



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DECHO



TESIS:

Criterio para Aplicar de forma correcta la Teoría de la Ponderación de Intereses como Excepción a la Regla de la Exclusión de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal

Autor:

Bach. Moreto Altamirano Williams Alexander

Asesor:

Dr. Hernández Canelo Rafael

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Fecha de sustentación:

23 de mayo del 2024

LAMBAYEQUE, 2024

Tesis denominada "Criterio para Aplicar de forma correcta la Teoría de la Ponderación de Intereses como Excepción a la Regla de la Exclusión de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal" presentada para optar el TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO, por: Moreto Altamirano, Williams Alexander.



.....
Bach. Moreto Altamirano Williams
Autor



.....
Dr. Hernández Canelo Rafael
Asesor

APROBADO POR:



.....
Dr. Ezequiel Baudelio Chavarry Correa

Presidente



.....
Dr. Amador Nicolás Mondoñedo Valle

Secretario



.....
Mag. José Eloy Gamonal Guevara
Vocal

Dedicatoria: El presente trabajo de investigación está dedicado a mis padres Jesús e Hilda, por todo su apoyo incondicional para que esta meta de convertirme en una persona profesional pronto se haga realidad. A todos mis hermanos y sobrinos quienes también con su apoyo permitieron darme impulso para concluir este proyecto, a mi ángel de la guarda que desde el cielo sé que está guiando mi camino (María Dorila). Y finalmente y no menos importante a mi novia Celeste Kattia Lissbeth, quien es actualmente la fuente de inspiración y motivación para continuar creciendo en el mundo del derecho y de los hechos.

Agradecimiento A Dios todopoderoso por darme la vida, a mis profesores, a mi asesor de tesis (Dr. Rafael Hernández Canelo) y amigos muy cercanos (Juan, Javier y Anthony) que contribuyeron con el direccionamiento del presente trabajo.



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
UNIDAD DE INVESTIGACION



ACTA DE SUSTENTACIÓN

ACTA DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL N° 39-2024-UI-FDCP

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de: **Williams Alexander Moreto Altamirano.**

Siendo las 12:00 m. del día viernes 23 de mayo del 2024 se reunieron en la Sala de simulación de audiencias 1 de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**CRITERIO PARA APLICAR DE FORMA CORRECTA LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL**", designados por Resolución N° 81-2023-FDCP-VIRTUAL de fecha 09 de marzo del 2023, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA.
SECRETARIO : Dr. AMADOR NICOLÁS MONDOÑEDO VALLE.
VOCAL : Mag. JOSE ELOY GAMONAL GUEVARA

La tesis fue asesorada por Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO, nombrada por Resolución N°81-2023-FDCP-VIRTUAL de fecha 09 de marzo del 2023.

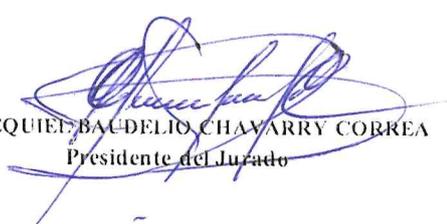
El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N°280 -2024-FDCP-VIRTUAL de fecha 17 de mayo del 2024.

La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Williams Alexander Moreto Altamirano** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: APROBADO con la nota de 16 (Dieciséis) en la escala vigesimal, mención de Buena.

Por lo que queda APTO para obtener el Título Profesional de ABOGADO, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 1 : 20 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico tomando la juramentación respectiva y suscribiendo el Acta los miembros del jurado.

Lambayeque, viernes 23 de mayo del 2024


Dr. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRY CORREA
Presidente del Jurado


Dr. AMADOR NICOLÁS MONDOÑEDO VALLE
Secretario del Jurado


Mag. JOSE ELOY GAMONAL GUEVARA
Vocal del Jurado.

