



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN
EXPLICITA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN
EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO, COMO
SUPUESTO DE APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE LA
PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención Ciencias Penales

HILMER BARBOZA HERNANDEZ

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLACIDO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de Investigación:

Tesis

Trabajo Académico

Trabajo de Investigación

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

4. Título del trabajo de Investigación:

5. Escuela: _____

6. Programas: _____

7. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

8. Referencia bibliográfica: _____

9. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo. Acceso

restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons*, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



Varillas Wiliam Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN
EXPLICITA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN
EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO, COMO
SUPUESTO DE APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE LA
PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención Ciencias Penales

HILMER BARBOZA HERNANDEZ

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLACIDO**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

Nº. Registro: **T0772**

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Luis Wilfredo Robles Tejo

Presidente

Doctor Elmer Robles Blacido

Secretario

Doctor Florentino Obregón Obregón

Vocal

ASESOR

Doctor Elmer Robles Blacido

AGRADECIMIENTO

A nuestro creador darme la salud y prosperidad en mi vida; así como a mi asesor el Doctor Elmer Robles Blacido, por su apoyo incondicional en la presente investigación.

DEDICATORIA

A mis padres Segundo Leonidas y Carmencita Elena, así como a mi esposa Karina y mi hija Alessandra Anahís por su apoyo e inspiración para que esta tesis se haga realidad.

ÍNDICE

	Página
Resumen.....	xi
Abstract.....	xii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
Objetivos.....	2
Hipótesis.....	3
Variables.....	5
II. MARCO TEÓRICO.....	6-76
2.1. Antecedentes.....	6
2.2. Bases teóricas.....	7
2.3. Definición de términos.....	75
III. METODOLOGÍA.....	77-88
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	77
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	82
3.3. Instrumentos de recolección de información.....	83
3.4.- Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.....	85
IV. RESULTADOS	89-124
V. DISCUSIÓN.....	125-138
VI. CONCLUSIONES.....	139-140
VII. RECOMENDACIONES.....	141
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	142-148
ANEXO.....	149-150

RESUMEN

La presente investigación se trata del estudio de los fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en nuestro código procesal penal, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos. Para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático -normativa-teórica- y por su naturaleza fue cualitativa; empleándose la técnica documental para la elaboración del marco teórico, mientras que para la discusión se empleó la técnica del análisis de contenido y el análisis cualitativo; y por último se empleó en método de la argumentación jurídica como método del diseño para validar la hipótesis y logro de los objetivos de la investigación.

Finalmente, se arribó a la conclusión que con la regulación explícita del Principio de Proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción cometidos por funcionarios; no se afectará algún derecho fundamental en la obtención de los medios y fuentes prueba, toda vez que se dará mayor preeminencia al interés público (estado) frente interés privado (particular) para ello se realizara una debida ponderación de intereses, recurriendo a los tres sub principios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en Sentido Estricto.

Palabras clave: Prueba Prohibida, Proporcionalidad, funcionario Público, Corrupción.

ABSTRACT

This research is about the study of the legal bases for the explicit regulation of the principle of proportionality in our criminal procedure code, as a case of exceptional application of the prohibited test in crimes of corruption committed by public officials. For which a legal investigation of a dogmatic-normative-theoretical-type was carried out and by its nature it was qualitative; using the documentary technique for the elaboration of the theoretical framework, while for the discussion the technique of content analysis and qualitative analysis were used; Finally, the legal argumentation method was used as a design method to validate the hypothesis and achieve the research objectives.

Finally, the conclusion was reached that with the explicit regulation of the Principle of Proportionality in the Peruvian Criminal Procedure Code, as an exceptional application of the prohibited test in crimes of corruption committed by officials; Any fundamental right will not be affected in obtaining the means and sources of evidence, since the public interest (state) will be given greater prominence over the private interest (individual). For this, a due weighting of interests will be carried out, resorting to the three sub principles of Suitability, Necessity and Proportionality in the Strict Sense.

Key Words: Prohibited Proof, Proportionality, Public Official, Corruption.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, se ha visto diversos casos en que el Estado, en su diferentes organismos, ha sido defraudado y perjudicado en gran medida por sus Funcionarios Públicos, por actos de corrupción, que en la mayor cantidad de procesos, dichos Funcionarios han sido absueltos porque la legislación peruana es deficiente en cuanto al ámbito procesal penal, ya que los medios de prueba recabados a nivel de investigación preliminar, preparatoria y etapa intermedia por parte del representante del Ministerio Público han sido objetadas y declarados nulos por afectar derechos fundamentales en la obtención de dicho material probatorio.

En ese sentido, en el presente trabajo optamos por la regulación explícita del Principio de Proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos; toda vez que con la regulación explícita del Principio de Proporcionalidad, aplicando los tres sub principios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en Sentido Estricto, no se afectará algún derecho fundamental en la obtención de los medios y fuentes prueba en los delitos de corrupción de funcionarios, toda vez que se dará mayor preeminencia al interés público frente interés privado aplicando una debida ponderación de intereses.

Por lo expuesto; con la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios, se presentará al Juez de garantías llamado Juez de Investigación Preparatoria todo el

acervo documentario relevante que se encuentra en poder de las Instituciones Públicas en la que trabaja o trabajó un Funcionario Público o Funcionarios Públicos investigados por delitos de corrupción de funcionarios, que muchas veces es imposible recabar dicho material probatorio para ser incorporado al proceso de manera lícita, legal o constitucionalmente válida.

Objetivos de investigación

Objetivo general

Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los Delitos de Corrupción de funcionarios.

Objetivos específicos

- a) Explicar los fundamentos doctrinarios del Derecho en general y del Derecho Penal en especial que respaldan la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios.

- b) Identificar e interpretar los fundamentos normativos del derecho nacional y comparado que amparan regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios.

- c) Describir los fundamentos jurisprudenciales del derecho comparado y nacional que protegen la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios.

Hipótesis

Según Zelayaran Durand (2000,p.239): “las hipótesis en las investigaciones dogmáticas o teóricas son “opcionales”, y si se plantean son solo descriptivas, así mismo que no en todas las hipótesis descriptivas se formulan una estructura de variables, siendo simplemente enunciativas”.

En ese entender, los fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los Delitos de corrupción de Funcionarios, son los fundamentos doctrinarios que se respaldan con el “interés público” en los procesos de corrupción de funcionarios frente al “interés privado”, ello aplicando el principio de proporcionalidad; los fundamentos normativos se

encuentran en el Artículo 159 del Código Procesal Penal Peruano, artículo 29 de la Constitución Política de la República de Colombia, artículo 276 del Código Procesal Penal de Chile, entre otros; y los fundamentos jurisprudenciales se respaldan en la STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC, Edmi Lastra Quñones, Lima 15 de setiembre de 2003, prueba ilícita, STC Exp. N° 01058-2004 2004-AA/TC, Rafael Francisco García Mendoza, Lima, 18 de agosto de 2004, prueba ilícita, STC Exp. N° 000655-2010-PHC/TC, Alberto Quimper Herrera, Lima, 27 de octubre de 2010, prueba ilícita y en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, fundamentos, prueba prohibida, 81/1998, del 2 de abril de 1998.

En ese sentido, con la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación de la prueba prohibida, aplicando los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y previa ponderación del interés público (Estado) frente al interés privado (Particulares) en casos de delitos de Corrupción de funcionarios, se dará mayor preeminencia a los intereses del Estado; siendo que al momento de la obtención del materia probatorio no se afectará los derechos fundamentales en mayor medida y los Funcionarios Públicos implicados en la comisión de delitos contra la Administración Pública, no podrán alegar prueba prohibida los documentos obtenidos sin las garantías legales.

Variables

Variable Independiente (X):

Fundamentos Jurídicos para la regulación explícita del Principio de Proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano

Variable Dependiente (Y):

Regulación explícita del Principio de Proporcionalidad en los Delitos de Corrupción de Funcionarios.

II.- MARCO TEÓRICO

1.- Antecedentes

A NIVEL INTERNACIONAL:

Debemos precisar que con relación al tema existen varios niveles de análisis: primero sobre si se admite o no en el ordenamiento jurídico la prueba prohibida. Así para algunos autores la prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso y ser eficaz, pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que se castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba.

Según **Gimeno Sendra** (2006, p.69): “La prueba prohibida es el acto de prueba que se ha obtenido con vulneración de algún derecho fundamental”. **Díaz Cabiale/Martin Morales** (2001.p.22): “Refieren que tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos. La obtención de la fuente de prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, como el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona”.

A NIVEL NACIONAL:

Ahora bien, lo necesario en este tipo de casos es determinar la relación causal entre el acto originalmente violatorio de derechos fundamentales y el acto consecuencia del primero. Por otro lado, es pertinente señalar que el

establecimiento de esa relación causal no está exento de dificultades y problemas. Es por ello que no sería apropiado desde la dogmática se perfilen reglas generales cuando dicha tarea debe ser asignada a quienes tiene la obligación de examinar y resolver los casos concretos a los jueces.

La Prueba Prohibida, su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la jurisprudencia, debe ser el mismo con independencia de quien o quienes lleven a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba. Siendo ello así, carece de importancia el carácter de la persona (funcionario público o particular) que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita dada la eficacia erga omnes de los derechos fundamentales como derechos individuales.

A NIVEL LOCAL:

Verificado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM, se ha podido encontrar trabajos respecto a prueba prohibida, pero no respecto al tema materia de investigación; sin embargo, a nivel local se ha podido encontrar trabajos tales como las de los juristas que no desarrollan el tema en específico tratado por el investigador pero que sí desarrollan el tema de la prueba prohibida, a continuación, se detalla:

2.2. Bases Teóricas

1. Efectos de la prueba prohibida

La diferencia existente entre prueba prohibida e ilícita (o irregular) no sólo es conceptual sino también en cuanto a sus efectos ya que la valoración de cada una dependerá si en el caso concreto se ha violado o no algún derecho fundamental o si se ha violado o no alguna otra norma. Primero trataremos los efectos de la prueba prohibida y luego de la prueba ilícita o irregular.

En un primer momento la afectación de derechos fundamentales produce la prohibición de toda clase de valoración es decir es ineficaz. Teniendo como consecuencia que la no valoración de esta prueba prohibida se extiende a las demás evidencias que deriven de ella, es decir se amplía el efecto de la primera en virtud del nexo o vinculación de causalidad que existe entre ellas.

Como admite la mayoría de la doctrina, lo que se produce es la inutilizabilidad de aquella prueba, es decir no se admitirá en el proceso y en caso de ser admitida no podrá valorarse en una sentencia. Es decir, en el primer caso lo que se busca es la no incorporación de la fuente de prueba que se consiguió violando derechos fundamentales, por ello la mejor forma de conseguir que esas “pruebas” no surtan efecto es impidiendo que entren a la causa y si ya han sido incorporadas a la misma, forzando a que salgan de ella, es decir procediendo a su exclusión material. **López de Quiroga** (1989, p.146).

Mixán Máss (2006.p.174): Refiere como fuente de exclusión a la inadmisión de la fuente de convicción o de la fuente de prueba, si se advierte de inmediato (*ab*

initio) que su obtención o su incorporación al proceso se pretende a través de un medio de carácter prohibido.

El segundo caso es la valoración de la prueba prohibida en la sentencia que para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no deberá ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia.

El Juez no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita, por cuanto los resultados probatorios obtenidos devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia”. En cambio, la vulneración de derechos no fundamentales tiene por efecto la nulidad, pero además si son circunstancias accidentales del acto (acto irregular) o de defectos que permiten su subsanación (acto anulable) no son procesalmente ineficaces.

No se produce aquella inutilizabilidad sino una nulidad de acto procesal pues como dice **Fernández Entralgo** (2003, p.348-349): Refiriéndose la legislación española: “las prueba irregulares o defectuosas deben reconducirse al ámbito de aplicación del artículo 283. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la corte española, prevé la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total o

absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por ley” o cuando se hayan infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión y que en tales casos, la ineficacia de los actos de prueba derivaría, no de la aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial norma que regula los efectos de la prueba prohibida en ese ordenamiento jurídico.

La violación de estas normas se da en los casos de defecto en la notificación de la resolución, la no asistencia del secretario judicial, las extralimitaciones de la policía, los defectos de incorporación de las actas de cintas o transcripción a la causa, falta de contradicción procesal en la incorporación de esas pruebas como material probatorio, etc.

Mixán Máss (Op. Cit, p.322): Refiere que las meras irregularidades procesales, que son susceptibles de saneamiento o convalidación, de acuerdo con lo previsto con la ley procesal (Artículos 152º y 153º del Código Procesal Penal del 2004) no generan prueba prohibida.

2. Origen de la teoría de la prueba prohibida

Esta doctrina desarrollada en EE.UU. (con gran influencia en el ámbito europeo-continental; muestra de ello es que a pesar de tener un distinto fundamento se acepta las excepciones a las prohibiciones probatorias) tiene un desarrollo constitucional a partir del precedente *Weeks VS EE.UU.*, pasando por un periodo

en el cual es aplicado en todos los Estados de EE.UU. a partir de Mapp VS Ohio, y su decadencia en el precedente Calandra VS EE. UU, las reiteradas referencias a los tribunales de justicia se debe a que a través de sus decisiones particulares sometidos a su consideración, emiten normas jurídicas vinculantes a todos, en cuanto que sus pronunciamientos trascienden a las partes en litigio y adquieren, en aplicación del principio stare decisis, valor de precedente para los casos análogos que se planteen con posterioridad

2.1. Origen de la teoría de la prueba prohibida en EE.UU.

La regla de exclusión tiene como antecedentes -según **Fidalgo Gallardo** (2003, p.89-90). Las sentencias inglesas Wilkes VS Wood y Entick VS Carrington. De 1763 y 1765 respectivamente.

Se debe tomar en cuenta que en Inglaterra desde los siglos XV al XVIII se realizaban registros domiciliarios por razones de Estado, por lo cual el agente estatal designando tenía el amplísimo poder de registrar cualquier lugar, confiscar toda clase de publicaciones y objetos considerados ofensivos para el Estado; y arrestar a cualquier persona (autor, impresor o editor) considerada sospechosa del delito investigado.

En el primer caso Jhon Wilkes miembro del parlamento ingles publicó un panfleto criticando a la corona, por lo cual se emitió una autorización general (*general warrants*) siendo arrestado; éste interpuso luego una demanda civil por

intromisión ilegítima en la que alegaba que la autorización general era una violación a su derecho a la intimidad, la cual el tribunal estimo. Este precedente es importante para la creación de la IV enmienda estadounidense.

El caso Entick VS Carrington es una investigación penal por el mismo ilícito penal, donde el afectado (Entick) planteo una demanda civil por intrusión ilegítima en su intimidad, pero en este caso, los agentes habían actuado conforme al precedente Wilkes VS Wood.

Por ello la argumentación de Entick se centró en que la autorización confería el poder de confiscar documentos privados que podrían contener información personal incriminatoria. Eso haría que las consideraciones (...) en las que se basó Wilkes tuvieran que adaptarse al nuevo caso, pues esa peculiaridad de la autorización provocaría, siempre según la argumentación del demandante, que fuese de aplicación la regla de derecho común que prohibía la autoincriminación forzada. (Op.Cit,p.94). El tribunal estima la demanda resultando un claro antecedente del privilegio contra la autoincriminación forzada contenida en la quinta enmienda.

En Estados Unidos de Norte América también existe un antecedente por una acción civil, más no penal, en una dudosa interpretación de la quinta enmienda, en el curso de un registro aduanero donde se descubrió la introducción fraudulenta de mercancías en el país sin pagar los correspondientes impuestos lo cual era penado con multa, encarcelamiento e incautación a través de un procedimiento civil

especial de confiscación, es el caso *Boyd VS EE.UU.* de 1886. Incoado el proceso de confiscación contra *Boyd* e hijos, y previa petición de los agentes de aduanas, el juez ordenó al demandado la aportación a las actuaciones del albarán, en el que se documentaba la transacción por la que había adquirido las mercancías confiscadas, en estricta aplicación de lo dispuesto por la ley de 1874 (si no cumplía con esto se daba por probado la imputación). El demandado cumplió la orden o mandato no sin antes protestar cuando el albarán fue admitido como prueba en el juicio.

Las órdenes de aportación forzosa de documentos conseguían el resultado sustancial de aquellas leyes al obligar a una parte a aportar pruebas contra sí misma.

En opinión de la Corte Suprema, por tanto: “La aportación forzada de los documentos privados de un hombre para probar una acusación criminal en su contra, o para confiscar su propiedad, está dentro del ámbito regulado por la IV enmienda de la constitución porque es un ingrediente esencial y realiza el único objeto y finalidad de los registros y confiscaciones”.

En definitiva, como apunta **Fidalgo Gallardo Boyd**, no creó una regla de exclusión basada en la cuarta enmienda, sino una *exclusionary rule* embrionaria directamente basada en la quinta enmienda, aplicada potencialmente a supuestos de violación de la garantía contra *unreasonable serches and seizures* de la cuarta enmienda en aquellos supuestos concretos en que existiese riesgo de autoincriminación prohibida por la naturaleza documental y privada de los materiales confiscados.

2.1.1. WEEKS VS EE.UU

Nace a partir de 1914, en un caso de confiscación de correspondencia sin autorización judicial, en base a una interpretación de la IV enmienda de la Constitución Federal de EEUU., que reconoce el derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios, por parte de la Corte Suprema de dicho país.

Es un proceso penal en que se enjuiciaba un presunto ilícito penal federal de utilización de servicio público de correos para el transporte de billetes de lotería. En el curso de la investigación policial, previa al proceso judicial, realizada conjuntamente por agentes de policía federales y estatales, los agentes federales habían confiscado correspondencia del acusado sin la preceptiva autorización judicial previa, que posteriormente fue aportada al juicio oral como prueba de cargo. Por su parte, agentes de policía estatal también habían interceptado ilegalmente otros documentos privados susceptibles de servir como pruebas incriminatorias. La decisión del tribunal estadounidense fue el siguiente:

“La Constitución exige implícitamente la exclusión de los materiales probatorios obtenidos en violación de los derechos procesales constitucionales, independientemente de las eventuales sanciones (...) que se imponga al responsable de esa violación”.

En este caso se podía aplicar el precedente Boyd VS EE. UU. es decir se podía dar lugar a un supuesto de autoincriminación, prohibida por la quinta enmienda, y que por tanto cualificaba al supuesto de irrazonable según la cuarta, pero la jurisprudencia norteamericana, invocando su autoridad de supervisión sobre los tribunales federales y considerando que la admisión por un tribunal federal de las pruebas obtenidas por agentes federales en violación de la cuarta enmienda equivalía a la aprobación y convalidación judicial de tales actuaciones, llegó a la conclusión que la acusación no podía aportar al proceso materiales probatorios confiscados por agentes federales sin haber cumplido con la exigencia constitucional de previa autorización judicial.

En caso que pretendiese aportarlos, debían ser inadmitidos o, utilizando el termino habitual, excluidos, para preservar la integridad de los derechos constitucionales del acusado.

