Italia, mostró a periodistas y peritos -como refieren los investigados Ollanta Humala y Nadine Heredia-; y también está documentado que fueron entregadas al Ministerio Público por la Procuraduría Pública de Lavado de Activos como se desprende del contenido de la Providencia Fiscal N° 23-2015 de fecha veinte de agosto de dos mil quince -folios 32 a 36-; en la que, además, se deja constancia que contienen información sobre las actividades y gastos del Partido Nacionalista Peruano, además de información personal de la investigada Nadine Heredia; sin embargo, hasta el estado en que se emite esta resolución, **no se tienen elementos de convicción corroborantes de lo sustentado por las defensas técnicas y que hayan esclarecido la forma como llegaron a poder del excongresista Álvaro Gonzalo Gutiérrez Cueva y sobre la forma como se habría producido la afectación de los**

[10] La providencia N° 23-2015, alude a que la Procuradora Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, hizo llegar a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Investigación de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio -Tercer Despacho: un cuaderno anillado de 77 hojas con tapa de color fucsia con la frase "solo para mujeres", una libreta pequeña anillada de 50 hojas, con tapas color naranja tornasolada con varios apuntes, una agenda con tapas de cuero marrón (modelo cocodrilo), de marca Renzo Costa del año 2010 de 193 hojas, un cuaderno con tapas de motivos artesanales a colores con la suscripción "cecica" de 102 hojas, una hoja que corresponde a un correo electrónico, así como documentos y otros que habrían sido detallados en el acta de recepción de documentos que se habría suscrito el 19 de agosto del 2015.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

derechos constitucionales denunciados como se desarrolla a continuación.

7.3.2. La acción de tutela de derechos contemplada en el numeral 4 del artículo 61° del CPP al establecer que el imputado puede acudir ante el Juez de la Investigación Preparatoria, cuando considere que sus derechos no son respetados o cuando es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, establece que la finalidad de esta acción es lograr que el Juez dicte las medidas correctivas, de protección o disponga subsanar las omisiones que estén dando lugar a la vulneración de sus derechos. Por lo tanto, resulta imperativo determinar si se ha producido o no la afectación de los derechos fundamentales de los solicitantes de tutela, que justifiquen adoptar medidas correctivas -en este caso excluir las agendas de la investigación fiscal-.

7.3.3. La tesis de la defensa parte por afirmar que las agendas fueron sustraídas de su domicilio, y en la denuncia que presenta ante la fiscalía atribuye la sustracción a Micheline Vargas León, quién habría actuado en acuerdo con el excongresista Álvaro Gutiérrez Cueva; sin embargo, esa es una hipótesis que al margen de la versión de los solicitantes de tutela, no está corroborada con otros actos de investigación que le otorguen consistencia; y si bien es objeto de la investigación que realiza el Ministerio Público -en la denuncia por hurto interpuesta por la investigada Nadine Heredia-; existen otros datos periféricos que exigen esclarecimiento; en efecto a partir de la información que se suministra, la autora de la sustracción tuvo acceso al domicilio de la familia Humala - Heredia al colaborar en sus actividades hogareñas, se entiende con el consentimiento de aquellos, los que sin tomar en cuenta que aquella había sido recomendada por quién consideran su enemigo político -Álvaro Gutiérrez-, le permitieron el acceso a su domicilio hasta diciembre de dos mil catorce en que se habría producido la sustracción; si bien, no se justifica el hecho de la sustracción -si efectivamente existió- habría sido una persona dependiente de la familia Humala – Heredia la que habría materializado el hecho; además, la denuncia penal por hurto de las agendas aparece presentada en fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, un día después de emitida la Providencia N° 23-2015, y cuando en fecha veintidós de septiembre de dos mil quince la investigada Nadine Heredia presta declaración -folios 37 a 44- más de treinta días después de que hayan sido presentadas en un programa televisivo y entregadas al Ministerio Público, no las reconoce como suyas, y es recién

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

en su declaración de fecha nueve de diciembre de dos mil quince -folios 87 a 90- que las reconoce como de su propiedad, tal como se hace notar en la resolución de primera instancia.

7.3.4. Para evaluar la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita basado en el hecho sustancial que las agendas fueron substraídas de su domicilio, así como de las excepciones a la regla de exclusión -cuya aplicabilidad en la jurisprudencia peruana ha sido reconocida por la defensa durante la audiencia de apelación-, es preciso conocer la forma como las agendas salieron del ámbito de vigilancia de los esposos Humala - Heredia, y si la sustracción fue realizada por persona dependiente de aquellos o por terceros; más si como sostiene la Fiscalía Superior que ha intervenido en la audiencia de apelación, estamos ante varias hipótesis, y es en este abanico de posibilidades que también es posible que las agendas hayan sido extraviadas. Por lo tanto, si bien teórica y jurisprudencialmente es posible declarar la existencia de elementos de investigación obtenidos con violación de derechos fundamentales, y excluirlos de la investigación como sostienen las defensas de los investigados requirentes de tutela, esa declaración exige como requisito datos fiables expuestos en esta incidencia, que no se tienen hasta este momento, además, se toma en cuenta que conforme a la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria no constituye el único elemento de investigación con que cuenta el Ministerio Público, pues las agendas fueron incorporadas cuando ya la fiscalía realizaba la investigación preliminar sobre los fondos utilizados por el Partido Nacionalista para las campañas presidenciales de los años dos mil seis y dos mil once.