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO, Docente/ Asesor de tesis/ Revisor del trabajo de investigación del bachiller en DERECHO Williams Alexander Moreto Altamirano, Titulada CRITERIO PARA APLICAR DE FORMA CORRECTA LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 18% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 21 de setiembre del 2023



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

DNI:

ASESOR



Bach. Williams Alexander Moreto Altamirano

DNI: 71835572

Autor

CRITERIO PARA APLICAR DE FORMA CORRECTA LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL

INFORME DE ORIGINALIDAD

18%

INDICE DE SIMILITUD

18%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

10%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	5%
2	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	1%
3	repositorio.unheval.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	repositorio.unfv.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	posgradosederecho.usac.edu.gt Fuente de Internet	1%
6	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
7	repositorio.uesiglo21.edu.ar Fuente de Internet	1%
8	1library.co Fuente de Internet	1%



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
Asesor



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por **Turnitin**. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Williams Alexander Moreto Altamirano
Título del ejercicio: REVISIÓN DE TESIS
Título de la entrega: CRITERIO PARA APLICAR DE FORMA CORRECTA LA TEORÍA D...
Nombre del archivo: PRUEBA_PROHIBIDA_-_UNPRG_-_INFORME_FINAL_-_SETIEMB...
Tamaño del archivo: 971.66K
Total páginas: 85
Total de palabras: 15,197
Total de caracteres: 82,223
Fecha de entrega: 20-sept.-2023 02:06p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre... 2171849153



Dr. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
Asesor

Índice de contenido

CAPÍTULO I.....	x
ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
1.1. Realidad problemática	12
1.1.1. Planteamiento del problema.....	12
1.2. Formulación del problema.....	16
1.3. Justificación e importancia del estudio.....	16
1.3.1. Justificación del estudio	16
1.4. Objetivos.....	18
1.4.1. Objetivo general.....	18
1.4.2. Objetivos específicos	18
1.5. Hipótesis	19
1.6. Variables	19
1.6.1. Variable independiente.....	19
1.6.2. Variable dependiente	19
1.7. Definición de términos	22
1.8. Diseño de contrastación de hipótesis.....	22
1.9. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos	22
1.9.1. Métodos	22
1.9.2. Técnicas	23
1.9.3. Instrumentos.....	23

CAPÍTULO II.....	25
LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU TRATAMIENTO	25
2.1. Antecedentes del problema.....	26
2.2. Base teórica.....	29
2.2.1. Introducción al tratamiento de la prueba prohibida	29
2.2.2. El derecho fundamental de la prueba prohibida	32
2.2.2.1. Concepción Amplia	35
2.2.2.2. Concepción restringida.....	35
2.2.3. Obtención e incorporación de material probatorio	37
2.2.4. La prueba prohibida y sus efectos.....	39
2.2.5. Concepto de prueba ilícita	41
CAPÍTULO III	44
EL SISTEMA DE REGLAS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y LA PONDERACIÓN DE INTERESES.....	44
3.1.- El sistema de las reglas de exclusión probatoria	45
3.2.- Excepción a la regla de exclusión en la prueba prohibida	49
3.3.-El origen de la protección a derechos fundamentales ligados a la prueba prohibida en el Perú.....	51
3.4.- Criterio para aplicar la teoría de ponderación de intereses en la prueba prohibida	53
CAPÍTULO IV	57
ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	
4.1.- Análisis de los resultados	58

CONCLUSIONES.....	69
RECOMENDACIONES	79
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	81

RESUMEN

La investigación tiene como propósito principal determinar el criterio correcto para aplicar la teoría de la ponderación de intereses y por ende admitir la prueba ilícita en el proceso penal, dado que actualmente no existe en la dogmática penal y en la jurisprudencia peruana, un argumento considerado consistente en el tiempo y que sirva para decidir si se excluye o se admite prueba irradiada de ilicitud, permitiendo a tal manera lograr con los propósitos del proceso penal, para ello se ha utilizado una metodología de tipo deductivo como inductivo, del mismo modo se tuvo como técnica al subrayado y técnica de fichaje, así mismo como instrumento se tuvo a la lectura y la ficha, los cuales fueron los mejores mecanismos que ayudaron a concluir que se ha logrado determinar que el criterio correcto para aplicar la teoría de la ponderación de intereses deberá estar supeditada a la gravedad del acto ilícito cometido, ya que a través de ello se podrá identificar si es necesario o no aplicar dicha teoría, así mismo es importante tomar en consideración las consecuencias negativas que puede causar dicho acto ilícito.