La sentencia Weeks VS EE.UU. introdujo en el ordenamiento procesal federal una verdadera y propia regla de exclusión, según la cual los materiales de prueba obtenidos por agentes federales en violación de la cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no serían admisibles en la fase de juicio oral de los procesos penales federales, independientemente de su mayor o menor valor probatorio de los hechos enjuiciados. Al mismo tiempo, los materiales probatorios obtenidos por las autoridades estatales serían admisibles en esos mismos procesos federales con independencia de su origen. En los procesos penales de los distintos Estados, serían sus propias instituciones internas (asambleas legislativas y sistemas

de tribunales) las que decidirían sobre las sanciones a imponer a los que obtuvieran materiales probatorios de manera contraria a la Constitución o a las leyes, y sobre todo el modo de compensar a las víctimas de tales irregularidades. Con este precedente se consolida la regla de exclusión, pues no se admite pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. A raíz de una interpretación de la IV enmienda.

2.1.2. MAPP VS OHIO:

Este precedente hace extensiva la regla de exclusión a todos los Estados de EE.UU. al derogar el precedente *Wolf VS Colorado* de 1949, pues como vimos *Weeks VS EE. UU*, se aplicaba sólo al ámbito federal. Previamente debemos decir, siguiendo a **Fidalgo Gallardo (2003)**, que las disposiciones de la Constitución estadounidense no se dirigían, a regular el comportamiento de todos los ciudadanos y poderes públicos existentes dentro del territorio de la federación, sino que únicamente vinculaba a los poderes públicos del recién creado gobierno federal (Op. Cit. p. 124).

Una vez sentado esto **Fidalgo Gallardo (Op. Cit.)** comenta que esta sentencia –*Wolf VS Colorado*, marcó el inicio de una carrera desenfrenada donde la Corte Suprema tomo la voz cantante en la configuración de los sistemas de justicia penal a lo largo y ancho de los Estados Unidos, mediante la paulatina extensión de la totalidad de las cláusulas de la *Bill of Right* relativas a las garantías de los individuos

en relación con los procedimientos penales, bajo pretexto de interpretación extensiva de las exigencias implícitas en la XIV enmienda.

Ciertamente la extensión de la IV enmienda a la totalidad de los Estados Federales suponía una enorme ampliación de su ámbito potencial de aplicación (...) la regla de exclusión fue configurada por la Corte Suprema en *Wolf*, no como un derecho, no como parte del contenido esencial de los derechos individuales reconocidos en la cuarta enmienda, sino como un remedio entre otros posibles, elaborado por la Corte Suprema por deducción de las pocas formulas constitucionales, que regirá en el ámbito de los procesos federales en defecto de intervención del congreso.

Entonces debemos concluir que el precedente *Wolf VS Colorado* establecía que la XIV enmienda hacia extensiva a los estados, la IV enmienda, pero no necesariamente la regla de exclusión. Lo que si hace el precedente *Mapp VS Ohio* de 1961 la que a continuación exponemos:

“Dado que el derecho a la intimidad de la IV enmienda ha sido declarado vinculante para los Estados a través de la cláusula de debido proceso de la XIV, es vinculante frente a ellos mediante la misma sanción de la exclusión que se usa contra el gobierno federal”. De este precedente se impone, no sólo en el ámbito federal, sino también al estatal la aplicación de la *exclusionary rule*.

Es el caso de una investigación llevada a cabo por la policía del Estado de Ohio, en busca de un sospechoso de delito de terrorismo y posesión ilícita de armas y explosivos. La información proporcionada por un confidente condujo a los agentes estatales a una casa particular, donde se sospechaba que se escondía el autor de un atentado reciente, y en la que se creía que también estaba almacenada una gran cantidad de armas y explosivos relacionados con ese atentado. Los agentes llamaron a la puerta y solicitaron permiso para entrar y registrar la vivienda, su ocupante, una mujer llamada Dolly Mapp, que vivía en el inmueble, se negó a permitirles el acceso. La negativa provocó que la casa fuera cercada, mientras que presumiblemente se realizaban las gestiones necesarias para la obtención de una autorización judicial. Entretanto se sumaron al cerco policial agentes de refuerzo. Horas más tarde del primer intento, y sin disponer aun de una orden de registro, los agentes volvieron a llamar a la puerta de la casa y al no recibir respuesta inmediata, forzaron la entrada.

La ocupante de la vivienda, pidió a los policías que le mostrasen la autorización, forcejearon con ella, la esposaron y los agentes procedieron entonces a realizar un registro a fondo de la vivienda, en el cual no se encontró ni al sospechoso ni los explosivos. En lugar de eso escondido en un baúl en el sótano se encontraron libros, revistas y materiales pornográficos cuya posesión estaba penada por la legislación estatal. Lo que llevó a la condena de Dolly Mapp por delito estatal de posesión de materiales obscenos **Fidalgo Gallardo** (Op.Cit). Al llegar el caso a la Corte Suprema, se pronuncia sorpresivamente en los aspectos atinentes a la cuarta enmienda presentes en el caso, que no habían sido alegados ni debatidos durante el

largo curso judicial precedente, y es que la decisión de la Corte de anular la condena de Dolly Mapp basándose en la cuarta enmienda, puede calificarse como una decisión sorpresiva, tomada sobre la marcha, en base a motivaciones políticas más que en argumentaciones jurídicas. Pero lo que se rescata es que Mapp VS Ohio se pronunciaba por el rango constitucional de la regla de exclusión, por considerarla “una salvaguarda disuasoria clara, específica y constitucionalmente exigida sin cuya vigencia la cuarta enmienda habría sido reducida a simple palabras.

2.1.3. CALANDRA VS EE.UU.

Con este precedente se pone fin a la justificación en los derechos constitucionales de la regla de exclusión, sustentándose ahora en prevenir las conductas inconstitucionales de los agentes policiales en los actos de investigación que realizan. El activismo judicial, visto en Mapp VS Ohio, había provocado un profundo malestar en diversas instancias del poder político y en grandes sectores de la población, que resume el informe de 1986 de la *Office of Legal Policy* del departamento de justicia de los Estados Unidos. Por ello se da un proceso de decadencia de la regla de exclusión que tiene como antecedentes a los fallos Linkletter VS Walter de 1965 donde la Corte Suprema se pronuncia diciendo:

“La regla (de exclusión) está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir, imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible mediante la remoción del incentivo para

ignorarla”. Otro caso es Alderman VS EE.UU. de 1969 donde la Corte Suprema se pronunció en el sentido que:

“Los valores disuasorios de la evitación de la incriminación de aquellos cuyos derechos han sido violados por la policía, han sido considerados suficientes para justificar la supresión de materiales probatorios incluso cuando con ello el caso contra el acusado resulta debilitado o destruido. Nos adherimos a ese juicio. Pero no estamos convencidos de que los beneficios adicionales de extender la regla de exclusión a otros acusados justifiquen un gravamen adicional sobre el interés público en la persecución de los acusados de un delito y sobre su absolución o condena sobre la base de todos los materiales probatorios que revelen la verdad”.

El caso EE. UU. VS Calandra de 1974 se da en el marco de un procedimiento ante el gran jurado donde la audiencia no es adversarial, tampoco se decide la culpabilidad o inocencia del acusado. Y por ello las fuentes de información del gran jurado se obtienen con amplitud y validez. Y por tanto se usa la prueba prohibida. Pues como dice el Tribunal Supremo:

“La regla (de exclusión) es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la IV enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho Constitucional de la agraviada”

Entonces podemos decir que, a partir de 1974, comienza la decadencia de la *exclusionary rule*, pues se la toma como una regla que busca disuadir conductas

disfuncionales de los efectivos policiales: *deterrent effects*, ya no como una garantía de los derechos fundamentales, pues está dirigida, no a proteger los derechos de los agraviados sino a evitar conductas inconstitucionales de los agentes de policía. La aplicación de este precedente se da en el caso concreto pues si la conducta disfuncional de los efectivos policiales con el *deterrent effects* no funcionaba, la prueba obtenida con violación de los derechos constitucionales no tendría que ser excluida.

En este capítulo vimos como a través de la historia de los precedentes se nos presenta la importancia de la política en la decisión sobre la admisión o no de materiales probatorios obtenidos con violación derechos fundamentales, donde el activismo judicial fue decisivo para imponer la *exclusionare rule*, que luego con el cambio de magistrados se ve debilitada.

El precedente Calandra si bien no se refiere específicamente a un proceso penal con las garantías y reglas que esta implica, nos da visos que la regla de exclusión está en franca decadencia en los Estados Unidos, esto nos lleva a la siguiente reflexión: **¿en nuestro sistema eurocontinental seguiremos el mismo camino?** Pues el desarrollo de la teoría de la prueba prohibida no sólo se da en EE.UU. sino que tiene también su desarrollo en nuestro sistema eurocontinental, muestra de ello son Italia, Alemania y España que pasaremos a exponer.

2.2. Origen de la teoría de la prueba prohibida en el sistema eurocontinental

Su fundamento a diferencia de la norteamericana es constitucional y se basa en el lugar preferente que los derechos fundamentales tienen en nuestro sistema. Pasaremos a ver el origen que en estos países ha tenido la prueba ilícita.

2.2.1. Modelo italiano

Este modelo tiene su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 34/1973, en un tema de intervenciones telefónicas, donde proclamó la inutilizabilidad en el proceso de las pruebas obtenidas mediante métodos o comportamientos realizados en desprecio de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la constitución, basándose en el artículo 13.3 de la Constitución de la República Italiana, que sanciona la violencia sobre cualquier investigado. **Miranda Estrampes** (2005, p.32

La doctrina italiana acuña el término *inutilizzabilita*, cuyo contenido es la proscripción de admitir pruebas con violación de derechos fundamentales en dos casos: 1) al momento de incorporarlos al proceso, 2) al momento de valorarlos en la sentencia. **Miranda Estrampes** (Ob.Cit,p.32).

Tiene como marco legal el artículo 13.3 de la Constitución Italiana que sanciona la violencia sobre cualquier investigado, el artículo. 188 Código Procesal Penal Italiano de 1988 que recoge el principio de la libertad de la persona en la práctica de los medios de prueba y el artículo. 191 del Código Procesal Penal Italiano vigente.

2.2.2. Modelo alemán

Es común en los autores alemanes y quienes los citan el reconocer como descubridor de la prueba prohibida (para ellos prohibiciones probatorias) a quien la caracterizó como los límites en la averiguación de la verdad en el proceso penal y divide las reglas aplicables a ella en dos partes: i) de forma negativa, limitando la obtención de pruebas por razones diferentes al aseguramiento de la verdad, y ii) de forma positiva por proteger intereses extraprocesales. En este país el Tribunal Supremo Federal (BGH) crea la teoría del entorno jurídico en auto del 21-1-58 que prohíbe el aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse cuando la violación afecta de forma esencial el ámbito de derechos del acusado y no cuando tenga importancia secundaria.

En ese sentido, el Tribunal Federal Alemán propugna por que se excluya absolutamente toda prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona. Otro de los aportes en el ámbito alemán es la creación del denominado *verhältnismässigkeitsprinzip*, o sea, un criterio de proporcionalidad, en cuyo caso los tribunales de Alemania Federal, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita, buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o compuestos. En cuanto a su legislación la prohibición de la valoración de la prueba se ha aplicado en los supuestos de aplicación de la garantía de no autoincriminación de la 136 Ordenanza procesal alemana. Y el apartado 3 establece que aquellas declaraciones obtenidas

transgrediendo las prohibiciones contempladas en dicho precepto no podrán ser aprovechadas, aunque el inculpado aprobara su utilización.

Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal, antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado y agrega citando jurisprudencia, que: no es un principio de la ley procesal penal que la verdad sea averiguada cualquier precio.

2.2.3. Modelo español

La legislación española no contempla la doctrina de la prueba prohibida sino hasta el año 1984, donde a partir de un proceso laboral, en el cual se utilizó una grabación subrepticia de una conversación de uno de los interlocutores, que fue luego utilizada para justificar el despido de la persona es que se incorpora la teoría de la prueba prohibida

Tiene como base el lugar preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico pues de admitirse una prueba prohibida se violaría las garantías propias del proceso y se institucionalizaría la desigualdad de las partes.

A partir de la sentencia 114/1984 se crea el artículo 11.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial español el primero de julio de 1985, que positiviza la regla de exclusión. Que ha generado todo un debate en ese ámbito ya que se discute si es que se ha positivizado la doctrina de los frutos del árbol prohibido:

“En todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Así la teoría de la prueba prohibida tiene rasgos distintos en base a la fundamentación que cada sistema le dé, el sistema norteamericano se fundamenta en el efecto disuasivo que quiere lograr, pero no un efecto disuasivo en pos de proteger los derechos fundamentales de las personas, sino uno que persuade a los agentes policiales a cumplir sus labores respetando los derechos fundamentales, lo cual siendo un aspecto muy subjetivo no se llega a verificar sino que el tribunal en su caso decidirá según su arbitrio.

En contrario en el ámbito eurocontinental el origen y el fundamento aún se mantienen: el lugar preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, en ese sentido estamos en una constante norteamericanización, pues se ve cómo influye en nuestro sistema las diversas teorías que se desarrollan a partir de la prueba prohibida. Una de estas, es la doctrina del fruto del árbol envenenado cuyas excepciones son las que ha tomado nuestra jurisprudencia para resolver casos de prueba prohibida que pasaremos a detallar enseguida.

3. La prueba prohibida

En la doctrina procesal se reconoce en forma casi unánime que el concepto de prueba no ha conseguido una elaboración acabada, de general aceptación; es

decir, no existe consenso acerca del concepto de prueba, sin embargo, existiendo diversas posiciones al respecto, tendré en cuenta algunas de estas.

Flavio García del Rio (2005, p.69), refiere que la prueba en el proceso penal es la actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente en el juicio oral.

Eugenio Florián (1968, p.197), sostiene que en sentido restringido la prueba penal es el medio o elemento que proporcional al Juez el convencimiento sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor.

Por otro lado, **San Martín Castro**, citando a **Ortells Ramos** (2001): Refiere que se define a la prueba en el proceso penal como “la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos fundamentalmente de hechos aportados” (p.581).

Al Juez compete de modo exclusivo, realizar la actividad de verificación mediante comparación de las afirmaciones realizadas por las partes, de igual manera está prohibido el Juez formar su convicción sobre cualquier medio de información sobre los hechos, el valor, y la eficacia de la información está condicionada a su ingreso en el proceso con arreglo a la ley procesal y sin infringir la constitución.

3.1. Importancia de la prueba.

Respecto a la importancia de la prueba, en principio debemos precisar que la incorporación de la prueba al proceso es consecuente al principio de presunción de inocencia del inculpado. La prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real o material de los hechos imputados y la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales de los jueces. Al contrario, la prueba legal, propia del sistema inquisitivo, la prueba en un sistema acusatorio garantista tiene la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comparable y demostrable. La importancia de la prueba radica en que al convertirse en un medio de comprobación y demostración de los hechos imprime objetividad a la decisión judicial. En las resoluciones judiciales sólo podrán admitirse como hechos ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditadas plenamente mediante pruebas objetivas, lo que impide que sean fundadas en elementos puramente subjetivos.

Esta objetividad de la prueba no es contraria a la libre valoración de los juzgadores, esto significa que el conocimiento y la certeza de un hecho responden a la actividad racional.

El autor **Hamilton Cesar Trigoso** (2009, p.48): Señala que no existe duda sobre la gran importancia de la prueba en el proceso penal. En ese sentido, la doctrina procesal es unánime en considerar la importancia que registra la prueba dentro del marco del proceso. Es innegable la trascendencia de la actividad probatoria como fuente de conocimiento y de certeza para el operador jurídico en

general y para el juzgador en particular. Al igual sin la vigencia del derecho de defensa estaríamos frente a una pantomima del proceso, actualmente también resultaría inimaginable un proceso sin prueba o actividad probatoria al punto que puede sostenerse, sin temor a equivocaciones, que la racionalidad de un modelo procesal es directamente proporcional a la vigencia de un equilibrio del sistema probatorio.

3.2. Características de la prueba.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características.

3.2.1. Veracidad Objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que interviene en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez finalmente a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, este se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación.

3.2.2. Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de los actos que violen el contenido esencial de los derechos

fundamentales o transgredan al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba.

3.2.3. Utilidad de la prueba, esta característica vincula directamente con la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verifica la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto.

3.2.4. Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputara pertinente si guarda una resolución directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada. (STC N° 1014-2007-PHC/TC del 5 de abril de 2007).

3.3. Aspectos relacionados a la prueba

3.3.1. Objeto de prueba

Respecto al objeto de prueba no existe uniformidad en la doctrina respecto a su naturaleza, para un sector el objeto de prueba es el hecho imputado entendido como fenómeno exterior al hombre; y para otros, el objeto de prueba son las afirmaciones en relación a los hechos. Ahora bien, es importante señalar que el objeto es el ente donde se encuentra la actividad cognoscitiva, por lo tanto; el objeto de prueba es aquello que constituye materia de actividad probatoria; concluye:

“Para identificar adecuadamente en un caso dado aquello que constituye el objeto, se requiere una respuesta apropiada a las preguntas: ¿qué es? o ¿sobre qué? ¿Qué es lo que se necesita probar?, ¿Sobre qué se encuentra la actividad probatoria?

Mixan Máss (2006, p.181)

En esa misma línea **Luciano Castillo Gutiérrez**, citando a **Domingo García Rada** (2014, p.37): Refiere que los hechos a probar comprenden: a) actos materiales en que ha intervenido la actividad humana; b) los hechos de naturaleza; c) las cosas u objetos del hombre, como son documentos; d) los estados o hechos síquicos del hombre, como es la voluntariedad en su proceder. En mi opinión, a pesar que el propósito de las partes o de terceros legitimados es probar las afirmaciones que formulan, lo cierto es que estos recaen sobre la existencia o inexistencia de los hechos que configuran su pretensión o defensa. Incluso desde la perspectiva del juzgador el objeto o materia de prueba no lo constituye las afirmaciones de las partes, sino los hechos sobre los cuales recaen tales afirmaciones y los que sean pertinentes para la adecuada composición del conflicto. En tanto **Rojas Yataco** (2009, p.708) sostiene que “el objeto de prueba es el hecho imputado a una persona”

En sentido contrario, existe la posición que sostiene que el objeto de la prueba no son los hechos fenómenos exteriores al hombre, sino las afirmaciones de las partes, que son éstas las que se prueban, mas no los hechos, pues estos ya ocurrieron o están allí impercederos.

Al respecto **Serra Domínguez** (2009, p.29): Expone: “Se afirma que el objeto de prueba lo constituyen los hechos. No es cierto. Los hechos entendidos como fenómenos exteriores al hombre en su acepción más general, son de una forma y no de otra y, como tales, no requieren prueba”. Es imposible probar una mesa, un contrato, una obligación.

Lo que sí requieren prueba son las afirmaciones en relación a tales hechos. Es decir; en cuanto yo afirme que mi despacho existe una mesa de caoba, puedo ya demostrar la exactitud de mi aserto. Solo pueden ser probados, no los hechos, sino nuestros juicios existenciales o valorativos sobre tales hechos. Desde mi punto de vista considero que el objeto de prueba son las afirmaciones que las partes hacen respecto de los hechos, pues estos ya ocurrieron o están allí imperecederos, lo que se tiene que probar son las afirmaciones de las partes, que indicarán que tal o cual objeto existe o existió; si el fiscal quiere probar la afirmación de la existencia del cadáver en un delito de homicidio tal como está postulado en su acusación, presentará el protocolo de necropsia respectivo y probará su afirmación, el cadáver estará yacente en su tumba que no necesitara de prueba, porque existe, está ahí.