7.4. Sobre la afectación de los derechos constitucionales de los requirentes de tutela.

En el presente caso, no se cuestiona que hayan sido las autoridades a cargo de la investigación las que hayan obtenido ilícitamente las agendas, se atribuye ese hecho a persona dependiente de los investigados que tenía autorización para ingresar a la vivienda en que se dice eran conservadas. De otro lado se objeta su manipulación por periodistas y peritos, pues con ese hecho consideran vulnerado su derecho al secreto e inviolabilidad de sus documentos privados; sobre lo último, debe señalarse que el acceso a las agendas que se denuncia ha sido consumado con anterioridad a su entrega, no como consecuencia de su incorporación a la investigación.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

7.4.1. Sobre la violación del derecho a la intimidad personal y familiar.
En el Expediente N° 03485-2012-PA/TC El Tribunal Constitucional ha definido este derecho: *"(...) como el poder jurídico de rechazar intromisiones en la vida íntima o familiar de las personas. La vida íntima o familiar, a su vez ha sido definida, como aquél ámbito de la vida privada, donde la persona puede realizar los actos que crea conveniente para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona alejada de los demás en que tiene derecho a impedir intromisiones y queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social".*[11]
La presentación de las agendas al despacho fiscal a cargo de la investigación, no aparece que haya afectado este derecho constitucional, al no tenerse claridad sobre la forma como llegaron a poder del excongresista Álvaro Gutiérrez, por lo cual no puede afirmarse la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar de los esposos Humala-Heredia.

7.4.2. Sobre la afectación a su derecho de inviolabilidad de sus documentos privados.

Sobre este derecho el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02976-2012-PA/TC, ha tenido la oportunidad de señalar: *"En su sentido más básico, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de los documentos privados (...) garantiza que terceros no puedan acceder a las comunicaciones o documentos privados sin estar autorizados para ello; así como tampoco puedan difundir documentos que contengan datos de valor confidencial, cuyos titulares -personas naturales o personas jurídicas de derecho privado- no han consentido en hacer públicos".*

En el presente caso, no aparece que la razón de ser de la incorporación de las agendas como elementos de convicción se haya producido en base a la información de carácter personal contenida en las mismas, sino por el hecho de contener información sobre el manejo de fondos del Partido Nacionalista Peruano que es objeto de investigación en este caso. No se

[11] Se toman como referentes el desarrollo jurisprudencial de los diferentes derechos invocados por los requirentes de tutela, en base a lo establecido por el Artículo VI último párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que señala *"Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".*

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

aprecia qué información de índole privada contenida en las agendas -pues su existencia tampoco ha sido negada- esté siendo utilizada por el Ministerio Público, pues en la solicitud de tutela se ha realizado una referencia genérica a la existencia de claves informáticas, información de sus hijos, distribución de ambientes de su domicilio y otros que tendrían ese carácter; y esa información -de existir- que también estaría contenida en las agendas debe mantenerse, cuidando de no afectar la esfera privada de los investigados; en su caso, haciendo las precisiones que correspondan, aquellos tienen expedido su derecho para solicitar se mantenga en reserva las partes de las agendas que tengan contenido privado de su familia[12]; por lo demás, este Colegiado ha observado que las agendas vienen siendo conservadas por el Ministerio Público en sobres cerrados -se entiende en cadena de custodia-, que han sido abiertos en las veces en que se han tomado declaraciones tanto a la investigada Nadine Heredia como al señor Álvaro Gutiérrez.

7.4.3. Sobre la violación del derecho a la propiedad.

En el Expediente N° 358-2010-PA/TC ha sido definido: *"El derecho a la propiedad es un derecho fundamental (...) faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función social que le es propia. De ahí que el Artículo 70 de la Constitución precise que el derecho de propiedad se "ejerce en armonía con el bien común" y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación de los bienes protegidos".*

En el presente caso, no se aprecia que la presentación de las agendas para los fines de la investigación que se desarrolla, constituya una afectación sustancial en el derecho de propiedad de los investigados, si bien no podría negarse que las agendas tengan una estimación económica, su presentación a los fines de la investigación obedece a lograr el esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación y no puede

[12] En el debate producido en la audiencia de apelación, la defensa de la investigada Nadine Heredia ha señalado que el 80% del contenido de las agendas tiene carácter privado; no obstante, no aparece que la acción de tutela esté dirigida solo a obtener la exclusión de la información de las agendas que contenga ese carácter, en tanto no se ha discriminado en cada una de esas documentales, las partes que tengan relación con el manejo de fondos del Partido Nacionalista Peruano, y las que solo correspondan a información privada.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL

haber constituido un detrimento patrimonial significativo de los investigados.

