

Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho Constitucional



**“LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS
A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL”**

Tesis presentada por el Bachiller:
Sanz Gallegos, Jesús Walter
Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho Constitucional

Asesor:
Dr. Mayta Coaguila, Ronald

Arequipa-Perú
2018

DICTAMEN 15-18-BT

DE: Dra. Ana María Amado Mendoza
Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM
PARA: Dr. Hugo Tejada Pradell
Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM
ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis
Bachiller: Sanz Gallegos, Jesús Walter

Recibido el Proyecto de Investigación cuyo enunciado es: LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL, luego de superadas las observaciones planteadas al interesado, soy de la opinión que puede ser sustentada, salvo mejor parecer .

Arequipa, 12 de julio 2018



Ana María Amado Mendoza
Docente Dictaminadora

12 JUL 2018

DICTAMEN 01-18-BT

DE: Dr. Mauricio Matos Zegarra

Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM

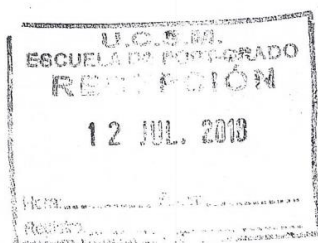
PARA: Dr. Hugo Tejada Pradell

Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM

ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis

Bachiller: Sanz Gallegos, Jesús Walter

Recibido el Proyecto de Investigación cuyo enunciado es: LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL, luego de superadas las observaciones planteadas al interesado, soy de la opinión que puede ser sustentada, salvo mejor parecer .



Arequipa, 12 de julio 2018



Mauricio Matos Zegarra
Docente Dictaminador

Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”

**Jurado Dictaminador N. ° 136
Expediente N. ° 2018000005522**

Alumno: SANZ GALLEGOS, JESÚS WALTER
Asunto: Dictamen para borrador de Tesis
Maestría: En Derecho Constitucional
Fecha: 13 de julio del 2018

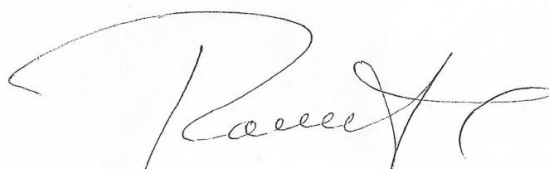
Sr. Dr. Hugo Tejada Pradell
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa
María”

En cumplimiento de la Boleta de nombramiento de jurado dictaminador y
dentro del plazo que señala el Reglamento de Graduación de Magister, procedo
a emitir el siguiente dictamen:

Dictamen:

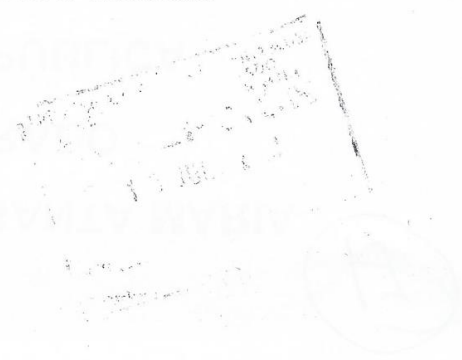
Visto el expediente N.° 2017000005522 del Bachiller SANZ GALLEGOS,
JESÚS WALTER, que solicita Dictamen para el Borrador de Tesis titulado **“LA
EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS A LA LUZ DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL”** con la que pretende optar el
grado de Maestro en Derecho Constitucional, y, habiéndose absuelto las
observaciones planteadas, este jurado emite dictamen favorable al considerar
que el borrador de tesis reúne los requisitos para su posterior defensa y
sustentación,

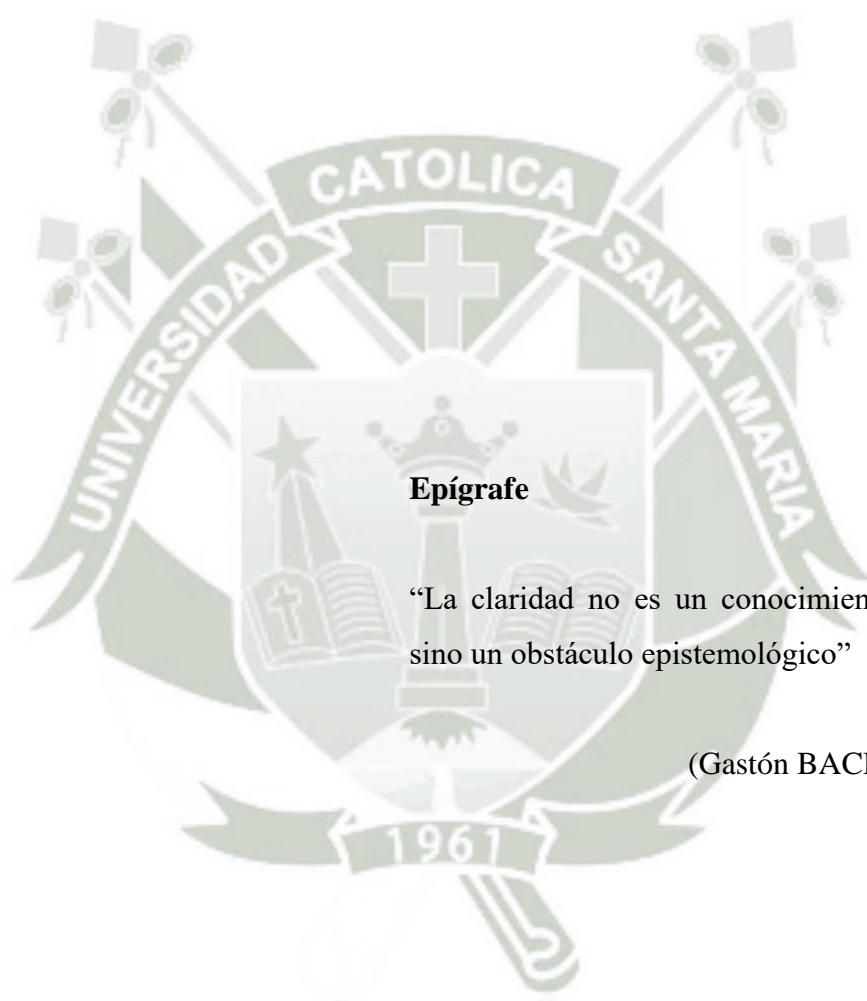
Atentamente.



Ronald Mayta Coaguila

Docente de Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”





Epígrafe

“La claridad no es un conocimiento perfecto
sino un obstáculo epistemológico”

(Gastón BACHELARD)¹

¹ Gastón BACHELARD: *La Formación del espíritu científico. Contribuciones a un psicoanálisis del conocimiento Objetivo*. México D. F., 1978, Siglo Veintiuno Editores, p. 16.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio se propone demostrar que, en el nuevo Código Procesal Penal, el solo hecho de contener la investigación preliminar un elemento de convicción ilícito y el conservarlo en el acervo probatorio puede producir un impacto psicológico en el juez al momento de resolver los pedidos de los operadores jurídicos, por lo que resulta necesario incorporar legislativamente un mecanismo específico para debatir sobre la exclusión de un elemento de convicción ilícito. Para tal efecto, se va a establecer que la exclusión de los medios probatorios ilícitos optimiza la protección de los derechos fundamentales del imputado al presentar un efecto práctico y constitutivo, al no formar parte del bloque probatorio por haber sido excluido; por lo tanto, no puede ser observado por el operador jurídico al momento de resolver, efecto notoriamente distinto a la sola prohibición de no valorar el medio de prueba, presentando este último solo un valor declarativo².

El primer capítulo describirá el concepto de elemento de convicción, los actos ilícitos y la vulneración de derechos fundamentales durante la búsqueda de material probatorio.

El segundo capítulo dará a conocer los principios constitucionales en el proceso penal, y los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal, y cómo el Acuerdo Plenario N.º 04-.2010/CJ-116, sobre Tutela de Derecho, habría legislado para forzar su aplicabilidad.

El tercer capítulo abordará la definición de exclusión, analizará muestras de resoluciones y pedidos de operadores jurídicos donde buscan por distintos mecanismos el declarar ineficaz el material probatorio ilícito; describe también la regulación normativa en algunos países de Latinoamérica sobre este tema.

El cuarto capítulo realizará un análisis de las diferentes posturas dialécticas sobre la exclusión de materia probatoria.

Finalmente, como una consideración final importante que va a plantear el presente trabajo, analizamos la imposibilidad de que el Acuerdo Plenario legisle introduciendo consecuencias jurídicas no contempladas en la norma.

² Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N.º 957, artículo VIII sobre Legitimidad de la Prueba.

RESUMEN

Un tema no abordado por el nuevo Código Procesal Penal de manera expresa a fin de proteger derechos constitucionales es lo relativo al cauce procesal para declarar la exclusión probatoria de un elemento de convicción ilícito obtenido mediante la vulneración de derechos fundamentales.

Es necesario establecer una postura que viabilice en forma efectiva la protección de los derechos fundamentales al momento de recabar elementos de convicción, puesto que, finalmente, de la idoneidad del cauce procesal dependerá evitar que las consecuencias y efectos del elemento de convicción ilícito recabado no solo contaminen el proceso sino evitar que, esencialmente, persistan en la afectación de los derechos fundamentales del imputado durante el desarrollo de la etapa de investigación preliminar y de investigación preparatoria —al poder ser utilizados para sustentar requerimientos—, etapas procedimentales en las cuales solo se da la existencia de elementos de convicción y no prueba, toda vez que la etapa de juicio oral es donde en puridad se da la producción de prueba en el sentido técnico.

El desarrollo de la tesis demostrará que en el nuevo Código Procesal Penal no existe un cauce procedimental específico para excluir elementos de convicción ilícitos en pro de la protección de los derechos fundamentales del investigado durante la recolección de actos de investigación, lo que afecta la legalidad de la prueba y el debido proceso.

Todo proceso penal ha de contener mecanismos procedimentales específicos e idóneos para proteger derechos fundamentales del investigado, aspecto que no ha sido considerado normativamente por el nuevo Código Procesal Penal de manera expresa; esto es, en lo relativo al cauce procesal específico para declarar la exclusión de elementos de convicción que hayan sido obtenidos vulnerando derechos constitucionales en la etapa preliminar. Esto ha incidido en que los operadores jurídicos no tengan claro qué mecanismo procedimental es idóneo para cautelar derechos fundamentales de las partes durante el acopio de elementos, y así busquen la solución recurriendo a diferentes mecanismos procesales, a través de pedidos de nulidad o la utilización de la Tutela de Derechos para evitar se utilicen elementos de convicción ilícitos que vulneran derechos fundamentales, mecanismos no diseñados jurídicamente para tal finalidad, esto es, la exclusión del material probatorio.

En doctrina existen escasos estudios relacionados a la ilicitud de elementos de convicción y cómo tratarlos [principio de biogenización] en un proceso penal; existen, por el contrario, abundantes estudios sobre la Prueba Ilícita, conceptos [elementos de convicción y prueba] que difieren en esencia. Un procedimiento penal coherente en la protección de derechos fundamentales que entiende la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral no puede presentar etapas paralelas; una etapa en que algunos elementos probatorios son ineficaces para fundar sentencia definitiva, y en otra puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales [etapa preliminar o preparatoria]. Aceptar lo contrario para López Masle, con Horvitz Lennon³, significaría romper la unidad del sistema generando en la práctica dos investigaciones paralelas: una, en la que prácticamente todo estaría permitido, solo con el objeto de justificar medidas cautelares o resoluciones provisionales; y otra, en la que se exigiría el respeto de los derechos fundamentales con el objeto de asegurar la validez de la prueba para el juicio oral.

Se ha determinado que los operadores de derecho no tienen un mecanismo específico normativo en el nuevo Código Procesal Penal para excluir elementos de convicción que fueron obtenidos vulnerando derechos constitucionales, para lo cual se ha realizado un análisis doctrinal de la Tutela de Derecho del NCPP estableciéndose que no ha sido diseñada para excluir elementos que vulneren derechos fundamentales; tanto que el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116 —sobre Tutela de Derecho— ha legislado, al impartir la aplicación del artículo 71.º del NCPP para la exclusión del material probatorio, supuesto de hecho no contemplado, lo que denota la no existencia de un mecanismo idóneo para excluir elementos que han sido recabados conculcando derechos fundamentales.

Palabras clave. Derechos fundamentales, elementos de convicción, exclusión de elementos de convicción ilícitos, principios constitucionales, mecanismo procesal adecuado.

³ HORVITZ LENNON, María Inés, LOPEZ MASLE Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, 2004. p. 205.

ABSTRACT

An issue not addressed by the new Code of Criminal Procedure expressly to protect constitutional rights, is what concerns the procedural channel to declare the probative exclusion of an [illicit] element of conviction obtained through the violation of fundamental rights.

It is necessary to establish a position that effectively facilitates the protection of fundamental rights when gathering elements of conviction; since, finally of the suitability of the procedural channel will depend to avoid that, the consequences and effects of the element of illicit conviction collected, not only contaminate the process; but, essentially, they do not persist in affecting the fundamental rights of the accused during the development of the preliminary investigation and preparatory investigation stage - since they can be used to support requirements - procedural stages in which there are only elements of conviction and not proof; every time, the stage of oral trial is where the production of test in a technical sense.

The development of the thesis will demonstrate that in the New Code of Criminal Procedure, there is no specific procedural channel to exclude elements of unlawful conviction, in the post of the protection of the fundamental rights of the investigated during the gathering of investigative acts, affecting the legality of the Proof and due process.

All criminal proceedings must contain specific and appropriate procedural mechanisms to protect the fundamental rights of the investigated, an aspect that has not been considered normatively by the new Criminal Procedure Code expressly, this is in relation to the specific procedural channel to declare the exclusion of elements of conviction that have been obtained violating constitutional rights in the preliminary stage; what has affected, that legal operators are not clear about what procedural mechanism is appropriate to protect the fundamental rights of the parties during the collection of elements, and seek by different procedural mechanisms, through requests for invalidation, or the use of the protection of rights to avoid using unlawful elements of conviction that violate fundamental rights, mechanisms not legally designed for such purpose.

In doctrine there are still few related studies on the illegality of elements of conviction,

and how to treat them (biogenization) in a criminal proceeding; on the contrary, there are abundant studies on the Illicit Test; concepts (elements of conviction and evidence) that differ in essence. A coherent criminal procedure in the protection of fundamental rights, which understands the investigation stage as a preparatory phase of the oral trial, cannot present parallel stages; a stage in which some probationary elements are ineffective to find a final judgment, and in another stage, they may be effective to justify provisional resolutions [preliminary or preparatory stage]. Accepting the opposite for LópezMasle, with Horvitz Lennon⁴ would mean breaking the unity of the system, generating in practice two parallel investigations: one, in which practically everything would be allowed, only for justifying precautionary measures; and another, in which respect for fundamental rights would be required to ensure the validity of the trial for the oral trial.

It has been determined that the legal operators do not have a specific normative mechanism in the New Code of Criminal Procedure, to exclude elements of conviction that were obtained by violating constitutional rights, for which a doctrinal analysis of the legal protection of the New Code of Criminal Procedure establishing that it has not been designed to exclude elements that violate fundamental rights; so much that the Plenary Agreement No. 04-2010/CJ-116- on Protection of Right - has legislated, when giving the application of the article 71 of the NCPP in an assumption of fact not contemplated; which denotes the non-existence of an appropriate mechanism to exclude elements that have been collected infringing fundamental rights.

Keywords. Fundamental rights, elements of conviction, exclusion of unlawful elements of conviction, constitutional principles, adequate procedural mechanism.

⁴ HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE Julian: Chilean Criminal Procedure Law, Tomo II, 2004. p. 205.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	VII
ABSTRACT	IX
CAPÍTULO I.....	1
UTILIZACIÓN DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS EN LA SUSTENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....	1
1.1 Actos lícitos.....	4
1.2 Actos ilícitos.....	4
1.3. Concepto de elementos de convicción	5
2. Fundamentos de medidas cautelares	6
2.1. Utilización de elementos de convicción ilícitos	6
3. Vulneración de derechos fundamentales. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos.....	7
3.1. Las garantías procesales del imputado en el proceso penal	8
1. Derechos fundamentales y su vulneración	10
1.1. El debido proceso y los derechos fundamentales.....	11
2. Principios constitucionales del proceso penal.....	12
2.1 Los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal.....	12
2.2 La protección de los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal	14
3. La Tutela de Derecho y sus efectos.....	15
3.1 Los límites de la Tutela de Derecho en el nuevo Código Procesal Penal	16
3.2 Diferencias procesales entre corregir y excluir.....	17
3.3 Diferencias procesales entre subsanar y excluir.....	17
3.4 El principio de legalidad procesal	18
3.5. La modificación normativa y el Acuerdo Plenario N.º04-2010/CJ-116	18
1. Definición de exclusión.....	20
1.1 Los efectos de la exclusión de elementos de convicción ilícitos	21
2. Resoluciones de órganos jurisdiccionales y peticiones de operadores jurídicos	22
2.2 Peticiones de operadores jurídicos	24
3. Derecho comparado.....	26
3.1 Regulación normativa de algunos países latinoamericanos	26
CAPÍTULO IV	29
DEMOSTRACIÓN DIALÉCTICA DE LA HIPÓTESIS	29

1. Posiciones a favor de la Teoría de Exclusión de medios probatorios ilícitos.....	29
2. Perspectiva sobre la imposibilidad de la exclusión de medios probatorios ilícitos	30
3. Resultado del análisis de ambas teorías	31
PROPUESTA.....	35
CONCLUSIONES.....	37
SUGERENCIA.....	38
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	39
ANEXOS.....	42
ANEXO 1	43
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.....	43
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA	70
MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	75
ANEXO 2.....	77
ACUERDO PLENARIO Y RESOLUCIONES	77



CAPÍTULO I

UTILIZACIÓN DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS EN LA SUSTENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Para la construcción de la imputación es necesario recabar elementos de convicción que van a formar un hecho [presupuesto fáctico]; dentro de estos elementos puede haber interceptaciones telefónicas, registros de teléfonos, ingresos a domicilios [allanamientos], delaciones, entrevistas, confesiones, todo lo cual afecta derechos: a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, derecho de defensa o el derecho a la no autoincriminación.

Si un elemento de convicción es obtenido de facto vulnerando derechos fundamentales se torna en un elemento ilícito, por afectación a un derecho constitucional, y será necesario excluir el elemento ilícito a fin de no contaminar —formando una idea del caso— la actividad de interpretación y valoración del juez de investigación preparatoria.

En la fase de investigación preliminar van a existir supuestos en los que será necesario restringir derechos en los cuales se encuentren comprometidos derechos fundamentales: allanamientos [derecho a la intimidad, derecho a la propiedad], detenciones [derecho a la libertad]; fase de investigación en la cual el Ministerio Público —de acuerdo a la estrategia de investigación— realiza requerimientos al juzgado de Investigación Preparatoria a fin de “evitar el riesgo de indisponibilidad física y jurídica del investigado”⁵ y evitar que continúen los efectos-ganancias del delito.

Los elementos de convicción son el componente material en la construcción del hecho materia de imputación; pero al momento en que son obtenidos han de estar revestidos de constitucionalidad, y la obtención ha de efectuarse sin vulnerar ningún derecho constitucional del imputado.

⁵ PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de Medidas Cautelares Penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso. Madrid, 2008. Ediciones Jurídicas Sociales. S.A. p. 75.

Las medidas de coerción encuentran su fuente en los elementos de convicción y gravedad del hecho; empero, cada tracto en el eslabón desde la obtención del elemento ha de estar realizado sin vulnerar ningún derecho fundamental.

Un elemento probatorio ilícito —desde ya vulnerante de un derecho fundamental— podría ser utilizado para sustentar requerimientos que van a restringir derechos fundamentales y ser valorado por el juez de investigación preparatoria. Existiría una formación contaminada de actos procesales, los cuales en un proceso penal van a afectar derechos fundamentales, como a la libertad [por detención preliminar, prisión preventiva], el de la intimidad [por allanamientos] o el del secreto de telecomunicaciones [por intervención de llamadas].

Las medidas cautelares más importantes en el NCPP al restringir el derecho a la libertad personal [locomotora] son la detención preliminar y la prisión preventiva.

Los presupuestos de la detención preliminar se encuentran establecidos en el artículo 261.º del nuevo Código Procesal Penal, y son los siguientes:

“1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dictará mandato de detención preliminar, cuando:

- a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.
- b) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
- c) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.

Son presupuestos materiales de la Prisión Preventiva, los establecidos en el artículo 268.º del nuevo Código Procesal Penal:

“El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).”

Ambas medidas cautelares requieren la existencia de elementos de convicción que vinculen al imputado con el hecho delictivo; en la detención preliminar se requiere que “existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado”⁶; y en la prisión preventiva, que existan “fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”. Estos son elementos de convicción que conforman el *fumus bonis iuris*: “la existencia de prueba suficiente contra el imputado solo indica la existencia de una probabilidad de que él cometió el delito, mas no certeza sobre esta acción”⁷, probabilidad que ha de estar formada con indicios que derivan de elementos de convicción cuya obtención se hará dentro de presupuestos constitucionales.

Consecuentemente, si los elementos de convicción [presupuestos básicos para fundamentar medidas cautelares y restringir derechos] han sido recabados y obtenidos vulnerando derechos constitucionales, esta circunstancia —vulnerativa de derechos— haría que dichos elementos se tornen ilícitos.

1. Elementos de convicción ilícitos

En doctrina extranjera solo existen mapas conceptuales sobre el concepto de prueba ilícita, mas no sobre la conceptualización de elementos de convicción ilícitos. Un elemento de convicción adolece de ilicitud cuando ha sido obtenido vulnerando derechos

⁶ Academia de la Magistratura. Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo Código Penal Procesal Penal Vol. 1 y 2; p. 202. “La norma de detención preliminar solo exige razones plausibles para considerar el vínculo del imputado con la comisión del delito y cierta posibilidad de fuga del mismo. Por tanto, la inocencia, al ser determinada en otra etapa del proceso, no puede ser utilizada como elemento para desvirtuar la detención preliminar”.

⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 0034-2003-HC/TC, fundamento N.º 5.

fundamentales, lo cual hace que su obtención sea antinormativa, por tanto, con una estructura viciada.

1.1 Actos lícitos

Lo lícito es un concepto construido normativamente: sin norma o bien jurídico fundamental no habría ilicitud. “El concepto de acto lícito es comprensivo de todo el ordenamiento jurídico. Visto de ese modo, se le define comúnmente como todo acto u omisión (faz activa y pasiva de la actividad) celebrados en cumplimiento de los preceptos legales o en uso de las facultades conferidas por ellas”⁸; y también: “desde un punto de vista objetivo, son lícitas las acciones y omisiones voluntarias que son conformes con el ordenamiento jurídico; este no las prohíbe. Un acto es conforme con el ordenamiento jurídico y, por tanto, lícito, cuando no viola normas imperativas, orden público o las buenas costumbres”⁹. De acuerdo a lo expuesto, la licitud del acto radica en que su obtención, formación, celebración, actuación o la conducta desplegada han sido realizadas sin vulnerar ninguna norma sustantiva, procesal o constitucional.

1.2 Actos ilícitos

Sin norma constitucional, sustantiva o procesal vulnerada no existe ilicitud; los actos procesales, al no contener algunos requisitos para su validez, se vuelven antijurídicos; la validez ha de estar en consonancia con el respeto de los derechos fundamentales al momento de la formación del acto procesal.

Los actos ilícitos procesales no pueden producir efectos, y si el acto —ilícito— forma un elemento de convicción tiene que ser excluido [*efecto constitutivo*], consecuencia jurídica importante que no ha sido considerada por el nuevo Código Procesal Penal; solo ha llegado a establecer el *efecto declarativo* de ineficacia jurídica. Así lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP: “1.-*Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; 2.-Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*”.

⁸ BOFFI BOGUERO, Luis María. Actos lícitos. En: Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo I, Editorial bibliográfica, Buenos Aires, 2005, p. 422.

⁹TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Acto Jurídico”, Instituto Pacífico, 5.ª edición, Lima, 2015, p. 65.

La declaración de nulidad o la no utilización del elemento de convicción ilícito producen solo *efectos declarativos*, pero no presentan como *efecto jurídico constitutivo*, la exclusión del material probatorio; el efecto declarativo no basta, aún se pueden afectar derechos fundamentales de los imputados, al estar el material probatorio a la vista del operador jurídico.

Así, basta que la obtención o la formación del elemento de convicción vulneren una norma constitucional o incorporada en una norma procesal, sin requerirse un elemento subjetivo de dolo o culpa para su obtención. Torres Vásquez explica: “una concepción así genérica sobre los actos u omisiones contrarios al ordenamiento jurídico deja de lado el aspecto subjetivo; esto es, tiene en mira el acto trasgresor y no al agente que lo lleva a cabo”¹⁰. Algunos autores realizan la distinción entre la licitud y la legalidad, que lo lícito está bajo principios, como el impartir justicia en un proceso con garantías a los derechos fundamentales y la legalidad con presupuestos formales [reglas]. La ilicitud es la no conformidad en la construcción u obtención del acto procesal con el respeto a los derechos fundamentales.

1.3. Concepto de elementos de convicción

Se considera elemento de convicción a todo acervo probatorio que genere un hecho de relevancia típica, presupuesto fáctico en la teoría del caso en el proceso penal. Tenemos que, “la investigación es una actividad de recopilación de elementos dirigidos a permitir esclarecer las circunstancias del hecho delictivo y de su autor, constituyéndose en el banco de datos que utilizarán las partes para formular una hipótesis fáctica en el juicio oral.

A la investigación criminal, en cualquiera de sus formas, se incorpora las fuentes de investigación, es decir, aquello que contiene la información referida al hecho delictivo y su autor, aquello que puede ser relevante para esclarecerlos”¹¹. El estadio procesal de obtención se produce en la etapa preliminar y en la etapa de investigación preparatoria [NCP] o de instrucción [Código de Procedimientos Penales], potencialmente recién se podrá generar prueba después de un debate en el juicio oral donde existan contradictorio, inmediación y publicidad. Además “[...] las fuentes de investigación adquiridas para la instrucción son potenciales fuentes de prueba para el juicio oral, de tal manera que el

¹⁰Ibidem. p. 65-66.

¹¹ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal; Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. p. 58.

mismo elemento, dato o información puede pasar por los dos estados a lo largo del proceso penal: fuente de investigación y fuente de prueba”¹².

2. Fundamentos de medidas cautelares

Las medidas cautelares presentan *fumus boni iuris* o *fumus delicti comissi* dentro de un hecho de imputación, el cual ha de estar construido con elementos de convicción. Toda la actividad de generar elementos de convicción tiene relación con el debido proceso; a nadie se le puede procesar sin pruebas, y a nadie se le puede restringir derechos sin existir al menos los elementos que den la apariencia de un hecho de carácter delictuoso; la base de todo indicio es encontrar un elemento de convicción obtenido mediante mecanismos constitucionales.

La apariencia de derecho es un requisito de las medidas cautelares provisionales, garantía de que la afectación de un derecho ha de estar sustentada con medios probatorios que vinculen al imputado con el hecho materia de imputación, siendo no solo esencial la recolección de elementos de convicción sino que su formación —origen— se haya desarrollado sin vulnerar derechos fundamentales. Los elementos de convicción desvirtúan racionalmente la existencia de sospechas genéricas para pasar a indicios de hechos; los elementos al inicio de la etapa preliminar y preparatoria no pueden ser considerados pruebas.

El proceso penal tiene una actividad intraproceso de lógica interna; así, al recabar los elementos de convicción y la operación para generar un presupuesto factico se aplica el método inductivo, y para la subsunción de los presupuestos facticos en una norma se aplica el método deductivo.

2.1. Utilización de elementos de convicción ilícitos

La fase de investigación preliminar del nuevo Código Procesal Penal tiene por finalidad reunir indicios¹³ que van formando hechos sustentados en elementos de convicción. La base de la formación de la imputación, la base de los requerimientos de restricción de

¹² *Ibidem*, p. 58.

¹³ CÁCERES JULCA, Roberto Eduardo. Las medidas cautelares. En el nuevo código procesal penal, Jurista Editores, Lima, 2009. p. 199. “La exigencia prevista por el Código Procesal Penal va más allá del aspecto cuantitativo, esto es, que no basta la existencia de una pluralidad de indicios respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados, sino que por imperio de la norma procesal se requiere que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito; esto significa que entramos en el ámbito cualitativo, por el cual lo que importa es la calidad del medio o medios de prueba, más que la cantidad de los mismos”.

derechos y el instar a pasar a la siguiente etapa del proceso penal son la existencia de elementos de convicción.

Toda la formación del proceso está conformada por elementos de convicción; sin estos elementos no existe veracidad en los hechos, y menos fundamento para solicitar medidas de restricción de derechos [detención preliminar, prisión preventiva, incautaciones]. Esta formación no debe vulnerar ningún derecho fundamental del imputado; para tal efecto han de excluir en forma preliminar los elementos de convicción obtenidos afectando derechos fundamentales; de no hacerlo, el procedimiento se vicia al tener desde su formación elementos ilícitos.

Así, de tal forma irá en contra del principio de coherencia el hecho de que en una fase [preliminar y preparatoria] se permita la existencia de elementos de convicción ilícitos, los cuales pueden ser utilizados y visualizados para sustentar requerimientos [de restricción de derechos o de impulso procesal: requerimiento de formalización, de acusación]; y en otra fase sea intermedia o de juicio oral¹⁴, en la que se recién se debata, después de transcurrida etapas anteriores, sobre la ilicitud del material probatorio. En tal forma existiría incongruencia, al tratar en forma diferenciada los elementos de convicción en etapas paralelas y doble afectación de derechos fundamentales: la primera, el utilizar un elemento de convicción ilícito [que desde ya comprende la afectación de derechos], y como segunda afectación que el mismo forme parte del fundamento para restringir derechos fundamentales.

3. Vulneración de derechos fundamentales. Búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

La realización de introducción de hechos al proceso penal y la búsqueda de elementos de convicción se equiparan a una actividad de reconstrucción, que tiene por objeto la reproducción de un hecho o suceso transcurrido en tiempo pasado.

Con el título de Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos, el NCPP, desde el artículo 202.º, regula la forma y procedimientos de cómo ha de desarrollarse la búsqueda de medios de prueba y restricción de derechos; pues para la obtención de elementos

¹⁴ BOVINO, Alberto. El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos. En: Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998. p. 158. “Fundado en elementos de prueba incorporados legítimamente al proceso. Si no existe este mérito sustantivo, no solo pierde sentido el encarcelamiento preventivo sino también el desarrollo del mismo procedimiento penal en contra del imputado”

probatorios resulta en algunos casos necesario restringir derechos fundamentales: *control de identidad policial, videovigilancia, pesquisas, intervención corporal, allanamiento, exhibición forzosa y la incautación, intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la detención policial, detención preliminar, la prisión preventiva, impedimento de salida del país*; todas ellas medidas de investigación destinadas a descubrir circunstancias fácticas de interés para el proceso [rastros del delito, localización del imputado o de alguna persona prófuga], lo cual implica restringir derechos fundamentales, a fin de proseguir una finalidad “general” o “bien común”, el *ius punendi* del Estado.