3.3.2. Órgano de prueba

Para **Neyra Flores** (2010, pp.551-552); Refiere “se constituye órgano de prueba, la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso, constituyéndose así en intermediario entre el juez y la parte. Son así órganos de prueba, las personas que transmite de modo directo el dato objetivo

(puede ser oral como el testimonio o por escrito, como los dictámenes periciales)”. De este modo un órgano de prueba sería un testigo o perito, que mediante su declaración o informe pericial (medio de prueba) transmiten directamente un dato o información al juez.

3.3.3. Fuente de Prueba

Fuente de prueba es aquel hecho (en sentido estricto), cosa, acto, actitud, (fenómeno natural o psíquico), que contiene en sí una significación originaria capaz de transformarse en “argumento probatorio”. Fuente de prueba es identificada mediante operaciones cognitivas (sensación, percepción, representación y proceso de abstracción: concepto, juicio o inferencia) y son susceptibles de ser incorporadas al proceso a través de los medios de prueba.

Lo esencial de la fuente de prueba es el “argumento probatorio” que fluya de ella. La discusión sobre si la fuente de prueba es de naturaleza exclusivamente objetiva o si se reduce únicamente a las formas de actividad mental, carece de consistencia, la conciencia del sujeto cognoscente: pero desde el momento que es conocida se concreta la correlación inescindible entre ese “objeto de conocimiento” y la conciencia que la refleja transformándola en forma de pensamiento (concepto, juicio o inferencia que es lo “subjetivo”). **Mixán Max** (Ob. Cit, pp.174-175).

Castillo Gutiérrez (2014, p.39), refiere que la fuente de prueba está fuera del proceso o incluso existió antes del inicio de este, es todo aquello que da origen a un

elemento de prueba, es el dato que se extrae de ella, por ejemplo, en el testimonio, el conocimiento relatado por el testigo, en un documento una expresión artística gráfica, etc.

Al respecto, resulta ilustrativa una sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, “Fuente de prueba, hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en que se consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, además, es una realidad que existe per se, que se confecciona para verificar un contrato, para manifestar una opinión, para transmitir una información, etc., no teniendo una finalidad concreta e inmediata, pero sí puede servir en un proceso judicial que no existe, pero que puede abrigarse en el futuro; así, fuente de prueba puede ser una fotografía, un libro, siempre que contenga información relevante para el caso investigado, entre otros, no hay limitación alguna, pues todo acto material o personal en que conste una noticia referida a un hecho, tiene tal consideración y puede tener acceso al proceso, a través de un concreto medio (...) en tal sentido, (...) no se rige por tales reglas de las testimonial, ni se exige su producción en juicio oral, pues por ser independientes y anteriores al proceso, no pueden ser practicadas con sujeción a presupuestos que son típicos del proceso”.

3.3.4. Medio de prueba

Se entiende por medio de prueba el procedimiento destinado a poner el objeto de prueba, en rigor, el elemento de prueba al alcance del juzgador. Se trata de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficiencia para el descubrimiento de la verdad, y constituyen un nexo de unión el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre el objeto. **Neyra Flores** (Ob. Cit, p.551)

Para **García Rada** (1984, pp.171-172): Refiere “es todo lo que puede servir para adquirir la verdad. Es el modo de suministrar datos al juez, puente que une el objeto por conocer con el sujeto cognoscente”. En tanto que para **Mixán Mass** (Ob cit) “el medio de prueba es aquello que vincula a la conciencia (en actitud cognoscitiva) con el objeto del conocimiento, cuya esencia, propiedades y circunstancias trata de descubrir, escrutar”. Desde mi punto de vista, el medio de prueba es la vía, el canal o el “vehículo” a través del cual se incorporan los elementos de prueba al proceso. Ejemplo de medio de prueba: La prueba testimonial, el testigo (órgano de prueba), la declaración testimonial (medio de prueba) y lo declarado (elemento de prueba).

En nuestro sistema procesal penal existe libertad probatoria, los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneres los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos

reconocidos por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible (Art. 157 inc. 1 del NCPP).

En cuanto a las prohibiciones se establece que en el proceso penal se tendrán en cuenta límites probatorios establecidos por leyes civiles, excepto aquellos que se refieran al estado civil o de la ciudadanía de las personas (Art. 157. Inc. 2 del NCPP); así también, no pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneas para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos (Art. 157. Inc. 3 del NCPP), por ejemplo, los denominados sueros de la verdad o narcóticos o el polígrafo.

3.3.5. Finalidad de la prueba

En cuanto a la finalidad de la prueba también existen dos posiciones bien definidas, la que sostiene que la finalidad de la prueba es buscar la verdad histórica de los hechos, y la otra, que postula que finalidad de la prueba es lograr la convicción al juez sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones que las partes hacen sobre los hechos.

Así, **Chocano Núñez** (1997, p.75): Refiere que: “La finalidad de la prueba no puede ser otra que proporcionar conocimiento, el único conocimiento que podemos considerar como útil es el verdadero; por lo tanto, la finalidad última de las partes es llevarnos a la verdad. La prueba es una fuente de la verdad. En tanto

García Rada (Ob. Cit, p.181): Sostiene: “En el proceso, siempre será necesario demostrar como realmente ocurrió, qué circunstancias determinaron su verificación, qué participación ha tenido a quien se sindicó como autor, los motivos que determinaron su proceder, etc. El Tribunal Constitucional en la STC Exp.Nº 01014-2007-PHC-TC, F.j.12, dice: “Por ello, la prueba capaz de producir conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad. (...)”.

En tal sentido, es preciso señalar que la finalidad de la prueba es lograr el convencimiento o la convicción del juez respecto de la veracidad o falsedad de las afirmaciones de los hechos que cada una de las partes ha planteado en sus respectivas pretensiones.

3.4. Actos de aportación de hechos al proceso

Según **Gimeno Sendra**, citado por **Rosas Yataco**. (Ob. Cit., pp.734-735): Señala que los actos de aportación de hechos tienen por exclusiva finalidad introducir los hechos al proceso. Estos actos de aportación de hechos se subdividen en: a) los actos de investigación; y b) los actos de prueba. El nuevo proceso penal está dividido en tres grandes fases o etapas: a) investigación preparatoria que incluye diligencias preliminares (art. 337 inc. 2 NCPP), b) etapa intermedia y c) etapa de juzgamiento.

En estas tres fases los sujetos procesales introducen hechos, en este sentido para las dos primeras fases, tales hechos se traducen en actos de investigación destinados a servir de fundamento para que se dicten resoluciones de imputación, medidas limitativas de derechos (detención preliminar, prisión preventiva, comparecencia restrictiva o medidas reales, etc.) y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento; y para la tercera, fase de juzgamiento, se producen los denominados actos de prueba que estarían destinados a crear la convicción en el juez y que son los que sirven de fundamento para dictar la sentencia respectiva. **Castillo Gutiérrez (Ob. Cit, p.43)**

Ahora bien, teniendo en cuenta que los actos de aportación de hechos al proceso son actos procesales de suma importancia que van a sustentar decisiones de relevancia procesal en cada una de estas etapas, su constitución e ingreso al proceso tiene que estar rodeada del cumplimiento de garantías y los presupuestos que establece la constitución y la ley, y, sobre todo, sin vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En esta línea de argumentación tales actos indistintamente pueden ser afectados de ilicitud; en ese sentido, cuando nos referimos al concepto de prueba ilícita o prohibida, lo hacemos en sentido lato, comprende tanto a los actos de investigación como a los actos de prueba.

3.4.1. Actos de investigación

Los actos de investigación tienen como única finalidad preparar el juicio oral, llevando a cabo la comprobación y verificando la noticia criminal, procediendo a determinar el hecho punible y la identidad del presunto autor. “El acto de investigación se refiere a una hipótesis y persigue alcanzar el conocimiento de los hechos, para determinar si luego puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre esos hechos” **San Martín Castro** (2012,p.584)

En ese orden de ideas se tiene que los actos de investigación son todas aquellas actuaciones que realizan el fiscal y la policía (esta última con la dirección del primero). En las denominadas diligencias preliminares, que tienen como finalidad realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión (Art. 330 inc. 2 NCPP); y en la investigación preparatoria, se practica todo un conjunto de diligencias o actuaciones funcionales técnico- científicas con la finalidad de acumular elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y al imputado preparar su defensa. **Cesar Villanueva** (2009, p.16)

3.4.2. Actos de prueba

Los actos de prueba son aquellos que se producen o se presentan en el juicio oral o juzgamiento bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y el

contradictorio, tendientes a formar o crear la convicción en el juzgador, serán estos actos los que fundarán una sentencia condenatoria o absolutoria. **Castillo Gutiérrez** (Ob. Cit,p.43)

Para **San Martín Castro** (Ob.Cit, 584-585): refiere que “el acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. Presupone la previa realización de tal afirmación que se convierte en el objeto de prueba (...). La eficacia del acto de prueba (...), es servir de fundamento a la sentencia, que el órgano jurisdiccional debe dictar según su criterio de conciencia”.

En este sentido, los actos de prueba tienen por finalidad acreditar pretensiones a través de proposiciones afirmativas; de ahí la necesidad de que, previamente la fase de juicio, exista una etapa de investigación, pero va ha ser en el juicio oral donde se realizan los actos de prueba; ello porque el llegar a la fase de juzgamiento las partes presentan ante el juzgador el caso que van a demostrar como verosímil, y se basarían para ello de la actividad que realizarán en el juicio; de ahí la importancia de los actos de que se realizan dentro del juicio oral. **Nakasaki Servigón** (2009, p.145)

3.5. El principio de legitimidad de la prueba

Los principios rectores dela prueba son los siguientes: Principio de oficialidad, principio de libertad probatoria, principio de pertinencia, principio de

conducencia y utilidad, principio de legitimidad y principio de comunidad de la prueba.

De los principios antes mencionados, el principio de legitimidad es el que más se relaciona a mi tema objeto de investigación, por lo tanto, are una breve referencia sobre dicho principio.

Bajo este principio, un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal vigente o por el ordenamiento jurídico en general, cuando esté reconocido por la ciencia capaz de producir certeza, o cuando no es contrario a la ética ni a la dignidad de las personas. **Cubas Villanueva** (2003, p.336).

3.6. Regulación jurídica de la prueba prohibida o ilícita

3.6.1. Concepto

El dar un concepto de prueba prohibida o ilícita, significa que debemos de abordar el problema desde el punto de vista del Derecho Constitucional y otro en el capo legal ordinario. Así lo entiende **José María Asencio Mellado** (2008,p.23): Precisa que distinguiendo una prueba ilícita por violación a derechos fundamentales; y en otro nivel, la llamada prueba irregular puntualiza: “Por prueba ilícita ha de entenderse la obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse

tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento o, en fin, en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva a acudir a otras categorías”.

En ese mismo sentido, el Profesor **Cesar San Martín** (Ob Cit) ubica el concepto de prueba prohibida en el primer nivel, nos dice: “Que es aquella prueba que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención esa labor tendiente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda o investigación de la fuente de prueba, cuando la labor de obtención de resultado a partir de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola el contenido esencial del derecho”. **San Martín Castro** (Ob Cit.p.639). También del mismo modo **Rosas Yataco** (Ob. Cit), refiere que: “La prueba ilícita es aquella que se obtiene con infracción a los derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda en investigación de la fuente de prueba, cuanto a la labor de obtención de resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”.

En la legislación española se da el concepto de la prueba prohibida en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en que prescribe: “No surtirán

efectos las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violando derechos y libertades fundamentales”.

En consecuencia, nos acercamos a dar un concepto de prueba prohibida o ilícita, como aquel material que se obtiene, admite y actúa con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales y tiene como efecto su expulsión del proceso.

3.6.2. Denominación

La terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista mucho de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de “prueba prohibida” o “prohibiciones probatorias”, “prueba ilegal” o “ilegítimamente obtenida”, “prueba ilícita” o “ilícitamente obtenida”, “prueba ilegítimamente obtenida”, “prueba inconstitucional”, “prueba nula”, “prueba viciada”, “prueba irregular”, o incluso el de “prueba clandestina”. **Rosas Yataco** (Ob. Cit).

En nuestro país la terminología más usada de manera indistinta es la de “prueba prohibida” o “prueba ilícita”, tal como lo podemos comprobar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Así, por ejemplo, en el caso Lastra Quiñones (STC N° 02053-2003-HC/TC) se emplea el término de “**prueba ilícita**” entendida como “(...) aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal (...)”, mientras

que el caso Químper Herrera (STC N° 00655-2010-PHC/TC) se utiliza el término **“prueba prohibida”** descrito como un derecho fundamental; en la corte suprema tenemos la ejecutoria, recaída en el recurso de nulidad R.N. N° 05-02-2008-Lima de 4 de mayo de 2009, que prescribe: **“La prueba prohibida o ilícita** es aquella prueba cuya obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales (...)” y la Ejecutoria Suprema N° 342-2001-Lima de 17 de setiembre 2004 que consigna: **“(...) quedando desde esta perspectiva la inadmisibilidad e ineficacia de la prueba ilícita limitada a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales (...)”** **Castro Trigos** (2009,pp.211-225). De tal manera para nuestro trabajo considero que la denominación prueba ilícita o prueba prohibida, la más apropiada, teniendo en cuenta que son los términos que se utilizan indistintamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema de la República y también en la doctrina nacional.

3.6.3. Naturaleza

Superadas antiguas concepciones llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho. **De Urbano Castillo/Torres Morato** (1997, p.32)

De esta manera, la naturaleza jurídica de la prueba ilícita no parte del fundamento epistemológico de la verdad, sino del derecho; así nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia, Alberto Quimper Herrera, STC. Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, hace todo un desarrollo argumentativo al respecto, precisando que en la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada no existe un consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida.

3.6.4. Fundamento

La ilicitud de la prueba desde una concepción europea continental siempre ha tenido como fundamento constitucional, el haber estado conectado al derecho con todas las garantías, un derecho constitucional; mas no así en el sistema norteamericano, cuya principal razón o fin ha sido el efecto disuasorio (*deterrenteffect*) de las actuaciones policiales ilícitas. En efecto la posesión que desarrollo la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrenceeffect*) frente a las conductas oficiales de la policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*).

Nuestro tribunal constitucional ha ido más allá al sostener en primer lugar, que la prueba ilícita es un derecho y, en segundo lugar, que tiene raigambre constitucional. Sin embargo, la realidad plasmada en el desarrollo jurisprudencial

nos dice otra cosa la constatación de un fenómeno de debilitamiento progresivo de la regla de exclusión, inmersa así en una crisis de reconocimiento, esta crisis también se vislumbra en el sistema euro continental con el nacimiento de la doctrina de conexión de antijuridicidad, que se constituye en el eslabón más de la ya larga cadena de criterios restrictivos en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales (Desarrollada en España con la sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998). En atención a ello, basta con revisar el acurdo plenario de Jueces Superiores, denominado Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, en que se establece una serie de reglas para la aplicación de excepciones a la exclusión de la prueba ilícita.

3.6. 5. La Prueba Prohibida en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

El Artículo VIII° de Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, NCPP, establece que “Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”, “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”; y, “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”. **Gaceta Penal & Procesal Penal** (2011, p. 311).

Por lo que concluimos que, para nuestro sistema procesal penal, la prueba ilícita o prueba prohibida, son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha

sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. Es decir, bajo lo establecido en el Nuevo Código Procesal Penal nos referiremos a la legitimidad de la prueba, o a la prueba legítima o ilegítima.

Frente a lo que se puede conceptualizar como la ilegitimidad de la prueba o la prueba ilegítima, tendremos siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad en el proceso penal y la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana. Por lo que el NCPP mediante el artículo VIII° del título preliminar introduce una regla de exclusión o una prohibición de valoración probatoria.

La Regla de exclusión de la prueba tiene su origen en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano en un caso conocido como *Weeks v. US*, asunto en el que el Tribunal declaró la inadmisibilidad como prueba de la correspondencia epistolar confiscada al acusado sin autorización judicial, sobre la base de que su incorporación y valoración implicaría una vulneración a las garantías contenidas en la IV Enmienda Constitucional.

Según **Peña Cabrera** (2009,p.212), señala que el Código Procesal Penal presenta una novedad con relación a la regulación procesal del sistema anterior, en el que no se hacía ninguna referencia a la ilicitud o ilegitimidad de la prueba; éste significativo aporte no solo es estipulado en el título preliminar, sino que es confirmado de modo exacto en el artículo 159° del citado cuerpo normativo, en lo sumillado bajo el título de utilización de prueba, cuyo texto dispone que, el juez no

podrá utilizar, directa o indirectamente, la fuentes o medio de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; significando ambos articulados, VIII° del Título Preliminar y 159°, normas de carácter prohibitivo, que incorporan consecuencias derivadas de incumplimiento.

Con la aparición del modelo de Estado Constitucional de Derecho en el siglo XIX, la argumentación jurídica estuvo siempre encaminada a la defensa de los derechos fundamentales de la persona, o la argumentación Pro Homine, es decir en la argumentación pro hombre, o pro derechos del hombre; es así que la introducción de reglas de exclusión o la prohibición probatoria es propia de modelos de Estados que anteponen el respeto a los derechos fundamentales frente al poder penal estatal.

Este modelo adoptado por nuestro sistema procesal penal, lleva en la práctica a que una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser excluida del proceso como mecanismo tutelar de los derechos fundamentales; el NCPP ha avanzado en reconocer reiteradamente ésta regla, resaltándolo también en el caso de las pruebas atípicas; es así, que en el art. 157.1° se precisas que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por medio de prueba permitido por ley, añadiendo que “Excepcionalmente pueden acreditarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona”.

La regla de exclusión de la prueba ilegítima contenida en nuestro novísimo ordenamiento procesal penal impone dos momentos de prohibición, una

prohibición de admisión y otra prohibición de valoración de las pruebas que se obtengan vulnerando derechos fundamentales.

La prohibición de admisión está referida, a que la regla de exclusión debe invocarse cuando la ilicitud se haya producido en el momento de la obtención de las fuentes de prueba; ello a su vez significa el análisis de tres escenarios, durante la labor de búsqueda, la identificación y el recojo de las fuentes de prueba; es decir tanto en la búsqueda, como en la identificación y en el recojo de pruebas, las actividades tienen que ejecutarse sin vulnerar ningún derecho fundamental de la persona.

En este momento de la obtención de pruebas también se debe tener presente el actuar regular durante las diligencias de investigación penal y en el momento de la incorporación al proceso mismo. **Rosas Yataco** (2009, p.231).

3.7. Los efectos reflejos de la prueba prohibida

La llamada doctrina del “fruto del árbol venenoso” tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe el nombre de *Fruit of the poisonous tree*, simplemente, *fruit doctrine*. Su origen se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) en el que se entregó documentalmente, cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Posteriormente, en *Nardone v. United States* (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus

conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se hubiera llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. **Talavera Elguera** (2009, p.153).

Sostiene esta teoría que se debe excluir tanto las pruebas obtenidas ilícitamente, como las que se derivan de ellas. Aquí hay ineficacia procesal por el quebrantamiento indirecto de los derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, por lo que no se puede aprovechar resultados probatorios que se han obtenido ilícitamente por haber partido justamente de una prueba que se obtuvo de manera ilícita.

Al respecto, **Parra Quijano** (1997, p.39); refiere que: “Respetarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas”.

Para acreditarse la inutilización de la prueba derivada, tiene que acreditarse que efectivamente existe una relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la prueba derivada. **Castro Trigos** citando a **López Barja de Quiroga** (2001, p.97) señala “que lo importante en este tipo de casos es determinar la relación causal entre el acto originalmente violatorio de derechos fundamentales y el acto consecuencia del primero”. Agrega que, “sin embargo, que el establecimiento de esa relación causal no está exento de dificultades y problemas. Es por ello que no sería apropiado desde la dogmática se perfilen reglas generales cuando dicha tarea

debe ser asignada a quienes tiene la obligación de examinar y resolver los casos concretos: los jueces”.