7.5. Este Colegiado teniendo en cuenta los fundamentos desarrollados concuerda con la decisión del Juez de instancia de considerar infundada la tutela de derechos; no obstante, debe expresar su desacuerdo con parte de los fundamentos de la resolución apelada, especialmente con aquellos referidos a la acreditación del hurto denunciado, valor de las agendas para calificar el delito de hurto, el carácter devaluado que se asigna a la palabra de la investigada Nadine Heredia, así también considerar como acto obstruccionista a la interposición de la acción de tutela de derechos, aspectos que, han sido cuestionados por los apelantes.
Discrepamos con los extremos señalados, porque el delito de hurto no es objeto de investigación en este proceso, y corresponderá a la facultad de los magistrados que la conducen pronunciarse por su acreditación o no y de su subsunción en los tipos penales denunciados. Asimismo los cambios de estrategia de defensa, la afirmación o negación que hagan las partes de las premisas fácticas deben ser apreciados con objetividad. Finalmente la incoación de tutela de derechos no puede interpretarse como acto obstruccionista, por constituir el ejercicio de su derecho de defensa, lo que no limita la facultad de los magistrados de ampararlos o rechazarlos según los procedimientos establecidos.

7.6. Con relación a la solicitud de que se excluya también las pericias grafotécnicas practicadas en las agendas, esa exclusión tendría sentido en la medida en que sea amparada la pretensión principal de aplicar la regla general de exclusión por prueba ilícita a las agendas, y se justificaría en el carácter reflejo de la prueba ilícita; sin embargo, al no ampararse el pedido principal, carece de sentido evaluar la afectación de derechos fundamentales en la pericia grafotécnica que en ellas se practicó.

7.7. No existiendo datos objetivos que nos permitan concluir que se haya puesto de manifiesto la vulneración de los derechos constitucionales de los investigados esposos Humala-Heredia en la obtención de las agendas y su incorporación a la investigación fiscal -hasta el estado de emitirse la presente resolución- este Colegiado considera que no estamos ante un supuesto de prueba ilícita, por lo que corresponde confirmar la resolución apelada.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por estos fundamentos, los Magistrados de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en Adición a sus Funciones Sala Penal Especializada en delitos Aduaneros, Tributarios, de Mercado y Ambientales.

RESUELVEN:

1. Declarar INFUNDADOS los recursos de apelación interpuestos por las defensas técnicas de los investigados **OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO** y **NADINE HEREDIA ALARCÓN** contra la resolución número dos de fecha dieciocho de abril de dos mil diecisiete, expedida por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que declaró infundada la acción de tutela de derechos que promovieron, en consecuencia denegó su pedido de excluir de la investigación el material probatorio incorporado a la carpeta fiscal mediante Providencia N° 23-2015. Así mismo desestima su pedido de declaratoria de ilicitud de la pericia practicada sobre los documentos cuya exclusión probatoria ha planteado, en la investigación que se les sigue por el presunto delito de lavado de activos.

2. CONFIRMAR la Resolución número dos de fecha dieciocho de abril de dos mil diecisiete, expedida por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, que declaró **INFUNDADA** la solicitud de tutela de derechos, formulada por los investigados. **REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE. Devolviéndose** los actuados al juzgado de origen.

S.S.

SAHUANAY CALSÍN

QUISPE AUCCA

LEÓN YARANGO

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICION A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:SAN MARTIN CASTRO CESAR EUGENIO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 17/03/2022 16:26:24,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

REPUBLICA DEL PERU
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:ALTABAS KAJATT DE MILLA MARIA DEL CARMEN PALOMA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 18/03/2022 00:15:13,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL
JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:SEQUEIROS VARGAS IVAN ALBERTO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 17/03/2022 19:27:04,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:COAGUILA CHAVEZ ERAZMO ARMANDO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 18/03/2022 15:08:26,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL
JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:CARBAJAL CHAVEZ NORMA BEATRIZ /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 18/03/2022 12:21:57,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema:SALAS CAMPOS PILAR ROXANA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 23/03/2022 17:45:51,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.° 1762-2018/AREQUIPA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Tráfico Ilícito de drogas. Prueba ilícita