Pero en la práctica sucede que en algunos casos se puede dar paso al abuso de autoridad por parte de la policía, órgano encargado de adoptar esta clase de restricción de derechos fundamentales por razones de búsqueda de prueba, lo que vicia la obtención del elemento probatorio y podría utilizarse para solicitar requerimientos para restricción de derechos; y así se produce un tracto de vulneración de derechos por su origen, al sustentar la restricción de derechos con elementos que han sido obtenidos vulnerando derechos.

Por ello, para evitar la utilización del elemento de convicción viciado en su estructura al haber sido obtenido con vulneración de derechos fundamentales y que sea utilizado para fundamentar requerimientos o esté a la vista del operador jurídico, es necesario excluirlo del proceso. Esto significa que siempre debe observarse el límite material de la función del Estado, la prohibición del exceso, mediante el cumplimiento del parámetro de la proporcionalidad¹⁵ entre el *ius punendi* y el principio de *saneamiento o higienización* en el sistema probatorio.

3.1. Las garantías procesales del imputado en el proceso penal

Las garantías procesales del imputado son: tanto (i) los mecanismos o cauces procedimentales por los cuales puede solicitar la protección de los derechos fundamentales que considere vulnerados al juez de investigación preparatoria [juez de garantías]; como (ii) los principios que conforman la estructura del proceso, lo que se denomina constitucionalizar el procedimiento, a partir de la omnipresencia jurídica de la

¹⁵ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo; UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando; GAMERO CALERO, Lorena Mariana; SCHÖNBOHM, Horst; Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ. Manual de La Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común. Conforme a las previsiones del nuevo Código Procesal Penal Decreto Legislativo N.º 957”, p. 20.

Constitución, esto es, “la impregnación o irrigación del orden jurídico por las normas constitucionales”¹⁶. Las garantías procesales tienen por finalidad proteger cualquier desborde de arbitrariedad durante el desarrollo de recolección de evidencia probatoria.

El proceso es considerado un método para determinar una “verdad procesal”, en que las partes presentan hechos y pretensiones [tesis-antítesis], para luego el Juez establecer una síntesis de lo debatido; fórmula aplicable al microprocedimiento [audiencia de Control de Plazo, Tutela de Derechos, etc.] que se da dentro del proceso penal. Su estructura ha de presentar principios que garanticen un debido proceso, el cual comprende: *derecho a probar, derecho de defensa, derecho al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la Ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal* [art. 4.º del CPCConst.].

El nuevo Código Procesal Penal presenta mecanismos como la prohibición del *non bis in idem*, la Tutela de Derechos, el Control de Plazos; de igual forma otros códigos presentan garantías procesales. Así tenemos, por ejemplo en la república de Colombia, como medio de control de medidas limitativas, la Audiencia de Control de Legalidad, donde existe un control de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet; el juez de garantías efectúa una audiencia de control de la legalidad de las medidas limitativas en forma posterior (art. 237. del CPP de Colombia) en el mayor de los casos antes de la audiencia de imputación; e impone al fiscal la obligación de que la información probatoria que soporte la formulación de la imputación sea “legalmente obtenida”¹⁷.

¹⁶TENA DE SOSA, Félix María. Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal, Editora Taína; República Dominicana 2008. p. 29.

¹⁷ PRIETO VERA, Alberto José. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Colombiano. En ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros: *El proceso penal acusatorio colombiano*, Tomo III, Bogotá, 2006. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, p. 19.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Parece que existiera una evolución de derechos fundamentales, pues en forma histórica “aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada no es fundamental en otra época y en otra cultura”¹⁸. El Tribunal Constitucional de Perú considera que el concepto de derecho fundamental comprende “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que comprende la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una jurídica básica (Peces-Barba: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37)”¹⁹. Para Ferrajoli los derechos fundamentales resultan inalienables, “en el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los derechos fundamentales es la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos [...] y son por tanto indisponibles e inalienables”²⁰.

1. Derechos fundamentales y su vulneración

La creación de métodos procesales en la restauración de bienes jurídicos vulnerados y la punición de actividades ilícitas presentan como base de la estructura, el equilibrio entre la finalidad del proceso y el respeto de los derechos fundamentales de las partes; para tal equilibrio, el proceso penal tendrá mecanismos procedimentales de garantía, considerando que en el desarrollo de las diligencias y al recopilar indicios del hecho con características de delito, se pueden dar afectaciones a los derechos fundamentales del imputado, como el desarrollo de allanamientos sin autorización,

¹⁸ BOBBIO, Norberto: *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid; pág. 57.

¹⁹ Tribunal Constitucional del Perú. EXP: 1417-2005-AA/TC, fundamento 1.

²⁰FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales en Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos escogidos. Editorial Trotta, 2007 Madrid, p. 73.

aprehensiones en estados de no flagrancia, declaraciones del imputado sin la presencia de una defensa, toma de muestras sin las garantías del procedimiento, etc.

1.1. El debido proceso y los derechos fundamentales

El Estado tiene por principio el respecto a la dignidad de la persona —artículo 1.º de la Constitución Política del Perú—, razón de ser de toda actividad y que contiene otros derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que todo Estado tiene la obligación de asegurar, en toda circunstancia, las garantías indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención, inclusive durante los estados de excepción. Asimismo la Corte ha considerado como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades²¹.

La estructura y construcción legislativa de un proceso debe presentar mecanismos de garantías destinados a proteger durante el desarrollo de sus etapas los derechos fundamentales de las partes; en todo estado constitucional democrático, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución reconoce. La Constitución, a partir del principio de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con la Constitución²². La persecución de un hecho antijurídico y la protección de derechos fundamentales presentan un equilibrio, el de la razonabilidad, sin que esa preocupación por la seguridad faculte a desechar los derechos fundamentales del justiciable²³.

El proceso penal presenta un conflicto epistémico, porque busca proteger a la sociedad interviniendo y procesando a personas que de alguna forma vulneraron derechos [bienes jurídicos]; pero por principio se exige que a ellos se les respete sus derechos fundamentales, y tal exigibilidad tiene origen en el principio de dignidad de la persona [artículo 1.º de la Constitución Política del Perú].

²¹ Academia de la Magistratura. Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo Código Procesal Penal. Vol. 1 y 2. p. 109

²² LANDA ARROYO, César. Bases Constitucionales del nuevo Código Procesal Penal. Revista Institucional de la Academia de la Magistratura. Vol. N.º 07, p. 143.

²³ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal". Revista Derecho PUCP. N.º71, 2013, p. 343.

2. Principios constitucionales del proceso penal

Entre en el Estado y las personas existe una relación de poder que tiene como baremo y finalidad la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; el Estado no debe vulnerar con su acción derechos fundamentales, o emprender acciones que impliquen la violación directa o indirecta de derechos humanos²⁴.

La protección de derechos en un estado constitucional de Derecho presenta una contradicción epistemológica: que para restaurar la paz social o un bien jurídico vulnerado es necesario restringir los derechos del agente vulnerante a través de procedimientos regulados y constitucionalmente aceptables en el proceso penal. Con la finalidad de realizar la paz social y *ius punendi*, se establece una verdad procesal que tiene como resultado el declarar participe de un delito al imputado imponiéndosele una pena tipificada que le restringe el derecho a la libertad.

La estructura del proceso penal ha de estar conformada con principios constitucionales, entre ellos el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad. La presunción de inocencia fue prevista en la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a propuesta de Adrien Duport²⁵. La primera crítica a la presunción de inocencia fue la formulada por Raffaello Garafalo; según él, dicho principio debilita la acción procesal del Estado, ya que constituye un obstáculo para tomar resoluciones eficaces en contra de los inquiridos, especialmente en materia de prisión preventiva, de modo que se favorece la libertad de los imputados, aun cuando ella pudiese constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito²⁶. Pero para establecer la eficacia de resoluciones contra imputados no es necesario lesionar derechos en su consecución, sino establecer normas que efectivicen un procedimiento.

2.1 Los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal

El proceso penal es un método *estructurado* con principios fundamentales y mecanismos que garantizan el principio de dignidad de persona y la finalidad del *ius punendi* del Estado; entre los derechos fundamentales que tiene como estructura el proceso penal, está el derecho de defensa. El Tribunal Constitucional del Perú, en

²⁴ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. La Acción de Tutela. El Amparo en Colombia. Editorial Temis. Bogotá, 2017. Tercera Ed. p. 49.

²⁵ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: Prisión Preventiva Límites Constitucionales. Lima, 2016, Editorial Jurídica Grijley, p. 37.

²⁶ *Ibidem*, pp. 73-74.

reiterada jurisprudencia, ha señalado que: “comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado [...] de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (Cfr. STC N.º 06260-2005-HC/TC)²⁷”. Consideramos que el derecho de defensa se da en todas las etapas del procedimiento, pero en ciertos actos procesales su protección exige mayor intensidad.

El proceso penal —por principio de imparcialidad, derecho fundamental del debido proceso— delimita las funciones de cada una de las partes; y en el caso del Ministerio Público, tiene la prerrogativa de realizar actos de investigación; y si durante su desarrollo se afectan algunas de las garantías constitucionales del imputado, este puede acudir al juez de investigación preparatoria [Juez de garantías], amparado en que la “Ley fundamental ocupa en el ordenamiento una posición jerárquica de supremacía no solo atendiendo a un criterio formal, sino también desde un punto de vista material, desde que se observa en el proceso, los derechos en conflicto adquieren la naturaleza de fundamentales, ya que vienen integrados, de un lado, por el ‘derecho de penar’ (*ius punendi*) que ejercitan las partes acusadoras a través del derecho a la tutela; y de otro, por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa. Junto a tales derechos fundamentales, la práctica de determinados actos de investigación puede comprometer seriamente el libre ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, a la protección del domicilio, la inviolabilidad de las comunicaciones, cuyas normas fundamentales que los consagran son también de aplicación inmediata y directa por todos los poderes públicos”²⁸.

La dignidad de la persona como principio es la columna principal a través de la cual se estructura el proceso penal, “tanto en el plano del derecho penal sustancial como en el procesal, la dignidad humana aflora como principio fundante de la organización social, superados los excesos del positivismo jurídico que tuvieron incidencia directa en la concepción totalitaria del Estado y por ende en la segunda guerra mundial, los cuales a su

²⁷Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 01147-2012-PA/TC, LIMA, Fundamento 15.

²⁸GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 75.

vez originaron las declaraciones de Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario desde 1948, y el advenimiento de los modelos constitucionales que adoptan los países europeos a partir de la fecha”²⁹.

En consecuencia, el principio de dignidad humana caracteriza al Estado Social y Democrático de Derecho: “desde esta perspectiva, los jueces y en general los diferentes operadores del sistema acusatorio han de tener en cuenta los principios que informan el sistema mediante los cuales se pretende garantizar los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, con especial énfasis los del sujeto sometido a investigación y los de la víctima, pero además la búsqueda de mecanismos que permitan hacer efectivos tales derechos y garantías”³⁰. La búsqueda se enfoca en la estructura de los procesos presentes como mecanismos idóneos para la protección de derechos fundamentales, entre ellos incluir una vía específica para excluir elementos de convicción que han sido obtenidos vulnerando derechos fundamentales.

2.2 La protección de los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal

En el ámbito formal, el proceso penal está estructurado en etapas con mecanismos procesales que impulsen a proseguir con cada etapa [requerimiento de formalización de investigación preparatoria, de proceso inmediato, requerimiento de acusación] y con algunos mecanismos de garantías de derechos fundamentales.

Para la biogenización del proceso penal es importante la protección de los derechos fundamentales del investigado cuando se recaban elementos de convicción; por ello, es necesario que la estructura del proceso cuente con un mecanismo específico para su exclusión en forma indubitable durante la etapa preliminar y preparatoria.

Sobre todo cuando se recaban elementos de convicción, donde es necesario verificar que durante su obtención no exista alguna vulneración de un derecho fundamental. A este respecto tenemos: “la Constitución, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de

²⁹PRIETO VERA, Alberto José. Garantías Constitucionales en el Proceso penal Colombiano. (En) ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros. El proceso penal acusatorio colombiano. Tomo III. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006, p. 11.

³⁰Ibidem, p. 12.

tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo”³¹.

En el ámbito material, en el proceso penal los mecanismos procesales de garantía protegen la materialidad de derechos fundamentales como el derecho a no ser declarado culpable sin sentencia, el derecho a no declarar sin la presencia de abogado, el cual es calificado propiamente de un derecho de autodefensa, como garantía del individuo frente al poder del Estado”³².

El poder otorgado al Estado es ejercido a través del poder coercitivo del *ius punendi*, con la imposición de pena a quienes considera dentro de un proceso previo han vulnerado un supuesto de hecho contenido en una norma penal, proceso que ha de estar estructurado con garantías de protección de derechos de las partes. La persecución penal del Ministerio Público tiene que darse dentro los parámetros constitucionales del respeto a los derechos fundamentales del imputado. En caso de existir un desborde de facultades, el proceso penal presenta garantías y principios constitucionales a través de los cuales el Estado constitucional de derecho garantiza la protección de sus derechos y así la preservación del orden jurídico constitucional.

Si bien el sistema, efectivamente, ha de presentar incorporados mecanismos de garantías constitucionales, por ejemplo en los que se pueda excluir actividad probatoria recabada ilícitamente, esto no implica un sistema excesivamente garantista; para tal efecto existen reglas a la excepción de exclusión de un elemento probatorio. La incorporación de facultades especiales del Ministerio Público para efectuar diligencias —como el levantamiento de secreto bancario directo, el pedido de convalidación de medidas de coerción en los supuestos de urgencia y necesidad— dota al sistema de un equilibrio sin afectar la confianza en el sistema de derecho, sin dejar impunes las actividades criminales.

3. La Tutela de Derecho y sus efectos

La Tutela de Derecho puede ser considerada como figura cercana a la acción de tutela en la República de Colombia [artículo 86.º de la Constitución Política de

³¹Tribunal Constitucional. Exp. N.º 1230-2002-HC/TC. Caso Tineo Cabrera, 20 de junio de 2002, fundamento 4.

³²SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lecciones. INPECCP & CENALES, Lima, 2015, p. 131.

Colombia]. Por su parte, el mecanismo en el Código Procesal Penal de Perú tiene por finalidad la de garantizar los derechos del imputado establecidos en el artículo 71.º, los mismos que comprenden: 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 requiera 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; 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.

La institución jurídica de Tutela de Derecho en el NCPP es de naturaleza residual y genérica, pero limitada a los casos en que concurra el supuesto de hecho, esto es, la afectación de los derechos precisados en forma taxativa, y tendrá como consecuencia jurídica la de proteger, subsanar o corregir el agravio. Como se podrá notar, la acción de excluir —como acto procesal— no está dentro de los efectos de la Tutela de Derecho. Actualmente la tendencia de la jurisprudencia considera los derechos precisados en el artículo 71.º como números clausus; y que los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar discrecionalmente nuevos supuestos de procedencia, no dejando abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo ilegítimo, a fin de no desnaturalizar la figura de la tutela y, por tanto, evitar un control total de las actuaciones tanto de la Policía como del Ministerio Público [CASACIÓN N.º 136-2013-Tacna].

3.1 Los límites de la Tutela de Derecho en el nuevo Código Procesal Penal

La tendencia jurisprudencial, como se ha precisado, es considerar a la Tutela de Derecho solo como figura procesal operable para los derechos del imputado enumerados en el artículo 71.2 del NCPP mas no otros derechos, una figura procesal de número clausus cerrado. La tutela de derechos es en el NCPP un mecanismo residual [mas no específico] para proteger solo los derechos del imputado precisados en el artículo 71.2 del NCPP. Presenta un diseño procesal difuso y gaseoso para la optimización en la protección de derechos fundamentales del imputado. En atención a que toda restricción

de derechos solo puede ser expresa y de interpretación restrictiva, válida tanto para el imputado como para la parte acusadora, más aún si al excluirse un elemento probatorio al Ministerio Público sin un mecanismo procedimental preestablecido, se le estaría vulnerando el derecho a probar y al procedimiento predeterminado por Ley [al no existir un mecanismo para la exclusión de elementos de convicción].

El abordamiento jurisprudencial en el NCPP sobre los elementos de convicción ilícitos no es uniforme; existen posiciones que consideran que en algunos casos no resultaría necesario excluirlos del proceso, y solo sería suficiente que el Juez no los valore³³, posición que no toma en cuenta el efecto práctico contaminante; otros precisan que corresponde la nulidad del elemento de convicción³⁴. Ninguna de las dos posiciones contempla que el elemento de convicción sea excluido del acervo probatorio, sino solo que no se valore o se declare nulo, lo cual trae como efecto práctico que si bien no pueden ser valorados, permanecen en la carpeta a vista del juez de investigación preparatoria.

3.2 Diferencias procesales entre corregir y excluir

Los efectos procesales de corregir y excluir difieren: la acción de corregir consiste en enmendar lo errado³⁵, rectificar, reparar, mejorar³⁶ o subsanar el acto procesal, esto dentro del supuesto de que exista un acto que se pueda rehacer, o un acto que se pueda corregir. En cambio la acción de excluir no presupone que un acto —idéntico en tiempo, forma y lugar— se pueda rehacer; al contrario, tiene como consecuencia jurídica el quitar, descartar o rechazar³⁷ el acto procesal, por lo que no podrá ser incorporado válidamente.

3.3 Diferencias procesales entre subsanar y excluir

La acción de subsanar el acto procesal como consecuencia jurídica comprende el efecto de remediar el acto o corregir el defecto en su estructura; presupone también que exista un acto que traslade un hecho perenne, se pueda rehacerse el acto una vez subsanado, lo que no sucede con la acción de excluir, que presupone una acción de efecto

³³Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N.º 957, sobre Legitimidad de la Prueba inciso 1 del artículo VIII.: Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

³⁴Ídem. Artículo 150. “d”: No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

³⁵Real Academia Española, disponible en <https://dler.rae.es/srv/fetch?id=AxqgueO>

³⁶CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de derecho usual. Editora Heliasta, tomo III, p. 383.

³⁷PÉREZ PORTO, Julián y MERINO, María; publicado: 2010, actualizado 2013, disponible en: Definición de exclusión <https://definicion.de/exclusion/>

constitutivo: *quitar el acto* que es inutilizable, inválido e inexistente por su ilicitud, acto que no es subsanable ni corregible. Sucede que hay medios probatorios que son irreproducibles, que perennizan un momento, y no pueden subsanarse ni corregirse.

3.4 El principio de legalidad procesal

El principio de legalidad establece predictibilidad, seguridad y certeza en el sistema jurídico respecto a qué mecanismos están diseñados para optimizar determinados derechos y cuáles son los efectos o consecuencias jurídicas en caso concurren determinados supuestos normativos preestablecidos. El principio de legalidad procesal garantiza, a toda persona, el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos por ley, al prohibir que esta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, y que sea sometida a procedimiento distinto³⁸.

En tal modo no se pueden crear mecanismos no predeterminados por ley ni establecer efectos jurídicos no predeterminados en situaciones de hecho aún no incorporadas normativamente.

3.5. La modificación normativa y el Acuerdo Plenario N.º04-2010/CJ-116

Ante la afectación de un derecho del imputado, la Tutela de Derechos solo contempla como efectos *subsanar la omisión, dictar medidas de corrección y de protección que corresponda*³⁹, mas no la de excluir.

Los Acuerdo Plenarios solo son opiniones a fin de concordar jurisprudencia [artículo 116 de LOPJ]; en estricto, no tienen fuerza vinculante para los operadores jurisdiccionales, como sí la tienen algunas ejecutorias de la Corte Suprema [artículo 22.º de la LOPJ] y Plenos Casatorios [artículo 433.4 del NCPP], dentro de una actividad de interpretación normativa, mas no legislativa.

La interpretación tiene como límite el texto normativo o la disposición normativa; ***el intérprete en tal actividad no puede adicionar o agregar consecuencias jurídicas no***

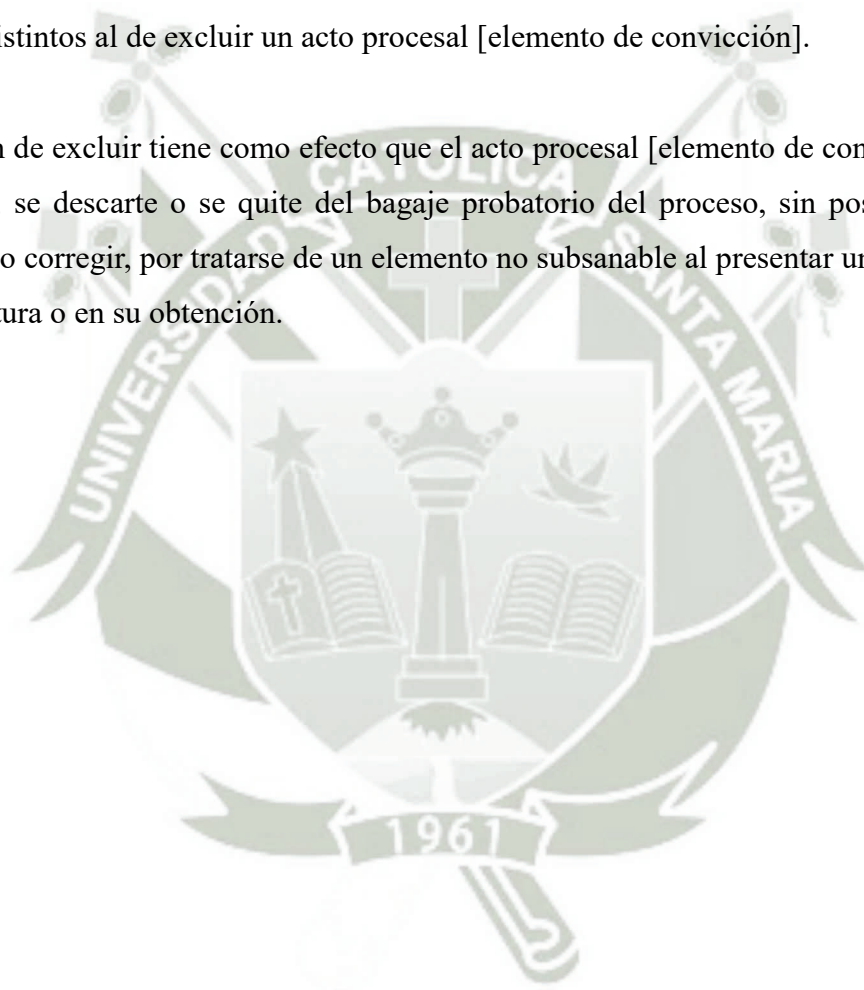
³⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano. Tomo I, Gaceta Jurídica. Lima. 2016. p. 88.

³⁹ Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N.º 957, inciso 4 del Artículo 71.

preestablecidas en la norma. El Acuerdo Plenario N.º 04.2010/CJ-116 ha legislado sobre los efectos de la Tutela de Derecho al establecer que se puedan excluir elementos de convicción. El efecto de la Tutela de Derecho tiene por resultado final el corregir determinada vulneración del derecho del imputado, lo que no conlleva el efecto de excluir por el principio de legalidad.

Así, vemos que la acción de corregir tiene como efecto jurídico indirecto la acción de subsanar el acto [sinónimos]; en consecuencia, implica rehacer o rectificar el acto procesal; presenta como acción el restablecer el acto procesal o la situación jurídica, efectos distintos al de excluir un acto procesal [elemento de convicción].

La acción de excluir tiene como efecto que el acto procesal [elemento de convicción] no esté más, se descarte o se quite del bagaje probatorio del proceso, sin posibilidad de subsanar o corregir, por tratarse de un elemento no subsanable al presentar un defecto en su estructura o en su obtención.



CAPÍTULO III

LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS

En el nuevo Código Procesal de Perú no se encuentra regulada la exclusión de los elementos de convicción ilícitos; la exclusión de los elementos va más allá de su inutilización y presenta como finalidad importante la de quitar del acervo probatorio el elemento probatorio ilícito, a fin de que no afecte en la valoración del resto del cuadro probatorio.

1. Definición de exclusión

Se considera la exclusión una figura procesal de *profilaxis* probatoria, utilizada para regular el cuadro probatorio introducido a un proceso, el cual tiene como efecto apartar, quitar, un elemento probatorio ilícito del proceso. Para Chiesa Aponte, “una regla de exclusión es una norma de derecho probatorio en virtud de la cual se excluye evidencia pertinente. La regla de exclusión puede estar basada en el interés fundamental del derecho probatorio —la búsqueda de la verdad— o en razones extrínsecas de política pública, como ocurre en cuanto a las reglas de privilegios o de materia privilegiada”⁴⁰; en EE. UU. la consideran una solución para la protección de las personas y lugares donde se desarrollan las pesquisas o indagaciones. “La exclusión de la prueba es una solución que sirve directamente para proteger sólo a aquellas personas o sitios en que se ha encontrado algo incriminatorio”⁴¹.

Del latín *exclusio*, exclusión es la acción y efecto de excluir, [quitar (...) algo de un lugar, descartar, rechazar (...)]⁴².

⁴⁰ CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Editorial Forum, volumen III. p. 309.

⁴¹ ISRAEL, Jerol H, KAMASIR, Yale; LAFAVE, Waine R.; KING Nancy J. Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, volumen III. p. 125.

⁴² PÉREZ PORTO, Julián y MERINO, María. Op. Cit.

1.1 Los efectos de la exclusión de elementos de convicción ilícitos

El efecto principal de la exclusión de elemento de convicción está en no tenerlo en el bloque probatorio, efecto constitutivo distinto a la sola utilización [efecto declarativo]; además con la exclusión el elemento de convicción no es subsanable.

Haciendo un parangón con la prueba ilícita, produce dos efectos: “el *primero* y fundamental es el directo de excluir la prueba así obtenida impidiendo, pues, su admisión o su rechazo posterior y anterior a la práctica, o bien la valoración del medio si finalmente se ha ejecutado; el *segundo*, más limitado y relativo, un efecto reflejo o indirecto, conforme al cual igualmente no pueden ser utilizadas las pruebas que provengan en su obtención de la primera”⁴³, dejando en claro que existen también excepciones —plausiblemente aplicables— a la exclusión de la prueba ilícita para que sea considerada practicable y valorable, lo que no es materia del presente trabajo.

Continuando, se tiene los efectos reflejos de un elemento ilícito, y se sostiene que se deben excluir tanto los obtenidas ilícitamente como los que derivan del elemento, “aquí hay ineficacia procesal por quebrantamiento indirecto a los derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, por lo que no se pueden aprovechar resultados probatorios que se han obtenido ilícitamente por haber partido justamente de una prueba que se obtuvo de manera ilícita”⁴⁴.

El Tribunal Constitucional del Perú se decanta por la invalidez del elemento probatorio y que carece de todo efecto jurídico, “[...] la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2.º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados [...]” [Exp. N.º 1058-2004-AA/TC- Lima, fundamento 22].

⁴³ASCENCIO MEDALLO, José María y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Prueba Ilícita y Lucha Anticorrupción El caso del allanamiento y secuestro de los “Vladivideos”. Editora Jurídica Grijley, 2008. p. 38.

⁴⁴CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. “La Prueba Prohibida su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en Jurisprudencia”. Gaceta Penal & Procesal Penal. 2014, p. 53.

2. Resoluciones de órganos jurisdiccionales y peticiones de operadores jurídicos

Resultó muy ilustrativa la óptica que tienen los órganos jurisdiccionales al abordar un pedido de exclusión de un elemento de convicción ilícito, pasando desde interpretar que existen dos supuestos distintos para la exclusión de un elemento ilícito [uno ordinario y otro excepcional], hasta valorar [apreciar] indirectamente un elemento probatorio que fue declarado ilícito [pero que no fue excluido del cuadro probatorio] y cómo los abogados de los imputados utilizan mecanismos distintos para solicitar la inutilización de un elemento de convicción ilícito.

2.1 Resoluciones de órganos jurisdiccionales

Se observó muestras de resoluciones en la aplicación del NCPP que resuelven pedidos de exclusión de elementos de convicción en la Sala Nacional tanto del juzgado de Investigación Preparatoria como de la Sala Superior Nacional de Apelaciones. De igual forma se obtuvo como muestra de campo una Casación de la Corte Suprema, siendo las que se detallan a continuación:

- a) La muestra del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria resolución N.º Dos, de fecha 16 de marzo de 2018, expediente N.º46-2017-08-52-JR-PE-01; en el cual se verifica el debate sobre la exclusión de un elemento de convicción, y en cuyo tenor del considerando CUARTO se aprecia: *“El abogado de la defensa: Alega afectación al derecho de defensa de su patrocinada y solicita la exclusión de elementos de convicción, por haber sido incorporados a través de un procedimiento ilegítimo, en específico del acta de deslacrado [...]. Ante ello, se presentó ante la fiscalía escrito solicitando la nulidad de la diligencia, lo que fue amparado; estableciéndose la nulidad absoluta por haberse vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso, sin embargo, programa la realización de una diligencia de relacrado (no se regula en el Código Procesal Penal), con lo que se pretende regularizar lo antes advertido, cuando, dada su incorporación ilegítima no se puede saber si las muestras son ilegítimas [...].”*

Se puede concluir para el análisis que se observa la utilización en la resolución de (2) mecanismos para invalidar un elemento de convicción: *primero* el de la nulidad, y *segundo en forma posterior* el de la Tutela de Derecho, lo que

evidencia: (i) así se declare la nulidad de la evidencia, igual permanece en los actuados; (ii) ante la imprecisión normativa, la búsqueda de más de un mecanismo procedimental para declarar la inutilización de un elemento de convicción ilícito, por parte de los operadores jurídicos; (iii) la Tutela de Derecho solo puede ser activada ante el órgano jurisdiccional, mas no en sede fiscal, lo que limita su aplicación.

- b)** Resolución N.º Nueve de fecha 23 de junio de 2017, expedida por la Segunda Sala Nacional de Apelaciones, en adición a sus funciones, Sala Especializada en delitos Aduaneros, Tributarios, de Mercado y Ambientales; en la que resuelve la apelación de Auto que denegó excluir de la investigación el material probatorio. El fundamento a considerar está en el considerando 7.2.6 de la resolución: *“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.º 04-2010/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”*.