Palabras Claves: Ponderación, Prueba, Ilícito, Proceso.

ABSTRACT

The main purpose of the investigation is to determine the correct criterion to apply the theory of interest weighting and therefore admit the illegal evidence in the criminal process, given that currently there is no argument in criminal dogmatics and in Peruvian jurisprudence that is considered consistent. in time and that serves to decide if irradiated evidence of illegality is excluded or admitted, thus allowing to achieve the purposes of the criminal process, for this a deductive and inductive methodology has been used, in the same way The technique used was underlining and marking technique, likewise reading and the file were used as instruments, which were the best mechanisms that helped to conclude that it has been possible to determine that the correct criteria to apply the theory of The weighting of interests must be subject to the seriousness of the illegal act committed, since through this it will be possible to identify whether or not it is necessary to apply said theory, likewise it is important to take into consideration the negative consequences that said act may cause illicit.

Keywords: Consideration, Evidence, Illicit, Process.

INTRODUCCIÓN

En el Estado peruano se puede evidenciar gran cantidad de actos delincuenciales, los cuales pueden causar daños a gran escala, afectando directamente a la sociedad y la estabilidad del mismo Estado, sin embargo también se puede demostrar que existen gran cantidad de casos en los cuales no se han logrado sancionar efectivamente por el tan solo hecho que los medios probatorios que han sido recopilados han vulnerado del debido proceso o también conocido los derechos del procesado, no obstante es importante reconocer que existen gran cantidad de delitos en los cuales sus actos han repercutido de manera exponencial, sin que existan procedimientos que permita romper la barrea para la recolección de medios probatorios que permitan sancionar eficientemente.

Así mismo, se puede asegurar que al no existir en la actualidad una correcta dogmática penal y en la jurisprudencia peruana, un argumento consistente en el tiempo que pueda servir como mecanismos que ayude a decidir si se excluye o se admite prueba irradiada de ilicitud, esto quiere decir si se evidencia la falta de criterios existentes en el sistema peruano para aplicar las excepciones a la regla de la exclusión, razón por lo cual con el presente trabajo se pretende dar una solución uniforme basándose en la teoría de ponderación de intereses utilizando un criterio novedoso que vaya acorde a los principios de nuestro sistema jurídico y amparados en justicia, lo cual permitirá que los fallos judiciales sean predictibles y estén sujetos a garantizar la seguridad jurídica, que hoy en día no existe, optimizando de esta forma tanto la función jurisdiccional al momento de resolver en cuanto a prueba prohibida y resguardando los derechos de las personas involucrada.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA

INVESTIGACIÓN

1.1. Realidad problemática

1.1.1. Planteamiento del problema

El Estado busca ejecutar sus fines legítimos de coerción a través del Derecho Penal, entendiendo que este solo se desarrolla con asistencia del Derecho Procesal Penal, para lo cual debe perseguir y sancionar a los responsables de un hecho delictivo. Entonces, su eficacia se medirá conforme al éxito de tales procesos y condenas. Sin embargo, para conseguir tales propósitos se necesita la concurrencia de un conjunto de pruebas que estén orientadas a acreditar la responsabilidad penal de un sujeto investigado por haber cometido un delito.

Empero, los elementos de prueba para que sean incorporadas a un proceso penal, deben cumplir ciertos requisitos, razón por la cual todo elemento de prueba está sujeto a ser examinado con los siguientes filtros: pertinencia, conducencia, utilidad y licitud. Es este último el que entra en colusión con el uso de la prueba prohibida en el proceso penal. De modo que al no superar este filtro (licitud), nos encontraríamos imposibilitados de postular el ingreso de un elemento de prueba irradiado de ilicitud, presentándose un grave obstáculo para las partes ligadas a un proceso judicial, dado que su labor es la de probar un hecho congruente a su teoría del caso - atendiendo el aforismo latino “Facta Non Praesumuntur Sed Probantur” lo que quiere decir: Que los hechos no se presumen, sino se prueban-.