***Sumilla*: 1.** La premisa del asunto materia de casación es que el Tribunal Superior, a propósito de una solicitud de tutela de derechos presentada por la defensa del imputado BORIS ROJAS ARCE, declaró inutilizable el acta de registro de habitación y prueba de campo por haberse inobservado la garantía de defensa procesal, en su derecho instrumental de presencia de abogado defensor en su realización. En función a una segunda solicitud de tutela de derechos –materia de este incidente– el Tribunal Superior estimó que era prueba derivada (obtenida indirectamente) todos aquellos actos de investigación material y periciales: actas y pericias, actuadas con posterioridad al ingreso a la habitación del investigado, subsistiendo, como expresamente se anotó, las actuaciones realizadas con antelación al referido ingreso a la habitación ocupada por el encausado ROJAS ARCE. **2.** El auto de primera instancia precisó, al respecto, que en todo caso la diligencia de registro de habitación y prueba de campo no podía inutilizarse en virtud de la excepción del descubrimiento inevitable y, por tanto, las diligencias subsiguientes constituyen fuente independiente. Es claro que la primera afirmación no puede sostener precisamente porque ya se estableció que la diligencia de registro de habitación y prueba de campo es inconstitucional, por lo que cabe examinar si las diligencias subsiguientes a la propia entrada y registro son prueba derivada o fuente independiente. **3.** Cuando se trata de la fuente independiente lo que se requiere es que no haya conexión causal entre el acto inconstitucional (prueba originaria o primaria) y la prueba que se cuestiona –esta última prueba no trae causa en la prueba inconstitucional (no hay posibilidad real de conexión entre prueba ilícita y prueba lícita ulterior), pues deriva de una fuente independiente en que la actuación de la autoridad haya estado sujeta a todos los requisitos de licitud–, de suerte que no se aplica la inutilización probatoria. La técnica para identificar la prueba derivada estriba en utilizar el método de la supresión mental hipotética, esto es, se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato. **4.** No es posible aplicar la excepción del descubrimiento inevitable porque el hallazgo de la droga no ha sido producto de una línea de investigación paralela que hubiera conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos, sino que éste tuvo lugar en la propia línea de investigación en curso –no existió un curso causal hipotético concreto, distinto del que dio lugar al hallazgo, que permitiera adquirir la droga decomisada y peritada–. Se requería de otra actuación, no de la misma en línea de progresividad.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, dieciocho de marzo de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública: el recurso de casación, por la causal de inobservancia de precepto constitucional, interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE AREQUIPA contra el auto de vista de fojas treinta y siete, de dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, que revocando el auto de primera instancia de fojas veinte, veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, declaró infundada la solicitud de exclusión de

elementos de convicción hecha valer en vía de tutela de derechos de fojas veinte, de veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, planteada por la defensa del encausado Boris Martín Rojas Arce; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que se imputa al encausado BORIS MARTÍN ROJAS ARCE poseer drogas para su tráfico ilícito. En efecto, el día veintitrés de febrero de dos mil dieciocho, a las diez horas con treinta siete minutos, la Policía luego de obtener una información de inteligencia (nota informativa contenida en el Parte sin número IX MACREGPOL-REGPOLAQP-DIVINCRI-DEPINCRI-SECINCRI-AAD-D3, en el sentido que una persona apodada "Loco Boris" conocido micro comercializador, habría llegado de la ciudad de Lima a la ciudad de Arequipa), pudo ubicarlo y lo siguió hasta la calle Recoleta, por lo que, ante la posibilidad de que ingrese a algún domicilio, se le intervino. Éste respondía al nombre de BORIS MARTÍN ROJAS ARCE y tenía en su poder una mochila color negro, en cuyo interior se halló marihuana y un envoltorio de papel manteca tipo King Size conteniendo alcaloide de cocaína –esta diligencia se realizó doce horas con treinta y cinco minutos–. Acto seguido, a las trece horas con cincuenta y cinco minutos, se realizó la diligencia de registro de la habitación número cuarenta y dos que ocupaba en el Hotel "Ideal", ubicado en la Urbanización Independencia del distrito de Yanahuara – Arequipa, con la autorización de su abogado, del propio imputado –datos negados por el encausado– y con asistencia del dueño del Hotel, encontrándose marihuana dentro de una caja de cartón abierta y en un maletín que le pertenecía una bolsa de plástico color negro se descubrió clorhidrato de cocaína. También se descubrió en un taper una cuchara metálica, también un colador anaranjado y una balanza digital color negro digital marca "Henkel", todas con adherencias de cocaína, entre otros artículos personales. Las pericias químicas realizadas al efecto y las actas levantadas así lo demuestran: se trata de un peso bruto de quinientos setenta y dos punto siete gramos de marihuana y de treinta seis punto veintiún gramos de clorhidrato de cocaína. Asimismo, la Policía contó con los videos de seguridad del Hotel que establecían que el imputado llegó al mismo a las doce horas con veinticuatro minutos del día veintitrés de febrero de dos mil dieciocho portando una caja, así como que, acto seguido, salió del Hotel con una mochila.