De esta manera, se tiene que la prueba derivada o refleja, es aquella, en sí misma lícita, pero tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida vulneración de derechos fundamentales. **Castro Trigos** (Ibidem,p.95), cita dos ejemplos, uno propuesto por Rocín; en el caso de una interceptación telefónica ilícita (sin mandato judicial) que permite realizar un registro domiciliario con todas las formalidades y garantías de la ley en el que se encuentra una cierta cantidad de droga; en el segundo ejemplo, sobre la declaración de un imputado al que se le ha suministrado drogas para que hable, revela el lugar en que se encuentra el cadáver, encontrándose allí restos de sangre perteneciente al declarante. En ambos ejemplos, el resultado final, es decir, el hallazgo de la droga durante el registro domiciliario y el descubrimiento de los restos de sangre pertenecientes al declarante en el lugar donde se encontraba el cadáver, es en sí mismo lícito, pero el acto inicial del que se derivan no lo es porque vulnera los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la dignidad de la persona humana, respectivamente. Pongo un ejemplo, sucedió en la ciudad de Piura, es el caso de una dama piurana, quien es denunciada por el delito de aborto, la policía con fines de investigación realiza un registro en el domicilio al parecer con el asentimiento de la investigada, el registro tenía como objeto recoger evidencias respecto a un supuesto delito de aborto; sin embargo, al hacer el registro domiciliario incautaron un kilo aproximado de cáñamo cannabis sativa (marihuana), razón por la cual la denunciada fue detenida y sometida a un proceso por tráfico ilícito de drogas, ante el juzgado especializado en drogas. (Atestado N°

032-2000-DIVINCRI-DCVCS-PNP-Disión de Investigación Criminal de Homicidios de Piura).

En realidad las pruebas derivadas del allanamiento, fueron cuestionadas de ilicitud, en principio porque el allanamiento se realizó para investigar el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, y no para la incautación y decomiso de droga; aunque también se pudo argumentar la excepción a la exclusión de la prueba, por la buena fe en que actuaron los policías, quienes al encontrarse con la droga, creyeron actuar conforme a la ley de detener a la investigada y ponerla a disposición de la autoridad competente.

Ahora bien, quedan por responder varias interrogantes: *¿Cuál es el límite? ¿Hasta dónde se extiende el efecto reflejo de la ilicitud de la prueba? ¿Solo a la prueba mediata de la prueba directa ilícita o también a las sucesivas, es decir, las pruebas que se derivan en cadena o el efecto espejo?* Aunque también existe una excepción que ha desarrollado la doctrina, que ha denominado “el nexo causal debilitado o excepción de la mancha diluida”, precisamente porque en la cadena de derivación de las pruebas se van presentando factores de atenuación del nexo causal, que más adelante abordaremos. La ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida de alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas lícitas, se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco otras pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas.

De diferente opinión es **Asencio Mellado** (2008, p.129), quien postula la admisibilidad de la prueba refleja, pero bajo la imposición de determinadas reglas: “Primero: necesidad de admitir un efecto reflejo en todos aquellos casos, en que de lo contrario resultaría burlada la propia prohibición de utilización. Ello sería así, en general, en los supuestos de intervención de las comunicaciones o interrogatorios ilícitos en los que se extrajeran datos no tutelados por la orden de interceptación y, en el caso de los interrogatorios ilícitos habría que adherirse a la posición de la inprovechabilidad de cualquier resultado reflejo. Segundo: cabría la posibilidad de convalidación de la prueba refleja siempre que se subsanara la anterior. Por ejemplo, nuevo interrogatorio con métodos lícitos. Por el contrario, sería dudoso extender una nueva orden de intervención más amplia que recogiera, a posteriori, los datos apreciados casualmente en la interceptación ilegítima o legítima. Tercero; en general habría que analizar en cada caso la real relación de causalidad entre la prueba ilícitamente obtenida y la lícita en aquella fundamentada. Igualmente, será susceptible de contrastación la proporcionalidad entre la lesión del derecho fundamental, su incidencia en la nueva prueba, y el hecho perseguido”. Posición esta última en la que coincidimos por eso hablamos de diferentes excepciones que ha desarrollado la doctrina y jurisprudencia como veremos seguidamente.

3.8. Las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida

La jurisprudencia especialmente la norteamericana, ha tenido un fecundo desarrollo en cuanto a las excepciones de la exclusión de la prueba prohibida, quizá

motivada por la sensación de impunidad que la exclusión probatoria que en algunos casos evidenciaría.

El siempre presente conflicto del respeto a los derechos fundamentales, por un lado, viabilizados a través de la exclusión de la prueba ilícita; y, por otro lado, la exigencia social de la seguridad. Por ello, en este proceso se ha buscado un término medio, expresado en las siguientes excepciones:

3.8.1. Fuente independiente

Es una excepción desarrollada por la jurisprudencia norteamericana que recibe el nombre de *independentsource* (fuente independiente). Se remonta al caso *SilverthorneLumber Co. V. UnitedStates*, en donde la Corte postuló que las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría derivarse de una fuente independiente **Talavera Elguera** (Ob. Cit, p.155).

En realidad, la fuente independiente se fundamenta en la existencia de dos o más caminos de investigación y resulta que se considera fuente independiente aquella que no ha seguido el camino de la fuente considerada ilícita sino una alternativa.

Por ejemplo, **Castro Trigos** (Ob.Cit,p.108) refiere lo siguiente: “Tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que se escondió el

arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración”.

Sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarlo. **Carrió** (2002, p.37).

En ese mismo orden de ideas, **Carrió** (Ob.Cit) nos dice: “(...) si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida”.

Del mismo parecer **Miranda Estrampes** (Ob. Cit, p. 122); quien sostiene que “no se trata de una verdadera excepción, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión. Si esta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita exista una relación causal, su inexistencia determinará su no aplicación y la posibilidad de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión con la prueba practicada con vulneración de derechos fundamentales. Para poder apreciar esta excepción es necesario que entre la prueba ilícita original y la prueba derivada exista una verdadera desconexión causal”. Sin embargo, si estamos ante un mismo proceso, en donde el “tema probandum” es todo ese plexo de pruebas que se ha acopiado para resolver el caso, considero que es pertinente y útil establecer para esos fines como reglas metodológicas la determinación de si una fuente es independiente o no, respecto de la prueba que se alude manchada.

3.8.2. Descubrimiento inevitable

El origen de dicha excepción se sitúa en el caso *Nix v. Williams*, 4667 U.S. 431 (1984), en un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. Si bien se excluyó la confesión del imputado, no se aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal, ya que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver **Miranda Estrampes** (Ob. Cit, p. 127). Concretamente según esta doctrina es procedente admitir medios probatorios considerados ilícitos, siempre y cuando su obtención se habría producido siguiendo hipotéticamente otros medios, caminos o vías legales lícitas. Lo importante es la existencia de la conexión causal entre la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales y la fuente refleja o derivada, la misma que no se excluye, por la hipótesis de que se hubiera descubierto también aquellas evidencias, respetando los derechos fundamentales.

Sin embargo, debe quedar claro cuál es la diferencia entre la excepción de la fuente independiente y la teoría del hallazgo inevitable; en esta última, los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos inevitablemente sería obtenido a través de una actividad regular y lícita.

En cambio, tratándose de la teoría de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, esto es, se reputa independiente.

Como puede verse, en este último caso existen dos datos de prueba: uno de origen ilícito y otro que se reputa aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que el descubrimiento inevitable existe tan solo un dato probatorio de origen ilícito, puesto lo que utiliza el Tribunal es una mera elucubración mental hipotética para considerar que igualmente dicho dato pudo ser obtenido lícitamente, decidiendo por ello aprovecharlo probatoriamente. **Castro Trigoso** (Ob.Cit,p.111).

3.8.3. La conexión de antijuridicidad

En realidad, no se trata de una excepción específica desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, como las excepciones de fuente independiente, descubrimiento inevitable o excepción de buena fe, sino a al desarrollo de la jurisprudencia euro continental. Esta teoría se construye sobre el baremo genérico y pretende con ello de dotar de instrumentos que proporcionen mayor seguridad jurídica en la solución del problema de la prueba ilícita. Ha sido un sustituto a la teoría del árbol del fruto prohibido, pues “contribuye a sistematizar las excepciones, a actualizar y revisar las categorías e introducir nuevos criterios de enjuiciamiento en esta materia”. **González Cussac** (Ob.Cit, p. 212).

Específicamente en España, con la sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/1998, se precisa el estándar que sirve para admitir o excluir una prueba que se derive de una prueba ilícita, tal construcción se fundamenta, en primer lugar, en la existencia de una relación causal natural entre el hecho lesivo del derecho fundamental (prueba directa ilícita y prueba refleja derivada) y en segundo nivel, que no exista un vínculo normativo jurídicamente independientes, entre el hecho lesivo original y la prueba derivada refleja.

Por otro lado, **Gonzales Cussac** (Ob. Cit, p.215) sostiene: “Para establecer la conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita y una derivada la jurisprudencia acude a dos criterios complementarios: la perspectiva interna y la perspectiva externa”. La perspectiva interna analiza el derecho fundamental lesionado y el resultado inmediato de infracción. En tanto que la perspectiva externa gira en torno al examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental lesionado.

3.8.4. La denominada excepción de buena fe

Se trata de una excepción utilizada en la jurisprudencia norteamericana, al considerar que la finalidad preventiva de la exclusión de la prueba no es necesaria cuando la policía ha actuado creyendo que lo hacía dentro de la ley.

Presupone la existencia de un error, con lo que necesariamente afirma la ausencia de dolo o intención (mala fe), y, por consiguiente, se sitúa en el terreno de

la imprudencia. Este error puede venir por insuficiencia o defectos de la ley, o como consecuencia de una actuación judicial incorrecta **González Cussac** (Ob.cit., p. 232).

El fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obra conforme a derecho. **Talavera Elguera** (Ob. cit, p. 158).

De esta manera su fundamento radica en prevenir y disuadir al funcionario, ya sea policía, fiscal o juez, para que sus actuaciones se realicen el marco del respeto de los derechos fundamentales; sin embargo, de no cumplirse este objetivo debido a que el funcionario no sabía (actuaba de buena fe) que la orden que portaba era ilegal o que el mandamiento judicial era arbitrario o inconstitucional, no cabe expulsar la prueba, por cuanto no se está cumpliendo con la finalidad disuasoria, lo que la doctrina norteamericana llama el (*deterrenteffect*).

Pero es necesario precisar que aún hay posiciones que postulan que la prueba no se puede perjudicar cuando con estas se va a alcanzar un justo resultado del proceso.

En ese sentido, **Serra Domínguez** (Ob. cit, p. 158); sostiene que la doctrina no ha sido unánime en la condena de pruebas. Sin embargo, señala que hay un importante sector doctrinal que considera que, sin perjuicio de sancionar incluso penalmente a quienes obtuvieron la prueba ilícitamente, una vez aportada la prueba

al proceso, esta debe ser plenamente eficaz, ya que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso y resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso.

En otro extremo, debemos decir que en nuestra jurisprudencia se viene acogiendo esta excepción, lo que ha motivado inclusive a un acuerdo plenario nacional de jueces superiores, celebrado en Trujillo en diciembre del año 2004, en que se acordó por mayoría admitir la excepción de la buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la fiscalía o el juez penal, y se utilicen las reglas de la experiencia, entendiéndose por esta, la apreciación razonada que hace el juez de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe (Acta de la sesión del pleno jurisdiccional de jueces superiores, Trujillo, 11 de diciembre de 2004).

3.8.5. Nexo causal debilitado

A esta excepción se llama también mancha diluida o atenuada (*purged taint exception attenuation of that taint*) contaminación atenuada, y para graficarlo mejor citamos un ejemplo de la jurisprudencia norteamericana (caso Wong Sun); “A” es detenido ilegalmente por la policía, e imputa en su declaración a “B”. Tras ello, la policía detiene a “B”, incauta droga en el registro de su

domicilio, y este inculpa a “C”, este concurre voluntariamente ante la policía y se declara culpable. En el proceso “A” logra excluir la evidencia de la droga secuestrada a “B”, alegando que deriva directamente de su propia detención ilegal. Sin embargo, la demanda de “C” para que su confesión fuera también anulada no prosperó: fue declarada como un hecho que interrumpió la cadena causal. Subrayar que, aunque la declaración de culpabilidad de “C” fue voluntaria y espontánea, al no haber sido informado previamente de la nulidad de la detención y en consecuencia del registro y aprehensión de drogas, no debió considerarse como válida **Guariglia Fabricio** (2005, p.165/nota 475).

Al respecto **González Cussac** (1997,p.230); explica que esta excepción opera allí donde, aunque establecida una relación causal, la imputación objetiva o conexión de antijuridicidad se quiera por la intervención voluntaria de alguien, (...) en los supuestos de declaraciones precedidas de intervenciones declaradas nulas; sin embargo, para que aquellas sean admitidas, han de estar informadas previamente de la declaración de nulidad de las anteriores diligencias, así como ha de ser prestada libre y voluntariamente, esto es, sin presiones (doctrina de la advertencia calificada). Por ejemplo, aquella persona que es intervenida ilegalmente y presta declaración preliminar, sin embargo, como quiera que el proceso de intervención fue declarado nulo, tal actuación fue inválida, pero es el caso que, con posterioridad, en el juzgamiento, voluntariamente el procesado se presenta y presta declaración, inclusive con la aclaración de la ilicitud de su primigenia declaración. La relación causal entre la actuación primigenia y la posterior no se ha roto, pero está atenuada, justamente por la acción voluntaria e informada del imputado.

Al respecto **Neyra Flores** (Ob. Cit, p,684) nos dice: “se argumenta que la confesión en este caso, es un “acto independiente sanador” que rompe la cadena con la lesión inicial, pero se debe tener en cuenta si no se hubiera dado la inicial afectación al derecho fundamental, no se hubiera dado la última prueba, por lo cual aún existe un nexo causal”.

En nuestro país la jurisprudencia nacional (caso del expresidente de la república Alberto Fujimori Fujimori - Exp. N° A.V. 19-2001), también recogía esta excepción del nexo causal atenuado, el Tribunal en el fundamento 148 expresa: “Es claro, a partir de la declaración de la periodista Guerrero Torres y de los videos que presentó, que en la edición del archivo de Panamericana Televisión no parecen las escenas propaladas por el programa “la ventana indiscreta”, por lo tanto, la entidad afectada por alguna posible sustracción de un documento de archivo no es de Panamericana Televisión. No existe, por lo tanto, conocimiento exacto de modo cómo se obtuvo el documento fílmico que sirvió de fuente del programa “La Ventana Indiscreta”. Ahora bien, si este documento fílmico se hurtó o no, carece de relevancia constitucional, pues en todo caso está comprobado que uno de los intervinientes en la escena de la entrevista personal del SIN, con la obvia autorización y conocimiento del entrevistado y entrevistador, más aún si la entrevista se produjo en la sede de esa institución fue quien grabó lo acontecido. Más allá de cualquier defecto del video concretamente la edición “cuestionable” de su contenido para configurar un documento fílmico específico acorde con un reportaje de la actualidad, **se ha producido un supuesto muy claro de “atenuación del vínculo”** pues el entrevistador afirmó que la realidad de las

conversaciones previas y la intervención anticipada de Montesinos Torres, quien le transmitía consejos o le daba indicaciones al general EP Picón Alcalde sobre cómo debía declarar” (el resaltado es nuestro).

3.8.6. Teoría del riesgo

La teoría del riesgo es muy utilizada en los países de tradición europeacentral, es de abolengo alemán y nace a partir de la intervención a las comunicaciones. Lo que dice esta teoría es que la prueba obtenida no lesiona derechos fundamentales, toda vez que no hay una afectación importante al secreto de las comunicaciones por ser el acto que realiza un partícipe de la comunicación **Sánchez Córdova** (2009, p. 134). Esta teoría se entiende cuando dos personas se comunican y una le expresa o cuenta a la otra una actividad delictuosa o relacionada con el delito, de manera que asume el riesgo que su interlocutor lo detalle, por ejemplo: “un policía graba a una persona sin saberlo su interlocutor, mientras los dos hablan de cómo se va a llevar a cabo un delito. Sobre la base de esta intervención a las comunicaciones se realizan detenciones y se encuentran los efectos del delito”.

En el presente caso, no hay violación al derecho a la intimidad del emitente por cuanto el interlocutor es titular del derecho a las comunicaciones y el emitente asumió su propio riesgo al confiar una actividad prohibida a su interlocutor. Así, **Asencio Mellado** (Ob. cit., p. 56), refiere que es categórico en sostener “que la grabación, filmación o captación de una conversación realizada por uno de los

comunicantes sin conocimiento del resto, cualquiera que sea su contenido, no afecta ni al derecho a la intimidad personal, ni al relativo a la protección del secreto de las comunicaciones, de manera que en caso alguno puede concluirse la ilicitud de tales instrumentos y por ello su pérdida de valor probatorio”. En nuestra jurisprudencia nacional citada por **Nayra Flores** (Ob. cit., p. 683), tenemos pronunciamientos al respecto, como el de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Expediente N° 21-2001 “caso miembro del Tribunal Constitucional” se pronuncia en el sentido que: “La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres (...). Por lo que es él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del *vinere contra factumpropium* (no se puede actuar contra los hechos propios).

En tal orden de ideas, la incautación por parte del estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado (...) deviene improcedente lo sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad (*toright of theprivacy*)”.

3.8.7. Teoría de la Ponderación de intereses

Nace en EE.UU. Con el Balancing Test, cuya regla es: si ponderamos que con la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se lograra el efecto disuasorio, entonces no tiene sentido excluir la prueba prohibida.

Esto se explica porque ese sistema asume que la fundamentación de la exclusión de material probatorio está en el efecto que su exclusión puede tener en el actuar de los agentes policiales, pues deberían actuar respetando los derechos fundamentales al momento de obtener las fuentes de prueba.

En el ámbito eurocontinental, en razón de la distinta fundamentación (la posición preferente de los derechos fundamentales), la ponderación de intereses se da entre los diversos derechos constitucionales que se verían afectados. Por ello es que se aplica en esta, el principio de proporcionalidad, otros autores prefieren sacrificar el bien jurídico de menor valía para salvaguardar el de mayor valor. Como se ve en este caso existe el nexo de causalidad entre la prueba originaria y la derivada, pero se excluye por razones de intereses estatal.

Muñoz Conde Francisco (2002,p.32), refiere que si se limita un derecho fundamental, cumpliendo determinados requisitos legales, como en aquellos casos que se obtenga la prueba de modo ilícito, pero sin infringir derechos fundamentales, puede ser que la prueba sea admitida y valorada dependiendo ello de un ponderación de intereses que unas veces viene ya fijada y formalizada en la ley, y otras de una valoración judicial de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, posición que es totalmente aceptada en la jurisprudencialmente.

Siendo ello así, podemos afirmar que el conflicto o pugna se efectiviza entre el derecho fundamental y el interés o bien común de la sociedad en perseguir el delito.

4. Noción de corrupción

Realizando un análisis lingüístico de la palabra “corrupción”, proviene del latín rumpere, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de corrumpere, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. Corrumpere, entonces, debería significar: “romper con”, “romper en unión de”, pero en realidad quiere decir “echar a perder, pudrir”.

Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre. Sus defensores creen en que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

4.1. Corrupción y función pública

He identificado la corrupción como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el “interés público”. A su vez, hemos recalado que existe un grupo de

autores que extienden los alcances de este concepto al ámbito privado. No obstante, resulta materialmente más perjudicial la corrupción en su sentido publicista, pues implica una conducta se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Por lo tanto, la imputación hacia una persona como “corrupto” va asociada a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos domésticos, familiares o cotidianos.

En orden a estas ideas, por los términos “funcionario público” y “empleado público” se suele designar a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. Etimológicamente, esta palabra proviene del latín *functionis* que equivale a “servicio público”.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su artículo 1º lo siguiente: Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

“Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

Una definición más puntual sobre el tema señala que función pública debe ser entendida como aquella que monopolícamente ejerce el Estado a través de sus elementos específicamente designados y sólo por excepción delegada a particulares. Por otra parte, no hay que olvidar que el ejercicio de la función pública está directamente ligado a la existencia de una potestad administrativa, que, a pesar de ser considerado un poder jurídico, no deja de estar conectado con el ejercicio del poder político.

4.2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes de hacer una pequeña reseña de cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, conviene adelantar que en este acápite no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido, de forma general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar tres posturas:

- a) La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto al bien jurídico ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.
- b) Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto a la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas. **Reaño Peschiera** (2009, pp. 29-30).
- c) El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia. Debe entenderse a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la administración pública en sí, en tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos **Salinas Siccha** (2011, p.5). Referidos y reflejados, en gran medida, en el acceso del ciudadano.

4.3. Los delitos contra la administración pública como delitos especiales

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.

4.3.1. Delitos especiales: Concepto simple vs. concepto complejo

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto “delito especial”:

- a) **Delito especial en sentido simple:** Según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal. **Gómez Martín** (2006, p. 27)

b) Delito especial en sentido complejo: Este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial.

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales **Pariona Arana** (2001, p.81), criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”.

5. Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad

Según una moderna doctrina constitucional el fundamento de este principio de proporcionalidad radica en lo siguiente:

5.1. El carácter jurídico de los derechos fundamentales

Bernal Pulido, expone siguiendo a su maestro Robert Alexy, que la fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad es aquello según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales (...) Según esta fundamentación, los sub-principios de la proporcionalidad son el correlato del carácter jurídico de mandatos de optimización de las normas ius fundamentales de principio; por lo tanto, lo desproporcionado, vulnera el contenido esencial de los derechos, y de la dignidad de la persona humana.

- **En el principio del Estado de Derecho**

Cianciardo, acota que la fórmula estándar utilizada expresa en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio del estado de derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el Poder público más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos.

- **Principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**

Desde su aparición el principio de proporcionalidad se le ha vinculado con el principio de interdicción de exceso que prohíbe el uso arbitrario del poder frente al

ciudadano (en nuestro caso el iuspuniendi). Atendiendo a ello, debo precisar que arbitrariedad e irrazonabilidad garantiza el cumplimiento efectivo de la prohibición de arbitrariedad. Nuestro Tribunal Constitucional, al respecto, señala que el principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos a restringir derechos.

5.2. Estructura del principio constitucional de proporcionalidad

En tanto que el principio constitucional de proporcionalidad se legitima en la interpretación constitucional, este principio “aparece como un conjunto articulado de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos sub-principios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. A continuación, brevemente, explicaremos estos sub-principios:

a) Sub-principio de idoneidad o de adecuación.

De acuerdo con este, toda restricción en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub-principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. Se requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin

constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o sub-principio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue.

b) Sub-principio de necesidad.

Significa que para una restricción en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles; y en lo cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. Es decir, lo que se busca con este filtro constitucional es que de todas las medidas restrictivas que sirvan para fomentar el fin constitucional se prefiera la menos grave, sólo la medida que resulte siendo la necesaria para el cumplimiento del fin constitucional, y, que resulte menos gravosa en grado de intervención del derecho fundamental.

c) Sub-principio de proporcionalidad strictu sensu.

Según el cual, para que una restricción en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos

equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación de derecho fundamental. Como sugiere Alexy, para llevar a cabo esta comparación puede utilizarse una escala tríadica, en la que las dos variables a comparar: la intervención en la libertad o en el derecho y la protección del bien jurídico, pueden verse afectados restringido el primero y realizado el segundo en una medida leve, media o intensa. De este modo, sería ilegítimo que la libertad o el derecho de defensa fuera restringido en una medida intensa y que la restricción se justificara con un favorecimiento apenas leve o medio del derecho de protección. Tampoco estaría justificada una restricción media que fuese correlativa a una protección leve.

5.3. Aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en un “caso difícil”: prueba prohibida.

Debemos señalar que la aplicación de este principio en el Sistema Penal no es algo novedoso; pero se ha aplicado con distintos matices, también un sector doctrinario lo ha ido aplicando en el caso de prueba ilícita de forma casi uniforme; sin embargo, no se ha aplicado como un criterio de interpretación que nos sirva “ponderar” bienes jurídicos constitucionales, derechos fundamentales, libertades, valores, principios en el caso concreto, todo esto desde una interpretación unitaria de la Constitución.

2.3.- Definición de términos:

- **PRUEBA PROHIBIDA.**- Es aquella prueba que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiéndose por obtención esa labor tendiente a llegar a un resultado probatorio en el proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda o investigación de la fuente de prueba, cuando la labor de obtención de resultado a partir de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales, aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola el contenido esencial. **Castillo Córdova** (2003, p.138).
- **PROPORCIONALIDAD.** - Adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta). **Quintero Olivares** (1982, pp.381-408).
- **FUNCIONARIO PÚBLICO.** - Es toda persona que, en virtud de designación o investidura otorgada por elecciones populares o autoridad competente, dentro de un contexto de normas y condiciones establecidas, se encarga de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público. **Rojas Vargas** (2007, p.137)
- **LA CORRUPCIÓN.** - Es un problema social, político, jurídico y económico, tanto por sus causas como por sus consecuencias. Las estrategias para combatirla

deberán ser consideradas como responsabilidad del Estado desde una mirada global del problema, sin considerarse que la pobreza sea causa, por el contrario, es una de las consecuencias. **Machado Herrera** (2006, p.2)

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo, Nivel y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Corresponde a una investigación Dogmática – Normativa y Teórica **Quiroz Salazar** (2007, p.54).

En ese sentido, me permite ampliar y profundizar conocimientos sobre **“Los Fundamentos Jurídico -Penales para la Regulación Explícita del Principio de Proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como Supuesto de Aplicación Excepcional de la Prueba Prohibida en los Delitos de Corrupción de Funcionarios”**.

3.1.2 Tipo de diseño

Corresponde a la denominada No Experimental, estos diseños no tienen determinación aleatoria, grupos de comparación. **Robles Trejo** (2012, p.34). El investigador observa lo que ocurre de forma natural, sin intervenir de manera alguna. Existen muchas razones para realizar este tipo de estudio. Primero, un número de características o variables no están sujetas, o no son receptivas a manipulación experimental. Así como, por consideraciones éticas, algunas variables no pueden o no deben ser manipuladas. En algunos casos, las variables independientes aparecen y no es posible establecer un control sobre ellas.

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño Transeccional o Transversal, un estudio transversal toma una instantánea de una población en un momento determinado, lo que permite extraer conclusiones acerca de los fenómenos, su finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único y describir las variables de estudio; así como analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado. **Hernández Sampieri** (2010, p.151).

3.1.4. Diseño específico

Se empleó el diseño cuasal-explicativo (Ibíd. p. 156), toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre la insostenibilidad de la modernización del derecho penal basado en la tolerancia cero como criterio para una política criminal de seguridad ciudadana.

3.1.5. Métodos de investigación.

Los métodos específicos empleados en la investigación fueron. **Ramos Nuñez** (2011, p.65.ss):

Método Exegético. - Esta interpretación de la norma se sustenta en el sentido de las palabras reflejadas en el derecho positivo. Tiene por objeto de estudio a la

norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas (Ibídem). Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Método Dogmático. - La dogmática jurídica es una disciplina perteneciente al Derecho, cuyo método se basa en la de complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos. Tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático. En contraposición al método exegético, en el que la interpretación de la norma se sustenta en el sentido de las palabras reflejadas en el derecho positivo, el método dogmático se atiene a los principios doctrinales, teorías jurídicas, como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica (Ibídem).

Método hermenéutico. Todo mensaje requiere ser interpretado, y entre ellos los mandatos contenidos en las normas jurídicas; pero no es fácil lograr una correcta interpretación si no se cuentan con reglas precisas y claras, metódicas y sistemáticamente establecidas. De ello se ocupa la hermenéutica jurídica, que establece los principios elaborados doctrinaria y jurisprudencialmente, para que el intérprete pueda efectuar una adecuada interpretación de las disposiciones normativas. La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los

conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho (Ibídem). En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Método de la Argumentación Jurídica. - La teoría de la argumentación tiene como objeto de reflexión las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. El objetivo fundamental del método jurídico es la racionalidad de las soluciones jurídicas, por lo que el método jurídico debe ser concebido como la actividad de justificar soluciones particulares usando normas generales. En ese sentido la argumentación jurídica consiste básicamente consiste, básicamente, en articular razones que justifiquen objetivamente una posición ante cuestiones jurídicas controvertidas. **Atienza** (2004, p.p.28 y ss).

Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plasmaran de la siguiente manera. Ramírez Erazo (Ob. Cit).

- a) **Planteamiento del problema:** Comprende la individualización y descripción del problema, el planteamiento de una hipótesis directriz o de trabajo, y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.
- b) **Construcción:** Es la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y

trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Papel fundamental es la ordenación de las fuentes, la cual puede ser:

- a. Bibliográficos: Datos sobre las fuentes.
 - b. Bibliografía: Datos sobre autores y/o personas.
 - c. Nemotécnicas: son citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinados o que tienen alguna relación.
 - d. Webgrafía: Datos sobre fuentes del internet.
- c) **Discusión:** Donde se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis. **Zaffore** (2012, p.75).
- d) **Informe final:** el mismo que fue redactado siguiendo las pautas y normas de redacción del estilo humanístico o tradicional que es el más se adecua para la redacción de los trabajos académicos e informes científicos en las ciencias sociales, del cual es Derecho es parte.

3.2. Plan de recolección de la información de la investigación y/o diseño estadístico

3.2.1. Población

- Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática y jurisprudencia laboral y constitucional nacional e internacional.
- Universo temporal:** El periodo de estudio corresponde al año 2016.

3.2.2. Muestra. Solís Espinoza (1991, pp.169-180)

- Tipo:** No Probabilística.
- Técnica muestral:** Intencional.
- Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia y normatividad.
- Unidad de análisis:** Documentos.

3.3. Instrumentos de recolección de información. Aranzamendi (2013, pp.143-149).

3.3.1. Estrategias o procedimientos de recogida de información

- (1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas Textuales y de Resumen.

- (2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

- (3) Para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo lo que permitió recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

3.3.2. Análisis e interpretación de la información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo; **Briones** (1986, p.43), toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones

cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando identificar el fenómeno o hecho relevante y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Según **Cano Jaramillo** (2014, p.512), los pasos a seguir son

- a) Selección de la información que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección de los instrumentos de recolección de datos

Criterios:

Según Villaseñor Rodríguez (2008, Vol,22, N° 46); los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fueron el siguiente:

- ✓ Identificación del lugar donde se buscará la información.
- ✓ Identificación y registro de las fuentes de información.
- ✓ Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- ✓ Sistematización de la información.
- ✓ Análisis y evaluación de la información.

3.4.- Plan de procesamiento y análisis de información.

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental o fichaje. Vilcapoma (2013, p.81), empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de documentos o contenido; **Giraldo Ángel** (2002, p.11), la misma que se empleó para poder recoger información de la doctrina y jurisprudencia sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitará áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión, es decir sobre el estado de cuestión del problema planteado.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico principalmente, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio. En ese sentido también se emplearán otros métodos de interpretación de la norma jurídica, tales como los métodos sistemático, literal, teleológico. **Torres Vásquez** (1999, pp.614-647)

3.4.1 Unidad de Análisis o información

La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estuvo conformada por Documentales, siendo estos la Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad, los que fueron seleccionados en función de los problemas y objetivos de investigación.

3.4.2. Diseño de la validación de la hipótesis. Robles Trejo (2014, p.58).

En las investigaciones jurídico-teóricas solo se puede demostrar la validez o consistencia de una hipótesis a través de la argumentación jurídica **Gascon Abellan/García Figueroa (2005, p.49)**.

Por otro lado, según **Atienza (2004, p.15)**; refiere: “Este método permite al investigador conocer la solidez de los argumentos que justifican su hipótesis planteada, es decir su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra”. Tal como lo expresa Atienza argumentar no es más que razonar, y ésta es una actividad “que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar”. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener, secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirmen o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, la aplicabilidad o

inaplicabilidad o la compatibilidad o incompatibilidad, etc., de la norma jurídica en el caso concreto, que, en síntesis, conduzcan al sujeto cognoscente a asumir la decisión que sea la solución adecuada y válida **Mixan Mass** (2002, p. 129).

En ese sentido, coincidimos con lo precisado por **Ramos Núñez** (Ob. Cit., p. 129), quien afirma que: “Las hipótesis no son verdaderas o falsas”, sino están bien o mal formuladas. La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará la validez. En realidad, no podemos probar que una hipótesis que es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio.

Para decirlo, en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis –como creen muchos-, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis. Cuanto más intenso haya sido el trabajo de investigación, mayor será la solidez de nuestra comprobación”. Así mismo tratándose de una investigación cualitativa (dogmática jurídicamente) se empleó la técnica de la triangulación de teorías, para demostrar o conseguir la validez, esto es, cotejar los datos desde diferentes puntos de vista, lo cual ayuda además a profundizar en la interpretación de los mismos. **Cantor** (2002. Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, N° 13).

Durante la conceptualización del trabajo de investigación cualitativa suele definirse de antemano la teoría con la cual se analizarán e interpretarán los hallazgos. En este tipo de triangulación se establecen diferentes teorías para

observar un fenómeno con el fin de producir un entendimiento de cómo diferentes suposiciones y premisas afectan los hallazgos e interpretaciones de un mismo grupo de datos o información. Las diferentes perspectivas se utilizan para analizar la misma información y, por ende, lograr colisionar teorías.

3.4.3. Contexto

El lugar donde se desarrolló la investigación fue en la ciudad de Huaraz.

No existe una delimitación de la muestra de estudio, debido a la naturaleza de la investigación porque los alcances son a nivel nacional, además porque no recogerán datos empíricos para su tratamiento, por ello no se emplearán técnicas de investigación cuantitativas ni estadísticas.

IV. RESULTADOS

4.1. Fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano

Se ha analizado que los fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano son:

4.1.1. Los fundamentos doctrinarios

4.1.1.1. El principio de legitimidad de la prueba

Los principios rectores de la prueba son los siguientes: Principio de oficialidad, principio de libertad probatoria, principio de pertinencia, principio de conducencia y utilidad, principio de legitimidad y principio de comunidad de la prueba.

De los principios antes mencionados, el principio de legitimidad es el que más se relaciona a mi tema objeto de investigación, por lo tanto, haré una breve referencia sobre dicho principio.

Bajo este principio, un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal vigente o por el ordenamiento jurídico en general, cuando esté reconocido por la ciencia capaz de

producir certeza, o cuando no es contrario a la ética ni a la dignidad de las personas.

Cubas Villanueva (2003, p.336).

4.1.1.2 Naturaleza de la prueba prohibida

Superadas antiguas concepciones llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho. **De Urbano Castillo/Torres Morato** (1997, p.32)

De esta manera, la naturaleza jurídica de la prueba ilícita no parte del fundamento epistemológico de la verdad, sino del derecho; así nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia, Alberto Quimper Herrera, STC. Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, hace todo un desarrollo argumentativo al respecto, precisando que en la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada no existe un consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida.

4.1.1.3 Fundamento de la prueba prohibida

La ilicitud de la prueba desde una concepción europea continental siempre ha tenido como fundamento constitucional, el haber estado conectado al derecho con todas las garantías, un derecho constitucional; mas no así en el sistema

norteamericano, cuya principal razón o fin ha sido el efecto disuasorio (*deterrenceeffect*) de las actuaciones policiales ilícitas. En efecto la posesión que desarrollo la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrenceeffect*) frente a las conductas oficiales de la policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*).

Nuestro tribunal constitucional ha ido más allá al sostener en primer lugar, que la prueba ilícita es un derecho y, en segundo lugar, que tiene raigambre constitucional. Sin embargo, la realidad plasmada en el desarrollo jurisprudencial nos dice otra cosa la constatación de un fenómeno de debilitamiento progresivo de la regla de exclusión, inmersa así en una crisis de reconocimiento, esta crisis también se vislumbra en el sistema euro continental con el nacimiento de la doctrina de conexión de antijuridicidad, que se constituye en el eslabón más de la ya larga cadena de criterios restrictivos en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales (Desarrollada en España con la sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998). En atención a ello, basta con revisar el acurdo plenario de Jueces Superiores, denominado Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, en que se establece una serie de reglas para la aplicación de excepciones a la exclusión de la prueba ilícita.

4.1.1.4. Los efectos reflejos de la prueba prohibida

La llamada doctrina del “fruto del árbol venenoso” tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí recibe el nombre de *Fruit of the poisonous tree*, simplemente, *fruit doctrine*. Su origen se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) en el que se entregó documentalmente, cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Posteriormente, en *Nardone v. United States* (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se hubiera llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. **Talavera Elguera** (2009, p.153).

Sostiene esta teoría que se debe excluir tanto las pruebas obtenidas ilícitamente, como las que se derivan de ellas. Aquí hay ineficacia procesal por el quebrantamiento indirecto de los derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, por lo que no se puede aprovechar resultados probatorios que se han obtenido ilícitamente por haber partido justamente de una prueba que se obtuvo de manera ilícita.

Al respecto, **Parra Quijano** (1997, p.39); refiere que: “Respetarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco tales pruebas legales pueden ser admitidas”.

Para acreditarse la inutilización de la prueba derivada, tiene que acreditarse que efectivamente existe una relación de causalidad entre la prueba ilícita directa y la prueba derivada. **Castro Trigos citando a López Barja de Quiroga** (2001, p.97) señala “que lo importante en este tipo de casos es determinar la relación causal entre el acto originalmente violatorio de derechos fundamentales y el acto consecuencia del primero”. Agrega que, “sin embargo, que el establecimiento de esa relación causal no está exento de dificultades y problemas. Es por ello que no sería apropiado desde la dogmática se perfilen reglas generales cuando dicha tarea debe ser asignada a quienes tiene la obligación de examinar y resolver los casos concretos: los jueces”.