En este sentido, la *exclusionary rule* funciona como un instrumento que busca excluir material probatorio ilícito, es decir su función es excluir material probatorio que viole derechos fundamentales en cualquier etapa del proceso, inclusive en sede pre-judicial, velando por el respeto a las garantías del imputado, esto es: en su obtención o en la búsqueda de su admisión en el proceso penal.

En el primer supuesto nos referimos a los derechos que restringen la actuación del Estado en la obtención de las fuentes de prueba, es decir el Estado no puede actuar de forma arbitraria atentando a diestra y siniestra contra nuestros derechos fundamentales justificándose en la búsqueda de encontrar la verdad para determinar la culpabilidad de un delito, ya que el Estado no solo tiene la obligación de respetar los derechos fundamentales de los peruanos sino que debe prevenir su violación, por ejemplo, el respeto que se debe tener a los siguientes derechos: al derecho a la inviolabilidad de domicilio, al derecho a la libertad personal, al derecho a la integridad física; mientras que los segundos intentan impedir la admisión de la prueba prohibida por haber violado algún derecho fundamental, los mismos que se materializan dentro del proceso penal, examinando la legalidad de los medios de prueba para su incorporación al proceso, como por ejemplo : el derecho de defensa, el derecho a tener un abogado, el derecho a utilizar medios probatorios lícitos. Todo ello en consonancia a lo establecido expresamente en la Constitución Política del Perú en el artículo 2 inciso 10 y 24 literal h, que habla sobre la inviolabilidad de comunicaciones e integridad personal respectivamente, de igual forma lo que establece el Código Procesal Penal peruano en su artículo VIII del título preliminar, donde se estipula que: carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es decir nuestro sistema interno instaura el rechazo de la prueba cuando desde el nacimiento de su obtención ha sido realizado violentando directamente o indirectamente el contenido esencial de un derecho fundamental.

Ahora bien, si queremos ver la otra cara de la moneda, para efectos de ilustrar de mejor manera el tema diremos que existen teorías que apoya al Estado en la lucha

contra la criminalidad, las mismas que procuran que el Estado sea eficiente - sin importar que esto se haga en detrimento de garantías de los investigados, y que implique admitir prueba prohibida -. Dicho de otro modo, se apoya en la obligación que tiene el Estado para poder sancionar delitos (*ius puniendi*), teniendo consecuentemente como pretensión principal ser eficaz en su realización, y no permitir que se fomente la impunidad e inseguridad ciudadana. Puesto que, al encontrarnos ante crímenes de gravedad que quedan impunes - dado a que se excluye material probatorio ilícitamente obtenido, y consecuentemente, ante la inexistencia de material probatorio que identifique a los responsables, estos terminan siendo absueltos-, lo que a simple vista pareciera ser un tipo de magia jurídica, ya que para el proceso penal desaparecen las pruebas, al no permitir su incorporación e impedir su valoración en juicio, siendo evidencias que demostrarían la responsabilidad de los autores de un ilícito penal, sin embargo por razones de licitud no se puede valorar esta prueba al ser prueba prohibida, hecho que ha generado un sentimiento de incomodidad en la población, y ha mostrado su malestar en más de una ocasión renegando de la forma en que se hace justicia en nuestro país.

En razón a ello, y ante la necesidad de luchar por la justicia, el tratamiento de la prueba prohibida ha ido variando con el paso del tiempo, dejando de lado la regla de exclusión, que en la actualidad se encuentra en un estado de agonía, tal como lo expresa el autor español Manuel Miranda Estrampes cuando denomina a este estadio “la crónica de una muerte anunciada de la *exclusionary rule*” (Miranda, 2019).