SEGUNDO. Que, en lo pertinente, el trámite de la causa fue el siguiente:

1. Mediante Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria, de fojas una, de dos de marzo de dos mil dieciocho, se abrió investigación preparatoria contra BORIS MARTÍN ROJAS ARCE por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado. Se presentaron los siguientes actos de investigación: acta de registro de habitación y prueba de campo, acta de decomiso y lacrado de droga, acta de incautación y lacrado de celular, acta de incautación y lacrado de especies, acta de incautación y lacrado de dinero, acta de análisis y pesaje de droga (marihuana) con un peso neto de cuatrocientos ochenta y tres punto cincuenta y nueve gramos, acta y pesaje de droga (clorhidrato de cocaína) con un peso neto de treinta y tres punto setenta y siete gramos. Asimismo, los dictámenes periciales de pesaje y análisis de drogas 064/2018, 065/2018 y 066/2018, el dictamen pericial de pesaje análisis Químico 060/2018, y el dictamen pericial análisis químico 059/2018. Todos estos actos de investigación fueron presentados por la Fiscal para justificar el presupuesto de graves y fundados elementos de convicción y pedir la medida de coerción de prisión preventiva. También se presentó como acto de investigación las capturas en video.
2. Posteriormente, el veintiocho de julio de dos mil dieciocho la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de Arequipa excluyó como medio de investigación el acta de registro de habitación y prueba de campo por haber vulnerado el derecho fundamental de defensa, pues se privó al investigado de un abogado defensor en dicha diligencia.
3. En virtud de esta resolución, la defensa del investigado Rojas Arce presentó la solicitud de exclusión de pruebas de fojas diez, de uno de agosto de dos mil dieciocho. Esta solicitud fue declarada infundada por el auto de primera instancia de fojas veinte, de veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, dado que no se estableció el presupuesto que contempla el artículo 71 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, ni los contemplados en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Expuso que:
   - **A.** En este supuesto ya se discernió que no cabía la exclusión del acta de registro de habitación porque de modo inevitable se habría descubierto aquella marihuana, cuyo peso neto fue determinado en cuatrocientos ochenta y tres punto cincuenta y nueve gramos, aun cuando se hubiese esperado al defensor público Paulo Hilasaca Mamani. Si bien la Sala Penal de Apelaciones revocó la decisión que expidió al Juzgado, esta resolución aún no se encuentra firme sino que está recurrida en casación, (vid.: recurso de casación 1158-2018, revela que el auto de vista quedó firme porque el citado recurso fue declarado inadmisible).

B. Si, entonces, no cabría excluir el acta de registro de habitación por la excepción de descubrimiento inevitable, está claro a su vez que los demás actos que se describen en el acta de comiso y lacrado de droga, acta de incautación y lacrado de celular, acta de incautación y lacrado de especies, acta de incautación y lacrado de dinero, acta de análisis y pesaje de droga, acta de pesaje de droga tanto de la marihuana como de la cocaína, así como los dictámenes periciales de pesaje y análisis de droga correspondientes, al constituir fuente independiente, tampoco pueden ser objeto de exclusión como elementos de convicción, por lo que corresponde desestimar el pedido de exclusión de actos de investigación.

4. Este auto fue apelado por el investigado Rojas Arce, mediante escrito de fojas veintitrés, de veintinueve de agosto de dos mil dieciocho. Alego que no es correcto sostener que los actos de investigación cuestionados son fuente independiente; que al haber sido excluida el acta de registro de habitación y prueba de campo, los otros actos de investigación sucesivos ya no subsisten de manera independiente, pues todas las diligencias posteriores se realizaron a raíz del acta de registro de habitación, declarada prueba ilícita; que es de aplicación la teoría del fruto del árbol envenenado, de suerte que todo lo que resulte de dicha prueba también es prohibido; que al haberse declarado ilícita tal acta, todo lo que se encontró en dicho registro y que pudiera incriminarlo debe ser declarado nulo; que, en cuanto a los efectos derivados o reflejos de la prueba, el CPP los comprende de manera expresa, en la medida que estipula que carecen de efecto legal (artículo VIII del Título Preliminar) o no se pueden utilizar (artículo 159) las pruebas obtenidas "indirectamente" con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales; que la resolución no ha sido debidamente motivada y, por consiguiente, las pruebas obtenidas carecen de efecto legal.

5. El Tribunal Superior por auto de vista de fojas treinta y siete, de dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, declaro fundado el recurso y revocando el auto de primera instancia ordenó la exclusión de los actos de investigación. Sus argumentos son como siguen:

A. En el auto de vista de veinticuatro de agosto del dos mil dieciocho se analizó a través de la tutela de derecho instada por la defensa del encausado Rojas Arce la exclusión del acta de registro de habitación, por considerar que había una afectación del derecho de defensa en la vertiente de contar con abogado defensor para posibilitar la realización de las diligencias desplegadas por la Policía Nacional del Perú al momento de su intervención, en el Hotel "Ideal", donde aquél se encontraba hospedado. El

argumento central fue que las diligencias urgentes e inaplazables que habilitan el actuar del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú para limitar derechos del investigado no se presentaron, por lo que era necesario contar con la presencia de un abogado defensor.