Dentro de su análisis, se puede concluir que: (i) la resolución precisa —vía interpretación— la existencia de dos supuestos paralelos para excluir un elemento de convicción en la etapa intermedia y excepcionalmente en la etapa de investigación preparatoria; (ii) no indica la fuente normativa para considerar que existan formas paralelas con supuestos distintos para la exclusión de elementos de convicción ilícitos, solo refiere la existencia de un Acuerdo Plenario [el cual no tiene fuerza normativa, ni se puede legislar por intermedio del mismo].

- c)** Casación de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema -CASACIÓN N.º 591-2015-Huánuco, de fecha 17 de mayo de 2017, cuya parte pertinente es el considerando QUINTO: *“se vulneró la garantía constitucional del derecho a la prueba, en su vertiente de prohibición de valoración de prueba directa o*

indirectamente fueron obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, dado que fueron obtenidos con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, dado que fueron declaradas pruebas ilícitas en la audiencia de control de acusación [...]”.

En su análisis, se puede extraer las siguientes conclusiones: (i) la existencia de un elemento probatorio declarado ilícito en la etapa de Control de Acusación; (ii) que a pesar de haber sido declarado ilícito continuó en el cuadro probatorio, no fue excluido, por lo cual se dio una valoración indirecta del elemento probatorio; (iii) reafirma la existencia de una predisposición parcial al observar el elemento probatorio declarado ilícito en el cuadro probatorio

2.2 Peticiones de operadores jurídicos

En la actividad de campo se verificó pedidos de operadores jurídicos en el distrito Judicial de Ica —vigente el NCPP— solicitando la nulidad de elementos de convicción:

- a) En una de las muestras presentadas en el caso Carpeta Fiscal N.º 3782-2016 de fecha 14 de diciembre de 2016, el abogado defensor del imputado plantea la nulidad del acta de inspección judicial conforme a lo establecido en el artículo 151 incisos 1, 2, 3 y 4 del NCPP argumentando que: *“el acta (de inspección judicial) habría sufrido una serie alteraciones [...] y que el presunto agraviado presumiblemente lo haya falsificado”.*

Se observa lo siguiente: (i) el operador jurídico ante la presunción de un elemento de convicción ilícito no acude directamente a la aplicación de la Tutela de Derecho (artículo 71.º del NCPP) para excluir el elemento, sino solicita la nulidad del elemento probatorio; (ii) la no existencia de un mecanismo procesal expreso e idóneo para invalidar y excluir un elemento de convicción ilícito; por tal motivo algunos operadores acuden a la utilización de la nulidad (artículo 150.º del NCPP), pese a que es una figura procesal limitante al no tener la fiscalía las facultades para declarar nulidad de un acto procesal presuntamente realizado por el órgano jurisdiccional.

- b) La siguiente muestra es un escrito presentado por el abogado defensor del imputado de fecha 04 de mayo de 2018, en el cual solicita: *“la nulidad del procedimiento que concluyo la designación de perito fonético, y se deje sin efecto el envío de las muestras de voces que se habría enviado para la realización de la pericia fonética, en el entendido que, no existe el acta de juramentación del perito fonético, y ante dicha omisión se desconoce si el mencionado tiene una causal de impedimento que le permita asumir dicha designación, [...] lo cual imposibilita ejercer los derechos que le asiste”*.

Se observa lo siguiente: (i) el operador jurídico ante la presunción de un elemento de convicción ilícito no acude directamente a solicitar la aplicación de la Tutela de Derecho (artículo 71.º del NCPP) para excluir el elemento, sino solicita la nulidad del acto procesal realizado para su obtención

Las muestras presentadas y descritas [resoluciones y pedidos de los operadores jurídicos] demuestran cómo los operadores —ante la no existencia de una vía específica y clara— ensayan con mecanismos disimiles para establecer o no la inutilización de un elemento de convicción ilícito.

También resulta importante lo opinado en las entrevistas a Magistrados de la Sala Nacional, eligiéndose 5 (cinco) muestras de un total de 16 Jueces Superiores de la Sala Penal Nacional, y una (1) entrevista a un Magistrado del Subsistema de Lavado de Activos de un total de 3 (tres) Fiscales Superiores, quienes de forma unánime comparten la opinión de que el solo hecho de contener la investigación un elemento de convicción ilícito puede producir un impacto psicológico en el juez; y por otra parte algunos consideran que aún no está claro cuál es el mecanismo procesal adecuado para el debate de un elemento probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

Gráfica 1. Entrevista a Magistrados



Fuente: Entrevista a Magistrados
Elaboración propia.

3. Derecho comparado

En el Derecho Comparado se puede observar en los países de Latinoamérica, particularmente en Colombia y Chile, la existencia de mecanismos específicos para excluir el material probatorio obtenido con vulneración de garantías constitucionales y de las normas que contengan requisitos esenciales para la formación del elemento de convicción.

3.1 Regulación normativa de algunos países latinoamericanos

La exclusión de la prueba ilícita en la República de Colombia

En la República de Colombia, como medio de control de medidas limitativas está la Audiencia de Control de Legalidad, donde existe un control de las diligencias de las

órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet; el juez de garantías efectúa una audiencia de control de la legalidad de las medidas limitativas en forma posterior [art. 237.º del CPP de Colombia], en la mayoría de los casos antes de la audiencia de imputación: “[...] deberá el juez de abstenerse de impartir legalidad a la formulación de imputación cuando se advierte la ilegalidad del material probatorio que sirve de sustento a la misma, pues es la propia norma del artículo 287 la que impone al fiscal la obligación de que la información probatoria que soporte la formulación de la imputación sea ‘legalmente obtenida’”⁴⁵.

En Colombia, la exclusión de la prueba obtenida con vulneración del debido proceso se encuentra incorporada el artículo 29.º de su Constitución Política, que señala: “es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”, tomando como posición la de excluirla del acervo probatorio en el Código Procedimental Penal de Colombia- Ley 906 de fecha 31 de agosto de 2004; código que en su artículo 23.º establece: “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”.

La exclusión de la prueba ilegal podrá hacerse durante la audiencia preparatoria de juicio oral [fase intermedia], artículo 360.º del Código de Procedimientos: “el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que han sido practicados, aducidos o conseguidos con violación de los requisitos formales en este código”. Para los efectos de la exclusión se deben considerar los siguientes criterios: vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable [artículo 455.º del CPP Colombia].

Entonces la dinámica de la incorporación del acervo probatorio presenta también como modelo regla la forma de mecanismos procedimentales específicos para excluir evidencias obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, lo cual hace eficaz el procedimiento, norma expresa que no ha sido incorporada en el nuevo Código Procesal Penal de Perú.

⁴⁵ PRIETO VERA, Alberto José. “Garantías constitucionales en el proceso penal colombiano”. (En) ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros. El proceso penal acusatorio colombiano, Tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006, p. 19.

La exclusión de la prueba ilícita en el Código Procedimental de Chile

La etapa procedimental en el Código Procesal Penal en Chile, para excluir material probatorio ilícito se encuentra expresamente establecida en el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral, y le corresponde realizarla al juez de garantías [art. 276.º del CPP de Chile]: “y corresponde al claro propósito legislativo de excluir la prueba *con anterioridad al juicio oral*”⁴⁶, teniendo como efecto que el tribunal de juicio oral no tenga conocimiento de su existencia y evitar una influencia a través de un medio indebido. En la República de Chile sí existe un momento procesal definido para la exclusión de la prueba ilícita, que es en el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral “ (...) *el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (...)*”⁴⁷, con lo que se evita no solo que el tribunal valore la prueba ilícita sino además que llegue a su conocimiento, limitando al máximo el posible riesgo de asumir un criterio por el efecto del conocimiento de la prueba ilícita. Dice Hernández: “si es el tribunal de juicio oral quien debe eliminarla [la prueba ilícita] declarando la ilicitud, lo cierto es que esa eliminación tiene poco sentido, toda vez que el juzgador ya tomó conocimiento de su existencia [...]”⁴⁸.

⁴⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor: “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, 2005, N.º 2; p. 87.

⁴⁷ Código Procesal Penal de Chile. Ley 19696, artículo 276.

⁴⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Op. Citp.87.

CAPÍTULO IV

DEMOSTRACIÓN DIALÉCTICA DE LA HIPÓTESIS

1. Posiciones a favor de la Teoría de Exclusión de medios probatorios ilícitos

Uno de los aportes de la tesis es el introducir legislativamente a nivel de investigación preliminar y de investigación preparatoria un mecanismo para excluir elementos o fuentes de pruebas recabados vulnerando derechos constitucionales de los imputados, esto sin esperar la etapa intermedia del proceso.

En tal forma se evitará que en un proceso penal de garantías sean utilizados dichos elementos o fuentes para solicitar medidas de coerción en la etapa preliminar y de investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal (**TESIS**).

Para esto contamos con las siguientes posturas a favor del control y exclusión de los elementos de convicción a nivel de investigación.

1.1. Un procedimiento penal coherente, que entiende la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar —por principio de coherencia de valoración probatoria— que algunos elementos del acervo probatorio puedan ser *ineficaces* para ser considerados como fundamentos de una sentencia definitiva; y que en una etapa anterior resulten contrariamente *eficaces* para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar.

El proceso penal al ser un método presenta una estructura lógica, en una unidad coherente, lo que impide en la práctica dos formas de valoración probatoria paralelas: una, en la que prácticamente todo estaría permitido, solo con el objeto de justificar medidas cautelares; y otra, en la que se exigiría el respeto de los derechos fundamentales con el objeto de asegurar la validez de la prueba para el juicio oral [posición de Cerdá San Martín, R.: “La Prueba Ilícita y la regla de Exclusión”, Revista de la Justicia Penal. N.º 6, octubre 2010, pp. 145-146; y PRAMBS JULIAN.C. El Control del establecimiento de los hechos en las sentencias penales. Edit., Metropolitana, Santiago 2005, p. 218-219]

1.2. Un sistema procesal penal basado en el principio de saneamiento o biogenización exige de la previsión de mecanismos adecuados de control o depuración para excluir las pruebas ilícitas del proceso e impedir que las mismas accedan al acto de juicio oral. [Posición de Lozano-Higuero Pinto M; y Marchena Gómez. M. La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal, Granada, 1994, Edit., Comares, pp. 31 y ss.].

1.3. La necesidad de contar con estándares de convicción objetivos. [Rodrigo Cerdá San Martín: Práctica de la Prueba en el Juicio Oral. Santiago, Chile, 2012. Librotecnia, primera edición, p. 402]

1.4 Como dice GÁLVEZ MUÑOZ, la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales de la persona no puede tener eficacia alguna en el proceso, en ninguna etapa. No puede ser de valoración alguna en el proceso, no constituye en sentido estricto prueba judicial válida; y considera que ha de reputarse inexistente. Por lo general, la exclusión se extiende a todas aquellas evidencias conseguidas o practicadas de forma lícita; que se basan, derivan o tienen su origen en infracciones o datos conseguidos en la práctica de una diligencia inconstitucional [San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Grijley, p. 774].

2. Perspectiva sobre la imposibilidad de la exclusión de medios probatorios ilícitos

Un sector de la doctrina ha llegado a sostener la inviabilidad de la exclusión del acervo probatorio que vulnere derechos constitucionales durante la investigación preparatoria, debido a que las partes aún no han fijado sus respectivas pretensiones; además de que en el juicio oral sería en estricto la etapa procesal donde se puede hablar de prueba, al existir contradicción e inmediatez, lo cual se basa en que el nuevo Código Procesal no ha establecido un mecanismo para excluir material probatorio que ha vulnerado derechos, optando por ello algunos abogados de los imputados por solicitar la nulidad del elemento de convicción o esperar a la etapa de Control de Acusación para solicitar la inadmisibilidad del elemento de convicción que consideren vulneró derechos constitucionales del procesado. **(ANTÍTESIS)**

Teniendo así como posición doctrinaria que no está de acuerdo con la exclusión del material probatorio ilícito, los fundamentos siguientes:

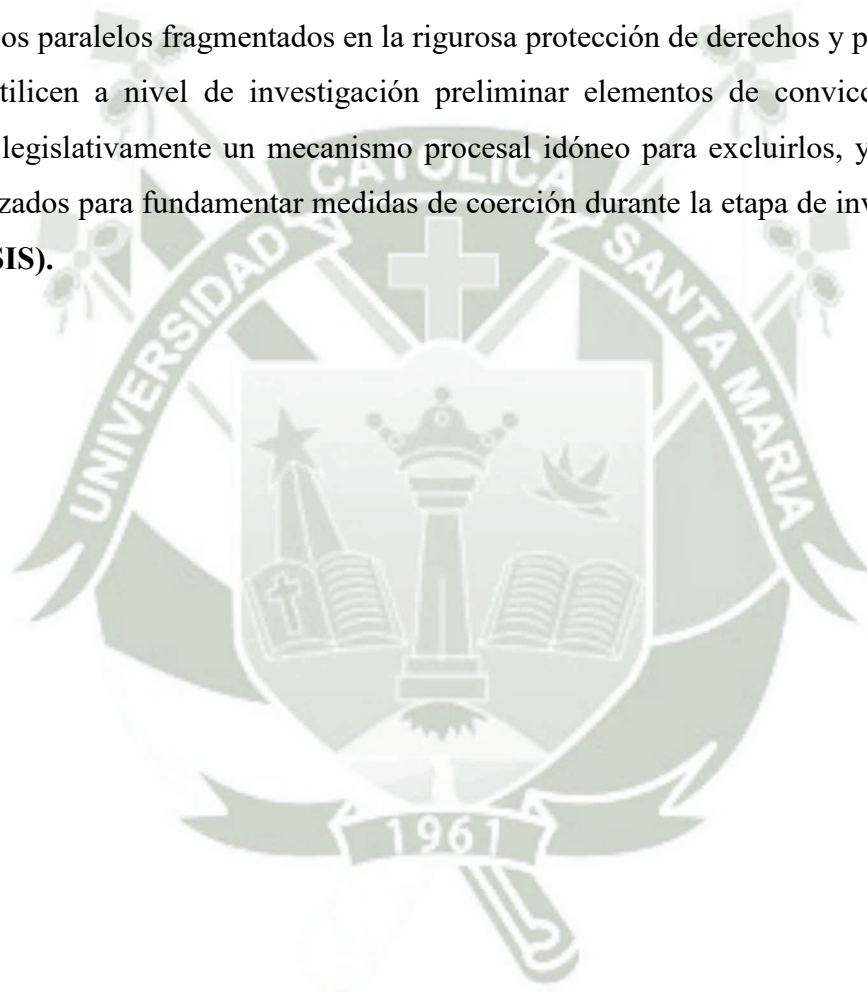
2.2 La falta de previsión legal [procesal] ha llevado a un sector de la doctrina a defender la imposibilidad de exclusión de la prueba ilícita durante la fase de investigación preparatoria; de tal modo, el debate acerca de la ilicitud o no de una prueba quedaría necesariamente diferido a la etapa intermedia [control de acusación]. Se argumenta en apoyo de esta tesis que es solo a partir de ese momento cuando las partes han fijado sus respectivas pretensiones, a través de los escritos de acusación y de defensa, e incorporan su propuesta de prueba para el juicio oral y el Juez de Garantías puede pronunciarse sobre su admisibilidad o no. [Manuel Miranda Estrampes, Rodrigo Cerdá San Martín, Francisco Hermosilla Iriarte: *Práctica de la Prueba en el Juicio Oral*. Santiago, 2011, Librotecnia, pp. 301 a 302].

2.3 Partiendo de la idea de que todo proceso ha de aspirar a la reconstrucción de la realidad, es decir, a la búsqueda de la verdad, se estima que no se puede prescindir de datos probatorios por la sola circunstancia de que hayan sido obtenidos con infracción de derechos fundamentales o fraude, lo que equivaldría a prescindir de elementos de juicio que puedan ser relevantes para llegar a conocer esa realidad y, consecuentemente, para que el proceso pueda alcanzar su fin máximo que es la justicia. La prueba en sí misma tiene un carácter marcadamente metajurídico, en cuanto se trata de una actividad destinada a la reconstrucción o descubrimiento de unos hechos para trasladarlos a la presencia judicial; por esta razón, sus resultados mal podrían medirse en términos de moralidad, sino que deben de medirse en cuanto a su verosimilitud. [Hernández Miranda, Edith: “Preceptos Generales de la Prueba en el Proceso Penal. La Prueba en el Código Procesal Penal del 2004” en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, pp. 42- 43].

3. Resultado del análisis de ambas teorías

Durante la investigación preliminar aún no se puede hablar de prueba en estricto —solo se la considera cuando hay contradicción e intermediación— y menos aún de prueba ilícita por no ser la etapa de juicio oral. En consecuencia, un elemento de convicción que haya vulnerado un derecho constitucional del imputado solo podría ser controlado a través de su inadmisibilidad en la etapa intermedia de control de acusación. Tal posición tendría como efecto que durante la investigación preliminar estaría permitido que se vulneren

derechos constitucionales del imputado al momento de recabar elementos de convicción, sería así una etapa liberada de control; sin embargo un sistema procesal penal basado en el principio de saneamiento o biogenización exige la previsión de mecanismos adecuados de control o depuración para excluirlos, con la finalidad de no fragmentar la unidad del sistema y evitar dos sistemas paralelos en una unidad de proceso, a saber: una primera parte [preliminar y preparatoria] en la que esté permitido utilizar elementos de convicción ilícitos para sustentar medidas cautelares, y otra segunda parte [etapa intermedia y de juicio oral] en la que se “exija” el respeto de los derechos fundamentales del acusado, con el objeto de asegurar la validez de la prueba actuada en juicio oral. Para evitar la existencia de procesos paralelos fragmentados en la rigurosa protección de derechos y para impedir que se utilicen a nivel de investigación preliminar elementos de convicción, ha de incluirse legislativamente un mecanismo procesal idóneo para excluirlos, y evitar que sean utilizados para fundamentar medidas de coerción durante la etapa de investigación. (SÍNTESIS).



<p>POSTURA DOCTRINARIA ESTÁ DE ACUERDO CON LA EXCLUSIÓN DE EVIDENCIAS PROBATORIAS ILÍCITAS</p>	<p>POSTURA DOCTRINARIA NO ESTÁ DE ACUERDO CON LA EXCLUSIÓN DE EVIDENCIAS PROBATORIAS ILÍCITAS</p>
<p>1.- Un procedimiento penal coherente no puede aceptar que algunos elementos probatorios sean ineficaces para fundar sentencia definitiva y puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar. Aceptar lo contrario significaría romper la unidad del sistema generando en la práctica dos investigaciones paralelas: una, en la que prácticamente todo estaría permitido, solo con el objeto de justificar medidas cautelares; y otra, en la que se exigiría el respeto de los derechos fundamentales con el objeto de asegurar la validez de la prueba para el juicio oral [Posición de Cerdá San Martín, R. “La Prueba Ilícita y la regla de Exclusión”, Revista de la Justicia Penal. N.º 6, octubre 2010, p. 145-146; y PRAMBS JULIÁN. C. “El Control del establecimiento de los hechos en las sentencias penales”. Edit. Metropolitana, Santiago, 2005, p. 218-219]</p>	<p>1.- La falta de previsión legal ha llevado a un sector de la doctrina a defender la imposibilidad de exclusión de la prueba ilícita durante la fase de investigación preparatoria, de tal modo que el debate acerca de la ilicitud o no de una prueba quedaría necesariamente diferido a la etapa intermedia (control de acusación). Se argumenta en apoyo de esta tesis que es solo a partir de ese momento en que las partes han fijado sus respectivas pretensiones, a través de los escritos de acusación y de defensa e incorporan su propuesta de prueba para el juicio oral, cuando el Juez de Garantías puede pronunciarse sobre su admisibilidad o no [Manuel Miranda Estrampes, Rodrigo Cerdá San Martín, Francisco Hermosilla Iriarte. Práctica de la Prueba en el Juicio Oral; Librotecnia, año 2011, pp. 301 a 302].</p>
<p>2.- Un sistema procesal penal basado en el principio de saneamiento o biogenización exige la previsión de mecanismos adecuados de control o depuración para excluir las pruebas ilícitas del proceso e impedir que las mismas accedan al acto de</p>	<p>2.- Partiendo de la idea de que todo proceso ha de aspirar a la reconstrucción de la realidad, es decir, a la búsqueda de la verdad, se estima que no se puede prescindir de datos probatorios por la sola circunstancia de que hayan sido obtenidos</p>

<p>juicio oral [Posición de Lozano-Higuero Pinto M; y Marchena Gómez, M.: <i>La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal</i>, Granada 1994, Edit. Comares, pp. 31 y ss]</p> <p>3.- La necesidad de contar con estándares de convicción objetivos [Rodrigo Cerdá San Martín: <i>Práctica de la Prueba en el Juicio Oral</i>: Librotecnia; Primera Edición; Chile, 2012, pág. 402]</p> <p>4.- La obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales de la persona no puede tener eficacia alguna en el proceso. No puede ser objeto de valoración alguna en el proceso, no constituye en sentido estricto prueba judicial válida; por tanto debe reputarse inexistente. En general la exclusión se extiende a todas aquellas evidencias conseguidas o practicadas de forma lícita que se basan, derivan o tienen su origen en infracciones o datos conseguidos en la práctica de una diligencia inconstitucional [San Martín Castro, César: <i>Derecho Procesal Penal</i>. Grijley, p. 774]</p>	<p>con infracción de derechos fundamentales, ya que equivaldría a prescindir de elementos de juicio que puedan ser relevantes para llegar a conocer esa realidad y, consecuentemente, para que el proceso pueda alcanzar su fin máximo que es la justicia.</p> <p>La prueba en sí misma tiene un carácter marcadamente metajurídico, en cuanto se trata de una actividad destinada a la reconstrucción o descubrimiento de unos hechos para trasladarlos a la presencia judicial, por lo que sus resultados mal podrían medirse en términos de moralidad, sino que deben de medirse en cuanto a su verosimilitud [Hernández Miranda, Edith. <i>Preceptos Generales de la Prueba en el Proceso Penal: La Prueba en el Código Procesal Penal del 2004</i>; Gaceta Penal & Procesal Penal, pp. 42-43]</p>
--	--

PROPUESTA

Nuestra propuesta es que se incorpore legislativamente en el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal el cauce procesal específico para excluir elementos de convicción en la etapa preliminar y preparatoria, cuando se vulneran derechos fundamentales de los imputados durante la actividad de recolección de elementos de convicción.

SUMILLA: MODIFICA EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

PROYECTO DE LEY N.º.

I.-EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Estado Peruano protege los derechos fundamentales, entre ellos la dignidad de la persona establecida en el artículo 1 de la Constitución Política, y el debido proceso. La legitimidad de la formación probatoria en el proceso supone que el Estado desarrolle un sistema eficaz para la realización del *ius punendi*, pero que comprenda mecanismos de garantía procedimentales que eviten se desnaturalice el debido proceso, en un sistema de equilibrio. Hasta el momento el modelo del Código Procesal Penal no ha considerado que durante la etapa de diligencias preliminares y de investigación preparatoria exista un mecanismo específico, expreso e idóneo para el debate de la exclusión de un elemento de convicción obtenido con la vulneración de derechos fundamentales, resultando en tal forma necesario que se incorpore expresamente la exclusión del material probatorio.

II.-ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA

La presente iniciativa legislativa no presentará costo alguno y fortalecerá la protección de los derechos fundamentales.

III. FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Artículo 1.- Objeto

La presente Ley tiene por objeto modificar el inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, a fin de garantizar los derechos fundamentales y el desarrollo de la formación probatoria en el proceso.

Artículo 2.- Modificaciones al Título Preliminar del Código Procesal Penal

Modifíquese el inciso 2 del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal del Decreto Legislativo N.º 975 bajo los siguientes términos:

“Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

[...]

2.- Carecen de efecto legal y podrán excluirse los elementos de convicción y las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Del mismo modo, el juez excluirá el material probatorio que proviniere de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, en cualquier etapa del proceso.

[...]

CONCLUSIONES

Primera

Se verifica que los operadores jurídicos ante la no existencia de mecanismos procesales expresos e idóneos para invalidar y excluir un elemento de convicción ilícito, acuden a la Tutela de Derecho, mecanismo que no presenta como consecuencia jurídica la exclusión del material probatorio.

Segunda

Asimismo se hace uso de la nulidad en la búsqueda de inutilizar el material probatorio, pero no tiene el efecto de excluirlo al ser la nulidad solo declarativa; empero no excluye el material probatorio.

Tercera

El Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116, sobre Tutela de Derecho, ha legislado en el sentido de no contemplar la Tutela de Derecho⁴⁹ al efecto de excluir un elemento de convicción, consecuencia jurídica no preestablecida en la norma.

Cuarta

Se ha verificado la no existencia de un mecanismo procedimental idóneo para la exclusión de elementos probatorios ilícitos en la etapa preliminar del Código Procesal Penal, y que el solo hecho de contener la investigación un elemento de convicción ilícito puede producir un impacto psicológico en el juez al momento de resolver pedidos de los operadores jurídicos.

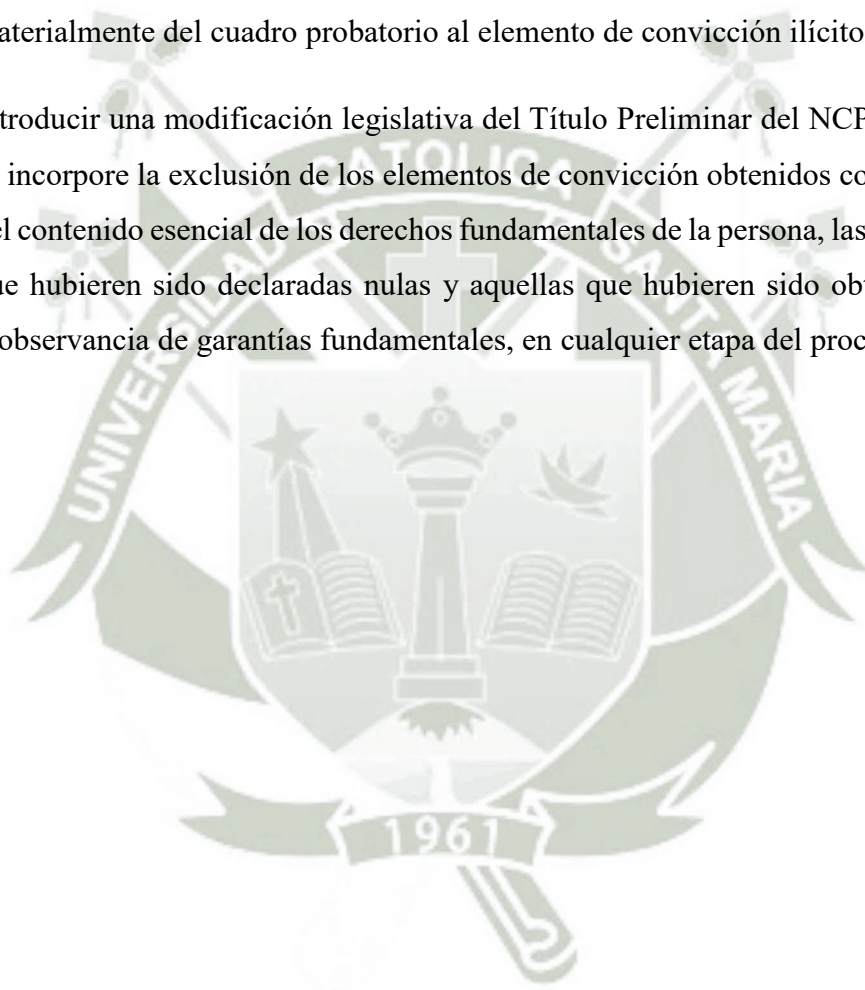
Quinto

Finalmente se debe indicar que la hipótesis planteada en el proyecto de investigación se ha comprobado y en tal sentido resulta imperativo aprobar y promulgar una Ley que modifique el Título Preliminar del NCPP y regule de manera integral la exclusión de los elementos de convicción ilícitos.

⁴⁹ Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N.º 975, inciso 4 del artículo 71.

SUGERENCIAS

1. Todo proceso penal debe tener incorporados mecanismos específicos para el debate de la exclusión de un elemento de convicción ilícito.
2. Con la finalidad de evitar se produzca un impacto psicológico en el juez al momento de resolver, es necesario incorporar un mecanismo que excluya materialmente del cuadro probatorio al elemento de convicción ilícito.
3. Introducir una modificación legislativa del Título Preliminar del NCPP, para que se incorpore la exclusión de los elementos de convicción obtenidos con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, las diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, en cualquier etapa del proceso.



BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo Código Penal Procesal Penal: Volúmenes 1 y 2.
2. ASCENCIO MEDALLO, José María y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Prueba Ilícita y Lucha Anticorrupción El caso del allanamiento y secuestro de los “Vladivideos”. Editora Jurídica Grijley, 2008.
3. BOBBIO, Norberto: *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid. 1991.
4. BACHELARD, Gastón La Formación del espíritu científico. Contribuciones a un psicoanálisis del conocimiento Objetivo. México: Siglo Veintiuno Editores, 1978.
5. BOFFIBOGUERO, Luís María: Actos lícitos. En: Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo I, Editorial bibliográfica, Buenos Aires, 2005.
6. BOVINO, Alberto: El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos. En: Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
7. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Editora Heliasta, tomo III.
8. CÁCERES JULCA, Roberto Eduardo: *Las medidas cautelares. En el nuevo código procesal penal*, Jurista Editores, Lima, 2009.
9. CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. La Prueba Prohibida su tratamiento en el nuevo Código Procesal Penal y en Jurisprudencia; Gaceta Penal & Procesal Penal, 2014.
10. CHIESA APONTE, Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Editorial Forum, volumen III.
11. FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales” en *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
12. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, Navarra, año 2012.
13. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal; Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

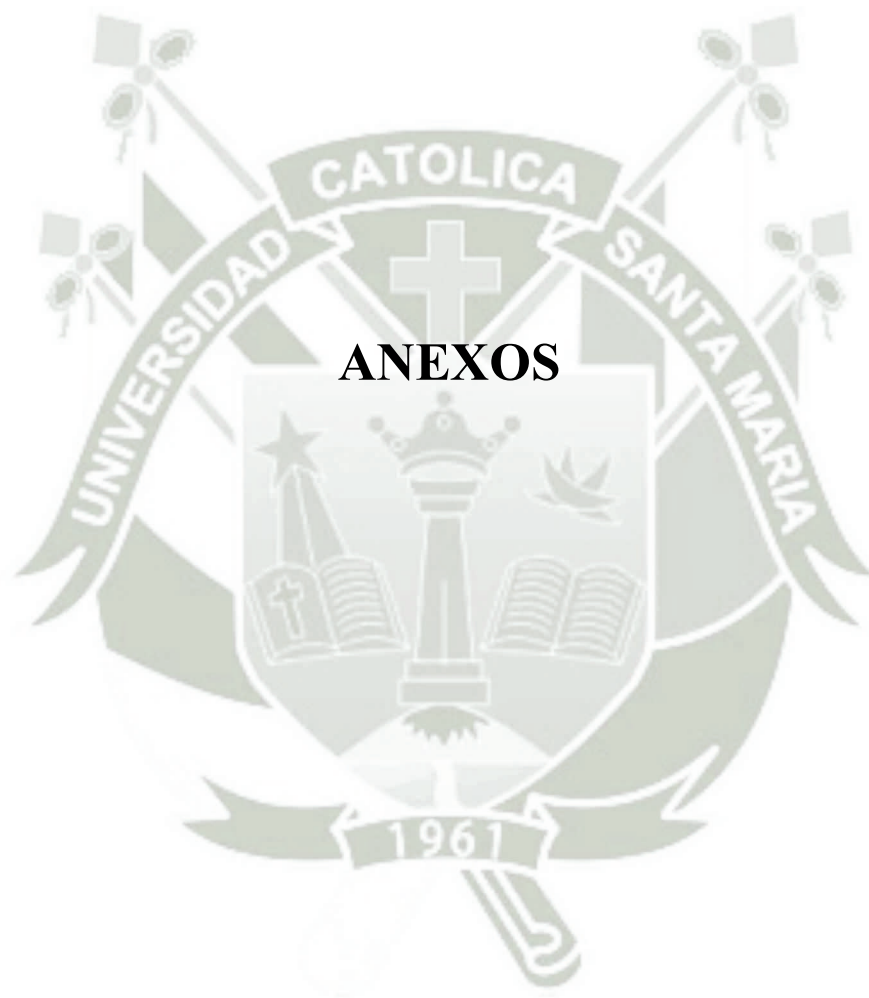
14. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. 2005.
15. HORVITZ LENNON, María Inés, LOPEZ MASLE Julián: Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, 2004.
16. ISRAEL, Jerol H, KAMASIR, Yale; LAFAVE, Waine R.; KING Nancy J. Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, volumen III.
17. LANDA ARROYO, César. “Bases constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal”. Revista Institucional de la Academia de la Magistratura”. Vol. N.º 07.
18. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Prisión Preventiva Límites constitucionales*, Editorial Jurídica Grijley; 2016.
19. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL del 2004. Decreto Legislativo N° 975.
20. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, año 2016.
21. PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de Medidas Cautelares Penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso. Ediciones Jurídicas Sociales. S.A., Madrid 2008
22. PRIETO VERA, Alberto José. “Garantías constitucionales en el proceso penal colombiano”. En ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros: *El proceso penal acusatorio colombiano*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006.
23. QUINCHE RAMÍREZ: Manuel F. *La Acción de Tutela El Amparo en Colombia*. Editorial Temis: Bogotá 2017, Tercera Edición.
24. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. “La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal”. Revista Derecho PUCP. N.º71, 2013.
25. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo; UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando; GAMERO CALERO, Lorena Mariana; SCHÖNBOHM, Horst; Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ. Manual de La Investigación

Preparatoria del Proceso Penal Común. Conforme a las previsiones del Nuevo Código Procesal Penal Decreto Legislativo N.º957”, p. 20.

26. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal. Lecciones*. INPECCP & CENALES, Lima, 2015.
27. TENA DE SOSA, Félix María: *Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal*, Editora Taína; República Dominicana 2008.
28. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Exp. 0034-2003-HC/TC, fundamento N.º 5
29. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: “Acto Jurídico”, Instituto Pacífico, 5.^a edición, Lima, 2015

Webgrafía

30. PÉREZ PORTO, Julian y MERINO, Maria; publicado: 2010, actualizado 2013, disponible en: Definición de exclusión <https://definicion.de/exclusion/>
31. Real Academia Española, disponible en <https://dler.rae.es/srv/fetch?id=AxqgueO>





ANEXO 1

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Constitucional



“LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL”

Proyecto de tesis presentado por el Bachiller:

Sanz Gallegos, Jesús Walter

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho Constitucional

Asesor:

Dr. Mayta Coaguila, Ronald

Arequipa-Perú

2018

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN (ANEXO)

I.- Preámbulo

Al observar que no existe un tratamiento claro, uniforme y predecible sobre la exclusión de los elementos de convicción obtenidos vulnerando derechos fundamentales de los imputados a nivel preliminar y de investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal, verifiqué lo siguiente: que lo relativo al cauce procesal específico para declarar la exclusión probatoria de un elemento de convicción obtenido vulnerando derechos fundamentales no es un tema abordado por el nuevo Código Procesal Penal de manera expresa. Empero, esto en modo alguno nos puede llevar a eludir una postura sobre tal problema procedimental; puesto que, finalmente, del cauce procesal dependerá que las consecuencias o efectos del elemento de convicción ilícito no solo contaminen el proceso; sino que esencialmente persistan como fundamento en la afectación de los derechos fundamentales del procesado durante la investigación preliminar y preparatoria, etapas procedimentales en las cuales técnicamente aún no existe prueba, sino solo elementos de convicción.

Resulta así que el momento procesal en el que pueda debatirse y apreciarse la licitud probatoria de un elemento de convicción es un aspecto importante del debido proceso. Sobre todo que durante la etapa preliminar en el nuevo Código Procesal Penal se van a afectar derechos constitucionales de los imputados, al sustentarse medidas de coerción personal y reales utilizando elementos de convicción ilícitos. Es decir, no resulta indiferente para la toma de decisión jurisdiccional en las medidas cautelares el hecho de que el Juzgado de Investigación Preparatoria en el proceso cognoscitivo haya estado en contacto con un elemento de convicción ilícito; el efecto psicológico derivado del conocimiento del contenido de una fuente ilícita presenta un poder contaminante¹ en la valoración del resto de elementos de convicción al formar el componente fáctico del hecho imputado, presentado en los requerimientos de: detención preliminar, prisión preventiva e incautaciones.

En un sistema procesal penal, el principio de *saneamiento* o *higienización* exige la

¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, CERDÁSÁN MARTIN, Rodrigo; HERMOSILLA IRIARTE, Francisco: Practica de la Prueba en el Juicio Oral, su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable” ¿En qué momento procesal puede acordarse la exclusión de una prueba obtenida de forma ilícita? En *Practica de la Prueba en el Juicio Oral*. Santiago, Chile. Librotecnia, p. 299.

existencia de mecanismos adecuados que puedan garantizar los derechos fundamentales de las partes, entre ellos la depuración de elementos de convicción ilícitos, y evitar que los mismos accedan a debate en las actuaciones procesales. En conclusión, se observó que los abogados, al no existir un mecanismo procedimental específico en el NCPP para excluir elementos de convicción lesivos de los derechos fundamentales, optan por mecanismos genéricos distintos, tal como sí lo tiene la doctrina comparada, en este caso las república de Colombia y Chile, al contener en sus Códigos de Procedimientos Penales un mecanismo procedimental específico para la exclusión de elementos ilícitos.

II.- Planteamiento Teórico

1.- Problema de Investigación

1.1. Enunciado del problema.

La inexistencia en el NCPP de una regulación expresa para excluir elementos de convicción que han sido obtenidos vulnerando derechos fundamentales.

1.2. Descripción del problema

1.2.1. Campo, área y línea de acción

a) Campo

Ciencia Jurídica

b) Área

Derecho Constitucional y Procesal Penal

c) Línea

Exclusión de los elementos ilícitos obtenidos vulnerando derechos constitucionales

1.2.2. Tipo de investigación

El tipo de investigación es teórica y de campo, al realizarse sobre la base de conceptos teórico-dogmáticos

1.2.3. Nivel de investigación

Descriptiva. Al desarrollar detalladamente postulados teóricos sobre la protección de derechos fundamentales en el proceso penal, y los mecanismos procedimentales

(de garantía) para la exclusión de elementos de convicción que vulneraron derechos fundamentales al momento de ser recabados.

Explicativa. Se formulará un análisis crítico sobre la falta de un mecanismo procedimental específico para el control de los elementos de convicción que han vulnerado derechos fundamentales, y la ambigüedad legislativa al respecto.

Constructiva. Porque se va a proponer incorporar legislativamente la introducción de un mecanismo específico para la exclusión de elementos de convicción recabados vulnerando derechos fundamentales.

1.2.4. Delimitación de la investigación

La presente investigación se circunscribe al campo del Derecho Constitucional y su relación con el proceso penal; específicamente trata de los mecanismos de protección a los derechos fundamentales que debe contener todo proceso, en particular en el control de los elementos de convicción recabados vulnerando derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal [NCPP].

1.2.5. Delimitación espacial

Las resoluciones de la Corte Suprema, de la Sala Penal Nacional en el distrito Judicial de Lima, así como los escritos de abogados en el distrito Judicial de Ica.

1.2.6. Delimitación temporal

Recursos de Casación en el año 2015, pronunciamientos emitidos en la Sala Nacional en los años del 2017 al 2018, escritos de abogados en el distrito judicial de Ica en los años 2016 al 2018, y el análisis de doctrina sobre el particular.

1.2.7. Operacionalización de variables:

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
a) Utilización de elementos de convicción ilícitos.	<p>a.1. Elementos de convicción ilícitos.</p> <p>a.2 Fundamentación de medidas cautelares.</p> <p>a.3 Vulneración de derechos</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Actos lícitos. - Actos ilícitos. - Concepto de elemento de convicción. - Utilización de elementos de convicción ilícitos. - Las garantías procesales del

	fundamentales, búsqueda de pruebas y restricción de derechos.	imputado en el proceso penal.
<p>b) Los Derechos fundamentales</p>	<p>b.1. Derechos fundamentales y su vulneración.</p> <p>b.2. Principios constitucionales del Proceso Penal.</p> <p>b.3. La Tutela de Derecho y sus efectos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El debido proceso y los derechos fundamentales. - Los Derechos Fundamentales en el nuevo código procesal penal. - La protección de los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal. - Los límites de la Tutela de Derecho en el nuevo código procesal penal. - Diferencias procesales entre corregir y excluir. - Diferencias procesales entre subsanar y excluir. - Principio de legalidad procesal - La modificación normativa y el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116, sobre Tutela de Derecho. - Efectos de la exclusión de elementos de convicción ilícitos. - Resoluciones de órganos jurisdiccionales.
<p>e) La exclusión de los elementos de convicción.</p>	<p>c.1. Definición de exclusión.</p> <p>c.2. Resoluciones de órganos jurisdiccionales y peticiones de operadores jurídicos.</p> <p>c.3. Derecho Comparado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Peticiones de operadores jurídicos. - Regulación normativa de algunos países Latinoamericanos.

1.2.8. Interrogantes básicas

P.E.1. *¿De qué manera los actos de investigación que vulneran derechos fundamentales se tornan en elementos de convicción ilícitos?*

P.E.2. *¿A qué se debe que los operadores jurídicos utilicen mecanismos procesales distintos para excluir elementos de convicción considerados ilícitos?*

P.E.3. *¿Está diseñada la tutela de derecho para subsanar o corregir los actos de convicción ilícitos?*

P.E.4. *¿Cumple la aplicación de la tutela con el principio de legalidad en la exclusión de los elementos de convicción ilícita?*

P.E.5. *¿Puede producir un impacto psicológico en el juez el hecho de contener la investigación un elemento de convicción ilícito, al momento de resolver pedidos de operadores jurídicos?*

1.2.9. Tipo y nivel de investigación

1. Tipo de investigación.

Esta investigación es de tipo descriptiva y explicativa. Aquí se tiene como preocupación primordial describir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos normativos que han ocurrido en la realidad. Es así, que las investigaciones descriptivas utilizan criterios sistemáticos que permiten poner de manifiesto la estructura o el comportamiento de los fenómenos en estudio, *como lo es la exclusión de elementos de convicción que ha vulnerado derechos fundamentales*, proporcionando de ese modo información sistemática y comparable con la de otras fuentes.

El tipo de investigación desarrollada tiene la calidad de descriptivo, por cuanto pretende describir las características que han tenido en el

ordenamiento jurídico peruano dos instituciones: los elementos de convicción ilícitos en los actos de investigación preliminar y preparatoria, y la tutela de derecho en el nuevo Código Procesal Penal.

2. Nivel de investigación

Es explicativa porque se analiza y se prueba la hipótesis. El nivel de la investigación es teórico-dogmático.

1.3.- Justificación del problema

a) Relevancia Jurídica

Nuestra investigación se justifica, porque existe en la actualidad vulneración de: derechos fundamentales, garantías procesales y afectación al principio de legalidad procesal; así como la utilización de mecanismos inequívocos *al no estar diseñada la tutela de derechos para la exclusión de elementos de convicción*. Resulta necesario incorporar legislativamente un mecanismo procedimental específico para la exclusión de elementos de convicción obtenidos lesionando derechos fundamentales.

b) Relevancia Científica

El presente trabajo de investigación sustenta, a través de la protección de derechos fundamentales como base de toda figura procedimental, la incorporación de un mecanismo específico para la exclusión de elementos de convicción ilícitos.

c) Relevancia Humana

En diferentes lugares de la República del Perú, se está implementando el nuevo Código Procesal Penal, de allí la importancia de la búsqueda del perfeccionamiento de las instituciones procesales, que van a beneficiar a todos los justiciables.

La utilización excepcional de los actos de convicción ilícitos, institución que normalmente se confunde con la prueba prohibida, pone en controversia la legitimidad del procedimiento.

d) Relevancia Contemporánea

En la normativa procesal penal del Perú, no existe una regulación específica para poner en debate la ilicitud de un elemento de convicción o algún

elemento probatorio. El presente trabajo de investigación establece que el efecto necesario en la aplicación del principio de *saneamiento o higienización* es el incorporar un mecanismo específico para la exclusión del acervo probatorio obtenido mediante la vulneración de derechos fundamentales del imputado en etapa preliminar e investigación preparatoria.

2.- MARCO CONCEPTUAL

CAPÍTULO I

UTILIZACIÓN DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS EN LA SUSTENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares más importantes en el NCPP al restringir el derecho a la libertad personal (locomotora) son la detención preliminar y la prisión preventiva.

Son presupuestos de la Detención Preliminar los establecidos en el artículo 261 del NCPP lo siguiente:

“...1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dictará mandato de detención preliminar, cuando:

No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.

- a) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
- b) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar

Son presupuestos materiales de la Prisión Preventiva, los establecidos en el artículo 268 del NCPP:

“El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

Coincidiendo ambas medidas cautelares en sus presupuestos básicos, esto es, la existencia de elementos de convicción de vinculación entre el imputado y el hecho delictivo, en la detención preliminar se requiere que “existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado”², y en la prisión preventiva, “que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”. Elementos de convicción que conforman el *fumus bonis iuris*, “la existencia de prueba suficiente contra el imputado solo indica la existencia de una probabilidad de que él cometió el delito, mas no certeza sobre esta acción”³.

1. ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS

En la doctrina extranjera solo existen mapas conceptuales sobre el concepto de prueba ilícita, mas no sobre la conceptualización de elementos de convicción ilícitos. Un elemento de convicción adolece de ilicitud cuando ha sido obtenido vulnerando derechos fundamentales, lo cual hace que su obtención sea

² Academia de la Magistratura. Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo Código Procesal Penal. Vol. 1 y 2 pág. 202. “La norma de detención preliminar sólo exige razones plausibles para considerar el vínculo del imputado con la comisión del delito y cierta posibilidad de fuga del mismo. Por tanto la inocencia al ser determinada en otra etapa del proceso, no puede ser utilizada como elemento para desvirtuar la detención preliminar”

³ Tribunal Constitucional Exp: 0034-2003-HC/TC, fundamento Nro. 5

antinormativa, por tanto, con una estructura viciada.

1.1. Actos Lícitos

Lo lícito es un concepto construido normativamente; sin norma o bien jurídico fundamental no habría ilicitud. “El concepto de acto lícito es comprensivo de todo el ordenamiento jurídico. Visto de ese modo, se le define comúnmente como todo acto u omisión (faz activa y pasiva de la actividad) celebrados en cumplimiento de los preceptos legales o en uso de las facultades conferidas por ellas”⁴.

1.2. Actos ilícitos

Sin norma constitucional, sustantiva o procesal vulnerada, no existe ilicitud. Los actos procesales al no contener algunos requisitos para su validez, se vuelven antijurídicos; la validez ha de estar en consonancia con el respeto de los derechos fundamentales al momento de la formación del acto procesal.

Los actos ilícitos procesales no pueden producir efectos; un elemento de convicción obtenido vulnerando derechos fundamentales no puede ser utilizado, además de carecer de efecto legal.

1.3. Concepto de elementos de convicción

Se considera elemento de convicción a todo acervo probatorio que genere un hecho, presupuesto factico, en la teoría del caso de la partes en el proceso penal: “la investigación es una actividad de recopilación de elementos dirigidos a permitir esclarecer las circunstancias del hecho delictivo y de su autor, constituyéndose en el banco de datos que utilizarán las partes para formular una hipótesis fáctica en el juicio oral. A la investigación criminal, en cualquiera de sus formas, se incorpora las fuentes de investigación, es decir, aquello que contiene la información referida al hecho delictivo y su autor, aquello que puede ser relevante para esclarecerlos [...]”⁵.

⁴ BOFFI BOGUERO, Luis María: “Actos lícitos”. En: Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo I, Buenos Aires, 2005, Editorial Bibliográfica Omeba, p. 422.

⁵ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal. Valencia, 2006, Tirant lo Blanch, p. 58.

2. FUNDAMENTOS DE MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares presentan *fumus boni iuris* o *fumus delicti comissi* dentro de un hecho de imputación, el cual ha de estar construido con elementos de convicción. Toda la actividad de generar elementos de convicción tiene relación con el debido proceso; a nadie se le puede procesar sin pruebas y a nadie se le puede restringir derechos sin existir al menos elementos que den la apariencia de un hecho de carácter delictuoso; la base de todo indicio es encontrar un elemento de convicción obtenido mediante mecanismos constitucionales.

2.1. Utilización de elementos de convicción ilícitos

Las fases previas del nuevo Código Procesal Penal tienen por finalidad reunir indicios⁶ que van formando hechos sustentados en elementos de convicción. La base de la formación de la imputación, la base de los requerimientos de restricción de derechos, y el instar pasar a la siguiente etapa del proceso penal son la existencia de elementos de convicción.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Parece que existiera una evolución de derechos fundamentales, y en forma histórica “aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada no es fundamental en otra época y en otra cultura”⁷. El Tribunal Constitucional de Perú considera que el concepto de derecho fundamental comprende: “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que comprende la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una jurídica

⁶ CÁCERES JULCA, Roberto Eduardo. Las medidas cautelares. En el nuevo código procesal penal, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 199. “La exigencia prevista por el Código Procesal Penal va más allá del aspecto cuantitativo, esto es, que no basta la existencia de una pluralidad de indicios respecto a la presunta participación del imputado en los hechos investigados, sino que por imperio de la norma procesal se requiere que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito, esto significa que entramos en el ámbito cualitativo, por el cual lo que importa es la calidad del medio o medios de prueba, más que la cantidad de los mismos”.

⁷ BOBBIO, Norberto. El Tiempo de los Derechos, Madrid, Editorial Sistema, p. 57.

básica (Peces- Barba. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999 p. 37)⁸.

1.-DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU VULNERACIÓN

La creación de métodos procesales en la restauración de bienes jurídicos vulnerados y la punición de actividades ilícitas presentan como base de la estructura el equilibrio entre la finalidad del proceso y el respeto de los derechos fundamentales de las partes; para tal equilibrio, el proceso penal tendrá mecanismos procedimentales de garantía, considerando que en el desarrollo de las diligencias y al recopilar indicios del hecho con características de delito, se pueden dar afectaciones a los derechos fundamentales del imputado como el desarrollo de allanamientos sin autorización, aprehensiones en estados de no flagrancia, declaraciones del imputado sin la presencia de una defensa, toma de muestras sin las garantías del procedimiento.

1.1. El debido proceso y los derechos fundamentales

El Estado tiene por principio el respeto a la dignidad de la persona —artículo 1º de la Constitución Política del Perú—, razón de ser de toda actividad y que contiene otros derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que todo Estado tiene la obligación de asegurar, en toda circunstancia, las garantías indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención, inclusive durante los estados de excepción. Asimismo la Corte ha considerado como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que, ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades⁹.

1.2.- Principios constitucionales del proceso penal

Entre en el Estado y las personas existe una relación de poder, la cual tiene como baremo y finalidad la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El Estado no debe vulnerar con su acción derechos fundamentales, acciones que impliquen la violación directa o indirecta de derechos humanos¹⁰.

⁸ Tribunal Constitucional. EXP: 1417-2005-AA/TC, fundamento 1.

⁹ Academia de la Magistratura. Jurisprudencia sobre la aplicación del nuevo Código Procesal Penal. Volumen 1 y 2; p. 109

¹⁰ QUINCHE RAMIREZ. Manuel F.: *La Acción de Tutela El Amparo en Colombia*. Bogotá, 2017. Editorial Temis, tercera edición, p. 49.

1.3. Los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal

El proceso penal es un método *estructurado* con principios fundamentales y mecanismos que garantizan el principio de dignidad de persona y la finalidad del *ius punendi* del Estado; entre los derechos fundamentales que tiene como estructura el proceso penal, está el derecho de defensa. El Tribunal Constitucional del Perú en reiterada jurisprudencia ha señalado que: “comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso”.

1.4.- La protección de los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal

En el ámbito formal, el proceso penal está estructurado en etapas con mecanismos procesales que impulsen a proseguir con cada etapa [requerimiento de formalización de investigación preparatoria, de proceso inmediato, requerimiento de acusación] y con mecanismos de garantías de derechos fundamentales [tutela de derecho, control de plazos, mecanismos para el control de elementos probatorios ilícitos].

Para la biogenización del proceso penal es importante la protección de los derechos fundamentales del investigado cuando se recaban elementos de convicción; por tanto, es necesario que la estructura del proceso cuente con un mecanismo específico para su exclusión en forma indubitable durante la etapa preliminar y preparatoria.

2.- LA TUTELA DE DERECHO Y SUS EFECTOS

La tutela de derecho puede ser considerada como figura cercana a la acción de tutela en la República de Colombia [artículo 86 de la Constitución Política]. En nuestro medio, el mecanismo en el Código Procesal Penal del Perú tiene la finalidad de garantizar los derechos del imputado establecidos en el artículo 71.º, los mismos que comprenden: **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 requiera 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. 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.

2.1. Los límites de la tutela de derecho en el nuevo código procesal penal

La tendencia jurisprudencial, como se ha precisado, es considerar a la Tutela de Derecho solo como figura procesal operable para los derechos del imputado enumerados en el artículo 71.2 del NCPP mas no otros, o sea una figura procesal de número clausus cerrado. La tutela de derechos es un mecanismo en el NCPP residual [mas no específico] para proteger solo los derechos del imputado precisados en el artículo 71.2 del NCPP. Presenta un diseño procesal difuso y gaseoso para la optimización en la protección de derechos fundamentales del imputado, atendiendo a que toda restricción de derechos solo puede ser expresa y de interpretación restrictiva —valido tanto para el imputado como para la parte acusadora—; más aún si al excluirse un elemento probatorio al Ministerio Público, se le estaría vulnerando —por falta de un mecanismo procedimental preestablecido— el derecho a probar y al procedimiento predeterminado por Ley [esto, al no existir un mecanismo para la exclusión de elementos de convicción].

2.2 Diferencias procesales entre *corregir* y *excluir*

Los efectos procesales de *corregir* y *excluir* difieren; la acción de corregir¹¹ se refiere a enmendar, rectificar, reparar, mejorar¹² o subsanar el acto procesal, esto dentro del supuesto de que exista un acto que se pueda rehacer, o un acto que se pueda corregir. En cambio, la acción de excluir¹³ no presupone que un acto — idéntico en tiempo, forma y lugar— se pueda rehacer.

¹¹ Corregir: Verbo activo transitivo. Se trata de enmendar, rectificar, reparar o subsanar lo erróneo, equivocado o inexacto. Advertir, reprender, prevenir, sermonear, indicar o reprochar. Se dice de manera especial a un profesor que indica los errores en los exámenes o trabajo de los alumnos en general para asignar una calificación (<https://definiciona.com/corregir/>)

¹² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de derecho usual. Editora Heliasta, tomo III, p. 383.

¹³ Excluir: acción y efecto de excluir [quitar (...) algo de un lugar, descartar, rechazar. (<http://definicion.de/exclusion>)

2.3 Diferencias procesales entre *subsanan* y *excluir*

La acción de subsanar el acto procesal como consecuencia jurídica comprende el efecto de remediar el acto o corregir el defecto en su estructura; presupone también que exista un acto que se pueda rehacer ya subsanado; lo que no sucede con la acción de excluir, que presupone la existencia de un acto que es inutilizable, un acto inválido, e inexistente por su ilicitud.

2.4. El principio de legalidad procesal

El principio de legalidad establece predictibilidad, seguridad y certeza en el sistema jurídico respecto a qué mecanismos están diseñados para optimizar determinados derechos, y cuáles son los efectos o consecuencias jurídicas cuando se dejan de lado los supuestos normativos preestablecidos. El principio de legalidad procesal garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos por ley, al prohibir que esta sea desviada de la jurisdicción predeterminada o que sea sometida a procedimiento distinto¹⁴.

2.5. La modificación normativa y el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116

Ante la afectación de un derecho del imputado, la Tutela de Derechos solo contempla como efectos *subsanan la omisión, dictar medidas de corrección de protección que corresponda*¹⁵, mas no la de excluir.

Los Acuerdos Plenarios solo son opiniones a fin de concordar jurisprudencia [artículo 116 de LOPJ]; en estricto no tienen fuerza vinculante para los operadores jurisdiccionales, como sí la tienen algunas ejecutorias de la Corte Suprema [artículo 22.º de la LOPJ] y Plenos Casatorios [artículo 433.º 4 del NCPP], dentro de una actividad de interpretación normativa, mas no legislativa.

¹⁴ ORÉ GUARDIA, Arsenio. Derecho Procesal Penal Peruano, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 88.

¹⁵ Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo. Inciso 4 del 71.

CAPÍTULO III

LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS

En el nuevo Código Procesal del Perú no se encuentra regulada la exclusión de los elementos de convicción ilícitos. La exclusión de los elementos va más allá de su inutilización y presenta como finalidad importante la de quitar del acervo probatorio el elemento probatorio ilícito, a fin de que no afecte la valoración del resto del cuadro probatorio.

1.- Definición de exclusión

Se considera una figura procesal de *profilaxis* probatoria, utilizada para regular el cuadro probatorio introducido a un proceso, el cual tiene como efecto apartar, quitar del proceso un elemento probatorio ilícito.

1.1. Los efectos de la exclusión de elementos de convicción ilícitos

El efecto principal de la exclusión de elemento de convicción, está en no tenerlo en el bloque probatorio, no se trata solamente de su inutilidad o su no utilización, sino que la exclusión —al no ser subsanable el elemento de convicción, haciendo un parangón con la prueba ilícita— produce dos efectos: “el *primero* y fundamental es el directo de excluir la prueba así obtenida impidiendo, pues, su admisión o su rechazo posterior y anterior a la práctica, o bien la valoración del medio si finalmente se ha ejecutado; el *segundo*, más limitado y relativo, un efecto reflejo o indirecto, conforme al cual igualmente no pueden ser utilizadas las pruebas que provengan en su obtención de la primera”¹⁶.

1.2. Resoluciones de órganos jurisdiccionales y peticiones de operadores jurídicos

Resultó muy ilustrativa la óptica que tienen los órganos jurisdiccionales al abordar un pedido de exclusión de un elemento de convicción ilícito, pasando desde interpretar que existen dos supuestos distintos para la exclusión de un elemento ilícito (uno ordinario y otro excepcional), hasta valorar indirectamente un elemento probatorio que fue declarado ilícito pero no fue excluido del cuadro probatorio. En esta circunstancia, los abogados de los imputados utilizan mecanismos distintos

¹⁶ASCENCIO MEDALLO, José María, y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Prueba Ilícita y Lucha Anticorrupción El caso del allanamiento y secuestro de los “Vladivideos”. Lima, 2008, Editora Jurídica Grijley, p. 38.

para solicitar la inutilización de un elemento de convicción ilícito.

3.1 Regulación normativa de algunos países latinoamericanos

La exclusión de la prueba ilícita en República de Colombia

En la República de Colombia el medio de control de medidas limitativas es la Audiencia de Control de Legalidad

La exclusión de la prueba ilícita en el Código Procedimental de Chile

En el Código Procesal Penal de Chile, la exclusión del material probatorio ilícito en la etapa procedimental se encuentra expresamente establecida en el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral, y le corresponde realizarla al juez de garantías.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

A nivel nacional.

Burgos Marinos, Víctor Alberto Martín. Tesis titulada. *“El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad”*; 2002.

Salas Barrera. Erick. *La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal de 2004*.

4. OBJETIVOS

a) Objetivo General

Determinar en qué medida la falta de mecanismos para la exclusión de los elementos de convicción ilícitos en la investigación preliminar y preparatoria incide en la utilización de la Tutela de Derecho y otros mecanismos para proteger derechos fundamentales del imputado.

b) Objetivos Específicos

O.E.1. Establecer de qué manera los actos de investigación que vulneran derechos fundamentales se tornan en elementos de convicción ilícitos.

O.E.2. Determinar a qué se debe que los operadores jurídicos utilicen mecanismos procesales distintos para excluir elementos de convicción considerados ilícitos.

O.E.3. Demostrar si la tutela de derechos está diseñada para subsanar o corregir los actos de convicción ilícitos.

O.E.4. Establecer si la aplicación de la tutela cumple con el principio de legalidad en la exclusión de los elementos de convicción ilícita.

O.E.5. Establecer si un elemento de convicción ilícito puede producir un impacto psicológico en el juez, al momento de resolver los pedidos de operadores jurídicos.

5. HIPÓTESIS

DADO QUE: La utilización de elementos de convicción ilícitos vulneraría derechos fundamentales del imputado.

ES PROBABLE que sea necesario incorporar legislativamente en el NCPP, un mecanismo procedimental específico para la exclusión de los elementos de convicción ilícitos, toda vez que la tutela de derecho no contempla específicamente la exclusión de elementos de convicción obtenidos ilícitamente.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- Técnicas e Instrumentos de Verificación

1.1. Técnicas e instrumentos.

Técnicas

Desde el punto de vista metodológico y naturaleza de la investigación, se utilizará la *técnica* de observación documental, revisión de contenido, análisis de contenido.

Instrumentos

Como *instrumentos* se utilizará fichas bibliográficas, ficha documental y libreta de apuntes.