De esta manera, se tiene que la prueba derivada o refleja, es aquella, en sí misma lícita, pero tiene su origen mediato en otra que ha sido obtenida vulneración de derechos fundamentales. **Castro Trigos** (Ibidem,p.95), cita dos ejemplos, uno propuesto por Roxin; en el caso de una interceptación telefónica ilícita (sin mandato judicial) que permite realizar un registro domiciliario con todas las formalidades y garantías de la ley en el que se encuentra una cierta cantidad de droga; en el segundo ejemplo, sobre la declaración de un imputado al que se le ha suministrado drogas para que hable, revela el lugar en que se encuentra el cadáver, encontrándose allí restos de sangre perteneciente al declarante. En ambos ejemplos, el resultado final, es decir, el hallazgo de la droga durante el registro domiciliario y el descubrimiento de los restos de sangre pertenecientes al declarante en el lugar donde se encontraba el cadáver, es en sí mismo lícito, pero el acto inicial del que se derivan no lo es porque vulnera los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la

dignidad de la persona humana, respectivamente. Pongo un ejemplo, sucedió en la ciudad de Piura, es el caso de una dama piurana, quien es denunciada por el delito de aborto, la policía con fines de investigación realiza un registro en el domicilio al parecer con el asentimiento de la investigada, el registro tenía como objeto recoger evidencias respecto a un supuesto delito de aborto; sin embargo, al hacer el registro domiciliario incautaron un kilo aproximado de cáñamo cannabis sativa (marihuana), razón por la cual la denunciada fue detenida y sometida a un proceso por tráfico ilícito de drogas, ante el juzgado especializado en drogas. (Atestado N° 032-2000-DIVINCRI-DCVCS-PNP-Disión de Investigación Criminal de Homicidios de Piura.)

En realidad las pruebas derivadas del allanamiento, fueron cuestionadas de ilicitud, en principio porque el allanamiento se realizó para investigar el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, y no para la incautación y decomiso de droga; aunque también se pudo argumentar la excepción a la exclusión de la prueba, por la buena fe en que actuaron los policías, quienes al encontrarse con la droga, creyeron actuar conforme a la ley de detener a la investigada y ponerla a disposición de la autoridad competente.

Ahora bien, quedan por responder varias interrogantes: *¿Cuál es el límite? ¿Hasta dónde se extiende el efecto reflejo de la ilicitud de la prueba? ¿Solo a la prueba mediata de la prueba directa ilícita o también a las sucesivas, es decir, las pruebas que se derivan en cadena o el efecto espejo?* Aunque también existe una excepción que ha desarrollado la doctrina, que ha denominado “el nexo causal

debilitado o excepción de la mancha diluida”, precisamente porque en la cadena de derivación de las pruebas se van presentando factores de atenuación del nexo causal, que más adelante abordaremos. La ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida de alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas lícitas, se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco otras pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas.

De diferente opinión es **Asencio Mellado** (2008, p.129), quien postula la admisibilidad de la prueba refleja, pero bajo la imposición de determinadas reglas: “Primero: necesidad de admitir un efecto reflejo en todos aquellos casos, en que de lo contrario resultaría burlada la propia prohibición de utilización. Ello sería así, en general, en los supuestos de intervención de las comunicaciones o interrogatorios ilícitos en los que se extrajeran datos no tutelados por la orden de interceptación y, en el caso de los interrogatorios ilícitos habría que adherirse a la posición de la inprovechabilidad de cualquier resultado reflejo. Segundo: cabría la posibilidad de convalidación de la prueba refleja siempre que se subsanara la anterior. Por ejemplo, nuevo interrogatorio con métodos lícitos. Por el contrario, sería dudoso extender una nueva orden de intervención más amplia que recogiera, a posteriori, los datos apreciados casualmente en la interceptación ilegítima o legítima. Tercero: En general habría que analizar en cada caso la real relación de causalidad entre la prueba ilícitamente obtenida y la lícita en aquella fundamentada. Igualmente, será susceptible de contrastación la proporcionalidad entre la lesión del derecho fundamental, su incidencia en la nueva prueba, y el hecho perseguido”. Posición

esta última en la que coincidimos por eso hablamos de diferentes excepciones que ha desarrollado la doctrina y jurisprudencia como veremos seguidamente.

4.1.1.5. Las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida

La jurisprudencia especialmente la norteamericana, ha tenido un fecundo desarrollo en cuanto a las excepciones de la exclusión de la prueba prohibida, quizá motivada por la sensación de impunidad que la exclusión probatoria que en algunos casos evidenciaría. El siempre presente conflicto del respeto a los derechos fundamentales, por un lado, viabilizados a través de la exclusión de la prueba ilícita; y, por otro lado, la exigencia social de la seguridad. Por ello, en este proceso se ha buscado un término medio, expresado en las siguientes excepciones:

a) Fuente independiente

Es una excepción desarrollada por la jurisprudencia norteamericana que recibe el nombre de *independentsource* (fuente independiente). Se remonta al caso *SilverthorneLumber Co. V. UnitedStates*, en donde la Corte postuló que las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría derivarse de una fuente independiente **Talavera Elguera** (Ob. Cit, p.155) En realidad, la fuente independiente se fundamenta en la existencia de dos o más caminos de investigación y resulta que se considera fuente independiente aquella que no ha seguido el camino de la fuente considerada ilícita sino una alternativa.

Por ejemplo, **Castro Trigos** (Ob.Cit,p.108) refiere lo siguiente: “Tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que se escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración”. Sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarlo. **Carrió** (2002, p.37).

En ese mismo orden de ideas, **Carrió** (Ob.Cit) nos dice: “(...) si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida”.

Del mismo parecer **Miranda Estrampes** (Ob. Cit, p. 122); quien sostiene que “no se trata de una verdadera excepción, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión. Si esta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita exista una relación causal, su inexistencia determinará su no aplicación y la posibilidad de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión con la prueba practicada con vulneración de derechos fundamentales. Para poder apreciar esta excepción es necesario que entre la prueba ilícita original y la prueba derivada exista una verdadera desconexión causal”. Sin embargo, si estamos ante un mismo proceso, en donde el “tema probandum” es todo ese plexo de pruebas que se ha acopiado para resolver el caso, considero que es pertinente y útil establecer para esos fines como reglas metodológicas la determinación de si una fuente es independiente o no, respecto de la prueba que se alude manchada.

b) Descubrimiento inevitable

El origen de dicha excepción se sitúa en el caso *Nix v. Williams*, 4667 U.S. 431 (1984), en un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. Si bien se excluyó la confesión del imputado, no se aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal, ya que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver **Miranda Estrampes** (Ob. Cit, p. 127).

Concretamente según esta doctrina es procedente admitir medios probatorios considerados ilícitos, siempre y cuando su obtención se habría producido siguiendo hipotéticamente otros medios, caminos o vías legales lícitas. Lo importante es la existencia de la conexión causal entre la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales y la fuente refleja o derivada, la misma que no se excluye, por la hipótesis de que se hubiera descubierto también aquellas evidencias, respetando los derechos fundamentales.

Sin embargo, debe quedar claro cuál es la diferencia entre la excepción de la fuente independiente y la teoría del hallazgo inevitable; en esta última, los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos inevitablemente sería obtenido a través de una actividad regular y lícita.

En cambio, tratándose de la teoría de la fuente independiente, lo que se constata es una desconexión causal entre el acto inicial ilícito y el resultado probatorio que se valora precisamente porque no deriva del primer acto, esto es, se reputa independiente.

Como puede verse, en este último caso existen dos datos de prueba: uno de origen ilícito y otro que se reputa aprovechable por estar desconectado causalmente del primero; mientras que el descubrimiento inevitable existe tan solo un dato probatorio de origen ilícito, puesto lo que utiliza el Tribunal es una mera elucubración mental hipotética para considerar que igualmente dicho dato pudo ser obtenido lícitamente, decidiendo por ello aprovecharlo probatoriamente. **Castro Trigoso** (Ob. Cit, p.111).

c) La conexión de antijuridicidad

En realidad, no se trata de una excepción específica desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, como las excepciones de fuente independiente, descubrimiento inevitable o excepción de buena fe, sino a al desarrollo de la jurisprudencia euro continental. Esta teoría se construye sobre el baremo genérico y pretende con ello de dotar de instrumentos que proporcionen mayor seguridad jurídica en la solución del problema de la prueba ilícita. Ha sido un sustituto a la teoría del árbol del fruto prohibido, pues “contribuye a sistematizar las excepciones, a actualizar y revisar las categorías e introducir nuevos criterios de enjuiciamiento en esta materia”. **González Cussac** (Ob.Cit, p. 212).

Específicamente en España, con la sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/1998, se precisa el estándar que sirve para admitir o excluir una prueba que se derive de una prueba ilícita, tal construcción se fundamenta, en primer lugar, en la existencia de una relación causal natural entre el hecho lesivo del derecho fundamental (prueba directa ilícita y prueba refleja derivada) y en segundo nivel, que no exista un vínculo normativo jurídicamente independientes, entre el hecho lesivo original y la prueba derivada refleja.

Al respecto, **Gonzales Cussac** (Ob. Cit, p.215) sostiene: “Para establecer la conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita y una derivada la jurisprudencia acude a dos criterios complementarios: la perspectiva interna y la perspectiva externa”.

La perspectiva interna analiza el derecho fundamental lesionado y el resultado inmediato de infracción. En tanto que la perspectiva externa gira en torno al examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental lesionado.

d) La denominada excepción de buena fe

Se trata de una excepción utilizada en la jurisprudencia norteamericana, al considerar que la finalidad preventiva de la exclusión de la prueba no es necesaria cuando la policía ha actuado creyendo que lo hacía dentro de la ley.

Presupone la existencia de un error, con lo que necesariamente afirma la ausencia de dolo o intención (mala fe), y, por consiguiente, se sitúa en el terreno de la imprudencia. Este error puede venir por insuficiencia o defectos de la ley, o como consecuencia de una actuación judicial incorrecta **González Cussac** (Ob.cit., p. 232).

El fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que no tiene ningún sentido intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obra conforme a derecho. **Talavera Elguera** (Ob. cit, p. 158).

De esta manera su fundamento radica en prevenir y disuadir al funcionario, ya sea policía, fiscal o juez, para que sus actuaciones se realicen el marco del respeto de los derechos fundamentales; sin embargo, de no cumplirse este objetivo debido a que el funcionario no sabía (actuaba de buena fe) que la orden que portaba era ilegal o que el mandamiento judicial era arbitrario o inconstitucional, no cabe expulsar la prueba, por cuanto no se está cumpliendo con la finalidad disuasoria, lo que la doctrina norteamericana llama el (*deterrenteffect*).

Pero es necesario precisar que aún hay posiciones que postulan que la prueba no se puede perjudicar cuando con estas se va a alcanzar un justo resultado del proceso.

Por consiguiente, **Serra Domínguez** (Ob. cit, p. 158); sostiene que la doctrina no ha sido unánime en la condena de pruebas. Sin embargo, señala que hay un

importante sector doctrinal que considera que, sin perjuicio de sancionar incluso penalmente a quienes obtuvieron la prueba ilícitamente, una vez aportada la prueba al proceso, esta debe ser plenamente eficaz, ya que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso y resultaría contradictorio prescindir de pruebas formalmente correctas únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso.

En otro extremo, debemos decir que en nuestra jurisprudencia se viene acogiendo esta excepción, lo que ha motivado inclusive a un acuerdo plenario nacional de jueces superiores, celebrado en Trujillo en diciembre del año 2004, en que se acordó por mayoría admitir la excepción de la buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de flagrancia y siempre que esté bajo el control de la fiscalía o el juez penal, y se utilicen las reglas de la experiencia, entendiéndose por esta, la apreciación razonada que hace el juez de la justificación dada por los funcionarios policiales sobre la forma y circunstancias en que fue obtenida la prueba ilícita, por haberse alegado que han actuado de buena fe. (Acta de la sesión del pleno jurisdiccional de jueces superiores, Trujillo, 11 de diciembre de 2004).

e) Nexo causal debilitado

A esta excepción se llama también mancha diluida o atenuada (*purged taint* excepción *attenuation of that taint*) contaminación atenuada, y para graficarlo mejor citamos un ejemplo de la jurisprudencia norteamericana (caso

Wong Sun); “A” es detenido ilegalmente por la policía, e imputa en su declaración a “B”. Tras ello, la policía detiene a “B”, incauta droga en el registro de su domicilio, y este inculpa a “C”, este concurre voluntariamente ante la policía y se declara culpable. En el proceso “A” logra excluir la evidencia de la droga secuestrada a “B”, alegando que deriva directamente de su propia detención ilegal. Sin embargo, la demanda de “C” para que su confesión fuera también anulada no prosperó: fue declarada como un hecho que interrumpió la cadena causal. Subrayar que, aunque la declaración de culpabilidad de “C” fue voluntaria y espontánea, al no haber sido informado previamente de la nulidad de la detención y en consecuencia del registro y aprehensión de drogas, no debió considerarse como válida **Guariglia Fabricio** (2005, p.165/nota 475).

Al respecto **González Cussac** (1997,p.230); explica que esta excepción opera allí donde, aunque establecida una relación causal, la imputación objetiva o conexión de antijuridicidad se quiera por la intervención voluntaria de alguien, (...) en los supuestos de declaraciones precedidas de intervenciones declaradas nulas; sin embargo, para que aquellas sean admitidas, han de estar informadas previamente de la declaración de nulidad de las anteriores diligencias, así como ha de ser prestada libre y voluntariamente, esto es, sin presiones (doctrina de la advertencia calificada). Por ejemplo, aquella persona que es intervenida ilegalmente y presta declaración preliminar, sin embargo, como quiera que el proceso de intervención fue declarado nulo, tal actuación fue inválida, pero es el caso que, con posterioridad, en el juzgamiento, voluntariamente el procesado se presenta y presta declaración, inclusive con la aclaración de la ilicitud de su primigenia declaración. La relación

causal entre la actuación primigenia y la posterior no se ha roto, pero está atenuada, justamente por la acción voluntaria e informada del imputado.

Al respecto **Neyra Flores** (Ob. Cit, p,684) nos dice: “se argumenta que la confesión en este caso, es un “acto independiente sanador” que rompe la cadena con la lesión inicial, pero se debe tener en cuenta si no se hubiera dado la inicial afectación al derecho fundamental, no se hubiera dado la última prueba, por lo cual aún existe un nexo causal”.

En nuestro país la jurisprudencia nacional (caso del expresidente de la república Alberto Fujimori Fujimori - Exp. N° A.V. 19-2001), también recogía esta excepción del nexo causal atenuado, el Tribunal en el fundamento 148 expresa: “Es claro, a partir de la declaración de la periodista Guerrero Torres y de los videos que presentó, que en la edición del archivo de Panamericana Televisión no parecen las escenas propaladas por el programa “la ventana indiscreta”, por lo tanto, la entidad afectada por alguna posible sustracción de un documento de archivo no es de Panamericana Televisión. No existe, por lo tanto, conocimiento exacto de modo cómo se obtuvo el documento fílmico que sirvió de fuente del programa “La Ventana Indiscreta”. Ahora bien, si este documento fílmico se hurtó o no, carece de relevancia constitucional, pues en todo caso está comprobado que uno de los intervinientes en la escena de la entrevista personal del SIN, con la obvia autorización y conocimiento del entrevistado y entrevistador, más aún si la entrevista se produjo en la sede de esa institución fue quien grabó lo acontecido. Más allá de cualquier defecto del video concretamente la edición “cuestionable” de

su contenido para configurar un documento filmico específico acorde con un reportaje de la actualidad, **se ha producido un supuesto muy claro de “atenuación del vínculo”** pues el entrevistador afirmó que la realidad de las conversaciones previas y la intervención anticipada de Montesinos Torres, quien le transmitía consejos o le daba indicaciones al general EP Picón Alcalde sobre cómo debía declarar” (el resaltado es nuestro).

f) Teoría del riesgo

La teoría del riesgo es muy utilizada en los países de tradición europeacentral, es de abolengo alemán y nace a partir de la intervención a las comunicaciones. Lo que dice esta teoría es que la prueba obtenida no lesiona derechos fundamentales, toda vez que no hay una afectación importante al secreto de las comunicaciones por ser el acto que realiza un partícipe de la comunicación **Sánchez Córdova** (2009, p. 134).

Esta teoría se entiende cuando dos personas se comunican y una le expresa o cuenta a la otra una actividad delictuosa o relacionada con el delito, de manera que asume el riesgo que su interlocutor lo detalle, por ejemplo: “un policía graba a una persona sin saberlo su interlocutor, mientras los dos hablan de cómo se va a llevar a cabo un delito. Sobre la base de esta intervención a las comunicaciones se realizan detenciones y se encuentran los efectos del delito”.

En el presente caso, no hay violación al derecho a la intimidad del emitente por cuanto el interlocutor es titular del derecho a las comunicaciones y el emitente asumió su propio riesgo al confiar una actividad prohibida a su interlocutor.

Así, **Asencio Mellado** (Ob. cit., p. 56), refiere que es categórico en sostener “que la grabación, filmación o captación de una conversación realizada por uno de los comunicantes sin conocimiento del resto, cualquiera que sea su contenido, no afecta ni al derecho a la intimidad personal, ni al relativo a la protección del secreto de las comunicaciones, de manera que en caso alguno puede concluirse la ilicitud de tales instrumentos y por ello su pérdida de valor probatorio”.

En nuestra jurisprudencia nacional citada por **Nayra Flores** (Ob. cit., p. 683), tenemos pronunciamientos al respecto, como el de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Expediente N° 21-2001 “caso miembro del Tribunal Constitucional” se pronuncia en el sentido que: “La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres (...). Por lo que es él y no al Estado al que corresponde asumir tal indefensión, bajo el principio doctrinario del *vinere contra factumpropium* (no se puede actuar contra los hechos propios).

En tal orden de ideas, la incautación por parte del estado del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la presente causa, no resulta atentatorio a los derechos constitucionales del citado acusado (...) deviene improcedente lo

sostenido por el acusado de haberse violado sus derechos fundamentales a la intimidad o privacidad (*toright of theprivacy*)”.

g) Teoría de la Ponderación de intereses

Nace en EE.UU. Con el Balancing Test, cuya regla es: si ponderamos que con la inadmisibilidad de la prueba prohibida no se lograra el efecto disuasorio, entonces no tiene sentido excluir la prueba prohibida.

Esto se explica porque ese sistema asume que la fundamentación de la exclusión de material probatorio está en el efecto que su exclusión puede tener en el actuar de los agentes policiales, pues deberían actuar respetando los derechos fundamentales al momento de obtener las fuentes de prueba.

En el ámbito eurocontinental, en razón de la distinta fundamentación (la posición preferente de los derechos fundamentales), la ponderación de intereses se da entre los diversos derechos constitucionales que se verían afectados. Por ello es que se aplica en esta, el principio de proporcionalidad, otros autores prefieren sacrificar el bien jurídico de menor valía para salvaguardar el de mayor valor. Como se ve en este caso existe el nexo de causalidad entre la prueba originaria y la derivada, pero se excluye por razones de intereses estatal.

Muñoz Conde Francisco (2002,p.32), refiere que si se limita un derecho fundamental, cumpliendo determinados requisitos legales, como en aquellos casos

que se obtenga la prueba de modo ilícito, pero sin infringir derechos fundamentales, puede ser que la prueba sea admitida y valorada dependiendo ello de un ponderación de intereses que unas veces viene ya fijada y formalizada en la ley, y otras de una valoración judicial de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, posición que es totalmente aceptada en la jurisprudencialmente.

Siendo ello así, podemos afirmar que el conflicto o pugna se efectiviza entre el derecho fundamental y el interés o bien común de la sociedad en perseguir el delito.

4.1.1.2. Noción de corrupción

Realizando un análisis lingüístico de la palabra “corrupción”, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: “romper con”, “romper en unión de”, pero en realidad quiere decir “echar a perder, pudrir”.