B. Todo aquello que resultó de la indagación efectuada por la Policía Nacional al interior de la habitación que ocupaba el investigado en el Hotel "Ideal", es una consecuencia derivada de un acto vulnerador al derecho fundamental de defensa (contar con un abogado defensor). Las excepciones de la fuente independiente o descubrimiento inevitable ya fueron materia de análisis expreso o implícito al momento de asumir posición en el auto de vista 111-2018 (Casación 5811-2018), y, por tanto, aceptar el análisis de las dos reglas de excepción importaría ingresar a reevaluar la decisión anteriormente asumida, lo que no es posible.

C. Como consecuencia del ingreso a la habitación se habría encontrado clorhidrato de cocaína y marihuana, lo que se refleja en las actas y dictámenes periciales, por lo que deben ser excluido como medios de investigación por resultar consecuencia de un acto inicial vulnerador del derecho de defensa del investigado. Por el contrario el acta de incautación y lacrado de celular, el acta de incautación y lacrado de especies, el acta de incautación y lacrado de dinero, el acta de pesaje análisis de droga 65-2018, todos ellos producidos con antelación al ingreso a la habitación del investigado mantienen su eficacia probatoria en lo que sea de utilidad para el Ministerio Público.

TERCERO. Que la señora FISCAL SUPERIOR DE AREQUIPA en su escrito de recurso de casación de fojas treinta y nueve, de cinco de noviembre de dos mil dieciocho, invocó como motivo de casación: infracción de precepto material –citó textualmente el artículo 429, numeral 3, del CPP, sin embargo la causal correspondiente sería la del numeral 1 de dicho artículo–. Argumentó que se interpretó y aplicó erróneamente los artículos VIII, inciso 2, del Título Preliminar, y 159 del Código Procesal Penal, desde que (***i***) si bien por auto de vista número ciento once-dos mil dieciocho únicamente se excluyó el acta de registro de habitación y prueba de campo y descarte de droga, no cabe sostener, a continuación, que todo acto posterior a la misma es una consecuencia del acto vulnerador, pues no tuvo en cuenta la distinción entre prueba originaria y prueba derivada; (***ii***) no se analizó que la información sobre la droga hallada en la habitación que ocupó el investigado Boris Martín Rojas Arce pudo obtenerse por fuente independiente, a través de terceros que presenciaron el hecho, como es el cuartelero Alex Quispe Paco y el administrador del Hostal; y, (***iii***) aun cuando el investigado no

contó con un abogado en el momento en que se ingresó a la habitación que ocupó en el Hotel "Ideal", donde voluntariamente y en presencia del Ministerio Público mostró el lugar donde estaba la droga, dicho hallazgo se hubiera realizado de todas maneras, aun si hubiese estado su abogado, lo que constituye un hallazgo inevitable.

∞ Desde el acceso excepcional al recurso de casación, postuló que es de distinguir la prueba originaria de la prueba derivada, en un contexto de ponderación de intereses, por lo que debe realizarse el desarrollo de doctrina jurisprudencial a fin de determinar el valor de la prueba derivada, teniendo en cuenta las excepciones a las reglas de exclusión.

CUARTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas veintiocho del cuaderno formado en esta sede suprema, de dieciséis de mayo de dos mil diecinueve, declaró bien concedido el citado recurso, por las causales de inobservancia de precepto constitucional (ex artículo 429, numeral 1, del CPP), en atención a lo prescripto en los artículos VIII, numeral 2, del Título Preliminar y 159 del CPP.

∞ Desde ya se aclara que la causal de casación es constitucional, pues de la *causa de pedir*, desde sus propios términos, está circunscripta a la vulneración de las garantías del debido proceso y presunción de inocencia, desarrollada legalmente esta última en el artículo II, numeral 1), del Título Preliminar del CPP y con referencia a los artículos VIII, ambas del Título Preliminar de la Ley Procesal Penal, y 159 del citado Código.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas, se expidió el decreto de fojas cuarenta y cinco, de veinte de diciembre último, que señaló fecha para la audiencia de casación para el día lunes diecisiete de enero de este año. La audiencia se realizó con la concurrencia de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Edith Alicia Chamorro Bermudez, y del abogado del encausado Rojas Arce, doctor Luis Enrique Gutiérrez Oliva, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional estriba en determinar, desde el análisis del auto de vista 11-2018 de fojas treinta y siete, de dieciocho de octubre de

dos mil dieciocho, si los medios de investigación objeto de cuestionamiento, en efecto, inobservaron las garantías genéricas del debido proceso y presunción de inocencia (artículos 139, numeral 3, y 2, numeral 24, literal 'd', de la Constitución), desarrollada legalmente esta última por el artículo II, numeral 1), del Título Preliminar del CPP, y con referencia en los artículos VIII, ambas del Título Preliminar de la Ley Procesal Penal, y 159 del citado Código.