Ello ha dado vida a que se utilice nuevas teorías que permiten admitir, y por ende valorar medios probatorios ilícitos. A pesar de existir diversas teorías a favor o en contra de la admisión de la prueba prohibida, la dogmática penal peruana no se ha puesto de acuerdo y no ha generado alguna teoría que utilice instrumentos racionales,

objetivos y adecuados que permita a los jueces y fiscales tener una herramienta que de ella emane uniformidad y predictibilidad en los fallos judiciales,- en cuanto a prueba prohibida se trate-, problema que no puede verse a través de recetas simplistas, sino que requiere una valoración especial de los tribunales.

Asimismo, en la actualidad peruana cuando se recurre a las excepciones de la regla de exclusión, vemos que la ponderación de intereses es la excepción que se puede aplicar a todas las circunstancias de la prueba prohibida, aceptando todo tipo de presupuesto para realizar un examen de admisión o exclusión de medios probatorios ilícitos, englobando esta teoría a todas las demás excepciones, lo que la convierte en la más trascendental e idónea para realizar un examen de admisión o exclusión, sin embargo hasta el día de hoy en el Perú no se ha desarrollado a profundidad criterios que nos aclaren el panorama frente a un caso en concreto, y al momento de sopesar en una balanza ciertos intereses para poder resolver, ya que no se realiza de forma correcta-, razón por la cual siempre termina ganando el interés nacional, el interés público o la búsqueda de la verdad - todos estos intereses a favor del Estado, por encima del interés individual del procesado, convirtiendo esta excepción en una verdadera regla, contrario a su naturaleza por la cual fue creada, porque al final se termina admitiendo medios de prueba ilícitos con argumentos muy escuetos, dado que en términos generales se acepta que hay un valor público de mayor rango jerárquico. De ahí que de la presente investigación pretende dejar por sentado criterios sólidos y encontrar circunstancias específicas que ante un eventual conflicto de intereses estatales e individuales - en un contexto de prueba prohibida - se defina categóricamente su admisión o exclusión de los medios de prueba, por lo que se buscará analizar y verificar si en la excepción de ponderación de intereses realmente se puede aceptar una fórmula o criterio para aplicar esta teoría y admitir prueba ilícita cuando

se justifique según su objetividad y racionalidad, esto en el momento que se efectúe el examen de admisión de prueba prohibida, lo que servirá a los operadores de derecho actuar acorde a los fines legítimos que tiene un Estado democrático de derecho en beneficio de la justicia.

1.2. Formulación del problema

¿Cuál es el criterio correcto que permite aplicar la teoría de ponderación de intereses y por lo tanto admitir la prueba prohibida en el proceso penal?

1.3. Justificación e importancia del estudio

1.3.1. Justificación del estudio

Al no existir actualmente en la dogmática penal y en la jurisprudencia peruana, un argumento -consistente en el tiempo- que sirva para decidir si se excluye o se admite prueba irradiada de ilicitud, es decir se evidencia la falta de criterios existentes en el sistema peruano para aplicar las excepciones a la regla de la exclusión, razón por lo cual con el presente trabajo se pretende dar una solución uniforme basándose en la teoría de ponderación de intereses utilizando un criterio novedoso que vaya acorde a los principios de nuestro sistema jurídico y amparados en justicia, lo cual permitirá que los fallos judiciales sean predictibles y estén sujetos a garantizar la seguridad jurídica, que hoy en día no existe, optimizando de esta forma tanto la función jurisdiccional al momento de resolver en cuanto a prueba prohibida y resguardando los derechos de las personas involucradas.

En ese sentido, el desarrollo del presente trabajo de investigación presenta justificación en un nivel teórico, procesal, constitucional e institucional. La justificación teórica se relaciona fuertemente con la determinación de los presupuestos que permitirán determinar a través de la ponderación de intereses cuando un elemento probatorio

que carece de ilicitud puede ser admitido o no a actuación probatoria, lo cual permite que la doctrina esté cada vez más determinada y actualizada en relación a los problemas que se suscitan en el ejercicio del derecho.