1.2. Cuadro de Coherencias

1.2. Cuadro de Coherencias

VARIABLES	INDICADORES	SUBINDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
UTILIZACIÓN DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS.	ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS.	<ul style="list-style-type: none"> - Actos lícitos. - Actos ilícitos. - Concepto de elemento de convicción. 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Ficha Documental - Libreta de apuntes
	FUNDAMENTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES	<ul style="list-style-type: none"> - Utilización de elementos de convicción ilícitos. 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Libreta de apuntes
	VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES- BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS	<ul style="list-style-type: none"> - Las garantías procesales del imputado en el proceso penal 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Ficha documental - Libreta de apuntes
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU VULNERACIÓN.	<ul style="list-style-type: none"> - El debido proceso y los derechos fundamentales. 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Ficha documental - Libreta de apuntes
	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL.	<ul style="list-style-type: none"> - Los Derechos Fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal. - La protección de los derechos fundamentales en el nuevo Código Procesal Penal. - Los límites de la Tutela de Derecho en el nuevo Código Procesal Penal. 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Libreta de apuntes
	LA TUTELA DE DERECHO Y SUS EFECTOS.	<ul style="list-style-type: none"> - Diferencias procesales entre <i>corregir</i> y <i>excluir</i>. 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Ficha documental

		<ul style="list-style-type: none"> - Diferencias procesales entre <i>subsanan</i> y <i>excluir</i>. - Principio de legalidad procesal - La modificación normativa y el Acuerdo Plenario N.º 04-2010/CJ-116, sobre Tutela de Derecho. 		<ul style="list-style-type: none"> - Libreta de apuntes
LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN	DEFINICIÓN DE EXCLUSIÓN.	<ul style="list-style-type: none"> - Efectos de la exclusión de elementos de convicción ilícitos. 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Ficha documental - Libreta de apuntes
	RESOLUCIONES DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y PETICIONES DE OPERADORES JURÍDICOS	<ul style="list-style-type: none"> - Resoluciones de órganos jurisdiccionales. - Peticiones de operadores jurídicos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Observación documental - Revisión de contenido - Análisis de contenido 	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas
	3.2 RESOLUCIONES DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y PETICIONES DE OPERADORES JURÍDICOS.	<ul style="list-style-type: none"> - Regulación normativa de algunos países latinoamericanos. 	Observación documental	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas bibliográficas - Ficha documental



1.3. Prototipo de Instrumentos

FICHA DE ENTREVISTA - TESIS

Dr. (a): _____

Cargo: _____

1.- USTED CONSIDERA QUE CUANDO SE DÉ LA EXISTENCIA DE UN ELEMENTO DE CONVICCIÓN ILÍCITO, A NIVEL PRELIMINAR Y PREPARATORIO, EL MECANISMO ADECUADO PARA SU EXCLUSIÓN PUEDE SER:

- A) Requerir o peticionar nulidad del elemento de convicción ilícito
- B) Que no se puede excluir un elemento de convicción ilícito
- C) Que no se puede excluir un elemento de convicción y solo cabría no valorarlo para resolver los requerimientos a nivel preparatorio
- D) Se puede excluir un elemento de convicción mediante la tutela de derechos.

2.- USTED CONSIDERA QUE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL DEBIÓ DE NORMAR UN MECANISMO ESPECÍFICO Y DIRECTO PARA LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS

- A) Sí, porque aún no es claro cuál es el mecanismo adecuado.
- B) No, porque ya existe un mecanismo adecuado.
- C) No, porque los abogados de los imputados accionarían el mecanismo para dejar sin acervo probatorio al Ministerio Público.
- D) No es necesario, porque el título preliminar del NCPP establece que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de los derechos fundamentales de la persona.

3.- USTED CONSIDERA QUE EL SOLO HECHO DE CONTENER LA INVESTIGACIÓN UN ELEMENTO DE CONVICCIÓN ILÍCITO PUEDE PRODUCIR UN IMPACTO PSICOLÓGICO EN EL JUEZ AL MOMENTO DE RESOLVER.

- A) Sí, porque a pesar de no poder valorarlo, puede influir en la posición del Juez.
- B) No, porque el Juez debe de actuar con imparcialidad.
- C) Sí, por ello debe ser excluido del acervo probatorio a fin de no contaminar al Juez.
- D) Si bien puede producir un impacto psicológico en el Juez, este no puede valorarlo al momento de resolver.

2.- Campo de verificación

2.1 Ubicación espacial

La exclusión de elementos de convicción ilícitos como garantía procesal de derechos fundamentales será analizada dentro del marco normativo de la Constitución Política del Perú, el nuevo Código Procesal Penal, y en las resoluciones de la Corte Suprema, de la de Sala Penal Nacional en el distrito Judicial de Lima, así como los escritos de abogados en el distrito Judicial de Ica.

2.2. Ubicación Temporal

El periodo de investigación comprende las resoluciones de Recursos de Casación en el año 2015, pronunciamientos emitidos en la Sala Nacional en los años de 2017 a 2018, escritos de abogados en el distrito judicial de Ica en los años 2016 a 2018.

2.3. Unidades de Estudio

La unidad de estudio quedará constituida por la legislación peruana, doctrina y resoluciones sobre las variables en estudio.

Muestra

La muestra contiene resoluciones y pedidos de abogados sobre la ineficacia y exclusión de elementos de convicción ilícitos en el nuevo Código Procesal Penal.

La muestra se encuentra constituida por resoluciones del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, y de la Segunda Sala Nacional de Apelaciones, así como una resolución de Casación de la Corte Suprema de la República y escritos presentados por operadores jurídicos.

3. Estrategia de recolección de datos

Con la finalidad de reunir información para la presente investigación se utilizaron técnicas de información documental, así como la realización de entrevistas a Magistrados de la Sala Nacional y Fiscales del sistema especializado Nacional.

3.1. Organización

a). Coordinaciones

Salas de la Corte Suprema

La Sala Penal Nacional Superiores Penales

Fiscalías Superiores Penales Nacionales

Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Ica.

b). Acopio de fuentes

b.1. Fuentes primarias

La fuentes primarias consideradas como información recabada directamente y que contiene información original [Bonare, Domingo (1980) *Diccionario de Bibliotecología* (2.^a ed.), Buenos Aires]. En la presente investigación se aplicó entrevistas a expertos, entre ellos a Jueces de la Sala Nacional y Fiscales de Sala Nacional. Se recolectó también información de resoluciones sobre exclusión de elementos de convicción.

b.2. Fuentes secundarias

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Procesal Penal de 2004.
- Código Procedimental Penal de Colombia
- Código Procedimental Penal de Chile
- Bibliografía nacional e internacional sobre la exclusión de la prueba ilícita

- Bibliografía nacional e internacional sobre la tutela de derechos.

La clasificación de bibliografía se separó en tres dimensiones: en primer lugar lo referido a la temática sobre los actos de convicción ilícita; segundo, a orientaciones y conceptos sobre las teorías y posiciones en torno a la tutela de derechos; y tercero, aquello que relata y analiza experiencias en otros países.

3.2 Recursos

Recursos humanos

CANTIDAD

Optante a grado de Magister	1
Asesor	1
Ayudantes	1
Total	3

3.3 Validación del instrumento

Prueba piloto de encuestados, 5 (cinco) nuestras serán tomadas a expertos reconocidos juristas (opinión de experto) sobre el núcleo central de la hipótesis.

3.4 Criterios para el manejo de resultados

Los datos primarios de entrada y los datos secundarios serán evaluados y ordenados para obtener información útil, que servirá para cumplir con los objetivos propuestos.

IV. CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO DE LA TESIS

ACTIVIDADES	MESES										
	Enero		Febrero		Marzo		Abril		Mayo		
	Semanas		Semanas		Semanas		Semanas		Semanas		
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	
1. Elaboración del plan de investigación.	x	x	x	x	x	x					
2. Elaboración y prueba de los instrumentos.						x	x				
3. Recolección de los datos.							x	x	x	x	
4. Tratamiento de los datos.							x	x	x	x	
5. Análisis de las informaciones.									x	x	
6. Contrastación de hipótesis y formulación de conclusiones.										x	x
7. Formulación de propuesta de solución.											
8. Elaboración del informe final.						x	x	x	x	x	x
9. Correcciones al informe final.							x	x	x	x	x
10. Presentación.											
11. Revisión de la tesis.											
12. Sustentación (**)											



BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código Penal Procesal Penal: Volúmenes 1 y 2.
2. ASCENCIO MEDALLO, José María y UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Prueba Ilícita y Lucha Anticorrupción El caso del allanamiento y secuestro de los “Vladivideos”. Editora Jurídica Grijley, 2008.
3. BOBBIO, Norberto: *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid. 1991.
4. BACHELARD, Gastón La Formación del espíritu científico. Contribuciones a un psicoanálisis del conocimiento Objetivo. México: Siglo Veintiuno Editores, 1978.
5. BOFFIBOQUERO, Luis María: Actos lícitos. En: Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo I, Editorial bibliográfica, Buenos Aires, 2005.
6. BOVINO, Alberto: El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos. En: Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
7. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. Editora Heliasta, tomo III.
8. CÁCERES JULCA, Roberto Eduardo: *Las medidas cautelares. En el nuevo código procesal penal*, Jurista Editores, Lima, 2009.
9. CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. La Prueba Prohibida su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en Jurisprudencia; *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2014.
10. CHIESA APONTE, Ernesto L. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Editorial Forum, volumen III.
11. FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales” en *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos escogidos*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
12. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters, Navarra, año 2012.

13. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Anticipación y Preconstitución de la prueba en el proceso penal; Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
14. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. 2005.
15. HORVITZ LENNON, María Inés, LOPEZ MASLE Julian: Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, 2004.
16. ISRAEL, Jerol H, KAMASIR, Yale; LAFAVE, Waine R.; KING Nancy J. Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, volumen III.
17. LANDA ARROYO, César. “Bases constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal”. Revista Institucional de la Academia de la Magistratura”. Vol. N.º 07.
18. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Prisión Preventiva Límites constitucionales*, Editorial Jurídica Grijley; 2016.
19. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL del 2004. Decreto Legislativo N° 975.
20. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, año 2016.
21. PUJADAS TORTOSA, Virginia. Teoría General de Medidas Cautelares Penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso. Ediciones Jurídicas Sociales. S.A., Madrid 2008
22. PRIETO VERA, Alberto José. “Garantías constitucionales en el proceso penal colombiano”. En ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros: *El proceso penal acusatorio colombiano*, Tomo III, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2006.
23. QUINCHE RAMÍREZ: Manuel F. *La Acción de Tutela El Amparo en Colombia*. Editorial Temis: Bogotá 2017, Tercera Edición.

24. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario. “La constitucionalización del derecho procesal y su repercusión en la reforma de la normatividad ritual (CPP) y el sistema de justicia penal”. Revista Derecho PUCP. N.º71, 2013.
25. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo; UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando; GAMERO CALERO, Lorena Mariana; SCHÖNBOHM, Horst; Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ. Manual de La Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común. Conforme a las previsiones del Nuevo Código Procesal Penal Decreto Legislativo N.º957”, p. 20.
26. SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal. Lecciones*. INPECCP & CENALES, Lima, 2015.
27. TENA DE SOSA, Félix María: *Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal*, Editora Taína; República Dominicana 2008.
28. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Exp. 0034-2003-HC/TC, fundamento N.º 5
29. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: “Acto Jurídico”, Instituto Pacífico, 5.^a edición, Lima, 2015

Webgrafía

30. PÉREZ PORTO, Julian y MERINO, Maria; publicado: 2010, actualizado 2013, disponible en: Definición de exclusión <https://definicion.de/exclusion/>
31. Real Academia Española, disponible en <https://dler.rae.es/srv/fetch?id=AxqgueO>

VI.- ANEXOS

FICHA DE ENTREVISTA

FICHA DE ENTREVISTA - TESIS

Dr. (a): _____

Cargo: _____

1.- USTED CONSIDERA QUE CUANDO SE DE LA EXISTENCIA DE UN ELEMENTO DE CONVICCIÓN ILÍCITO, A NIVEL PRELIMINAR Y PREPARATORIO EL MECANISMO ADECUADO PARA SU EXCLUSIÓN PUEDE SER:

- E) Requerir o peticionar nulidad del elemento de convicción ilícito
- F) Que no se puede excluir un elemento de convicción ilícito
- G) Que no se puede excluir un elemento de convicción y solo cabría no valorarlo para resolver los requerimientos a nivel preparatorio
- H) Se puede excluir un elemento de convicción mediante la tutela de derechos.

2.- USTED CONSIDERA QUE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL DEBIÓ DE NORMAR UN MECANISMO ESPECÍFICO Y DIRECTO PARA LA EXCLUSIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN ILÍCITOS

- E) Sí, porque aún no es claro cuál es el mecanismo adecuado
- F) No, porque ya existe un mecanismo adecuado.
- G) No, porque los abogados de los imputados accionarían el mecanismo para dejar sin acervo probatorio al Ministerio Público.

H) No es necesario, porque el título preliminar del NCPP establece que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de los derechos fundamentales de la persona.

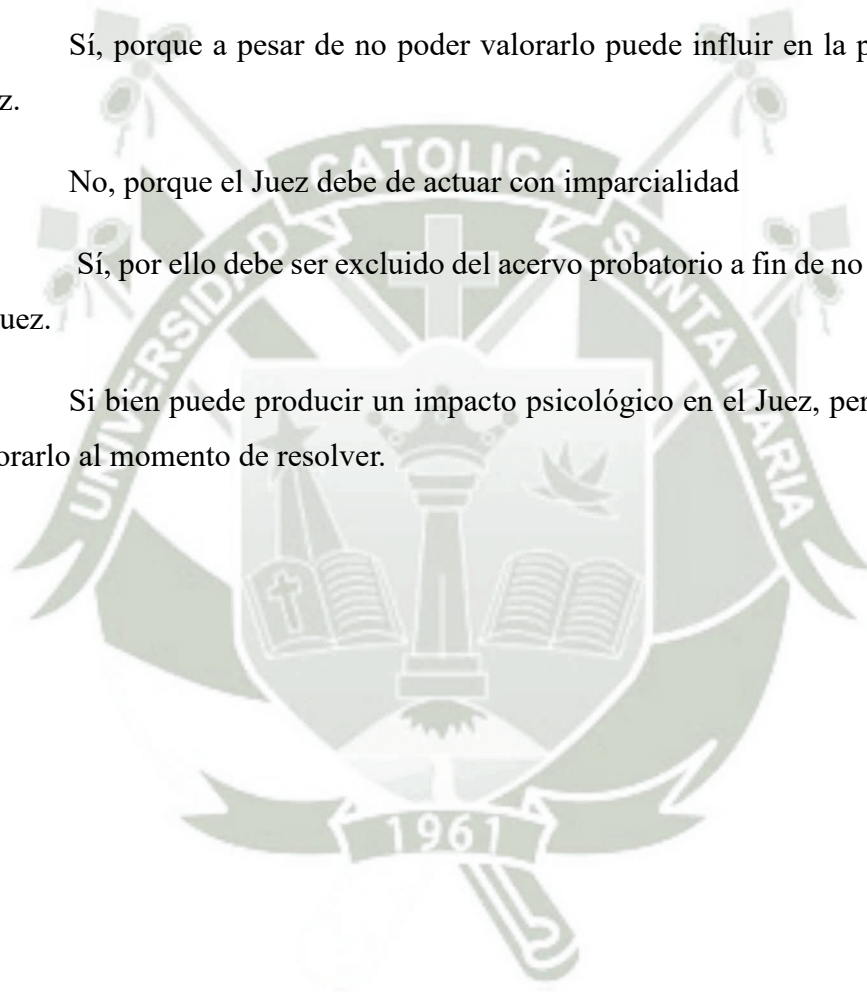
3.- USTED CONSIDERA, QUE EL SOLO HECHO DE CONTENER LA INVESTIGACIÓN UN ELEMENTO DE CONVICCIÓN ILÍCITO PUEDE PRODUCIR UN IMPACTO PSICOLÓGICO EN EL JUEZ AL MOMENTO DE RESOLVER.

E) Sí, porque a pesar de no poder valorarlo puede influir en la posición del Juez.

F) No, porque el Juez debe de actuar con imparcialidad

G) Sí, por ello debe ser excluido del acervo probatorio a fin de no contaminar al Juez.

H) Si bien puede producir un impacto psicológico en el Juez, pero no puede valorarlo al momento de resolver.



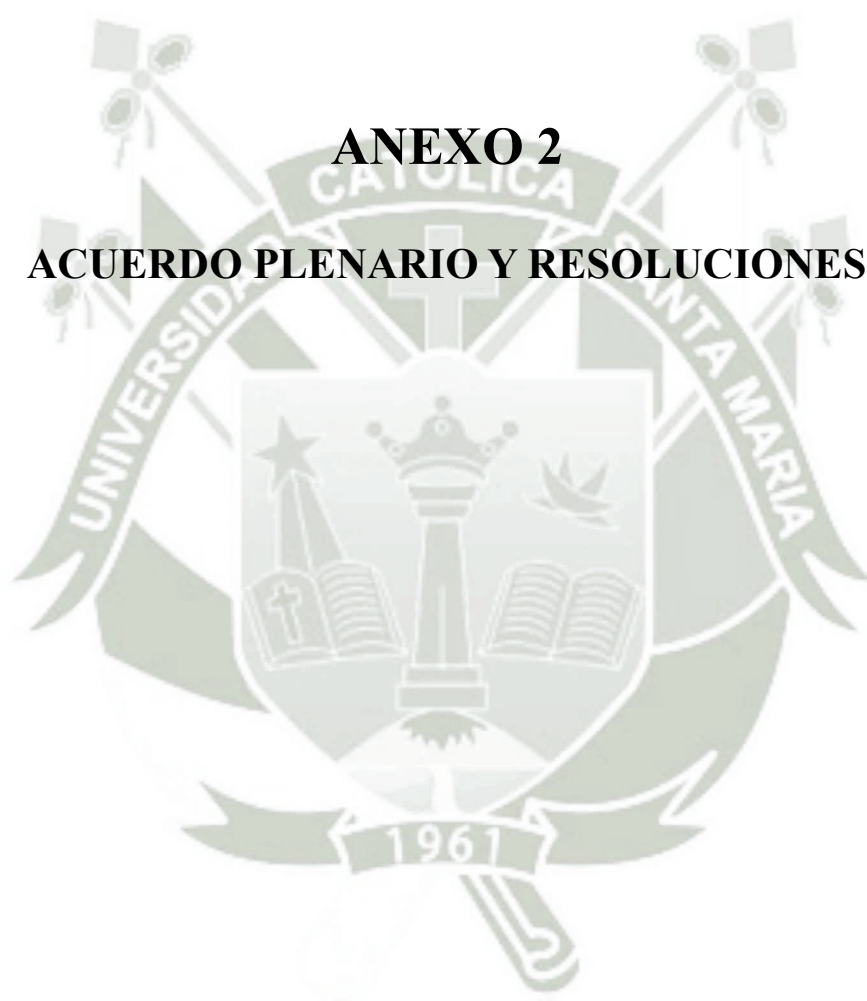
MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	SUBINDICADORES	DISEÑO	TÉCNICAS RECOLECCIÓN
<p>La inexistencia en el NCPP de una regulación expresa para excluir elementos de convicción que han sido obtenidos vulnerando derechos fundamentales de los imputados.</p>	<p>Objetivo General. Determinar en qué medida la falta de mecanismos para la exclusión de los elementos de convicción ilícitos en la investigación preliminar y preparatoria incide en la utilización de la Tutela de Derecho y otros mecanismos para proteger derechos fundamentales del imputado.</p> <p>Objetivo Especificas.</p> <p>O.E.1. Establecer de qué manera los actos de investigación que vulneran derechos fundamentales se tornan en elementos de convicción ilícitos.</p> <p>O.E.2. Determinar a qué se debe, que los operadores jurídicos utilicen mecanismos procesales distintos para excluir elementos de convicción considerados ilícitos.</p>	<p>DADO QUE: La utilización de elementos de convicción ilícitos, vulneraria derechos fundamentales del imputado.</p> <p>ES PROBABLE, que sean necesario incorporar legislativamente en el NCPP, un mecanismo procedimental específico para la exclusión de los elementos de convicción ilícitos, toda vez la tutela de derecho no contempla específicamente la exclusión de elementos de convicción obtenidos ilícitamente</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>a. Utilización de elementos de convicción ilícitos</p> <p>b. Los Derechos fundamentales</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>La exclusión de los elementos de convicción.</p>	<p>a.1. Elementos de convicción ilícitos.</p> <p>a.2. Fundamentación de medidas cautelares.</p> <p>a.3. Vulneración de derechos fundamentales búsqueda de pruebas y restricción de derechos</p> <p>b.1. Derechos fundamentales y su vulneración.</p> <p>b.2. Principios constitucionales del Proceso Penal.</p> <p>b.3. La tutela de derecho y sus efectos.</p>	<p>a.1. Actos lícitos</p> <p>a.1. Actos ilícitos</p> <p>a.1. Concepto de elementos de convicción.</p> <p>a.2. Utilización de elementos de convicción.</p> <p>a.3. Las garantías procesales del imputado en el proceso penal</p> <p>b.1. El debido proceso y los derechos fundamentales.</p> <p>b.2. Los Derechos Fundamentales en el nuevo código procesal penal.</p> <p>b.2. La protección de los derechos fundamentales en el nuevo código procesal</p> <p>b.3. Los límites de la tutela de derecho en el nuevo código procesal penal</p> <p>b.3. Diferencias entre corregir y excluir</p> <p>b.3. Diferencias entre subsanar y excluir.</p> <p>b.3. Principio de legalidad procesal.</p> <p>b.3. La modificación normativa y el Acuerdo Plenario Nro. 04-2010/CJ-116 Tutela de Derecho.</p>	<p>Dogmático</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Fichas Bibliográficas - Ficha Documental - Libreta de apuntes

	<p>O.E.3. Demostrar si la tutela de derechos, está diseñada para subsanar o corrige los actos de convicción ilícitos.</p> <p>O.E.4. Establecer si la aplicación de la tutela cumple con el principio de legalidad en la exclusión de los elementos de convicción ilícita.</p> <p>O.E.5. Establecer si un elemento de convicción ilícito puede producir un impacto psicológico en el juez, al momento de resolver pedidos de operadores jurídicos.</p>			<p>c. Definición de exclusión</p> <p>d. Resolución de órganos jurisdiccionales y peticiones de operadores jurídicos</p> <p>e. Derecho Comparado.</p>	<p>c.1 Efectos de la exclusión de elementos de convicción</p> <p>d.1 Resoluciones de órganos jurisdiccionales</p> <p>d.1 Peticiones de operadores jurídicos.</p> <p>e.1 Regulación normativa de algunos países latinoamericanos.</p>		<p>d.1 Observación documental</p> <p>d.1 Revisión de contenido.</p> <p>d.1 Análisis de contenido</p>
--	--	--	--	--	--	--	--



ANEXO 2
ACUERDO PLENARIO Y RESOLUCIONES





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

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

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

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

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

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



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

de Ciencia Procesal Penal— y Frescia Sisi Villavicencio Ríos —en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista – Huaura—, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

3° La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.

4°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales.

5°. El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada “Audiencia de tutela”. Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, Capítulo Primero “El imputado”, Título II “El imputado y el abogado defensor” del Libro Primero “Disposiciones Generales” del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—.

Prescribe la citada norma que: “1. El imputado puede hacer valer por sí 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 necesario 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 indebidos 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”.

6°. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías —de tutela y reforma—.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico —artículo 138º, segundo párrafo— sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez —artículos 138º y 139º.10 de la Constitución— con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente —artículo 139º.14— [SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003) *Derecho Procesal Penal*. 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79].

7º. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139º, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

8º. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

- i) El debido proceso (artículo. 139º inciso3).
- ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3).
- iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º inciso 24. “e”).
- iv) El derecho de defensa (artículo 139º inciso 14).

9º. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

§ 2. *La audiencia de tutela. Alcances.*

10°. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos incriminados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, (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, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desfueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

11°. La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva —que ponga fin al agravio—, reparadora —que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión— o protectora.

12°. Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción —ya consumada— de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13°. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

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. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este 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. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231°.3). 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 por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

14°. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°.1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). 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 por un derecho afectado¹.

15°. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un

¹ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16°. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17°. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente —en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias— siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba —axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona— que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba —regulado en el artículo 159° del acotado Código— que establece 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. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18°. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar —desde la defensa— una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

habilitada para aquellos casos en los que se vulneren algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19°. En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

20°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°.

22°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

23°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
VI PLENO JURISDICCIONAL PENAL

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

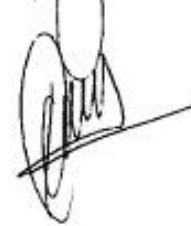
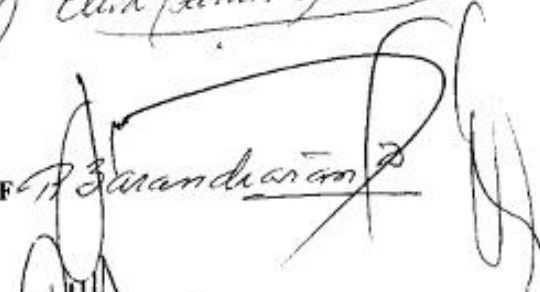
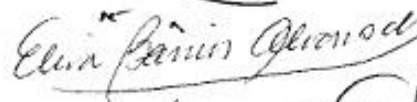
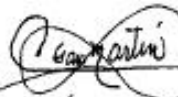
PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES


BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO



SE PUBLICO CONFORME A LEY



Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 136-2013-TACNA
SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, once de junio de dos mil catorce

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la abogada representante legal de Sunat contra la resolución de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna, del treinta y uno de agosto del dos mil once, que revocó la resolución número dos de fecha primero de julio del dos mil once, que declaró improcedente el pedido de tutela de derechos solicitado por la defensa técnica de Roomi Saqib y Syed Munner Raza, y reformándola, declararon fundado el pedido de tutela de derechos y ordenaron al juez de primera instancia disponga la restitución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Perú Sociedad de Responsabilidad Limitada y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados; con la fundamentación del recurso de casación en audiencia pública. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO

Primero: Fundamentos del recurso

1.1. La abogada representante de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria en su recurso de casación, invoca como causales de procedencia del recurso:

a) La errónea interpretación de doctrina jurisprudencial en cuanto al Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, respecto de los efectos jurídicos de la desaprobación de la medida de incautación; y b) Inaplicación de normas jurídicas penales especiales, como el artículo 13 de la Ley de Delitos Aduaneros, respecto a la devolución de bienes objeto del delito aduanero de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas.

1.2. Indica como fundamentos de su recurso que: a) a través de la audiencia de tutela de derechos solamente se puede cuestionar los requerimientos ilegales que vulneren derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71 numerales 1 al 3 del Código Procesal Penal de 2004. En ese sentido, el pedido del abogado de los procesados debió ser declarado improcedente, toda vez que la medida de incautación recaía sobre los 193 vehículos de propiedad de las empresas procesadas no vulnera ningún derecho del artículo 71; b) se ha inaplicado el artículo 13 de la Ley de Delitos Aduaneros, por cuanto no se puede disponer la devolución de bienes incautados por delito de contrabando hasta que exista auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga la devolución; y, c) los efectos de no confirmar una incautación no repercuten en la validez de esta, la confirmatoria solo dota de naturaleza instrumental y efectos probatorios a la medida.

Segundo: Itinerario de la causa

2.1. Mediante resolución número uno de fecha 11 de marzo de 2011, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, declaró fundado en parte el requerimiento de confirmatoria de incautación solicitado por el representante del Ministerio Público, respecto de 193 vehículos incautados por presunto ingreso ilegal al territorio nacional por la Empresa Autocraft Perú SRL. Esta decisión fue impugnada por la empresa afectada con la medida y por el Ministerio Público; siendo que la Sala Penal de Apelaciones que resolvió los recursos declaró fundada la oposición al requerimiento de confirmatoria de incautación y desaprobó en su totalidad el acta de

incautación de fecha 3 de febrero de 2011, por considerar que no existen indicios de criminalidad, al no haberse acreditado minimamente que los bienes importados tengan naturaleza ilegal que justifique la medida de incautación.

2.2. Con posterioridad a la emisión de dicha resolución, la empresa afectada por la medida solicitó en más de una oportunidad al Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna, que se cursen oficios a la oficina de Aduanas de Tacna para que proceda conforme a la resolución de la Sala de Apelaciones que desaprobó la medida de incautación. Consiguiendo con ello que se curse oficio a la oficina de Aduanas en Tacna y que el juzgado responda que dicha entidad ya tenía conocimiento de la decisión del superior.

2.3. A consecuencia de ello, el abogado de Roomi Saqib y Syed Muneer Raza, solicitó en vía de tutela de derechos se disponga la devolución de los bienes incautados al haberse desaprobado la medida de incautación que recayó sobre ellos, alegando la afectación del derecho a la tutela procesal efectiva.

2.4. El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tacna programó audiencia de control de acusación, la cual se realizó con la concurrencia de la parte solicitante y del representante del Ministerio Público, declarando improcedente el pedido de tutela de derechos al considerar que lo buscado por el solicitante era la ejecución de la resolución judicial que desaprobaba en su totalidad el requerimiento de confirmatoria de la incautación, derecho que no se encontraba comprendido entre los que se protege a través de esta institución.

2.5. Dicha decisión fue impugnada por los procesados y mediante resolución número 8 de fecha 31 de agosto del 2011, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna declaró fundada la solicitud de tutela de derechos y ordenó que el Juez de investigación preparatoria disponga la devolución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Perú SRL y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados.

2.6. Dicha resolución expedida por la Sala de Apelaciones, fue impugnada en vía de recurso de casación por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y, mediante Ejecutoria Suprema de fecha 23 de agosto del dos mil trece, se declaró bien concedido el recurso de casación y se dejó expedita para vista de la causa.

Tercero: Fundamentos de la decisión

3.1. Del análisis del recurso de casación, las causales de procedencia alegadas, los fundamentos de la Ejecutoria que concedió el recurso y los agravios fundamentados en audiencia por la parte recurrente, se puede colegir que los problemas planteados para el desarrollo de doctrina jurisprudencial son los siguientes: a) los derechos protegidos a través de la solicitud de tutela de derechos, y b) los efectos producidos por la no confirmatoria judicial de la incautación. Y en cuanto a la inaplicación de una norma penal, el siguiente: a) la aplicación del artículo 13 de la Ley N° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros.