SEGUNDO. Que el eje sustancial de la institución de la prueba ilícita es, sin duda, la garantía del debido proceso (artículo 139, numeral 3, de la Constitución) o de un proceso justo o con las debidas garantías (artículo 14, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El proceso justo exige que la disciplina de la prueba (que en términos amplios comprende los actos de investigación y los actos propiamente de prueba) sea dirigida no tanto a asegurar la certeza de una exacta reconstrucción del hecho, cosa imposible (intereses propiamente epistémicos); sino a eliminar las fuentes de incertidumbre relativas a la reconstrucción del *factum*, y especialmente a cuidar que las fuentes de prueba se obtengan y los medios de prueba se actúen respetando la legalidad constitucional y ordinaria –esta última relevante en tanto respetuosa de las formas legalmente previstas, y sobre todo en armonía con los principios de contradicción e inmediación y la máxima de igualdad de armas–, tal como fluye, según fuente italiana, del artículo 155, numeral 1, del CPP: "*La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código* –es decir: la ley procesal penal"–. Ello parte de la noción, propia del Derecho romano, en cuya virtud los hechos ilícitos –la infracción de la legislación probatoria– no deben aprovechar a su autor ("*Nemo ex suo delicto mediorem suam conditonen facera potest*"). Al respecto, como anotó el Tribunal Supremo Federal Alemán en su conocida sentencia de catorce de junio de mil novecientos sesenta: "*la verdad no se puede obtener a cualquier precio*".

∞ En el presente caso, materia de análisis casacional, se está ante la modalidad de prueba ilícita, denominada en su día por la Corte Constitucional Italiana –en la Sentencia número 34, de seis de abril de mil novecientos setenta y tres– "prueba inconstitucional", al afectar derechos fundamentales, y que guarda relación con los artículos VIII del Título Preliminar y 159, ambos del CPP, que además se proyecta con el artículo II del Título Preliminar del CPP, que reconoce como una regla de prueba apta para enervar la presunción de inocencia que la prueba (noción amplia), entre otros requisitos, debe haber sido obtenida (fuente de prueba) y actuada (medio de prueba) con las debidas garantías procesales ("… *Se requiere de una suficiente actividad probatoria*

de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales" –el subrayado es nuestro–).

∞ El artículo 159 del CPP, siguiendo repetidamente la fuente italiana, del artículo 191 del Código de Procedimiento Penal de Italia, establece que la prueba ilícita configura un tipo *sui generis* de invalidez: la inutilización de sus efectos probatorios y consiguiente exclusión a los fines de su apreciación (interpretación y valoración). Tratándose de derechos fundamentales –en cuanto derechos subjetivos y elementos esenciales de todo ordenamiento objetivo en su conjunto–, la idea clave es, en orden a la posición preferente de los mismos en el ordenamiento jurídico, que todo está prohibido salvo lo que explícitamente resulta admitido en los casos y modos establecidos por la ley de acuerdo a los fines legítimos del proceso penal. El CPP precisó su inobservancia bajo la noción de "contenido esencial", esto es, (***i***) los elementos mínimos de un derecho fundamental que lo hacen reconocible y que impiden su transformación en otra cosa, (***ii***) para cuya determinación no basta con acudir al texto constitucional, sino que debe atenderse a otros conceptos jurídicos y a las convicciones generalmente admitidas entre los juristas; (***iii***) es un concepto de valor absoluto y no relativo pues siempre conservará sus rasgos esenciales cualquiera sea las circunstancias invocadas; y (***iv***) ha de ser determinado según cada derecho fundamental, desde que no puede efectuarse una afirmación de carácter general [PRIETO SANCHÍS, LUIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 126].

TERCERO. Que la premisa del asunto materia de casación es que el Tribunal Superior, a propósito de una solicitud de tutela de derechos presentada por la defensa del imputado BORIS ROJAS ARCE, declaró inutilizable el acta de registro de habitación y prueba de campo de veintitrés de junio de dos mil dieciocho, levantada a las trece horas con cincuenta y cinco minutos, por haberse inobservado la garantía de defensa procesal, en su derecho instrumental de presencia de abogado defensor en su realización. En función a una segunda solicitud de tutela de derechos –materia de este incidente–, el Tribunal Superior estimó que era prueba derivada (obtenida indirectamente) y, por tanto, todos aquellos actos de investigación material y periciales: actas y pericias, actuadas con posterioridad al ingreso a la habitación del investigado siguen la suerte del acto originario excluido, subsistiendo, como expresamente se anotó, las actuaciones realizadas con antelación al referido ingreso a la habitación ocupada por el encausado ROJAS ARCE.

∞ No se puede discutir, en atención al principio *tantum devolutum quantum apellatum*, si, en efecto, esa declaración jurisdiccional anterior es o no legal, si su concepto de diligencia urgente e imprescindible es correcta –más allá del concepto estricto que asume, sin precisar el contexto de las mismas ni

puntualizar otros datos jurídicos indispensables–; rige el principio de preclusión –en todo caso, no comprometerá la posición del Tribunal Supremo cuando corresponda examinar lo actuado vía recurso de casación–. Por tanto, se ha de partir de esta inutilización –en pureza, inutilización relativa o impropia, también llamada "inutilización fisiológica" por referirse a actos de investigación limitativos de derechos vinculados a la obtención de fuentes de prueba reputados ilícitos–.