Por lo tanto, la expresión *corromper* siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre. Sus defensores creen en que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se

suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

4.1.1.3 Corrupción y función pública

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Antes de hacer una pequeña reseña de cada postura y explicar cuál es considerada como la más adecuada, conviene adelantar que en este acápite no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido, de forma general, en todos los tipos penales de delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Así, es posible identificar tres posturas:

- d) La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto al bien jurídico ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.
- e) Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto a la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las

expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas. **Reaño Peschiera** (2009, pp. 29-30).

- f) El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia. Debe entenderse a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la administración pública en sí, en tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos **Salinas Siccha** (2011, p.5). Referidos y reflejados, en gran medida, en el acceso del ciudadano.

4.1.1.4. Los delitos contra la administración pública como delitos especiales

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta

característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.

4.1.1.5. Delitos especiales: Concepto simple vs. concepto complejo

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto “delito especial”:

- c) Delito especial en sentido simple:** Según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal. **Gómez Martín** (2006, p. 27)

- d) Delito especial en sentido complejo:** Este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial.

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales **Pariona Arana** (2001, p.81), criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”.

4.1.1.6. Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad

Según una moderna doctrina constitucional el fundamento de este principio de proporcionalidad radica en lo siguiente:

4.1.1.7. El carácter jurídico de los derechos fundamentales

Bernal Pulido, expone siguiendo a su maestro Robert Alexy, que la fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad es aquello según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales (...) Según esta fundamentación, los sub-principios de la proporcionalidad son el correlato del carácter jurídico de mandatos de optimización

de las normas ius fundamentales de principio; por lo tanto, lo desproporcionado, vulnera el contenido esencial de los derechos, y de la dignidad de la persona humana.

- **En el principio del Estado de Derecho**

Cianciardo, acota que la fórmula estándar utilizada expresa en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio del estado de derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el Poder público más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos.

- **Principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos**

Desde su aparición el principio de proporcionalidad se le ha vinculado con el principio de interdicción de exceso que prohíbe el uso arbitrario del poder frente al ciudadano (en nuestro caso el iuspuniendi). Atendiendo a ello, debo precisar que arbitrariedad e irrazonabilidad garantiza el cumplimiento efectivo de la prohibición de arbitrariedad. Nuestro Tribunal Constitucional, al respecto, señala que el principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos a restringir derechos.

4.1.2. Los Fundamentos Normativos.

4.1.2.1. La Prueba Prohibida en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

El Artículo VIII° de Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, NCPP, establece que “Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”, “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”; y, “La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”. **Gaceta Penal & Procesal Penal** (2011, p. 311).

Por lo que concluimos que, para nuestro sistema procesal penal, la prueba ilícita o prueba prohibida, son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella. Es decir, bajo lo establecido en el Nuevo Código Procesal Penal nos referiremos a la legitimidad de la prueba, o a la prueba legítima o ilegítima.

Frente a lo que se puede conceptualizar como la ilegitimidad de la prueba o la prueba ilegítima, tendremos siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad en el proceso penal y la defensa de los derechos fundamentales de la

persona humana. Por lo que el NCPP mediante el artículo VIII° del título preliminar introduce una regla de exclusión o una prohibición de valoración probatoria.

La Regla de exclusión de la prueba tiene su origen en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Norteamericano en un caso conocido como *Weeks v. US*, asunto en el que el Tribunal declaró la inadmisibilidad como prueba de la correspondencia epistolar confiscada al acusado sin autorización judicial, sobre la base de que su incorporación y valoración implicaría una vulneración a las garantías contenidas en la IV Emenda Constitucional.

Según **Peña Cabrera** (2009,p.212), señala que el Código Procesal Penal presenta una novedad con relación a la regulación procesal del sistema anterior, en el que no se hacía ninguna referencia a la ilicitud o ilegitimidad de la prueba; éste significativo aporte no solo es estipulado en el título preliminar, sino que es confirmado de modo exacto en el artículo 159° del citado cuerpo normativo, en lo sumillado bajo el título de utilización de prueba, cuyo texto dispone que, el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, la fuentes o medio de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; significando ambos articulados, VIII° del Título Preliminar y 159°, normas de carácter prohibitivo, que incorporan consecuencias derivadas de incumplimiento.

Con la aparición del modelo de Estado Constitucional de Derecho en el siglo XIX, la argumentación jurídica estuvo siempre encaminada a la defensa de los derechos fundamentales de la persona, o la argumentación PRO HOMINE, es decir

en la argumentación pro hombre, o pro derechos del hombre; es así que la introducción de reglas de exclusión o la prohibición probatoria es propia de modelos de Estados que anteponen el respeto a los derechos fundamentales frente al poder penal estatal.

Este modelo adoptado por nuestro sistema procesal penal, lleva en la práctica a que una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales debe ser excluida del proceso como mecanismo tutelar de los derechos fundamentales; el NCPP ha avanzado en reconocer reiteradamente ésta regla, resaltándolo también en el caso de las pruebas atípicas; es así, que en el art. 157.1° se precisas que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por medio de prueba permitido por ley, añadiendo que “Excepcionalmente pueden acreditarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona”.

La regla de exclusión de la prueba ilegítima contenida en nuestro novísimo ordenamiento procesal penal impone dos momentos de prohibición, una prohibición de admisión y otra prohibición de valoración de las pruebas que se obtengan vulnerando derechos fundamentales.

La prohibición de admisión está referida, a que la regla de exclusión debe invocarse cuando la ilicitud se haya producido en el momento de la obtención de las fuentes de prueba; ello a su vez significa el análisis de tres escenarios, durante la labor de búsqueda, la identificación y el recojo de las fuentes de prueba; es decir tanto en la búsqueda, como en la identificación y en el recojo de pruebas, las

actividades tienen que ejecutarse sin vulnerar ningún derecho fundamental de la persona.

En este momento de la obtención de pruebas también se debe tener presente el actuar regular durante las diligencias de investigación penal y en el momento de la incorporación al proceso mismo. **Rosas Yataco** (2009, p.231).

4.1.2.2. Estructura del principio constitucional de proporcionalidad

En tanto que el principio constitucional de proporcionalidad se legitima en la interpretación constitucional, este principio “aparece como un conjunto articulado de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos sub-principios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe acatar. A continuación, brevemente, explicaremos estos sub-principios:

a) Sub-principio de idoneidad o de adecuación.

De acuerdo con este, toda restricción en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub-principio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada

En segundo lugar, requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o sub-principio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue.

b) Sub-principio de necesidad.

Significa que para una restricción en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles; y en lo cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. Es decir, lo que se busca con este filtro constitucional es que de todas las medidas restrictivas que sirvan para fomentar el fin constitucional se prefiera la menos grave, sólo la medida que resulte siendo la necesaria para el cumplimiento del fin constitucional, y, que resulte menos gravosa en grado de intervención del derecho fundamental.

c) Sub-principio de proporcionalidad strictu sensu

Según el cual, para que una restricción en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación de derecho fundamental. Como sugiere Alexy, para llevar a cabo esta comparación puede utilizarse una escala tríadica, en la que las dos variables a comparar: la intervención en la libertad o en el derecho y la protección del bien jurídico, pueden verse afectados restringido el primero y realizado el segundo en una medida leve, media o intensa. De este modo, sería ilegítimo que la libertad o el derecho de defensa fuera restringido en una medida intensa y que la restricción se justificara con un favorecimiento apenas leve o medio del derecho de protección. Tampoco estaría justificada una restricción media que fuese correlativa a una protección leve.

4.1.2.3. Aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en un “caso difícil”: prueba prohibida.

Debemos señalar que la aplicación de este principio en el Sistema Penal no es algo novedoso; pero se ha aplicado con distintos matices, también un sector doctrinario lo ha ido aplicando en el caso de prueba ilícita de forma casi uniforme; sin embargo, no se ha aplicado como un criterio de interpretación que nos sirva “ponderar” bienes jurídicos constitucionales, derechos fundamentales, libertades,

valores, principios en el caso concreto, todo esto desde una interpretación unitaria de la Constitución.

4.1.3. Los Fundamentos Jurisprudenciales.

Respecto a los fundamentos jurisprudenciales para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios tenemos:

4.1.3.1. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional

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

Asunto

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

“(…) 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 inefectiva e inutilizable (…)”

Sentencia del Tribunal Constitucional

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

Asunto:

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

“En efecto conforme lo establece el artículo 2, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados, sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que la contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque,

ciertamente, puede alegarse que la fuente o soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”

Sentencia del Tribunal Constitucional

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

Asunto:

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

“(...) se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstos en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

“(..) En consideración a este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración a algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona.

En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente suspendida a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”.

4.1.3.2. En Jurisprudencia Extranjera

SENTENCIA 81/1998, de 2 de abril de 1998

“Para tratar de determinar si esta conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar; en primer término, la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en

la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde el punto de vista interno, su constitucionalidad se trasmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no bien exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (...)”.

4.1.3.3. Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2010; fundamentos jurídicos 13, 14 y 19. 13.

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ

Asunto: Audiencia de Tutela.

V. DISCUSIÓN

5.1. La intervención de las comunicaciones

La intervención de las comunicaciones, especialmente aún hoy en día las telefónicas, constituyen un método de investigación que ha demostrado su eficacia contrastada cuando se trata de determinar delitos de cierta entidad y cualidad y los sujetos que los cometen, muchas veces formando parte de tramas organizadas, cual sucede en los casos de corrupción.

De esta manera, cabe decir que el derecho al secreto de las comunicaciones no es superior al resto de los derechos, sino igual a los demás, siendo así que en el ámbito de su protección deben imperar los mismos requisitos generales que informan la actuación del Estado en la investigación penal, incluyendo los que, de modo particular, sean de aplicación. Pero, no más que en las demás situaciones y por supuesto siempre atendiendo al principio de proporcionalidad que debe procurar un marco de juego suficiente para combinar la investigación y evitar la impunidad de personas, funciones y delitos.

El derecho a la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones, pues, con un contenido eminentemente formal u objetivo, pues tiende a tutelar a los comunicantes frente a cualquier injerencia de terceros en su ámbito de libertad.

El núcleo esencial del derecho reside precisamente aquí, en la evitación de la intromisión de terceros ajenos, siendo por tanto la prohibición absoluta de su uso en el ámbito del proceso y la ineficacia en cualquiera de sus fases la consecuencia inevitable de una intervención ajena en un espacio reservado.

No se afecta el derecho, obviamente, cuando es uno de los comunicantes el que usa de la conversación o mensaje, pues, por su propia naturaleza, el que interviene y recibe datos del otro, deja de estar en situación de secreto respecto de la comunicación en su conjunto. Voluntariamente una parte ha roto el secreto comunicando a otra una noticia de cualquier contenido. (SSTSE del 30 de mayo de 1995, 17 de junio de 1999.)

Los derechos fundamentales despliegan su eficacia en el proceso penal de manera tal que sirven de punto de equilibrio entre la inalienable defensa de la libertad y el ejercicio de sus potestades investigadoras por parte del Estado. Son estos derechos un límite infranqueable que actúa como salvaguarda de los ciudadanos frente al Poder, de modo que ya es lugar común afirmar que el Estado no puede investigar a cualquier precio. Pero, esta afirmación no significa que dichos derechos sean absolutamente invulnerables, ya que, a salvo el que protege la vida, todos ellos son limitables en el curso de una investigación, siempre que en todo caso se respete su contenido esencial, con arreglo a determinados requisitos, legalmente o constitucionalmente establecidos y que son garantía, precisamente, del mencionado contenido esencial que en cualquier situación ha de permanecer inmune frente a toda invasión.

Siendo el fundamento de la prueba ilícita de naturaleza constitucional como se ha sostenido, todo ataque a estos presupuestos generará la ineficacia de lo obtenido directa o indirectamente, sin posibilidad alguna de subsanación a diferencia, pues, de lo que acaece cuando la prueba es practicada afectando al también constitucional derecho a la presunción de inocencia o con infracción de los requisitos propios de los actos procesales generadores de nulidad infraconstitucional.

Por lo que no toda irregularidad producida en la ejecución de las intervenciones telefónicas se puede encuadrar en el ámbito de la ilicitud probatoria, sino solo aquellas que atenten a los presupuestos que constituyen el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, cuales son la habilitación legal y la necesaria autorización judicial motivada, que contiene a su vez el control judicial de la ejecución de la medida y el principio de proporcionalidad.

Una grabación obtenida sin orden, ni intervención judicial, nunca podrá alcanzar valor probatorio, toda vez que será imposible su cotejo con el original, sin que sea posible ni siquiera determinar si la información anónima o no, recoge la realidad o solo parte de ella y sin que tampoco lo sea llamar al proceso a los comunicantes, toda vez que estos serían materialización misma de la ilicitud.

Cuestión distinta es que se tratara de una grabación realizada por uno de los comunicantes, en cuyo caso la contradicción estaría asegurada mediante su interrogatorio o, incluso, suplida la interceptación mediante la prueba testifical.

5.2.La criminalidad organizada

Actualmente la criminalidad organizada ha alcanzado importantes proporciones tanto por su incremento y poder, como por las nuevas formas con que actúa. Ante esto, la política criminal de los Estados se ha dirigido a adoptar medidas extraordinarias de tipo legislativo y administrativo, que se consideran necesarias para hacer frente con mayor eficacia a esta clase de delincuencia, buscando así dotar a los organismos encargados de la persecución y represión penal, de nuevos instrumentos que se apartan de las técnicas tradicionales de investigación. **Riquelme Portilla** (2002, [URL:http://www. politicacriminal.cl/n_02/ a_2_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf). Consultado 01 octubre de 2014).

La justificación de estas medidas parte de la poca capacidad con que los medios ordinarios de investigación han respondido en la lucha contra la criminalidad organizada, la cual por revestir mayor gravedad y por sus características especiales frente a la delincuencia común, requiere de instrumentos excepcionales o de emergencia para su prevención y represión, pues por su complejidad se generan dificultades, en especial en el campo probatorio, escapando fácilmente a la persecución y enjuiciamiento de sus actividades delictivas. **Sotomayor Acosta** (2008, p.104).

La criminalidad organizada se presenta en el seno de la sociedad postindustrial, caracterizada por la experimentación científica que ha creado nuevos desarrollos tecnológicos y, con ello, nuevos riesgos para la humanidad.

En este panorama, la aversión y temor al riesgo se va incrementando en la sociedad; Riquelme Portilla (2006, [URL:http ://www. politicacriminal.cl/n02/a_2_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n02/a_2_2.pdf). Consultado 01 Marzo de 2013) lo cual es aprovechado por los gobiernos de turno para difundir la idea de un gran peligro enfocado en un enemigo común al que hay que acabar a como dé lugar, a través de la utilización de medidas extremas, sin preocuparnos mucho por los límites y controles, pues se piensa que entorpecerían su eficiencia.

De esta forma, la aplicación de un modelo diferenciado de derecho penal, pues, por un lado estaría el sistema penal clásico con todas las garantías propias del Estado de Derecho para el delincuente cotidiano, visto no como un ciudadano peligroso, sino como una persona que actuó incorrectamente; y, por el otro, un sistema penal excepcional para la delincuencia organizada, vista como un enemigo y sus integrantes como individuos peligrosos que se han apartado del Derecho, y de este modo se han mofado de la sociedad o comunidad.

5.3. El derecho penal y las nuevas formas de criminalidad

En los últimos tiempos, con las transformaciones que la sociedad va experimentando, principalmente tras la industrialización, se han producido muchos cambios en el Derecho penal.

Es una tendencia natural que a medida que la sociedad evoluciona, también lo hace el Derecho, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen en el derecho penal que surgen con estas transformaciones.

Hay el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho penal. Bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por éste, ahora la sociedad clama por su tutela, como la economía o el medio ambiente. Son bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, y su protección se refiere no a una lesión o a un peligro concreto de lesión de dichos bienes, sino, a un peligro abstracto. Así, el Derecho penal en los últimos años ha adoptado una política de criminalización de hechos, lo que revela su carácter expansionista.

El legislador penal ha actuado de manera incesante, fundamentalmente, en la Parte especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes, principalmente en sectores antes no abarcados por el Derecho penal, o, si abarcado, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, el mercado exterior y la criminalidad organizada. Pero la consecuencia

más palpable del aumento de la capacidad del Derecho penal, es la eliminación de ciertas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas. Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas.

En efecto, **Silva Sánchez** (1992,p.14): Sostiene que sostener que la globalización económica y la integración supranacional –como sucede con los países de “Occidente”– son dos factores multiplicadores del fenómeno expansivo del Derecho penal, vaticina de entrada que las peculiares exigencias de la reacción jurídico-penal a la delincuencia propia de uno y otro marco parecen capaces de acentuar sustancialmente las tendencias hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como el constituido por las garantías formales y materiales del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

Esa presunta insuficiencia provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. El llamado Derecho penal moderno se encuentra como un fenómeno cuantitativo que tiene su desarrollo en la Parte especial.

Como ya se dijo anteriormente, este Derecho penal moderno contiene una fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos que abarca no sólo al Derecho de fondo, sino también al Derecho procesal. En cuanto a la primera se crean nuevos

tipos penales sin relación alguna al bien jurídico, de una amplitud tal que el principio de legalidad se diluye.

En ese entender, la idea que existe detrás es que debe haber dos formas de Derecho penal: uno, que se refiere a los delitos tradicionales: homicidio, hurto, estafas, robo, en el cual se deben mantener las garantías mínimas, y otro, que se refiere a los delitos que hacen a bienes jurídicos generales. Es en éste ámbito en donde las garantías sufren una fuerte disminución: los delitos económicos, el Derecho penal de drogas, el lavado de dinero, los delitos de medio ambiente y el terrorismo son algunos de los campos de este novedoso sistema y porque no decir los delitos contra la administración pública.

Por ello es que, para muchos, la actuación de este Derecho penal moderno ha generado problemas de gran trascendencia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así, parte de la doctrina ha reaccionado preocupada ante lo que podría ser una pérdida de la función de intervención mínima o de última ratio que debería caracterizar al Derecho penal y, con ello, de las garantías que le son propias.

Otro sector, en cambio, considera que la intervención del Derecho penal en estos ámbitos se hace indispensable, pues las razones que conducen a la tipificación penal de estas novísimas conductas no pueden coincidir en absoluto con las razones que llevan a regular penalmente los supuestos abarcados por el núcleo mínimo de

protección (delitos tradicionales), lo cual no implica que se opte por un Derecho penal ilimitado o que deba perderse las garantías que lo caracterizan dentro del Estado de Derecho, pero tampoco obsta para que pueda ser un instrumento adecuado para proteger otros intereses jurídicos, diferentes de los tradicionales. **Hassemer** (1992, Actualidad Penal N°. 43).

Finalmente, una tercera posición, que comparte la tesis de que el Derecho penal ha entrado en una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo, ante la cual el Derecho penal tradicional no está en condiciones de afrontar con éxito y en forma expeditiva la misión de lucha contra nuevas formas de criminalidad, sobre todo de gravísima dañosidad como el terrorismo, narcotráfico y la criminalidad organizada en general, aboga por la vigencia de un Derecho penal máximo, en el que, por excepción, se relativizarían radicalmente las garantías sustantivas y procesales. **Lascano** (2003.web: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>).