La justificación procesal se presenta en relación que, a través de la identificación de criterios de ponderación se podrá viabilizar una reforma procesal penal que permita aplicar de forma coercitiva a los magistrados estos criterios al momento de determinar la admisibilidad y procedencia de actuación de un elemento de probatorio.

La justificación constitucional se presenta frente a la garantía del derecho a la prueba. Este es un derecho procesal constitucional que se constituye en trascendental dentro de todo proceso penal, por cuanto, a través del análisis y determinación adecuada de los criterios de ponderación de interés para la admisibilidad de la prueba prohibida permitirán la tutela efectiva del derecho referido.

Finalmente, la justificación institucional se presenta en relación a la administración de justicia -Poder Judicial- por cuanto, la determinación del principio de ponderación de intereses permitirá legitimar para la admisión de la prueba prohibida y, en función de ello, se observará que los magistrados al aplicar dichos criterios persiguen los fines de la justicia y la búsqueda de la verdad de los casos, lo que a su vez permitirá recobrar la confianza social.

1.3.2. Importancia del estudio

Al no existir un criterio sólido en el tema de prueba prohibida en el Perú, resulta necesario, ofrecerles a los operadores del Derecho (abogados litigantes, fiscales y jueces) herramientas jurídicas que les permita resolver de forma acertada el dilema de admitir o excluir prueba prohibida, dotándoles de argumentos que se sustenten en razones contundentes las decisiones que adopten en torno a la prueba ilícita en el

proceso penal, que se condigan con reglas propias de un Estado Democrático de Derecho y de esta forma proteger los bienes fundamentales para la convivencia social; para lo cual nuestra investigación buscará dar una futura solución al momento de resolver un caso en concreto, de este modo se generará mayor seguridad jurídica en el Perú, lo que permitirá saber objetivamente en qué casos debe primar los intereses del Estado, de algún bien jurídico o valor protegido y en qué otros preferir los derechos y garantías del investigado.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Determinar el criterio correcto para aplicar la teoría de la ponderación de intereses y por ende admitir la prueba ilícita en el proceso penal.

1.4.2. Objetivos específicos

- Analizar el tratamiento de la prueba ilícita en el Código Procesal Penal.
- Estudiar qué es la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal peruano.
- Indagar cuáles son las excepciones a la regla de exclusión en el Código Procesal Penal peruano.
- Desarrollar en qué consiste la teoría de la ponderación de intereses.
- Identificar las diferencias entre la teoría de ponderación de intereses y el test de proporcionalidad.
- Analizar críticamente las decisiones jurisprudenciales de los jueces peruanos y verificar si han utilizado adecuadamente o no la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

1.5. Hipótesis

El criterio correcto para aplicar la teoría de ponderación de intereses y por lo tanto admitir la prueba prohibida en el proceso penal es determinar que el beneficio obtenido con la realización de la prueba prohibida sea mayor a la afectación del derecho fundamental violado.

1.6. Variables

1.6.1. Variable independiente

El beneficio obtenido con la realización de la prueba prohibida sea mayor a la afectación del derecho fundamental violado.

1.6.2. Variable dependiente

La aplicación correcta de la teoría de la ponderación de intereses para la admisión de la prueba prohibida en el proceso penal.

VARIABLES	DEFINICIÓN VARIABLE	INDICADORES	INSTRUMENTOS
<p>Independiente.</p> <p>El beneficio obtenido con la realización de la prueba prohibida sea mayor a la afectación del derecho fundamental violado.</p>	<p>La prueba prohibida es aquella que ha sido obtenida o descubierta a través de la vulneración de derechos fundamentales y/o procesales del investigado.</p> <p>(Gonzales Campos, 2018)</p>	<p>Derechos fundamentales</p> <p>Derechos procesales</p>	<p>Análisis documental de Libros, Tesis, Artículos de revistas indexadas</p>

	El principio de		
Dependiente.	ponderación		
	permite el		
	análisis de	Ponderación de	Análisis
La aplicación correcta	superioridad	intereses	documental de
de la teoría de la	de relevancia	jurídicos –	Libros, Tesis,
ponderación de	de dos	sociales	Artículos de
intereses para la	derechos	Búsqueda de la	revistas indexadas
admisión de la prueba	particulares.	verdad material	
prohibida en el proceso	(Nazzal		
penal.	Morgues,		
	2017)		