Sobre la tutela de derechos

3.2. El inciso 1 del artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, reconoce la posibilidad que tiene el imputado de hacer valer sus derechos reconocidos por la Constitución de motu propio o a través de su abogado defensor; asimismo, el inciso 2 de la misma disposición, reconoce taxativamente derechos procesales del imputado, los cuales deben ser comunicados de manera inmediata y comprensible cuando exista una imputación penal en su contra. De igual forma, el inciso 4 establece que: "(...) 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”.

3.3. La audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: “(...) la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el juez de la investigación preparatoria se erige en un juez de garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria **ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP**, responsabilizando al fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora”¹.

3.4. La tutela de derechos como institución procesal tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurren en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal, el legislador y la jurisprudencia han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v. gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos).

Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 04-2010-CJ-116 y N° 02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal de 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos.

3.5. Se verifica de autos que la pretensión de la solicitud de tutela de derechos fue la ejecución de la decisión judicial que disponía la no confirmación de la incautación, siendo ello así, se reclamaba la imposibilidad del Juzgado de Investigación Preparatoria de ejecutar dicha resolución, pretensión a la cual accedió la Sala de Apelaciones en vía de tutela de derecho, haciendo la salvedad que, pese a no estar dentro de los derechos tutelados a través de esta institución, se declaraba fundada la solicitud atendiendo al tiempo excesivo que los bienes se encontraban incautados pese a que la incautación no fue confirmada judicialmente.

3.6. Siendo que con anterioridad ya se ha determinado qué derechos pueden ser objeto de tutela, el derecho de ejecución de las resoluciones judiciales (comprendido dentro de

¹ Acuerdo Plenario Penal N° 04-2010/CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 11.

la tutela procesal efectiva) no ha sido considerado dentro de dicho listado cerrado, por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no puede incorporar nuevos supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público.

3.7. En ese sentido, el recurso debe ser declarado fundado, por cuanto el derecho que se ha pretendido tutelar no se encuentra dentro de los previstos para la procedencia de esta institución jurídica, debiéndose reiterar que solo pueden ser objeto de tutela las afectaciones a los derechos comprendidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

Sobre la confirmatoria de incautación

3.8. Con el rótulo de “incautación”, el Código Procesal Penal de 2004 ha establecido dos instituciones jurídico-procesales, una como medida de búsqueda de pruebas con restricción de derechos y otra como medida de coerción. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral.

En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. Aun cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes -pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso.

3.9. El artículo 316 del Código Procesal Penal establece que “(...) los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos permitidos por la ley siempre que exista peligro por la demora pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la investigación, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público, debiendo el fiscal requerir inmediatamente al Juzgado de Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá sin trámite alguno en el plazo de dos días”. Asimismo, el inciso 2, del artículo 218 del mismo cuerpo normativo establece que: “(...) la Policía no necesitará autorización del fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el fiscal. En todos estos casos, el fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la investigación preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria”.

3.10. En ambos casos, el legislador ha establecido como imperativa la obligación del Ministerio Público, debe recurrir al órgano jurisdiccional para la expedición de la resolución confirmatoria, lo que evidencia que la medida, ya sea instrumental o cautelar, siempre será necesaria la revisión del órgano jurisdiccional y la expedición de la correspondiente resolución confirmatoria. En ese sentido, los juzgados que evalúen dichos requerimientos deberán revisar no solo el plazo en el que es presentado el requerimiento, sino además y con mayor rigor, la proporcionalidad de la medida, la existencia efectiva de elementos de convicción que acrediten la relación con un evento delictivo, la fundamentación suficiente en la que se haga distinción en el tipo de incautación, la necesidad de la misma y los efectos sobre derechos del titular de los bienes.

3.11. De ser el caso que el órgano jurisdiccional considere mediante resolución firme que la medida no debe ser confirmada al no existir elementos de convicción que acrediten la vinculación del bien con el delito que se está sustanciando, este escenario hace desaparecer el presupuesto principal de la incautación, por lo cual los bienes que han sido objeto de intervención por la Policía o Ministerio Público, deberán ser puestos a disposición de sus legítimos propietarios, esto no solo reduce al mínimo la afectación al derecho de propiedad, sino también garantiza que terceros que nada tuvieron que ver en el evento delictivo se vean afectados injustificadamente por la medida.

Los efectos del incumplimiento de la presentación o la presentación tardía del requerimiento de confirmatoria de incautación, solo acarrearán responsabilidad administrativa del fiscal encargado, pero en ningún caso la nulidad de la materialización de la medida. De darse esta circunstancia el titular del bien, que verifique la falta del requerimiento de confirmatoria, podrá recurrir en principio ante el fiscal encargado y al no obtener respuesta o obtener una negativa, podrá recurrir al órgano jurisdiccional, quien deberá evaluar las circunstancias con citación del fiscal y resolver lo que al caso concreto atañe.

Análisis del caso concreto

3.12. Si bien en el presente caso la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna dispuso la devolución de los bienes incautados por considerar que no habían elementos de convicción que evidencien la comisión del delito de contrabando, esta decisión no debió ser conducida por la vía de la tutela de derechos por desnaturalizarse dicha vía, sino que debió ejercer medidas de coerción para el efectivo cumplimiento de sus resoluciones judiciales, de corresponder ello.

3.13. En cuanto al agravio que denuncia la no aplicación del artículo 13 de la Ley N° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, debe indicarse que efectivamente dicha disposición normativa restringe la posibilidad de devolución de los bienes incautados relacionados con delitos aduaneros, a la concurrencia de una resolución firme que declare la absolución o el sobreseimiento de la causa, es decir, que exista un pronunciamiento de fondo respecto de la comisión del ilícito penal. Existiendo regulación expresa a través de una norma especial, la devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que sean considerados como susceptibles de ser incautados por tener relación con delitos aduaneros, solo podrán ser devueltos cuando exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firme que así lo disponga, mientras no medida estas resoluciones permanecerán bajo custodia de la administración tributaria a pesar de no haberse confirmado la incautación.

3.14. En consecuencia, conforme a lo anteriormente expuesto, se concluye que la Sala Superior incurrió en falta de aplicación del artículo 13 de la Ley N° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, por cuanto se dispuso de la devolución de bienes considerados objeto de delitos aduaneros sin mediar una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento firme.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por motivo de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación y para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por la abogada representante legal de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria; en consecuencia:

II. **CASARON** la resolución de vista emitida por la Sala Penal Superior de la Corte

Superior de Justicia de Tacna, del treinta y uno de agosto del dos mil once, que revocó la resolución número dos de fecha primero de julio del dos mil once, que dispone declarar improcedente el pedido de tutela de derechos solicitado por el abogado defensor de Roomi Saqib y Syed Munner Raza, y reformándola, declararon fundado el pedido de tutela de derechos y ordenaron al juez de primera instancia disponga la restitución de los bienes incautados a la empresa Autocraft Perú SRL y el levantamiento de toda restricción respecto de los vehículos incautados; y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo y actuando como órgano de instancia: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha primero de julio del dos mil once, que declaró improcedente la solicitud de tutela de derechos.

III. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna y demás Cortes Superiores de los Distritos Judiciales que apliquen el Código Procesal Penal de 2004, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo dispuesto en los fundamentos 3.4, 3.6, 3.10 y 3.11 de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el diario oficial “El Peruano”, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S. VILLA STEIN; PARIONA PASTRANA; BARRIOS ALVARADO; NEYRA FLORES; CEVALLOS VEGAS



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

SISTEMA ESPECIALIZADO EN DELITO - Sistema de
Notificaciones Electrónicas SINDE
SEDE CARLOS ZAVALA - JR MANUELO QUIMOS TES - MERCADO
LIMA,
JUEZA ALVAREZ CAMACHO MARILDE LOS ANGELES SANCHEZ DE
Poder Judicial del Perú
Fecha: 16/03/2018 16:20:13 Resolución Judicial 00018
Sistema Especializado en Delito / LIMA, FIRMA DIGITAL

PREPARATORIA

EXPEDIENTE : N°46-2017-8-5201-JR-PE-01
JUEZA : MARIA DE LOS ANGELES ALVAREZ CAMACHO
ESPECIALISTA : HAYDEE LUISA BARRETO POLO
MATERIA : TUTELA DE DERECHOS
SOLICITANTE : NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR

**AUTO QUE RESUELVE SOLICITUD DE TUTELA DE
DERECHOS**

RESOLUCIÓN N° DOS

Lima, dieciséis de marzo de dos mil dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS: Con la solicitud de tutela de derechos presentada el 08.03.2018 por parte de la defensa técnica de NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR, y audiencia pública realizada el día 13.03.2018; corresponde emitir pronunciamiento:

I. CONSIDERACIONES NORMATIVAS, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES RELEVANTES AL CASO A RESOLVER:

PRIMERO.- SOBRE LA TUTELA DE DERECHOS

1. (DERECHOS PROTEGIDOS) El Código Procesal Penal, dentro del esquema garantista al que pertenece, ha regulado expresamente una serie de derechos de los imputados, los cuales se describen en el art. 71.2 CPP, y deben observarse desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso- art. 71.1 CPP-; ya sea porque considera que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales. Así, el ACUERDO PLENARIO 4-2010/CJ-116 DEL 16.11.2010 (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 15.12.2010), ha precisado, *constituyen una lista taxativa* (cerrada), enunciando los siguientes: a) Conocimiento de los cargos inculcados, b) Conocimiento de las causas de detención, c) Entrega de la orden de detención girada, d) Designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, e) Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, f) Posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, g) Abstención de declarar o declaración voluntaria, h) 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, i) No sufrir restricciones ilegales y j) Ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la salud, cuando el estado de salud así lo requiera- FUNDAMENTO 10-

2. Sin perjuicio de ello, en el referido ACUERDO PLENARIO 4-2010/CJ-116- FUNDAMENTO 17- ha establecido que a través de este mecanismo podrá solicitarse, además, la exclusión de material probatorio obtenido ilícitamente, esto es, mediante procedimientos ilegales o viciosos, siempre que sea la base de sucesivas medidas o diligencias y no exista vía propia para alcanzar este propósito.

3. (FINALIDAD DE LA TUTELA DE DERECHOS) De este modo, es de advertirse que la norma procesal ha establecido este mecanismo para hacer valer los derechos enunciados o requerir su

PODER JUDICIAL

MARIA DE LOS ANGELES ALVAREZ CAMACHO
JUEZA
Poder Judicial del Perú
Especialista en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

adecuado cumplimiento, dado que si bien, introduce un modelo donde el Juez Penal no tiene a cargo la investigación, tiene la prerrogativa y deber de controlar la misma², velando por el cumplimiento de los derechos del imputado y garantías del proceso (Juez de Garantías: Juez de Investigación Preparatoria³); por lo que podrá acudir al órgano jurisdiccional a fin que éste proteja, subsane o, de ser el caso, dicte las medidas de corrección pertinentes, para proteger los derechos del imputado. En estricto, su finalidad es la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado.

4. (TRÁMITE DE LA TUTELA DE DERECHOS) Como premisa inicial, la vía de tutela sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha, estableciendo el artículo 71.4 CPP su trámite, esto es, la presentación de solicitud del imputado, que debe resolverse inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes. Ahora bien, es de resaltar que la norma no especifica de modo expreso algún requisito previo de admisibilidad para la presentación de la solicitud de la tutela de derechos, estableciéndose vía pronunciamiento vinculante de nuestra Corte Suprema, un único supuesto, redactado en el ACUERDO PLENARIO 2-2012/CJ-116 FUNDAMENTO 10, referido en específico a *la obligación del investigado de acudir previamente al fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos*, ello en relación al derecho de *conocimiento de los cargos formulados contra el investigado*⁴, y si ello fallase- *muy excepcionalmente*- ante la desestimación del fiscal o ante la reiterada falta de respuesta de aquél y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos por genéricos, vagos o gaseosos o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado; podrá recurrir al órgano jurisdiccional.

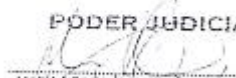
5. (DE LA CITACIÓN A AUDIENCIA Y EXCEPCIONES PARA ACUDIR A ESTA VÍA) Cabe señalar, además que, podrá prescindirse de la citación a audiencia- en los términos del ACUERDO PLENARIO 4-2010/CJ-116 FUNDAMENTO 15- cuando de la calificación del contenido de la solicitud se advierta que el agravio puede constituirse en irreparable, de programarse, facultando al órgano jurisdiccional a resolver, excepcionalmente, de modo directo; lo que debe observarse en armonía con lo también descrito en el FUNDAMENTO 13 que ha detallado en qué casos no es posible atender presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales vía tutela de derechos, exponiendo:

i) cuando tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, citando como ejemplos, las audiencias de control de plazo, reexamen de la intervención de comunicaciones o análogas, inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa en la investigación; o,

² SANCHEZ VELARDE, Pablo. Código Procesal Penal comentado. Editorial Idemsa. Diciembre 2013. Página 99.

³ SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Peruano Estudios. Gaceta Jurídica. Octubre 2017. Página 397.

⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, y otros. El Código Procesal Penal- comentarios descriptivos, explicativos y críticos, Jurista Editores. Mayo 2008. Página 245: *Merece especial atención lo dispuesto en la última parte del artículo 71 del nuevo texto legal, el que reconoce al imputado una serie de derechos de los cuales puede hacer uso desde el momento que se le atribuye la comisión de un hecho delictivo (...) el Juez Penal, si bien no tiene a cargo la investigación, puede controlar la legalidad de la misma, velando por que los derechos y las garantías del debido proceso se respeten (...). De este modo, cualquier irregularidad de la investigación en agravio del imputado, será corregida por el Juez.*

PODER JUDICIAL

MARÍA DE LOS ANGELES ADAMEZ CANACHO
JUEZA
Poder Judicial de la Nación
Especialista en Delitos de Funcionarios
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Funcionarios
PRIMER SISTEMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

ii) cuando el juez aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado de obstruir la labor de investigación de fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos; frente a lo cual podrá resolverse el rechazo liminar de la solicitud, cuidando de no dejar en indefensión al imputado.

6. (CARÁCTER RESIDUAL DE LA TUTELA DE DERECHOS) Ahora bien, consideramos pertinente destacar al *carácter residual*⁴ que nuestra Corte Suprema ha establecido para este mecanismo, plasmándolo de modo expreso en el FUNDAMENTO 13 Y 14 del ACUERDO PLENARIO 4-2010/CJ-116, al citar *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 por un derecho afectado*; y, en la CASACIÓN N° 136-2013-TACNA, publicada en el diario oficial El Peruano el 24.09.2014- FUNDAMENTOS 3.4 Y 3.6- al haber establecido como *derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 CPP, constituyendo esta una lista cerrada de derechos (...) por lo cual discrecionalmente los órganos jurisdiccionales no pueden incorporar supuestos de procedencia, al dejar abierta la posibilidad de que se haga un uso abusivo, ilegítimo, se desnaturalice la figura de tutela y se permita al órgano jurisdiccional un control total tanto de las actuaciones de la Policía como del Ministerio Público*; concluyendo, entonces, que dicho carácter residual, corresponde a que únicamente se conocerá por esta vía los presuntos agravios por los derechos comprendidos en el art. 71 CPP, y, en el entendido que no se cuente con mecanismos específicos regulados para determinados actos- véase también ACUERDO PLENARIO 2-2012/CJ-116 FUNDAMENTO 9-; así como respecto a exclusión de material probatorio, obtenido ilícitamente.

3

SEGUNDO.- SOBRE LA INCAUTACIÓN Y LA CADENA DE CUSTODIA

Típos de incautación

7. La Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, ha precisado en su artículo 2 literal f) que por incautación se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o autoridad competente⁵. Así, sin perjuicio de precisar que la misma, dependiendo del estado y circunstancias particulares de la investigación, puede ser realizada por la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público (con cargo a requerir su confirmatoria), o mediante orden judicial; corresponde señalar que de acuerdo expone el ACUERDO PLENARIO N° 5-2010/CJ-116, la incautación como medida procesal, presenta una configuración jurídica dual, es decir, como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (carácter instrumental- artículos 218 al 223 del Código Procesal Penal), y como medida de coerción (carácter

⁴ En ese mismo sentido, del carácter residual de la tutela de derechos, han expuesto:

- SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. CENALES fondo editorial. Noviembre 2015. Página 320.

- CUSTODIO RAMIREZ, Carlos Antonio. "La tutela de derechos y su función de protección de los derechos constitucionales en el ámbito procesal penal" en Revista Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 102. Diciembre 2017. Páginas 331-350: *Otro aspecto relevante abordado es el carácter residual de la audiencia de tutela de derechos, pues mediante esta únicamente podrán cuestionarse las vulneraciones de derechos constitucionales fundamentales establecidas en los artículos 71 del NCPP (...) que no tengan una vía propia para su control respectiva.*

⁵ Resolución Administrativa N° 145-2013-P-PJ del 24 de abril de 2013

PODER JUDICIAL

MARÍA DE LOS ANGELES ÁLVAREZ CAMACHO
JUEGA
Primer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Funcionarios
del Poder Judicial de la República

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Funcionarios
del Poder Judicial de la República



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

cautelar- artículos 316 al 320 del mismo cuerpo normativo); con la nota en común que en ambos casos constituye un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa al buscar el aseguramiento de las fuentes de prueba de tipo material, y luego, probatoria, que ha de realizarse en el juicio oral, bajo las reglas establecidas para su actuación; y en el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Bienes sobre los que recae

8. La incautación instrumental (artículo 218 del Código Procesal Penal), recae contra los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, tales como las denominadas piezas de convicción entendidas como las cosas, objetos, huellas o vestigios materiales que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible. Por otro lado, la incautación cautelar (artículo 316.1 del Código Procesal Penal) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por ley, en cuyo caso, la incautación precede al decomiso como consecuencia accesoria que ha de dictarse en la sentencia en los términos del artículo 102 del Código Penal.

La incautación instrumental y la cadena de custodia

9. Con el objeto de dirigir el planteamiento normativo y doctrinario sobre lo que será materia de pronunciamiento jurisdiccional, encontramos dicha relación invocada (incautación instrumental y su cadena de custodia) en los parámetros establecidos en el ACUERDO PLENARIO N° 6-2012/CJ-116 donde al tratar sobre la medida instrumental restrictiva de derechos según el art. 218 CPP incide sobre los bienes en que recae, además de las formalidades que la norma procesal exige para la realización de la diligencia, esto es- véase del fundamento 7 del referido acuerdo plenario- a) registrarlos con exactitud, estableciendo los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original; b) identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado, diligencia de ejecución que, a su vez, será materia de un acta firmada por los participantes en ese acto; y, c) el fiscal determinará las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, así como de los cambios hechos en ellos por cada custodio.

10. En cuanto al aseguramiento del material incautado, para su debida autenticidad, es la prevista en el art. 220.5 CPP, es decir, la cadena de custodia, regulada por norma administrativa que Fiscalía de la Nación ha determinado para el respectivo control, entre los que encontramos la Resolución N° 729-2006-MP-FN del 15.06.2006 "Reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados"; ello con el objeto del deber de garantizar que el objeto o elemento que se recoge durante la investigación sea el mismo que llega a concretarse como prueba al momento del juicio, y respecto del cual recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes; es decir, que responda al principio de mismidad.

11. Sin embargo, en ese sentido, la cadena de custodia entendida como sistema de control de permite registrar de manera cierta y detallada cada paso que sigue el objeto incautado

PODER JUDICIAL

MARIANA DE LOS ANGELES ARVAREZ CAMACHO
JUEZA
Poder Judicial de la Nación, sede de la Preparación
Legal y Control de la Investigación Preparatoria
CORTE SUPLENTE DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Poder Judicial de la Nación, sede de la Preparación



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

instrumentalmente hasta llegar a las instancias judiciales (realizada a través de un conjunto de formatos y procedimientos estandarizados y protocolizados), no es el único modo con el que se cuenta para acreditar la mismicidad, ya antes aludida, sino que además se tiene otros mecanismos que pueden emplearse tales como: 1) la auto-autenticación, 2) marcación, 3) Testimonio, y, 4) Pericia. La primera, referida a características notorias y bien conocidas que no necesiten autenticación porque se autentican a sí mismas; la segunda consistente en el acto de señalar un signo distintivo, propio y exclusivo de quien intervino en las diligencias de levantamiento, recolección o incautación, o del perito que lo manipula dentro del laboratorio; la tercera, en cuya virtud el testigo reconoce el cuerpo del delito como auténtico; y, la cuarta, que se produce cuando el perito precisa que lo analizado es auténtico, que es el mismo bien, cosa u objeto que recibió.

12. Ahora bien, también nuestra Corte Suprema ha cumplido con precisar que- fundamento 14-, la ruptura de la cadena de custodia o su omisión, no significa necesaria o automáticamente que el bien, cosa u objeto es inauténtico y, por consiguiente, carece de eficacia probatoria, dado que al ser, la cadena de custodia, sólo una de las modalidades para acreditar su mismicidad, puede hacerse empleo de otras permitidas por ley, de corresponder. Lo que guarda relación con el principio de libertad probatoria- que rige en materia de prueba- de suerte que las partes pueden acreditar la autenticidad de la prueba material presentada, por los diversos medios de prueba reconocidos por la ley. Así, en el fundamento 15 literal b) d) y e) se establece expresamente: *"b) La ruptura de la cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba determinante de su inutilización- sanción procesal asociada a la prueba prohibida-, porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de derecho fundamental o constitucional alguno (art. VIII del TP y art. 159 NCPP). Tampoco un bien, cosa u objeto relacionado con el delito, que se ofrezca como prueba material con ausencia de una cadena de custodia, o cuando se produce un supuesto de ruptura de la misma puede ser considerado como un medio de prueba impertinente o prohibido por la Ley (art. 155, apartado 2 NCPP); d) Tratándose de la cadena de custodia, la alegación de la simple posibilidad de su rompimiento, manipulación o contaminación, no es aceptable. Debe acreditarse acabadamente tal alegación. En todo caso, la actividad probatoria establecerá, si es del caso otorgar o no, mérito a esa evidencia y valorarla o no; e) La vulneración del contenido constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental, a propósito de irregularidades en la cadena de custodia, sólo se presentaría cuando se admite y se da el valor de prueba cuando el supuesto cuerpo del delito se obtuvo sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y, especialmente, la garantía de defensa procesal".*

5

II. ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

TERCERO.- ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD

❖ Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria

13. Con Disposición N° 05 del 19.01.2018 [Caso Fiscal N° 34-2017] la FISCALÍA SUPRAPROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS- EQUIPO ESPECIAL formalizó investigación preparatoria, entre otros, CONTRA NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR, a quien se le atribuye la presunta realización del ilícito de TRÁFICO DE INFLUENCIAS en

PODER JUDICIAL

 LORE ANGELES ALVAREZ CORONADO
 JUEGA
 Juega Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
 Primer Juzgado de Investigación Preparatoria
 Poder Judicial de la República

PODER JUDICIAL

 HAYDEE LUISA BARRETO POLO
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
 Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
 Primer Juzgado de Investigación Preparatoria



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

calidad de **INSTIGADORA**, y de **ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR** en calidad de **AUTORA**; en agravio del ESTADO.

14. En dicha disposición, en atención a lo informado por el **COLABORADOR EFICAZ N°06-2017** y actos de corroboración descritos, se plantea la existencia del denominado "**EL CLUB**", que habría estado conformado por tres componentes: i) Representantes de las empresas privadas; ii) **Rodolfo Edgardo Prialé de la Peña**, quien era el "lobbista" y fungía de representante de las empresas privadas ante **Carlos Eugenio García Alcázar**; y, iii) **Carlos Eugenio García Alcázar**, quien era el funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien operativizaba los acuerdos ilícitos dentro del MTC.

15. En específico, y respecto de **NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR**, se precisa el siguiente marco de imputación:

(TRÁFICO DE INFLUENCIAS) Se le imputa a los investigados antes señalados que, como representantes de cada una de las empresas que formaba parte de "**EL CLUB**"- condición que ha sido debidamente acreditada-, se relacionaban con **CARLOS GARCÍA ALCÁZAR** a efectos de comunicarle la empresa que debía adjudicarse una determinada obra, así como la confirmación del pago ilícito que se debía realizar, siendo esta intervención determinante para que **GARCÍA ALCÁZAR** realizara el delito de **TRÁFICO DE INFLUENCIAS**.⁶

Señala como tipo penal el art. 400 CP, conforme a la redacción de la Ley N° 29758 del 21.07.2011, vigente a la fecha de comisión de los hechos.

(ORGANIZACIÓN CRIMINAL) Se les imputa formar parte de la organización delictiva denominada "**EL CLUB**", dentro de la cual se tomaban acuerdos sobre la prelación de empresas que se adjudicarían obras públicas licitadas por **PROVIAS NACIONAL** a cambio de un pago ilícito del 2.92% del valor de la obra al funcionario del MTC **CARLOS EUGENIO GARCÍA ALCÁZAR**, quien luego intercedía ante los funcionarios a cargo de los respectivos procesos de licitación. Así, los investigados **NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR (...)** habrían formado parte del primer componente, encargado de la distribución entre las empresas de las obras que eran licitadas por **PROVIAS NACIONAL**, acordando además el pago del porcentaje solicitado por **GARCÍA ALCÁZAR** a cambio de su intercesión ilegal.

Detalla como tipo penal conforme a la redacción del art. 2 del Decreto Legislativo N° 982 (corregido con Disp.06 del 14.02.2018)

16. Finalmente, la referida disposición fiscal, hace alusión a la complejidad de los hechos, decretando el plazo de treinta y seis meses de vigencia de la investigación preparatoria.

CUARTO.- PLANTEAMIENTOS DEL SOLICITANTE Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

17. En los términos del escrito del 08.03.2018, presentado por la defensa técnica de **NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR**, y audiencia del 13.03.2018, se verifica que los sujetos procesales han definido sus posiciones del siguiente modo:

⁶ También se afirma que cuando la relación se daba de modo indirecto, se efectuaba a través del co-investigado **Prialé de la Peña**.

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
 Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
 Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

a. **Abogado solicitante:**

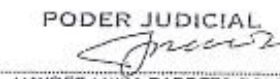
El abogado de la defensa: Alega afectación al derecho de defensa de su patrocinada y solicita la exclusión de elementos de convicción por haber sido incorporados a través de un procedimiento ilegítimo, en específico del Acta de deslacrado del 17.01.2018 y muestras numeradas como 1, 2, 3 y 6 (en la referida acta descritas); invocando como normas a observar los artículos VIII TI y 159 CPP, además de la Casación N° 864-2016-SantaM basándose en los siguientes fundamentos:

- ⇒ Con fecha 17.01.2018 fiscalía realizó la diligencia de deslacrado de muestras incautadas en inmuebles vinculados a la investigada NORMA GRACIELA ZEPILLO DEL MAR, en específico del sitio en Av. Nicolás Ayllón 2634- Ate, en la cual únicamente participó representante del Ministerio Público, dado que a la defensa técnica no se le puso de conocimiento de su realización (en la Disposición N° 03 se programó de otros imputados mas no de la solicitante y no se precisó se trataría de una diligencia única); afirmando que recién se ha tomado conocimiento de ello al ser notificados para la realización de la continuación de diligencia de deslacrado prevista para el día 09.03.2018, en un intento de fiscalía de convalidar dicho acto ilegítimo.
- ⇒ Ante ello, presentó ante fiscalía escrito solicitando la nulidad de dicha diligencia, lo que fuera amparado, estableciéndose la nulidad absoluta por haberse vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso; sin embargo, programa la realización de una diligencia de relacrado (no se regula en el Código Procesal Penal), con lo que se pretende regularizar lo antes advertido, cuando, dada su incorporación ilegítima, no se puede saber si las muestras son las mismas o si han sido adulteradas; lo que no se condice con los efectos de la declaración de nulidad absoluta, esto es, la imposibilidad de reproducción (a diferencia de la nulidad relativa); más aún, si a la fecha se ha roto la cadena de custodia determinante para establecer la autenticidad de la muestra, vulnerándose también la Resolución N° 729-2006-MP sobre Cadena de Custodia.
- ⇒ Señala, que ante dicha incorporación ilegítima al proceso, corresponde dictar como medida correctiva la exclusión del Acta de deslacrado del 17.01.2018 y muestras numeradas como N° 2 consistentes en tarjetas de presentación (630), al no saberse si son las mismas que fueron incautadas; y las N° 1, 3 y 6 que corresponden a dispositivos electrónicos (1 laptop HP core 7- spectre color negro con filos dorados, 2 usb Mota Engil color azul, 1 USB color negro 8 GB Data Travel, 2 USB consugal color plateado y verde, 1 usb Mota Engil 30 años, 1 usb Moquegua ciudad para la vida, USB color blanco, rojo y negro, 2 CD conteniendo información 2011 a 2012 y 2013 a 2014, 1 usb Mota Engil color azul) dado que si bien no se ha revisado su contenido, si han sido deslacrados y existe imposibilidad de conocer se trate de los mismos, existiendo la posibilidad que se hayan contaminados- es de precisar que durante su oralización, simuló la posibilidad de variar la carcasa de un usb color azul; así como aclaró su pretensión en el sentido que solicitó la exclusión de las muestras numeradas

7

PODER JUDICIAL

MARLENE DE LOS ANGELES ALVAREZ CAMACHO
ABOGADA
BOGOTÁ, COLOMBIA
BOGOTÁ, COLOMBIA
BOGOTÁ, COLOMBIA
BOGOTÁ, COLOMBIA

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

como 1, 2, 3 y 6 no del numeradas del 1 al 6 como precisó en su solicitud escrita-

- ⇒ Finalmente, y ante argumento obstruccionista de fiscalía, plantea que la norma procesal permite que todo investigado pueda recurrir al órgano jurisdiccional cuando considere se le ha vulnerado alguno de los derechos amparados vía tutela de derechos; por lo que solicita se desestime dicho argumento.

b. Fiscalía:

Por su parte fiscalía se opone a lo peticionado, basándose en los siguientes argumentos:

- ⇒ Con fecha 16.01.2018 y a través de Cédula de notificación N° 547-2018 se notificó al letrado Patrick Pinedo, quien ejerce la defensa conjunta de la solicitante, con la Disposición N° 03 que programó la realización de la diligencia del 17.01.2018; la que se precisó era única, sin perjuicio que pueda realizarse en varias sesiones, y a la cual los abogados que consideran de interés por convenir a su derecho podían asistir, como ha sucedido en otros casos donde han participado otras defensas, e incluso, de modo conjunto; y si bien, se precisó el nombre de determinados investigados, ello fue para precisar que sobre ellos existía una medida de detención preliminar que había sido declarada fundada por el órgano jurisdiccional, por lo que en el extremo de los citados existía urgencia de realización.
- ⇒ Detalla que con Disposición N° 91 se declara la nulidad de la diligencia del 17.01.2018, mas no de los objetos identificados como muestras incautadas, y con ello considera se han tomado las medidas correctivas adecuadas para salvaguardar los derechos de la solicitante; más aún, si las mismas no sólo pueden constituir elementos de cargo, sino también de descargo.
- ⇒ Finalmente, indica que la presentación de tutela de derechos por parte de la defensa técnica del abogado persigue un ánimo de obstaculizar la investigación, dado que del acta de diligencia del 17.01.2018 se ha dejado constancia únicamente se ha deslacrado dos tarjeteros (de material acrílico), y respecto de los dispositivos informáticos se dejó expresa mención no fueron deslacrados, dado que para ello se necesita orden judicial, y programar diligencia independiente donde se realizan copias espejo.