5.4. Ámbito de aplicación de la prueba prohibida

Existen supuestos en que la teoría de la prueba ilícita resulta extrema, dando cabida, a supuestos de Impunidad que per se son muy graves. Todo esto desde una interpretación inadecuada del fin del proceso penal: verdad material. *¿Cuál es el contenido jurídico de la verdad material?* El concepto, en sí, tiene varias aristas, siendo así, privilegiar a la verdad material en vez de la “eficacia de los derechos

fundamentales”, sería un “estrés hermenéutico”, es decir, conseguir la verdad a cualquier “precio” en el proceso penal está proscrito en el ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva, que aquí se aboga, la aplicación del test de proporcionalidad se puede aplicar en todos aquéllos supuestos donde se encuentre en conflicto derechos fundamentales, y demás valores constitucionales que exijan la realización de fines constitucionales legítimos; en particular, debería ser aplicable el principio de proporcionalidad constitucional, dada “la gravedad del hecho delictivo”, “la dañosidad social” y “naturaleza jurídica del delito”.

De lo anteriormente mencionado, *¿podría alguien negar que las impunidad de los delitos cometidos por corrupción de funcionarios no son graves para la convivencia pacífica y social de la comunidad?* A veces no se condenan estos delitos por simple formalismos que no pertenecen al núcleo constitucionalmente protegido de los derechos en juego en la problemática de la ilicitud probatoria.

En el actual desarrollo de Estado Democrático de Derecho, resulta innegable pensar que existen derechos fundamentales que sean absolutos, también que no se pueda intervenir en la esfera de estos derechos fundamentales, para la realización de fines constitucionales legítimos; por lo que es preciso señalar que en América Latina (Chile) en el artículo 276 del Código Procesal Penal proscribe la prueba ilícita y faculta al juez de garantía para excluirla en la audiencia de preparación del juicio oral; y por la otra el artículo 9 faculta al mismo juez de garantía para autorizar

diligencias de investigación que pudieren llegar a privar a otro de un derecho garantizado constitucionalmente.

5.5. Los límites a los derechos humanos y la ponderación como mecanismo de interpretación

Si se propiciara la implementación de una técnica de interpretación entre principios o valores en conflicto, se permitiría seleccionar aquel o aquellos que cabe privilegiar, no de modo absoluto para todos los casos posibles en concreto y para circunstancias específicas.

Esa técnica de ponderación o *balancing test* se extiende tácita o expresamente a muchas de las soluciones que en cada ámbito jurisdiccional se debe aplicar a casos complejos o difíciles.

En el ámbito doctrinario, bajo el nombre de neoconstitucionalismo se ha formado en el derecho continental europeo una corriente iusfilosófica que propicia un nuevo paradigma epistemológico, enfrentado al positivismo jurídico estricto.

Esta teoría, o conjunto de ellas, se caracteriza por la prioridad que otorga al estudio de las consecuencias que una constitución rígida produce en un sistema normativo, ello en orden al fundamento de los derechos humanos que en aquella aparecen consagrados y, en lo que aquí interesa, en la posibilidad de distinguir, dentro de los sistemas jurídicos de uno u otro país, reglas de principios.

La referida distinción entre reglas y principios permite atender un problema que, a tenor del tema que nos atañe, ha posibilitado una salida alternativa a los conflictos que pudieran darse entre derechos humanos, bienes públicos o intereses legítimos, todos ellos consagrados en los Estados de derecho modernos.

En todo caso, de lo que se trata en la evolución experimentada por las democracias constitucionales, en el proceso por el cual se han transformado en tales, es de garantizar en la mayor medida posible los derechos de las personas, en los distintos ámbitos en que se desarrolla la vida social y conforme las particularidades que cada ámbito posee.

Uno de los más prominentes exponentes del neoconstitucionalismo, de amplia difusión en nuestro contexto, es Robert Alexy. en su exposición y con remisión a la obra de Dworkin, este autor distingue reglas de principios. Mientras las primeras establecen un deber, los segundos solo lo hacen de modo condicional, mediante un mandato de optimización, cuya realización dependerá de condiciones de hecho o jurídicas variables según las circunstancias.

La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez.

Como se ve, la diferencia entre ambos conceptos reglas y principios no radica tanto en las características adscritas a cada uno sino, por el contrario, en la

diferente técnica de interpretación a la que se deberá recurrir de estarse en presencia de un conflicto entre pares de situaciones ubicadas en uno u otro extremo del binomio.

Alexy parte de la base de que los derechos individuales puedan aparecer descritos en forma de principios y así, como no definitivos, en la medida en que, al colisionar con otros derechos o bien con ciertos intereses, puedan ser restringidos.

5.6. Validación de hipótesis

En la actualidad hay diversas reflexiones en el derecho penal, que señalan la vaguedad en el concepto mismo del bien jurídico y la manipulación de la que puede ser utilizado éste. La esencia del Derecho penal deriva de la protección que el mismo legislador es quien se la otorga, es decir, el concepto normativo de bien jurídico penalmente protegido es una creación artificial propiamente dicho, que puede ser reelaborado, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales.

Ahora bien con la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación de la prueba prohibida, aplicando los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y previa ponderación del interés público (Estado) frente al interés privado (Particulares) en casos de delitos de Corrupción de funcionarios, se dará mayor preeminencia a los intereses del Estado; siendo que al momento de la obtención del materia probatorio no se afectará los derechos

fundamentales en mayor medida y los Funcionarios Públicos implicados en la comisión de delitos contra la Administración Pública, no podrán alegar prueba prohibida los documentos obtenidos sin las garantías legales.

VI. CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que los fundamentos jurídico -penales para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, en los delitos de corrupción de funcionarios son: a) Los fundamentos doctrinarios; b) Los Fundamentos Normativos y c) Los Fundamentos Jurisprudenciales.
2. Los fundamentos doctrinarios del Derecho en General y del Derecho Penal en especial se respaldan con el “interés público” en los procesos de corrupción de funcionarios frente al “interés privado”, ello aplicando el principio de proporcionalidad; así como en la teoría general de la prueba prohibida en donde señala que la teoría de ponderación de interés no afecta la obtención de los medios de prueba para ser incorporados a proceso de manera válida y constitucionalmente legítima.
3. Se ha identificado e interpretado a través de la hermenéutica jurídica que regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios, se encuentran en el Artículo 159 del Código Procesal Penal Peruano, artículo 276 del Código Procesal Penal de Chile, entre otros.

4. Los fundamentos jurisprudenciales del derecho nacional y comparado que protegen la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios son:

- STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC, Edmi Lastra Quiñones, Lima 15 de setiembre de 2003, prueba ilícita.
- II. STC Exp. N° 01058-2004 2004-AA/TC, Rafael Francisco García Mendoza, Lima, 18 de agosto de 2004, prueba ilícita
- III. STC Exp. N° 000655-2010-PHC/TC, Alberto Quimper Herrera, Lima, 27 de octubre de 2010, prueba ilícita.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español, fundamentos, prueba prohibida, 81/1998, del 2 de abril de 1998.

VII. RECOMENDACIONES

1. Es necesaria la regulación de manera explícita del principio de proporcionalidad o ponderación de intereses, como excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, por cuanto dicha excepción implica ponderar tanto el interés público como el privado, y con dicha regulación se efectivizará la importancia y preeminencia del interés público frente al privado, dado a que en los delitos cometidos por funcionarios públicos el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública; en ese sentido, se lograría erradicar la corrupción en todos los sectores de las entidades públicas.

2. Se realice la unificación de criterios respecto las teorías de las reglas de excepciones de la prueba prohibida, por cuanto en nuestra jurisprudencia se han emitido diferente pronunciamiento, sin que exista un criterio uniforme de los jueces en lo que respecta a la aplicación de dichas teorías.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMARZA MEÑICA Juan y otros autores, (2005). *El pensamiento alemán contemporáneo: Hermenéutica y teoría crítica*, Editorial San Esteban, Salamanca.
- ASENCIO MELLADO, José María y UGAZ SÁNCHEZ- MORENO, José Carlos. (2008) “Prueba ilícita y lucha anticorrupción (El caso allanamiento y secuestro de los vladivideos)”. Grijley, Lima.
- ASENCIO MELLADO, J.M (2008). “*La prueba prohibida y la prueba constituida en el proceso penal*”. Inpeccp, Lima
- ARANZAMENDI, Lino (2013). *Guía de Redacción científica*, Editorial Grijley, Lima.
- CHÁVEZ ROSERO, Fernando (2008). “*Algunos alcances sobre el método dogmático en la investigación jurídica*”. Disponible en www.essentiaiuris.es/B3-metodo.htm.
- CARRIÓ, Alejandro (2002) “*Garantías constitucionales en el proceso penal*”. Hammurabi, Buenos Aires.
- CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano (2014). “*La prueba prohibida su tratamiento en el Código Procesal Penal y en la Jurisprudencia*” Primera Edición. Gaceta Penal.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2003). “El proceso penal. Teoría y práctica”, palestra editores, Lima.
- CASTRO TRIGOSO, Hamilton (2009). “La Prueba Ilícita”, Jurista Editores, Lima.

- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2009). *“Instrucción e investigación preparatoria. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa de investigación del delito”*. Gaceta Jurídica, Lima.
- DE URBANO CASTILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel (1997). *“La prueba ilícita penal”*. Estudio Jurisprudencial. Aranzadi, Pamplona.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTIN MORALES, Ricardo (2001). *“La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida”*. Editorial Civitas. Madrid.
- DEZALAY, Yves y TRUBEK, David M. (1994). *“La reestructuración global y el derecho. La internacionalización de los campos jurídicos y la creación de espacios transnacionales”*, En: Pensamiento Jurídico, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos (2003) *“Las “Pruebas Ilegales” de la Exclusionare Rule Estadounidense al Artículo 11.1 LOPJ”*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FLORIAN, Eugenio (1968). *“De la Pruebas Penales”*. Tom. II y II, Edit. Temis, Bogota.
- GONZÁLES CUSSAC, José L (2009). *“La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo I, Lima.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2006). *“La Prueba Prohibida”*. Conferencia dictada los días 6 y 7 de abril del año 2006 en el marco de la conferencia magistral “Vicente Gimeno Sendra”.
- GARCÍA DEL RIO Flavio (2005). *“La Prueba en el Proceso Penal, 1ra Edición Diciembre, Lima.*

- GARCÍA RADA, Domingo (1984). *“Manual de Derecho Penal”*, Editorial Lima.
- GALLARDO MARTÍNEZ, Helio (2008). *Elementos de investigación académica*. Editorial EUNED, San José, Costa Rica.
- GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*. Editorial Palestra, Lima.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otros (2002). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*, Ediciones Librería del profesional, Bogotá.
- HURTADO POZO, José. *“Vladivideos e Ilegalidad de la Prueba”* (en línea) <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/HurtadoPozo5.pdf>.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la investigación*. Editorial McGrawHill, México.
- JIMENEZ CANO, Roberto (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Editorial Marcial Pons, Madrid.
- JAUCHEN, Eduardo M (2004) *“Tratado de la Prueba en Materia Penal”*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- KUHN, Thomas (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. Editorial del Fondo de cultura Económica, México.
- LASCANO (2003).web: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1999). *“Instituciones de Derecho Procesal Penal”*. Madrid: AKAL/IURE.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. (1989) *“Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida”*. Madrid: editorial Akal.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1999). *“El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal”*. Edición JM Bosch. Barcelona.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2005). “*Las Pruebas Ilícitas: Fundamento y Alcance de la Regla de Exclusión*”. (en) Ponencias del Segundo Congreso de 10.- Derecho penal y Criminología. Huánuco.
- MIXAN MÁSS, Florencio (2006). “*Cuestiones Epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la Prueba*”. Ediciones BLG, Trujillo.
- MIXÁN MASS, Florencio (1996). Derecho Procesal Penal “*Teoría de la prueba*” .Ediciones BLG, Trujillo.
- NAKASAKI SERVIGÓN, Cesar (2009). “*Juicio oral. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004*”. Gaceta Jurídica, Lima.
- NEYRA FLORES, José Antonio (2010) “*Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*”. Idemsa, Lima.
- PARRA QUIJANO, Jairo. (1997). “*Pruebas Ilícitas*”. En: Revista Ius et Veritas. Año VIII, nº 14, Lima.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. (2003). “*Pruebas Ilícitas*”. (en) Universidad Nacional Federico Villareal. Maestría en Derecho Penal.
- Materiales de lectura del curso de Derecho Procesal Penal: Lecturas y Jurisprudencias.
- PEÑA CABRERA FREIRE, Alonso (2009). “*El Nuevo Proceso Penal Peruano*”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.
- PEREZ ARROYO, Miguel (2007). “*Las Prohibiciones Probatorias en el Proceso Penal*” (en) Actualidad Jurídica. T. 164.
- QUIROZ SALAZAR, Willian (2007). *Investigación Jurídica*. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima.

- ROJAS YATACO, Jorge (2009) "*Derecho Procesal Penal*". Jurista Editores Lima. Riquelme Portilla (2006, [URL: http://www.politicacriminal.cl/n02/a_2_2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n02/a_2_2.pdf). Consultado 01 Marzo de 2013).
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2004). "*Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*". Jurista editores, Lima.
- RAMIREZ ERAZO, Ramón (2010). *Proyecto de investigación / Cómo hacer una tesis*, Editorial AMADP, Lima.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos (2011). *Cómo hacer una Tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley, Lima.
- RAMOS SUYO, Juan Abraham (2004). *Elabore su tesis en Derecho: Pre y Postgrado*. Editorial San Marcos, Lima.
- ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial Ffecaat, Lima.
- ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y Jurídica*. Editorial Fecatt, Lima.
- ROSAS YATACO, Jorge (2009). "*Manual de Derecho Procesal Penal*". Jurista Editores- Lima.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Óscar (2005) "*La Triangulación como Estrategia de Investigación en Ciencias Sociales*" Revista de Investigación en Gestión de la Innovación y Tecnología. Disponible en sitio web: <http://www.madrimasd.org/revista/revista31/tribuna/tribuna2.asp>.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2004) "*Formas de Intervención en los Delitos de Peculado y Tráfico de Influencias*". Lima: Jurista editores.

- ROXIN, Claus (2000) "*Derecho Procesal Penal*". Buenos Aires: Editores Del Puerto. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdova y Daniel Pastor.
- SAN MARTIN CASTRO, César (2003). "*Derecho Procesal Penal T. II.*". Lima: Grijley.
- STRUENSEE, Eberhard. "*La Prueba Prohibida*". Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima. N° 4. Julio - diciembre de 1994. Traducción de Patricia Ziffer.
- SAN MARTIN CASTRO, César (2003). "*Derecho Procesal Penal T. II.*". Lima: Grijley.
- SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto (2009). "*La prueba prohibida*". En: Actualidad Jurídica. Tomo 183. Gaceta Jurídica, Lima.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar (2001). "*Derecho Procesal Penal*", Editorial Grijley. Lima.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (2009). "*Estudios de derecho probatorio*". Communitas, Lima.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar (2012). "*Derecho Procesal Penal*". Grijley, Lima.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. UNMSM, Lima.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M Bosch editor, Barcelona.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009). "*La prueba en el proceso penal*". Academia de la Magistratura del Perú". GTZ, Lima.

- VIERA MORANTE, Francisco Javier (2003). “*Tratamiento de la Prueba Ilícita*”
(en) *Constitución y Garantías Penales*. Cuadernos de Derecho Judicial Madrid.
- VILCAPOMA, José Carlos (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*, Editorial Argos, Lima.
- VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, Isabel (2008). “*Metodología para la elaboración de guías de fuentes de información*”, En: Investigación bibliotecológica, Vol.22, No.46, Setiembre./Diciembre. Disponible en sitio web:
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-358X2008000300006.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (2007). *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid.
- ZAFFORE, Jorge (2012). *El derecho como conocimiento*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima.

ANEXO:

TITULO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA REGULACIÓN EXPLÍCITA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO, COMO SUPUESTO DE APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿ Cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los Delitos de Corrupción de Funcionarios?.</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los Delitos de Corrupción de Funcionarios.</p>	<p>HIPÓTESIS</p> <p>Los fundamentos jurídicos para la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los Delitos de corrupción de Funcionarios, son los fundamentos doctrinarios que se respaldan con el “interés público” en los procesos de corrupción de funcionarios frente al “interés privado”, ello aplicando el principio de proporcionalidad; los fundamentos normativos se encuentran en el Artículo 159 del Código Procesal Penal Peruano, artículo 29 de la Constitución Política de la República de Colombia, artículo 276 del Código Procesal Penal de Chile, entre otros; y los fundamentos jurisprudenciales se respaldan en la STC Exp. N° 02053-2003-HC/TC, Edmi Lastra Quñones, Lima 15 de setiembre de 2003, prueba ilícita, STC Exp. N° 01058-2004 2004-AA/TC, Rafael Francisco García Mendoza, Lima, 18 de agosto de 2004, prueba ilícita, STC Exp. N° 000655-2010-PHC/TC, Alberto Quimper Herrera, Lima, 27 de octubre de 2010, prueba ilícita y en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, fundamentos, prueba prohibida, 81/1998, del 2 de abril de 1998.</p>	<p>Variable Independiente (X):</p> <p>X1: Fundamentos Jurídicos para la regulación explícita del Principio de Proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano</p>	<p>Tipo, Nivel y diseño de investigación</p> <p>Tipo de investigación: Investigación Dogmática – Normativa</p> <p>Tipo de diseño</p> <p>Corresponderá a la denominada No Experimental.</p> <p>Diseño General: Diseño Transeccional o Transversal</p> <p>Métodos de Investigación</p>
<p>1. ¿Qué fundamentos doctrinarios del Derecho en general y del Derecho Penal en especial respaldan la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios?</p> <p>2. ¿Qué fundamentos normativos del derecho nacional y comparado</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>1. Explicar los fundamentos doctrinarios del Derecho en general y del Derecho Penal en especial que respaldan la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios.</p>	<p>En ese sentido, con la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación de la prueba prohibida,</p>	<p>Variable Dependiente (Y):</p> <p>Y1: Regulación explícita del Principio de Proporcionalidad en los Delitos de Corrupción de Funcionarios.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Fundamentos doctrinales ▪ Fundamentos normativos 	<p>Método Dogmático. - Método hermenéutico.</p> <p>Método de la Argumentación Jurídica. - Método Exegético.</p> <p>Técnicas e instrumentos</p> <p>El recojo de información del trabajo de campo se realizará a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen.</p> <p>También se aplicará la ficha de análisis de contenido para</p>

<p>amparan regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios?</p> <p>3. ¿Qué fundamentos jurisprudenciales del derecho nacional y comparado amparan regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios?</p>	<p>2. Identificar e interpretar los fundamentos normativos del derecho nacional y comparado que amparan regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios.</p> <p>3. Describir los fundamentos jurisprudenciales del derecho comparado y nacional que protegen la regulación explícita del principio de proporcionalidad en el Código Procesal Penal Peruano, como supuesto de aplicación excepcional de la prueba prohibida en los delitos de corrupción de funcionarios.</p>	<p>aplicando los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y previa ponderación del interés público (Estado) frente al interés privado (Particulares) en casos de delitos de Corrupción de funcionarios, se dará mayor preeminencia a los intereses del Estado; siendo que al momento de la obtención del materia probatorio no se afectará los derechos fundamentales en mayor medida y los Funcionarios Públicos implicados en la comisión de delitos contra la Administración Pública, no podrán alegar prueba prohibida los documentos obtenidos sin las garantías legales.</p> <p>indultar y conmutar las penas ha procesados con delitos graves; consiguientemente, esta facultad discrecional debe estar sujeta a límites constitucionales y legales fundamentados en el derecho de la dignidad de la persona humana y de la observancia cabal de los derechos fundamentales y principios constitucionales.</p>	<p>▪ Fundamentos jurisprudenciales</p>	<p>poder realizar la doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación.</p>
--	--	--	--	--