∞ El auto de primera instancia precisó, al respecto, que en todo caso la diligencia de registro de habitación y prueba de campo no podía inutilizarse en virtud de la excepción del descubrimiento inevitable y, por tanto, las diligencias subsiguientes constituyen fuente independiente. Es claro que la primera afirmación no se puede sostener precisamente porque ya se estableció que la diligencia de registro de habitación y prueba de campo es inconstitucional, por lo que, a continuación, solo cabe examinar si las diligencias subsiguientes a la propia entrada y registro son prueba derivada o fuente independiente.

CUARTO. Que cuando se trata de la fuente independiente (*independent source doctrine*, consolidada por la Corte Suprema de Estados Unidos en las sentencias Silverthorne Lumber Company versus USA en 1920, Bynum versus USA en 1960, Segura versus USA en 1984, Murray versus USA en 1988, y USA versus Markling en 1993), lo que se requiere es que no haya conexión causal entre el acto inconstitucional (prueba originaria o primaria) y la prueba que se cuestiona –esta última prueba no trae causa en la prueba inconstitucional (no hay posibilidad real de conexión entre prueba ilícita y prueba lícita ulterior), pues deriva de una fuente independiente en que la actuación de la autoridad haya estado sujeta a todos los requisitos de licitud–, de suerte que no se aplica la inutilización probatoria. Es un supuesto asentado de excepción a la inutilizabilidad derivada, sancionada por los artículos VIII del Título Preliminar y 159 del CPP, al mencionar las pruebas obtenidas indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, que atiende a la necesidad de evitar que la ilicitud de la prueba originaria se burle mediante su elusión fraudulento, esto es, que se transmute mediante mecanismos indirectos. Así se pronunció, en numerosas sentencias, en otras la Sentencia del Tribunal Supremo Español 448/1997, de cuatro de marzo.

∞ La técnica para identificar la prueba derivada estriba en utilizar el método de la supresión mental hipotética, esto es, se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato [MAIER, JULIO B.J.: *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 2da. Edición, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 701]. Así lo reconoció la Corte

Suprema Argentina en el caso Fiscal versus Aguilera Maldonado y otros, de diez de abril de dos mil siete.

QUINTO. Que, ahora bien, ya se estableció que solo cabe analizar si las diligencias investigativas realizadas tras la diligencia del acta de registro de habitación y prueba de campo de veintitrés de junio de dos mil dieciocho, levantada a las trece horas con cincuenta y cinco minutos, son o no prueba independiente. El criterio es muy claro, pues desde el método de la supresión mental hipotética, es patente que si se excluye la diligencia de entrada y registro es obvio que lo incautado y decomisado, así como las pericias levantadas al efecto, no habrían podido realizarse. Estas últimas diligencias dependen de la primera diligencia que dio paso a la entrada en la habitación, a su registro y al hallazgo de droga; sin droga –o, mejor dicho, con su inutilización– no cabe pesaje, lacrado y análisis pericial químico forense.

∞ Por lo demás, no es posible aplicar la excepción del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*, identificada en las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos Nix versus Williams en mil novecientos ochenta y cuatro, y Oregon versus Elstad en mil novecientos ochenta y cinco) porque el hallazgo de la droga no ha sido producto de una línea de investigación paralela que hubiera conducido indefectiblemente al descubrimiento de esos hechos, sino que éste tuvo lugar en la propia línea de investigación en curso –no existió un curso causal hipotético concreto, distinto del que dio lugar al hallazgo, que permitiera adquirir la droga decomisada y peritada–. Se requería de otra actuación, no de la misma en línea de progresividad [NIEVA FENOLL, JORDI: *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 396].

SEXTO. Que, por consiguiente, la resolución de vista no inobservó derecho fundamental alguno, material o procesal, luego, el recurso acusatorio debe desestimarse y así se declara.

∞ Respecto de las costas, es de aplicación el artículo 499, numeral 1, del CPP. El Ministerio Público está exento del pago de costas.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por la causal de inobservancia de precepto constitucional, interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE AREQUIPA contra el auto de vista de fojas treinta y siete, de dieciocho de octubre de dos mil dieciocho, que revocando el auto de primera instancia de fojas veinte, veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, declaró infundada la solicitud de exclusión de elementos de convicción hecha valer en vía de tutela de derechos de fojas veinte, de

veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, planteada por la defensa del encausado Boris Martín Rojas Arce; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado. En consecuencia, **NO CASARON** el auto de vista. **II.** Declararon que el Ministerio Público está exento del pago de costas. **III. MANDARON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial; registrándose. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AMON