8

QUINTO.- REVISIÓN DE LA CARPETA FISCAL

18. Del mismo modo, de acuerdo fuera precisado en la Resolución N° 01 del 08.03.2018, en mérito a la cual se convocó a la audiencia de tutela de derechos, se requirió al Ministerio Público concurriera con el original de su carpeta fiscal, la que fuera exhibida y puesta en custodia temporal a este órgano jurisdiccional, en un plazo razonable, para su estudio y análisis en aspectos relacionados al presente pedido; conforme al siguiente detalle:

- Tomo N° 04 a folios 601- 800
- Tomo N° 21 a folios 4001-4200
- Tomo N° 22 a folios 4201-4400

PODER JUDICIAL

MARIA DE LOS ANGELES ALVAREZ CAMACHO
FISCALÍA
Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Poder Judicial de la República

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Poder Judicial de la República



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

- Tomo N° 25 a folios 1 al 113
- Cuaderno Auxiliar a folios 1-278

19. De las cuáles, se ha podido extraer como información relevante:

- Del Tomo N° 04 a folios 714-715: Disposición N° 03 que dispone *Primero: Prográmesse las diligencias de deslacrados, apertura y verificación parcial respecto a documentos y especies incautadas en las diligencias de allanamiento ejecutadas por este despacho fiscal, de acuerdo al siguiente cronograma: (...) Carlos Eugenio García Alcázar (...) Rodolfo Edgardo Priolé de la Peña (...) Elard Paul Tejeda Moscoso (...) Félix Erdulfo Málaga Torres (...) Guillermo Reynoso Medina (...) Luis Humberto Prevoo Neira (...) Marco Antonio Toledo Aranda (...) Rafael Granados Cueta (...) Oscar Javier Rosas Villanueva (...) Jaime Eduardo Sánchez Bernal (...) José Augusto Heighes Sousa (...). Segundo: Notifíquese con copia de la presente a todas las partes procesales para que los fines procesales que estimen pertinentes. Tercero: Oficiar a la Procuraduría Ad Hoc, para su conocimiento y fines pertinentes. Es de resaltar, que en el considerando 2 se ha consignado: En ese entender, es necesario la realización de la "DILIGENCIA DE DESLACRADO, APERTURA Y VERIFICACIÓN" de todos los bienes que fueren incautados en los domicilios vinculados a dichos investigados; siendo esta diligencia única la misma que se llevará a cabo gradualmente y bajo opercibimiento de realizarse con las partes que se encuentren presentes; sin embargo estando a la condición jurídica de detenido de Carlos Eugenio García Alcázar, Rodolfo Edgardo Priolé de la Peña (no habido), Elard Paul Tejeda Moscoso (no habido), Félix Erdulfo Málaga Torres (no habido), Guillermo Reynoso Medina (no habido), y Luis Humberto Prevoo Neira (no habido), que en este momento recae sobre dichos imputados el mandato de detención preliminar judicial por el plazo de 10 días, resulta urgente practicarse, las diligencias de Deslacrado, Apertura y Verificación parcial respecto de una parte de las especies incautadas en las diligencias de allanamiento antes citadas, y de otras que, principalmente, resulten útiles, pertinentes y conducentes para los fines de la presente investigación y para definir su situación jurídica".*
- Del Tomo N° 04 a folios 716-717: Escrito del 15.01.2018 en mérito del cual se apersona la investigada NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR y nombra como defensa conjunta a los siguientes letrados: José Leandro Reaño Peschiera, Cinthia Corrales Carrasco, Patrick Pinedo Hidalgo, Rafael Díaz Ochoa, y Enrique Piedra León.
- Cuaderno Auxiliar a folios 33: Cédula de notificación N° 547-2018 (Caso Nro. 506015504-2017-34-0) dirigido a Norma Graciela Zeppilli del Mar (domicilio procesal sito en Jr. Huáscar N° 2055 Jesús María- Lima); consignándose como recibido conforme con fecha 16.01.2018 y la firma y sello del abogado Patrick Pinedo Hidalgo. Observaciones: En persona.
- Tomo N° 22 a folios 4138-4140: Acta de diligencia de deslacrado de especies del 17.01.2018 donde se ha detallado "(...) a realizar la presente diligencia de deslacrado de evidencia programada para las 11:30 am, dejando expresa constancia de la incomparecencia de los señores abogados de la defensa de Norma Graciela Zepilli Del Mar, pese a ser debidamente notificadas para participar en la

9

PODER JUDICIAL

MARÍA DE LOS ANGELES ALVAREZ ZAMUDIO
ABOGADA
Especialista en Delitos de Funcionarios
1987 - 1987 JUSTICIA DE LA REPUBLICA

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
1987 - 1987 JUSTICIA DE LA REPUBLICA



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

presente conforme se desprende del cargo de la cédula de notificación 547-2018 (...). Participantes de la diligencia: Angel Ubaldo Gonzáles Farfán, Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios- Equipo Especial (...). La presente diligencia tiene por objeto dar inicio a la diligencia de deslucro y verificación de documentos incautados en el operativo de Allanamiento, Desceraje, Registro Domiciliario e Incautación de fecha 12 de enero de 2018, practicado en el inmueble ubicado en Av. Nicolás Ayllón 2634 Asociación Santa Rosa de Lima- Distrito de Ate (Empresa Mota- Engil Perú S.A., denominada en adelante **ANEXO 10** para la presente carpeta fiscal. Con respecto al Acta de allanamiento, Registro Domiciliario e Incautación del 12.01.2018 se procede a enumerar el contenido de los siguientes hallazgos:

1. Bolsa plástica transparente denominada como Muestra 01: corresponde a una bolsa tamaño A3, íntegra, cerrada y sellada en todos sus extremos con cinta adhesiva de embalaje transparente, con el respectivo rótulo de cadena de custodia y formulario de continuidad de cadena de custodia, ambos debidamente firmados, cuyo contenido según rótulo y de lo que se visualiza contiene:

Una Laptop HP Core 7-Spectre-8ang&Olufsen color negro con filos dorados, modelo Spectrespro 1361, serie SND71228H7, con cargador HP color negro.

2. Bolsa plástica transparente denominada como Muestra 03: Corresponde a una bolsa tamaño A3, íntegra, cerrada y sellada en todos sus extremos con cinta adhesiva de embalaje transparente, con su respectivo rótulo de cadena de custodia y formulario de continuidad de cadena, ambos debidamente firmados, cuyo contenido según rótulo y de lo que se visualiza contiene: Dos USB Mota Engil color azul, un USB color negro 8 GB Data Traveler, dos USB Consulgal color plateado y verde, un USB Mota Engil Treinta Años, un USB Moquegua ciudad para la vida- en forma de llave, color plateado, un USB colores blanco, rojo y negro.

3. Sobre denominado como Muestra 06: Corresponde a un sobre de papel manila tamaño A3, íntegro, cerrado y sellado en todos sus extremos con cinta adhesiva de embalaje transparente, con su respectivo rótulo de cadena de custodia y formulario de continuidad de cadena, ambos debidamente firmados, cuyo contenido según rótulo contiene:

Dos discos compactos conteniendo información del 2011 al 2014 y 2013 al 2014. Un USB azul Mota Engil S.A.

Respecto de las tres primeras evidencias antes descritas y signadas como Muestra 01, Muestra 03 y Muestra 06, no se procederá a su deslucro hasta la obtención del requerimiento que autorice la visualización de su contenido.

Asimismo respecto a la Muestra 04 y Muestra 05, el despacho fiscal reprogramará el respectivo deslucro hasta nueva fecha debidamente comunicada.

Continuando con la diligencia se procederá al deslucro de la muestra signada como Muestra 02 de la que se tiene lo siguiente:

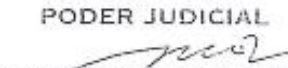
4. Bolsa plástica transparente numerada como Muestra 02: Corresponde a una bolsa tamaño A3, íntegra, cerrada y sellada en todos sus extremos con cinta adhesiva de embalaje transparente, con su respectivo rótulo de cadena de custodia y formulario de continuidad de cadena, ambos debidamente firmados, cuyo contenido según rótulo y de lo que se visualiza contiene:

4.1 Un tarjetero de material acrílico color negro y transparente, con rótulo de "clientes" con tarjetas personales.

10

PODER JUDICIAL

 HAYDE E. TUISA BARRETO POLO
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
 Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
 Calle Leguía 102, Distrito de La Molina, Lima

PODER JUDICIAL

 HAYDE E. TUISA BARRETO POLO
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
 Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
 Calle Leguía 102, Distrito de La Molina, Lima



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

Contiene un total de 301 tarjetas de presentación, divididas por separadores alfabéticos (35+58+42+09+06+28+01+04+05+02+06+16+01+02+27+06+09+42+02), de las cuales se procede a su retiro e inmediata colocación en micas transparentes.

4.2. Un tarjetero de material acrílico color negro y transparente, con rótulo "Otras" con tarjetas personales.

Contiene un total de 327 tarjetas de presentación, divididas por separadores alfabéticos (35+24+04+09+13+04+15+17+18+39+02+13+15+30+21+31+11+26) de las cuáles se procede a su retiro e inmediata colocación en micas transparentes.

En este acto, siendo las 06:58 pm del día miércoles 17 de enero del 2018 se culmina la presente diligencia (...)". continúa copias de tarjetas de presentación-

- Tomo N° 25 a folios 1 al 4: Escrito del 22.02.2018 en mérito del cual la defensa de la investigada NORMA GRACIELA ZEPELLI DEL MAR solicita declarar la nulidad de la diligencia realizada con fecha 17.01.2018, donde señala "4. Se advierte de la revisión del acta fiscal que en dicha diligencia se han aperturado los sobres lacrados denominados muestra 1,3 y 6, en las cuales se habrían hallado las siguientes objetos (...). Asimismo, se indica que se apertura la muestra 2 que contiene aproximadamente 630 tarjetas de presentación (...) Por tanto: A usted, señor fiscal, pido: se sirva acceder a lo solicitado declarando la nulidad de la diligencia efectuada con fecha 17 de enero de 2018, respecto a la apertura de las muestras que contendrían los objetos incautados en el inmueble ubicado en Av. Nicolás Ayllón 2634, distrito de Ate que estarían relacionados a mi patrocinada Norma Zeppilli del Mar, con la finalidad que se habilite fecha y hora para la realización de la diligencia, notificándose oportunamente para participar en la misma. Otr así digo: Se solicita declarar también la nulidad de cualquier otra diligencia que se haya efectuado con relación a la sra. Norma Zeppilli del Mar, sin que nos haya sido oportunamente notificado su programación para participar durante su desarrollo, toda vez que dicha situación implica la vulneración de las garantías del debido proceso, tutela procesal efectiva, legalidad e igualdad, conforme se ha precisado en los párrafos anteriores".
- Tomo N° 25 a folios 5 al 6: Providencia N° 91 del 27.02.2018 de la que se advierte "Sin embargo se advierte que el 17.01.2018 se llevó a cabo la diligencia de deslacrado de parte de la documentación incautada a los bienes vinculados a Norma Zeppilli del Mar, precisando que si bien es cierto dicha diligencia forma parte de la diligencia única de Deslacrado, Apertura y Verificación también es cierto que al no programarse específicamente no se otorgó la opción de participar a no a la defensa técnica de Norma Zeppilli del Mar advirtiéndose que no participó, y en consecuencia no pudiera formular las observaciones y/o precisiones que considere pertinente, siendo uno de los derechos que como abogado defensor del código adjetivo contempla. 4 En ese sentido, conforme lo establece los artículos 84.2, 150 literales b y d del Código Procesal Penal este Despacho Fiscal, considera pertinente que se declare la nulidad de dicha diligencia y advirtiéndose que parte de los bienes se encuentran deslacrados se deberá proceder a RELACRAR en la brevedad posible y en presencia de la defensa técnica de Norma Zeppilli del Mar; asimismo se deberá reprogramar el deslacrado de dicho bien en su oportunidad (...) Provee: Declárese la nulidad de la diligencia de deslacrado de fecha 17 de enero de 2018, relacionado a la investigada Norma Graciela Zeppilli del Mar, debiendo programar

11

PODER JUDICIAL

FERNANDO LOS ANGELES ALVAREZ GALICHIO
Abogado
Especialista en el Código de Procedimiento Penal
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIÓN FORENSE



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

el relacrado de dichos bienes que fueran deslacrados el 17.01.2018 para el día viernes 09 de marzo del 2018 a horas 11:00, en presencia de la defensa técnica de la citada investigada, debiéndose de poner en conocimiento la presente providencia a la defensa. Notifíquese”.

También se ha obtenido las siguientes documentales extraídas de la Carpeta Fiscal:

- Cédula de notificación 5/N del 12.01.2018 de la diligencia de Allanamiento recibida por la investigada NORMA GRACIELA ZEPELLI DEL MAR.
- Acta Fiscal del 12.01.2018 donde consta el detalle de los bienes incautados.
- Formularios de cadena de custodia de las muestras 01, 02, 03, 04, 05 y 06 (Formato A-7 Cadena de Custodia)
- Rótulo de indicios/Evidencias/Elementos recogidos (en cadena de custodia) de las Muestras 01, 03, 04, 05 y 06.

SIXTO.- SOBRE LA PROCEDENCIA DEL PEDIDO QUE FACULTÓ A LA SUSCRITA A CITAR PARA LA REALIZACIÓN DE AUDIENCIA DE TUTELA DE DERECHOS

20. Bajo las premisas antes descritas, conforme al tenor de la solicitud del 08.03.2018 la defensa técnica consignó como sumilla *"Solicito se sirva convocar a Audiencia de Tutela de Derechos y, en su oportunidad, emita resolución declarando Fundada la solicitud de tutela de derechos por vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia, fijar como medida de corrección que se Excluya del proceso el acta de deslacrado de fecha 17 de enero de 2018 y el contenido de las muestras numeradas del 1 al 6 que se detallan en dicha acta (...)"*; verificándose del contenido, hacía referencia a la exclusión de elementos de convicción por vulneración a derechos fundamentales, en consonancia con el ACUERDO PLENARIO 4-2010/CJ-116- FUNDAMENTO 17-, y siendo necesario agotar el debate en audiencia, se convocó a la misma; cumpliéndose, además, con los términos del Acuerdo plenario 2-2012/CJ-116 FJ 10 (sobre el carácter residual). Así, convocados los sujetos procesales- en el término inmediato posible- se instaló la audiencia de su propósito, donde se realizaron los planteamientos descritos en el considerando segundo de la presente resolución por lo que corresponde absolver los mismos, y emitir la decisión sobre el fondo de la solicitud

12

SÉPTIMO.- PRONUNCIAMIENTO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

21. Ahora bien, descrita la base normativa, doctrinaria y jurisprudencial, así como los antecedentes de la investigación, y revisada la carpeta fiscal, es de delimitar el punto de discusión del presente caso- de acuerdo se ha descrito detalladamente en el punto 17 de la presente resolución-, esto es, que *la defensa técnica de NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR* solicita tutela de derechos con el objeto de excluir los elementos de convicción descritos en el "Acta Fiscal de deslacrado de especies" del 17.01.2018" (respecto de bienes incautados en inmueble vinculado a la investigada sito en Av. Nicolás Ayllón N° 2634-Ate), en específico los consignados como muestras N° 01, 02, 03 y 06, así como la mencionada acta, ello en atención, a que se habría vulnerado su derecho de defensa y al debido proceso al realizarse sin el respectivo traslado a la defensa técnica, haciendo mención que de ese modo lo habría resuelto también el despacho fiscal en atención a que con Providencia N° 91 declaró la nulidad de dicha diligencia, convocando a su vez a los sujetos procesales para la diligencia de RELACRADO, entendiendo que los efectos de la nulidad

PODER JUDICIAL

LIDIA DE LOS ANGELES ALVAREZ CARRICHO
Abogada Titular del Ministerio Público
Especialista en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Poder Judicial de la República

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
MINISTERIO PÚBLICO DE LA REPUBLICA



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

absoluta- en los términos que ha resuelto fiscalía invocando el art. 150 literales b y d- impide cualquier acto de convalidación. *Por su parte, fiscalía se opone*, en estricto, porque a la fecha fiscalía, pese a que el abogado fuera emplazado para su concurrencia, ya ha realizado la medida correctiva de declarar la nulidad de la diligencia del 17.01.2018, donde únicamente se deslacró la muestra N° 02 consistente en tarjeteros, dejándose expresa constancia que las demás muestras no habían sido deslacradas.

22. Por lo que, remitiéndonos al estudio de los actuados en la carpeta fiscal- y descritos minuciosamente en el punto 19 de la presente resolución-; previamente, corresponde precisar que no es de recibo por este órgano jurisdiccional lo señalado por fiscalía, en el sentido que a la defensa técnica si se le convocó para la realización de la referida diligencia de deslacrado de especies, que tuviera lugar el 17.01.2018, dado que precisamente ello ha sido el fundamento de la Providencia N° 91 para decretar la nulidad de la diligencia en mención, señalando en específico "(...) que si bien es cierto dicha diligencia forma parte de la diligencia única de Deslacrado, Apertura y Verificación también es cierto que al no programarse específicamente no se otorgó la opción de participar o no a la defensa técnica de Norma Zeppilli(...)"; por lo que carece de objeto continuar con mayor fundamentación al respecto, circunscribiéndonos a delimitar lo siguiente: *primero*, que fiscalía advirtió- a solicitud de la defensa técnica- la realización de una diligencia sin el debido emplazamiento al abogado de la investigada NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR, vulnerando así su derecho de participar en las diligencias y ejercer el contradictorio en su actuación, sin embargo, ello ya ha sido corregido por el Ministerio Público decretando la nulidad de la misma⁷. Y, *segundo*, que fiscalía si bien, con Providencia N° 91 decreta la nulidad de la diligencia realizada con fecha 17.01.2018, no lo hace respecto de los bienes, objetos u cosas que se encuentren contenidas en las "muestras" detalladas; ello, en contraposición a lo afirmado por la defensa técnica de la solicitante que sostiene la tesis que la referida nulidad debe irradiarlos ante la ruptura de la cadena de custodia- que como señalaremos línea abajo no compartimos-, dado que incluso, en el supuesto negado de admitir su posición, no podría afectar a aquellos objetos, bienes o cosas que no fueron materia de la diligencia.

13

23. En ese sentido, de la revisión del "Acta de diligencia de deslacrado de especies" del 17.01.2018 se ha dejado expresa constancia que "Respecto de las tres primeras evidencias antes descritas y signadas como Muestra 01, Muestra 03 y Muestra 06 NO SE PROCEDERÁ A SU DESLACRADO HASTA LA OBTENCIÓN DEL REQUERIMIENTO QUE AUTORICE LA VISUALIZACIÓN DE SU CONTENIDO. Asimismo respecto a la Muestra 04 y Muestra 05, el despacho fiscal reprogramará el respectivo deslacrado hasta nueva fecha debidamente comunicado"; es decir, se deja expresa constancia que las mismas no fueron incluidas en la diligencia de deslacrado, y no obstante, podría prestarse a suspicacias el hecho que fiscalía logre la descripción al detalle de los contenidos de dichas muestras, no debemos dejar de observar el contenido de la referida acta (del 17.01.2018), donde hace mención, que dicha descripción es obtenida- en el caso de las Muestras 01 y 02- del rótulo y formulario de cadena de custodia (además de precisarse que se encuentran lacrados en

⁷ Sin perjuicio de reiterar que la actuación del Ministerio Público debe ser única, lo que guarda relación con la posición asumida por este ente autónomo en sus disposiciones, providencias, y requerimientos, que debe guardar correspondencia con sus participaciones orales en audiencia; así sean diferentes las personas físicas que lo representen.

PODER JUDICIAL

 NORMA ZEPPILLI
 Abogada
 Calle 1000, P.O. Box 1000, Lima 1000, Perú
 Teléfono: (01) 476 1234
 E-mail: norma@zeppilli.com

PODER JUDICIAL

 HAYDEE LUISA BARRETO POLO
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
 Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
 Calle 1000, P.O. Box 1000, Lima 1000, Perú



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

bolsa transparente), lo que queda de mayor notoriedad- en el caso de la Muestra 03- donde se señala que la precisión de su contenido se efectúa conforme al rotulado del sobre de papel manila- lo que coincide con las descripciones de los Formatos A-5 que en copia certificada se anexan al Expediente Judicial. Por lo que queda descartado, cualquier cuestionamiento, respecto a 1*) que las muestras 01, 03 y 05 hayan sido materia de deslacrado en la referida diligencia; y, 2*) que respecto de ellas haya existido ruptura de la cadena de custodia (que a criterio del abogado, no compartido por este despacho, origine descartar de autenticidad a dichos elementos); deviniendo en amparable la oposición planteada por el Ministerio Público; sin perjuicio de recomendar, en su oportunidad, a la defensa técnica de la solicitante, que en lo sucesivo, de plantear mecanismos tales como la TUTELA DE DERECHOS, lo realice con un mayor análisis de los actuados de la investigación; más aún, ante la existencia de una circunstancia que ha generado mayor preocupación por parte de la suscrita, consistente en que con este mecanismo el abogado de la defensa solicita la exclusión de medios probatorios- como ha sido indicado-; sin embargo, con Escrito del 22.02.2018, presentado ante fiscalía, si bien solicita la nulidad de la diligencia, a su vez, peticona la reprogramación de la diligencia para que sea realizada con su participación, por lo que consideramos la recomendación válida y de necesaria emisión; porque si bien, no compartimos lo alegado por el Ministerio Público en el sentido de considerar que el plantear este tipo de mecanismos constituya *per se* un acto obstruccionista, al ser uno previsto por la norma procesal para garantizar los derechos de los investigados, también es necesario que las partes los empleen de modo adecuado y congruente a su participación en sede fiscal.

14

24. Ahora bien, de lo precisado, se concluye que en la diligencia llevada a cabo el 17.01.2018 la Muestra 02 sí fue materia de acto de deslacrado, es decir, se extrajo del sistema de control de la cadena de custodia, los bienes consistentes en: "Un tarjetero de material acrílico color negro y transparente, con rótulo de "clientes" con tarjetas personales. Contiene un total de 301 tarjetas de presentación (...) y Un tarjetero de material acrílico color negro y transparente, con rótulo "Otras" con tarjetas personales. Contiene un total de 327 tarjetas de presentación"; lo que se ha efectuado en una diligencia irregular, cuya nulidad ha sido decretada, significando por ende la ruptura de esta modalidad de acreditación de la mismidad, sin embargo, ello- en los términos expuestos en los puntos 11 y 12 de la presente resolución- no puede significar su exclusión automática como sanción procesal; y en todo caso, para su valoración (vg. prueba de cargo, en una eventual acusación) corresponderá su análisis en la etapa que corresponda (juzgamiento); no pudiendo calificarlos, en este estadio, de elementos probatorios ilícitos; por lo que el pedido formulado, en este extremo, no puede atenderse vía tutela de derechos (de carácter residual), al contarse con vía propia para el extremo de cuestionamiento de estos tarjeteros por la ruptura de cadena de custodia; y también respecto de la diligencia de "RELACRADO", que habría sido dispuesta por fiscalía (en el sentido si es admisible determinar que ella supere la ruptura de la cadena de custodia, y por ende continuar con este mecanismo de autenticidad, o, preferir otros dentro del principio de libertad probatoria); sin perjuicio de recomendar a fiscalía se cña a los procedimientos establecidos en nuestra normatividad procesal vigente, su normatividad administrativa y términos del ACUERDO PLENARIO N° 6-2012/ci-116, ante la posible omisión o ruptura de la cadena de custodia.

PODER JUDICIAL

LIDIA DE LOS ANGELES ALARCÓN POLO
JUEZA
Poder Judicial de la Corte Superior de Justicia de la Provincia de Arequipa

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios
Corte Superior de Justicia de la Provincia de Arequipa



SISTEMA NACIONAL
ESPECIALIZADO EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

PRIMER JUZGADO
NACIONAL DE
INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA

25. Por lo que al ser así, este despacho jurisdiccional, deberá amparar la oposición formulada por fiscalía, y declarar que la tutela de derechos deviene en infundada por los fundamentos expuestos, en concreto, se determina: no excluir el Acta de Deslacrado del 17.01.2018 al ya haber fiscalía decretado su nulidad y no advertir elemento objetivo que dé cuenta a la fecha venga siendo valorado de algún modo- tampoco corresponde al estadio de la causa-; no excluir las muestras N°1, 3 y 6 por no haber sido materia de la diligencia de deslacrado del 17.01.2018 y a la fecha permanecer en cadena de custodia; y, no excluir la muestra N° 02, en los términos del ACUERDO PLENARIO N° 6-2012, por cuando su cuestionamiento tiene vía propia y oportunidad procesal determinada (valoración ante la ruptura de la cadena de custodia, lo que no genera ilegitimidad en la prueba).

III. DECISIÓN

Por estas consideraciones, de conformidad con las normas constitucionales y dispositivos legales señalados, la Señorita Juez del PRIMER JUZGADO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, Resuelve:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la oposición planteada por fiscalía; y en consecuencia INFUNDADA la solicitud de tutela de derechos presentada por la defensa técnica de la investigada NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR, a quien se le viene investigando por la presunta realización de los ilícitos de TRÁFICO DE INFLUENCIAS en su calidad de INSTIGADORA, y de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR en calidad de AUTOR; en agravio del ESTADO.

SEGUNDO.- RECOMENDAR a la defensa técnica de NORMA GRACIELA ZEPILLI DEL MAR formular su pedido con mayor estudio de los actuados de la investigación, al advertirse del Acta cuestionada, del 17.01.2018, que únicamente se procedió al deslacrado de la muestra numerada N°2 mas no de las signada con N°1, 3 y 6; lo que también fuera advertido por la defensa conjunta al solicitar ante fiscalía, con escrito del 22.02.2018, la programación de la diligencia con su participación; de acuerdo se ha expuesto en detalladamente en el punto 23 de la presente resolución. Y en el mismo sentido, a fiscalía mantenga su unidad de actuación, conforme ha sido mencionado en el punto 22 de la presente resolución, ciñéndose a los procedimientos establecidos en nuestra normatividad procesal vigente, su normatividad administrativa y términos del ACUERDO PLENARIO N° 6-2012/CI-116, ante la posible omisión o ruptura de la cadena de custodia.

TERCERO.- AGREGAR A LOS ACTUADOS copia certificada de las documentales revisadas de la Carpeta Fiscal de acuerdo se ha detallado en el punto 19 de la presente resolución; ello a fin que en el supuesto de ser recurrida, el superior jerárquico cuente con ellas para su mejor análisis, atendiendo a que la carpeta fiscal deberá ser devuelta a la brevedad a fiscalía con el objeto de no afectar la investigación.

CUARTO.- Notificar a los sujetos procesales que corresponda.

PODER JUDICIAL

MARÍA DE LOS ANDROS ÁLVAREZ CIMACHO
JUEZA
Resolución emitida en el Juzgado Nacional de Investigación
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CALLE SIMÓN BOLÍVAR, ESTACIÓN CENTRAL DE FERROCARRIL

PODER JUDICIAL

HAYDEE LUISA BARRETO POLO
ESPECIALISTA JUDICIAL
Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria
Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CALLE SIMÓN BOLÍVAR, ESTACIÓN CENTRAL DE FERROCARRIL



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-P6-01

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 Auca

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

Quispe Auca
MINIOE MORAÑO USUNO, QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
CON SUDECELA SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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.

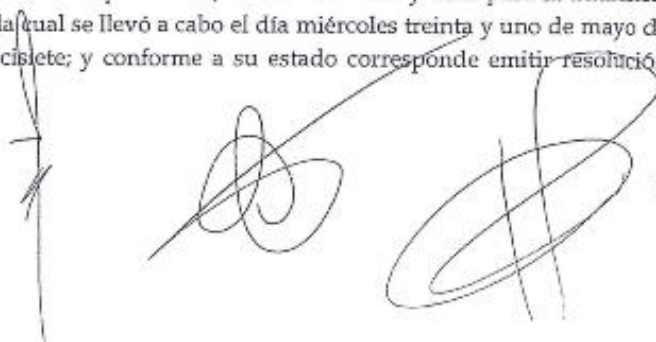
1.1. Con fecha veintinueve de marzo de dos mil diecisiete, mediante solicitud -folios 1 a 31- dirigido al Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y NADINE HEREDIA ALARCÓN solicitan Tutela de Derechos, por considerar que el material probatorio incorporado a la Carpeta 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

Heredia
HAYDEE ROSARIO USCATA OLIVERA
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONALES
EN MATERIA DE DELITOS ADUANEROS,
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL





PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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.

HAYDEE ROSARIO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONALES
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADAS EN DELITOS ADUANEROS,
TRIBUTARIOS Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

¹ EXP. N.º 01.0433-2013-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:



SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-S001-JR-PE-01

“Artículo 71. Derechos del imputado.

1. El imputado puede hacer valer por sí 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 correspondá;
- 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 hacerla, 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.

HAYDÉE ROSARIO USCATA CUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN VÍA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LOS IMPUTADOS EN DELITOS ADUANEROS,
TRIBUTARIOS Y AMBIENTALES
SALA PENAL DE APELACIONES



SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 219-2015-19-5001-JR-PE-01

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.

HAYDÉE ROSARIO LISCATA OUSPÉ
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONALES
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

³ Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116. Apartado 13.

5



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 ROSENDO 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

6



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5007-JR-PE-01

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.


 ROSARIO QUISPE
 FISCAL EN JEFE
 FISCALÍA GENERAL DE INVESTIGACIONES
 EN PROMOCIÓN DE JUSTICIA
 ESPECIALIZADA EN DELITOS
 FISCALIDAD DE AEROPUERTO Y AEROPORTOS
 SALA PENAL NACIONAL







PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.

EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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

RAYCO ROMERO USCATA QUIPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONALES
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADAS EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL.

8



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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.


RAYDIE ROBERTO JUSGATA QUISEPÉ
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL EN MATERIA DE DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

9



SALA
PENAL
NACIONAL

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.

EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 29ª 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 RUSUARDI USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS,
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

Sexto. De la delimitación del pronunciamiento de la Sala de Apelaciones.

10



SALA
PENAL
NACIONAL

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.

EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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.

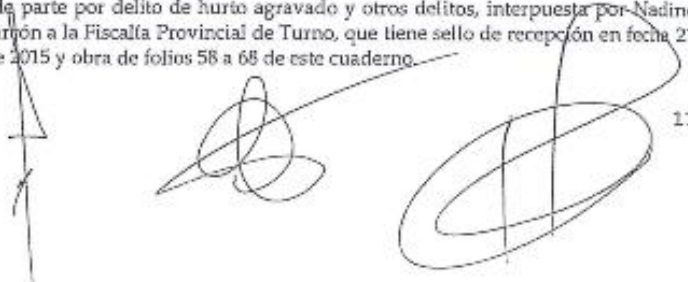
7.1. Fundamentos principales de la solicitud de tutela de derechos.

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 convicción⁴ para resolver su pedido, así como en el contenido de la solicitud de tutela


 ROSALVA USCATA QUIJSE
 HAYDÉE ROSARIO USCATA QUIJSE
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 SECCIÓN SUPLENTE DE APELACIONES PENALES
 EN COORDINACIÓN CON LOS ASESORES
 LEGALES DE MERCADO Y AMBIENTALES
 SALA PENAL NACIONAL

⁴Denuncia 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.



11



PODER JUDICIAL
Del PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

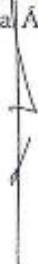
que da origen a este cuaderno, sostienen que las agendas estaban guardadas en un cajón de su dormitorio, de cuyo lugar fueron sustraídas por Micheline Vargas León, la que habría colaborado en algunas labores de su hogar desde el año dos mil seis, hasta antes de la navidad correspondiente al año dos mil 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 Mami* 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

HAYDÉE ROBBRIO USCATA QUIÑE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONALES
EN ADOCIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS,
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
DE LA SALA PENAL NACIONAL




12



SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 Estado⁵.

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 dieciséis⁶, 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 propios.

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.

ROSARIO USCATA QUISEP
FISCALISTA JUDICIAL
SECRETARÍA GENERAL DE APELACIONES NACIONALES
SECRETARÍA DE ASESORIA LEGAL
SECRETARÍA DE ASESORIA TÉCNICA
SECRETARÍA DE ASESORIA ADMINISTRATIVA
SECRETARÍA DE ASESORIA FINANCIERA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE RECURSOS HUMANOS
SECRETARÍA DE ASESORIA DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN
SECRETARÍA DE ASESORIA DE COMUNICACIÓN
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN
SECRETARÍA DE ASESORIA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO SOCIAL
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE OPERACIONES
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE PROCESOS
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE CALIDAD
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN AMBIENTAL
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE RIESGOS
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD INDUSTRIAL
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA SALUD
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA MARITIMA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA AERONÁUTICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA NÁUTICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA PESQUERA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA MINERÍA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA TÉRMICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA MECÁNICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA QUÍMICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA NUCLEAR
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA RENOVABLE
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA ATÓMICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA FOSFÓRICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA SOLAR
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA EÓLICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA GEOTÉRMICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA HIDROELÉCTRICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA BIOMASA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA BIOMÉDICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA BIOMIMÉTICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA BIOMIMÉTICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA BIOMIMÉTICA
SECRETARÍA DE ASESORIA DE INVESTIGACIÓN DE SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD DE LA ENERGÍA BIOMIMÉTICA



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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.

HAYDEE ROSARIO USATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SECCIÓN DE LITIGIO DE APELACIONES NACIONALES
EN ASESORÍA DE ASESORES NACIONALES
EN ASESORÍA DE ASESORES NACIONALES
EN ASESORÍA DE ASESORES NACIONALES

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.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 recursal⁹.

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


ROSARIO QUISPE
MAYOR ROSARIO QUISPE QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL

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-Calleo. Las mismas que se han pronunciado sobre la valoración de la prueba en la etapa de juzgamiento.

15



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 NACIONALES
EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS,
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

16



SALA
PENAL
NACIONAL

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-S001-JR-PE-01

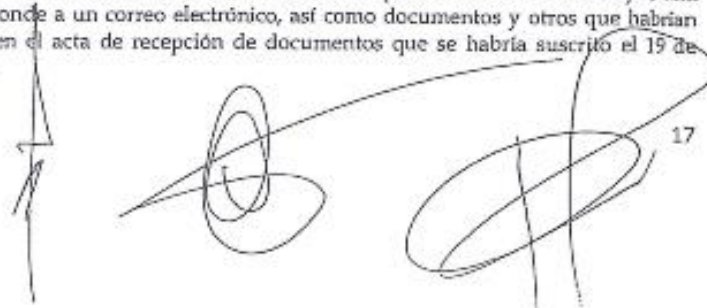
23-2015 de fecha veinte de agosto de dos mil quince¹⁰, han generado la actuación de varios actos de investigación, tales como declaraciones de los investigados, declaraciones de testigos, requerimiento de informes, pericia grafotécnica y otros, en cuyo caso, se justifica evaluar si la incorporación a 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 suscritó el 19 de agosto del 2015.

Haydee Rosario Ugorta Quispe
 HAYDEE ROSARIO UGORTA QUISPÉ
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 ESPECIALIZADA EN APELACIONES PENALES
 EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
 ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
 TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
 SALA PENAL NACIONAL





PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.

EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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

Alonso
.....
MAYOR ROBERTO USCATA QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL
EN SU AUTORÍA Y FUNCIONES
EN EL PROCESO DE ASESORÍA
TRIBUNAL DE ASESORÍA
SALA PENAL NACIONAL



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 sustraídas 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.

MAVICEN RESERVO USCAYTA QUISEPÉ
ESPECIALISTA JUDICIAL
EN APLICACIÓN DE APLICACIONES NACIONAL
EN APLICACIÓN DE APLICACIONES NACIONAL
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

19



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE. N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 requerientes 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 sus preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional".

Rosario Quispe
MAYDE ROSARIO QUISPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SECCIÓN SALA PENAL DE APELACIONES NACIONALES
GRUPO DE ASESORIA A LAS FUNCIONES
ESPECIALIZADAS EN DELITOS ADUANEROS,
TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y AMBIENTALES
PODER JUDICIAL NACIONAL



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 269-2015-19-5001-JR-PE-01

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 familia¹²; 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.

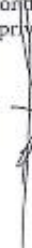
7.4.3. Sobre la violación del derecho a la propiedad.

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.


 ROSARIO USCATA QUISPE
 ESPECIALISTA JUDICIAL
 EN LA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONALES
 EN EL TRIBUNAL DE APELACIONES NACIONALES
 EN EL TRIBUNAL DE APELACIONES NACIONALES
 EN EL TRIBUNAL DE APELACIONES NACIONALES





 21



PODER JUDICIAL
Del Perú

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.
EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

haber constituido un detrimento patrimonial significativo de los investigados.

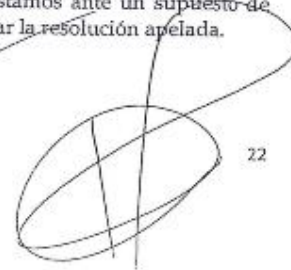
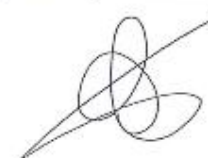

7.5. Este Colegiado teniendo en cuenta los fundamentos desarrollados concuerda con la decisión del Juez de instancia de considerar infundada la tutela de derechos; no obstante, debe expresar su desacuerdo con parte de los fundamentos de la resolución apelada, especialmente con aquellos referidos a la 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 ROSNARIO USCATA QUIROPE
ESPECIALISTA JUDICIAL
SE INDIAGRAMA EN LAS FUNCIONES
ESPECIALIZADAS EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS,
DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL



22



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

SALA
PENAL
NACIONAL

SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES
NACIONAL, EN ADICIÓN A SUS FUNCIONES
SALA PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS
ADUANEROS, TRIBUTARIOS, DE MERCADO Y
AMBIENTALES.

EXPEDIENTE N° 249-2015-19-5001-JR-PE-01

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 ADICIÓN A SUS FUNCIONES
ESPECIALIZADA EN DELITOS ADUANEROS
TRIBUTARIOS DE MERCADO Y AMBIENTALES
SALA PENAL NACIONAL

23



El Peruano

Firmado Digitalmente por:
EDITORIA PERU
Fecha: 13/05/2018 04:35:14

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano

FLUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL

Domingo 13 de mayo de 2018

JURISPRUDENCIA

Año XXVII / Nº 1076

8031

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 591-2015
HUÁNUCO

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

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

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.-

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

ANTECEDENTES

Primero. Itinerario del proceso en la etapa intermedia

1.1. La representante de la Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco, mediante requerimiento acusatorio, a fojas ochenta y seis, del cuaderno de formalización de Investigación, formuló acusación contra José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano como autores del delito contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior, solicitando que se les imponga siete y ocho años de pena privativa de libertad, respectivamente, y dos mil soles por concepto de reparación civil a cada uno de los imputados.

1.2. Durante la realización de la audiencia de control de acusación, a fojas ciento cincuenta y seis, del cuaderno de formalización de Investigación, se emitió la resolución N.º 07, del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, en la que se resolvió no admitir los medios de prueba consistentes en las actas de registro personal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano, así como las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Luis Rodríguez Alvarado y Leoncio

Santos Ramírez; esta resolución no fue impugnada por la defensa legal de los procesados y la representante del Ministerio Público se reservó el derecho de cuestionarla ulteriormente.

1.3. Posteriormente, mediante resolución N.º 09, del diecinueve de setiembre de dos mil catorce, se dictó auto de enjuiciamiento contra José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano por el delito y agravado en mención.

Segundo. Itinerario del juicio en primera instancia

2.1. Mediante auto de citación a juicio oral, contenido en la resolución N.º 10, del treinta de setiembre de dos mil catorce, se citó a los procesados a la audiencia de juicio oral a realizarse el cuatro de noviembre de dos mil catorce. El juicio oral se realizó con normalidad, realizándose la audiencia de lectura de sentencia el trece de abril de dos mil quince, conforme consta en el acta a fojas doscientos ochenta y siete del cuaderno de debate.

2.2. En la sentencia de primera instancia, del trece de abril de dos mil quince, a fojas doscientos noventa, del cuaderno de debate, se condenó a José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano como autores del delito contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior y como tal se les impuso siete y ocho años de pena privativa de libertad, respectivamente. La defensa legal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano interpuso recurso de apelación, a fojas trescientos trece, del cuaderno de debate, contra esta sentencia condenatoria.

Tercero. Itinerario del Proceso en segunda instancia

3.1. El Superior Tribunal, culminó la fase de traslado de la impugnación, conforme el decreto del quince de junio de dos mil quince, de fojas trescientos cuarenta y siete del cuaderno de debate, procediendo a realizar la audiencia de apelación, conforme el acta de audiencia de apelación del nueve de julio de dos mil quince, a fojas trescientos sesenta.

3.2. Finalmente, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, el veintuno de julio de dos mil quince, conforme consta en el acta a fojas trescientos sesenta y cuatro, del cuaderno de debate, mediante la cual se resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa legal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano y confirmaron la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.

3.3. Notificada la resolución emitida por el Superior Tribunal, la defensa legal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano interpuso recurso de casación –fojas trescientos ochenta y seis del cuaderno de debate–, el cual fue concedido mediante auto del doce de agosto de dos mil quince.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

4.1. Elevado el expediente a esta Suprema Sala, habiéndose corrido traslado a las partes, conforme consta en las cédulas de notificación de fojas veintiocho a treinta del



JURISPRUDENCIA

El Perurano:
Domingo 13 de mayo de 2018

cuadernillo formado en esta Suprema Instancia, y habiéndose señalado fecha para calificación del recurso de casación, mediante auto de calificación, del trece de enero de dos mil dieciséis, a fojas treinta y ocho, del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia se declaró bien concedido el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial.

4.2. Instauradas las partes procesales de la admisión del recurso de casación –conforme cédulas de notificación de fojas cuarenta y tres a cuarenta y seis, del cuadernillo formado en esta Suprema Instancia–, mediante decreto del cuatro de abril de dos mil diecisiete, se señaló la fecha para la audiencia de casación para el día veintiséis de abril de dos mil diecisiete. Instaurada la audiencia de casación con la presencia de la representante del Ministerio Público y la defensa legal de los recurrentes, culminada la misma, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es la de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con el artículo cuatrocientos treinta y uno, inciso cuatro, del Código Procesal Penal, se estableció para el diecisiete de mayo de dos mil diecisiete.

Quinto. Agravios del recurso de Casación

La defensa de los encausados José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano fundamentaron su recurso de casación, a fojas trescientos ochenta y seis del cuaderno de debate, alegando lo siguiente: i) La sentencia impugnada amerita el desarrollo de la doctrina jurisprudencial conforme a lo previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete, inciso cuatro, del Código Procesal Penal, si resulta procedente la condena por tenencia ilegal de armas, pese a que el acta de registro personal e incautación de arma fueron declaradas inconstitucionales en mérito de una acción de tutela de derechos; en consecuencia, el causal probatorio para condenar a sus patrocinados sería insuficiente, pues sobre la base de testimoniales no puede acreditarse la posesión del arma; y, ii) Se vulneró la garantía constitucional del derecho a la prueba, en su vertiente de prohibición de valoración de prueba directa o indirectamente fueron obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, dado que fueron declaradas pruebas ilícitas en la audiencia de control de acusación; no obstante, el a quo y el ad quem señalan que los acusados tuvieron en su poder las armas de fuego con las cuales habrían realizado disparos a los efectivos policiales que realizaron la intervención, valorando indebidamente los documentos periciales de absorción atómica, actuados como consecuencia del acta de intervención e incautación, prueba ilícitas en su modo indirecto.

Sexto. Motivo casacional

Conforme ha sido establecido en la parte final del fundamento jurídico cuarto, del auto de calificación del recurso de casación –fojas treinta y ocho del cuadernillo formado ante esta Suprema Instancia– el motivo de casación, admitido para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de los que como resultado del análisis del presente caso se diluciden, es analizar, con el consecuente desarrollo de doctrina jurisprudencial, si los medios de prueba realizados como consecuencia del levantamiento del acta de incautación y comiso de arma de fuego le alcanzan los límites de la prohibición de la actuación de la prueba prohibida, o si estos medios probatorios son excluyentes e independientes de la referida acta, en consecuencia, si estos resultan dentro del marco de lo constitucionalmente protegido.

Séptimo. Delimitación del objeto fáctico

En el requerimiento acusatorio, a fojas ochenta y seis, del cuaderno de formalización de investigación, se atribuye a José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano lo siguiente:

7.1. Hechos precedentes

El treinta de diciembre del dos mil trece, aproximadamente a las cinco de la tarde, efectivos policiales de la oficina de inteligencia OFI-INTERPOL de la Policía Nacional del Perú, tomaron conocimiento de que habían personas que estaban en posesión de armas de guerra en el lugar denominado Loma Blanca, comprensión del Asentamiento Humano Aparicio Pomares de la ciudad de Huánuco.

7.2. Hechos concomitantes

Al llegar al lugar, encontraron a personas en actitud sospechosa, haciendo el alto respectivo, circunstancias en

las que José Luis López Urbano saca un arma de su cintura y empieza a realizar disparos en contra de los efectivos policiales Paulo Ayala Ferrer, Robert David Tolentino Gonzales Edwin Leoncio Santos Ramírez y Marco Antonio Díaz Correa, frente a este hecho los efectivos policiales antes citados respondieron también con disparos.

Cuando el acusado José Luis López Urbano se daba a la fuga, resultó herido en la pierna izquierda por el impacto de un proyectil, es así que cuando se realizó el registro personal se le encontró en la mano derecha un arma de fuego, PIETROBERETA N ° DE SERIE FO3371Z, calibre 9 milímetros con una cacerina abastecida con 2 municiones.

En tanto que al acusado Víctor Aguirre Solórzano fue intervenido cuando intentaba darse a la fuga por un barranco, de tres metros de profundidad, aproximadamente, momento en el que cae, ocasionándose lesiones. Cuando se le realizó el registro personal se le encontró en posesión de un arma de fuego, marca TANFOGLIO, serie AB35333CAT13961, color negro, calibre treinta y ocho, corto, con una cacerina abastecida con siete municiones de la marca RP-380 auto.

7.3. Hechos posteriores

Ambas personas no portaban en ese momento licencia de posesión de uso de arma de fuego, razón por lo que los efectivos policiales procedieron a incautarlas, posterior a ello trasladaron al hospital al herido y al otro intervenido a la oficina de la PNP Huánuco, determinándose posteriormente que ninguna de estas dos personas tienen licencia para posesión y uso de armas de fuego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. De la prueba ilícita

Octavo. Una de las funciones esenciales del proceso penal, en un estado constitucional y de derecho, es la búsqueda de la verdad material – o, mejor dicho, de la verdad judicial –: acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, de ser el caso, castigar al autor o partícipe de su comisión¹. Empero, el sistema penal, en la búsqueda de ese propósito, es fundamentalmente invasivo de las libertades y derechos de los ciudadanos.

Noveno. En ese contexto, ha de asumirse que toda búsqueda de la verdad, implica que la obtención de fuentes de prueba, se realice con una mayor o menor restricción de derechos fundamentales. Pero la limitación que se impone a esta actividad es que las fuentes de prueba se obtengan de manera legítima². Esta legitimidad implica que la búsqueda de la verdad no sea absoluta, sino que, dicha actividad se vea limitado por el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. La inobservancia de esta premisa es lo que da origen a la denominada prueba ilícita o prueba prohibida.

Décimo. Tal como afirma el Tribunal Constitucional, en la dogmática y en la jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida³. La misma situación se expresa en la terminología utilizada para su denominación⁴. No obstante, a efectos del presente análisis, se puede precisar que la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable⁵.

Décimo Primero. En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos supuestos específicos en los cuales se alude esta forma de actividad probatoria no permitida. Así, en la Constitución Política se establece en el artículo 2, numeral 10, que:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser

¹ See Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal Lecciones*, INPECCP, Lima, 2010, p. 14.

² Tzurro, Michele, *Teoría de la prueba*, ARA, Lima, 2015, p. 15.

³ STC Exp. 00855-2010-PHC/TC, Fundamento jurídico tercero.

⁴ Miranda Estremera, Manuel, *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista, 2012, pp. 65-66.

⁵ STC Exp. 2033-2003-HC/TC, Fundamento jurídico tercero.



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.⁶

Asimismo, en el literal h, del inciso 24, del mismo artículo, se establece lo siguiente:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...)

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurrirá en responsabilidad⁷.”

Décimo Segundo. Ahora bien, en el Código Procesal Penal se establecen criterios generales por los cuales un medio de prueba resulta ilícito. Por ejemplo, el artículo VIII, del Título Preliminar, se señala lo siguiente:

“1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un proceso constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (...)”

Posteriormente, en el artículo 159 se dispone lo siguiente:

“1. 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 persona⁸.”

Finalmente, en el artículo 393, inciso 1, se establece que:

“1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.”

B. Distinción entre prueba ilícita y prueba irregular

Décimo Tercero. Como se aprecia de lo precisado en el fundamento jurídico décimo primero, existen en la Constitución Política supuestos definidos en los cuales se han preestablecido prohibiciones absolutas de valoración probatoria; empero, conforme lo precisado en el fundamento jurídico décimo segundo, ello no restringe el ámbito de aplicación únicamente a dichos supuestos.

Décimo Cuarto. Si bien en el Código Procesal Penal, conforme el contenido del inciso dos, del artículo VII, del título preliminar y el artículo ciento cincuenta y nueve, parece asumirse un concepto estricto⁹, lo cierto es que en el inciso uno, del artículo VII, del título preliminar también se estipula que todo medio de prueba debe ser obtenido e introducido mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo, lo que implica incluir dentro de esta institución no solo la lesión de derechos fundamentales sustanciales, sino también, lo referido a los derechos fundamentales de carácter procesal¹⁰.

Décimo Quinto. En ese sentido, se debe precisar la distinción de la prueba cuya ilicitud se origina en la infracción de una norma legal procesal ordinaria o infraconstitucional¹¹ —la cual a su vez pueden formar parte, como una expresión específica, del conjunto de garantías derivadas de otro derecho fundamental— sea para su obtención o práctica, esto es aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley. En este supuesto nos referimos a una prueba irregular, la cual no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última¹².

C. Efectos jurídicos de la prueba irregular

Décimo Sexto. Existen supuestos específicos en los que el legislador ha predeterminado, mediante una norma de carácter procesal, un supuesto de obtención probatoria no permitido y su consecuencia. Así se aprecia, por ejemplo, en el inciso tres, del artículo ciento sesenta y tres, inciso dos, del artículo ciento sesenta y dos, inciso tres, del artículo

ciento ochenta y cuatro, del Código Procesal Penal—. Ello no significa que se cierre la posibilidad de limitar la valoración probatoria de otros supuestos no regulados específicamente.

Décimo Séptimo. En general, las leyes procesales tienen en común que no admiten las pruebas irregulares; pero se distingue por la mayor o menor amplitud con que prevén excepciones a esta regla general¹³. En el caso de las pruebas irregulares, en nuestro sistema jurídico, el artículo VII, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, establece, de modo genérico, una prohibición de valoración para las pruebas no obtenidas mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo —entre las cuales hemos ubicado a la prueba irregular, conforme el fundamento jurídico décimo quinto—.

Décimo Octavo. Si bien tanto en el mismo cuerpo normativo precitado, como en la jurisprudencia y en la doctrina, se utiliza una terminología variada para denominar el efecto de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales, en puntada el efecto derivado es el de ineficacia del acto¹⁴, lo que se traduce en una exclusión probatoria, sin distinción de si procesalmente esta se efectúa al momento de la admisión o de la valoración de la fuente de prueba.

Décimo Noveno. Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere de lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve, del Código Procesal Penal, el cual impone al juzgador la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental.

Vigésimo. De manera que, si bien las normas procesales pueden establecer una protección de un ámbito específico, como manifestación específica derivada de un derecho fundamental, no puede excluirse la posibilidad que se presente un supuesto de prueba irregular no regulado específicamente. Ahora bien, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular.

Vigésimo Primero. De ser este el caso, es pertinente analizar la entidad de la infracción de la norma concernida¹⁵, en consecuencia, se deberá tener en consideración el ámbito específico de regulación de la norma procesal, el contexto en que se suscitó su inobservancia, la persistencia en la inobservancia de la norma procesal y la intensidad de afectación del derecho fundamental, a efectos de constatar si concurre una mera inobservancia de una norma procesal o una afectación al contenido esencial de un derecho fundamental.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Vigésimo Segundo. En el presente caso, conforme se detalló en el fundamento jurídico primero de la presente Ejecutoria Suprema, durante la etapa intermedia se expidió la resolución N.º 07, del diecinueve de setiembre de dos mil novecientos, donde se resolvió no admitir los medios de prueba consistentes en las actas de registro personal de José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano. La defensa legal de los procesados aduce que los demás medios de prueba admitidos y actuados durante el proceso; a saber:

– declaración testimonial del Suboficial de segunda PNP Pablo Ayala Ferrer, declaración testimonial de Marco Antonio

⁶ TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal*, AMAG, Lima, 2009, p. 130.

⁷ SÁNCHEZ CORDOVA, Juan, *La prueba prohibida y la nulidad de actuados*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 59.

⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal Lecciones*, INPECCP, Lima, 2015, p. 621.

⁹ MARRIOLA ESTEBANES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2da edición, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, p. 48.

¹⁰ HERNÁNDEZ PÉREZ, José, *Video y legalidad de la prueba*, en: IDEELE-Revista del Instituto de Defensa Legal N.º 140, setiembre del 2011, p. 73.

¹¹ KATZBERG, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal AD-HOC*, Buenos Aires, 2002, p. 34.

¹² SAN MARTÍN CASTRO, César E., *Delito & Proceso Penal nuevas perspectivas a cinco instituciones penales*, Jurista, Lima, 2017, p. 49.



JURISPRUDENCIA

El Periódico
Domingo 13 de mayo de 2018

Díaz Correa, declaración testimonial del PNP Robert David Tolentino Gonzales, declaración testimonial del PNP Edwin Leoncio Santos Ramirez, declaración pericial SOP Olenka Vanesa Torres Aranda que suscribió dictamen pericial de balística forense, declaración pericial SOF2 Nelida Granados Caso que suscribió dictamen pericial de Ingeniería forense, el acta de intervención policial de fecha 30 de diciembre del 2013, el oficio de SUCAMEC donde se informa que la pistola marca "BERETTA" se encuentra registrada a nombre de Miguel Ogusuku Oshiro y la pistola marca "TANFOGLIO" se encuentra registrado a nombre del PNP Walter Alfredo Araujo Valencia, oficio donde se informa que el acusado Victor Aguirre Solórzano sí registra antecedentes penales, a efectos de realizar la determinación de la pena, oficio SUCAMEC donde se informa que los imputados no registran licencia de posesión y uso de arma de fuego y los dictámenes periciales de balística forense N.º 042-052, de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil trece, e Ingeniería forense N.º RD451-452/14, del diecisiete de marzo de dos mil catorce- son derivados de las actas de intervención que fueron declaradas pruebas ilícitas, por lo que deben ser excluidos.

Vigésimo Tercero. De una lectura de la resolución N.º 07, en el fundamento jurídico cuarto, se especificó que las actas de intervención fueron excluidas por no cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo doscientos diez, del Código Procesal Penal. En este sentido, se señala:

"(...) se puede advertir que no cumple con tales presupuestos a fin de garantizar la formalidad he dicho medio probatorio obtenido por los efectivos policiales, toda vez que de la revisión de los medios probatorios se advierte que dicha acta de registro personal habría sido realizada en las instalaciones de las oficinas de la OFINTE-PNP-HCO, conforme se expresa del documento del Acta de Registro Personal, esto con fecha treinta de diciembre del dos mil trece, pero en dicha acta, no se precisa que los efectivos policiales habrían solicitado a dichos investigados que exhiban el arma de fuego o los bienes que tendrían en su poder, además de ello, no se advierte que los efectivos policiales hayan precisado a los investigados, a fin de que estos puedan ser asistidos en ese acto por una persona de su confianza; además en el acta de registro personal realizada a la persona de José Luis López Urbano, se verifica que el intervenido se negó a firmar, pero no se expone las razones por la cual dicho investigado se negó a firmar dicha acta de registro personal en consecuencia se puede concluir entonces que dichas actas de registro personal, se han dado inobservando las reglas de las garantías constitucionales, establecidas a favor del procesado, por lo cual esta Judicatura como juez de garantía, no puede amparar tales excesos realizados en las diligencias preliminares, por parte de los efectivos policiales, toda vez que dicho medio probatorio, han sido obtenidos e incorporados al proceso por un procedimiento inconstitucionalmente ilegítimo (sic.) (...)"

Del razonamiento del juez de investigación preparatoria se puede concluir, primero, que no vincula la alegada inobservancia de garantías constitucionales a ningún derecho fundamental en específico y, segundo, las causas que motivaron su decisión se sustentaron en la inobservancia de aspectos formales derivados de una norma procesal.

Vigésimo Cuarto. Respecto de la norma procesal invocada como inobservada, el artículo doscientos diez del Código Procesal Penal, regula la pesquisa, en lo relativo al registro de personas, que se constituye en un acto de investigación común¹¹, no limitativo de derechos, en el cual no existe afectación al derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre las partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad¹², no obstante, esta circunstancia no concurre en el presente caso.

Vigésimo Quinto. Ahora bien, analizado el contexto en que se produjo la inobservancia de la norma procesal, tampoco se puede concluir que se produjo la vulneración de un derecho fundamental a la libertad personal o a la inviolabilidad del domicilio, pues conforme los hechos considerados probados –de acuerdo a la valoración probatoria realizada por el juzgador de primera instancia, conforme se aprecia del fundamento jurídico tercero de la sentencia de primera instancia, ratificado por la Sala Superior conforme se traduce del fundamento jurídico cuarto, de la sentencia de vista–, los efectivos policiales se identificaron y requirieron, a

los ahora encausados, la realización de la pesquisa, para la que estaban autorizados, conforme el inciso uno, del artículo doscientos diez del Código Procesal Penal; diligencia que por lo demás se llevó a cabo en la vía pública.

Vigésimo Sexto. Así mismo, en el presente caso no es viable analizar la intensidad de la afectación de otros derechos fundamentales, pues tanto en la resolución N.º 07, materia de análisis, como lo argumentado por la defensa legal, durante todo el transcurso del proceso no se ha precisado el derecho fundamental específico que se habría visto afectado y si bien los derechos fundamentales tienen una naturaleza compatible con mandatos de optimización, ello no implica que cualquier inobservancia de una norma procesal implique una intensa afectación de un derecho fundamental.

Vigésimo Séptimo. Por ello, las deficiencias anotadas en la resolución N.º 07 son pertinentes para cuestionar la capacidad acreditativa del elemento de prueba y en virtud de la inobservancia de la norma procesal suslentar su exclusión, constituyendo por tanto prueba irregular. Sin embargo, esta circunstancia no lleva automáticamente a que se asuma que haya existido una afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales de los encausados. Del análisis del caso concreto tampoco se aprecia vulneración al contenido esencial de algún otro derecho fundamental, por lo que, no existe sustento para excluir los demás elementos de prueba derivados de ella.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

I. **INFUNDADO** el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa legal de los encausados José Luis López Urbano y Víctor Aguirre Solórzano contra la sentencia de vista, del veintuno de julio de dos mil quince, de fojas trescientos sesenta y siete, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huanuco, que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, del trece de abril del dos mil quince, de fojas doscientos noventa, que los condenó como autores del delito contra la Seguridad Pública-Peligro Común, en la modalidad de Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos, en agravio del Estado-Ministerio del Interior, por tal razón, impusieron a José Luis López Urbano siete años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva e impusieron a Víctor Aguirre Solórzano ocho años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva y el pago de dos mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberán abonar cada uno de los condenados favor de la parte agraviada.

II. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos décimo sexto al vigésimo segundo de la presente Sentencia Casatoria.

III. **DISPUSIERON** que se de lectura de la presente sentencia de casación en audiencia pública, se notifique a todas las partes procesales, incluso a las no recurrentes, y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en los incisos uno y tres, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal.

IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación. Hágase saber. Intervino la Señora Jueza Suprema Chávez Mella por periodo vacacional del Señor Juez Supremo Calderón Castillo.-

S. S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHÁVEZ MELLA

¹¹ See MARTÍ CASTRO, César, Derecho Procesal Penal Lecciones, INPECCP, Lima, 2015, p. 330.

¹² Nerya Flores, José Antonio, Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral, IDEMSA, Lima, 2010, p. 625.

J-1646841-1