1.7. Definición de términos

Derechos fundamentales.- Son derechos que constituyen en imprescindibles para el desarrollo social de la persona humana y que se le son refutables por su condición de tal. (Landa Arroyo, 2017)

Prueba ilegal.- Constituye prueba prohibida todo aquel medio de convicción obtenido con lesión de derechos fundamentales o procesales del investigado. (Giner Alegria, 2008)

Ponderación de intereses.- Principio que permite la valoración y jerarquización de derechos de igual importancia. (Orozco Solano, 2013)

1.8. Diseño de contrastación de hipótesis

Nuestra tesis al de naturaleza básica con una finalidad aplicada, contrastaremos la hipótesis que se plantea en la misma, mediante jurisprudencia de Colombia, España, Argentina, Ecuador y otros países de Latinoamérica y poder estudiar de forma comparada., que sean importantes para el trabajo que venimos desarrollando.

1.9. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.9.1. Métodos

Método inductivo. porque en el presente trabajo en situaciones se ha va partir de un estudio de casos particulares (un conjunto de resoluciones en materia de prueba prohibida) para crear una regla general o deducir un criterio general. vas a proponer criterios que van a poder ser aplicados.

Método deductivo. De reglas generales vamos a encontrar casos particulares (como el estudio jurisprudencial de forma individual de las excepciones a la regla de exclusión), puesto que la regla general va hacer que cuando se vulnere derechos fundamentales excepcionalmente se admitirá prueba prohibida, y el desarrollo jurisprudencial de las teorías que permiten su admisión lo cual encontremos en resoluciones de la corte suprema.

1.9.2. Técnicas

Las técnicas deben ser seleccionadas teniendo en cuenta lo que se investiga.

Ejemplo:

Técnica del subrayado. Cuando se busca destacar ideas principales o ideas importancia.

Observación. Se va observar diversas posturas doctrinarias de los diversos sistemas legales existentes en libros, artículos, revistas, etc.; así como resoluciones en materia de prueba prohibida.

Técnica de fichaje. Sirve para almacenar y recolectar información con respecto a la prueba prohibida.

1.9.3. Instrumentos

Los instrumentos son los medios auxiliares para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas.

La lectura. Es un instrumento vital de gran relevancia, porque a partir de estos instrumentos podemos llegar a interpretar textos y generar nuestras propias ideas.

La ficha. Se utilizará diversas fichas bibliográficas y hemerográficas, fichas resumen que aporten información al presente trabajo.

El internet. Este instrumento ofrece un abanico de información, el cual nos permitirá recoger material jurídico relacionado a la prueba prohibida, accediendo de esta forma a libros virtuales, artículos, videos, que nos ayudarán a ahondar en el tema.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU

TRATAMIENTO

2.1. Antecedentes del problema

Es necesario tener en cuenta trabajos de tesis desarrolladas en el marco de prueba prohibida para poder adentrarnos en el tema, razón por la cual se extraerán algunas conclusiones relacionadas con el tema materia de investigación:

Internacionales

A nivel internacional se pueden ubicar importantes antecedentes de investigación tales como En Colombia, se tiene a Hernández (2021) quien en su trabajo de investigación relacionado con la prueba prohibida, para obtener la especialidad en Derecho Penal y Procesal Penal, logró concluir que, en Colombia se pueden excluir tanto pruebas ilícitas como ilegales, siempre y cuando estas últimas vulneren el derecho fundamental al debido proceso; así mismo, aplica para los elementos o pruebas que se deriven de estas.

En España, López (2018) en su investigación de doctorado titulada “La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana” logró concluir que, las prohibiciones probatorias son fórmulas de carácter general, que pretenden prohibir actividades de búsqueda y obtención de prueba antes de que ocurran, a efectos de no contaminar el desarrollo del proceso; empero, existen situaciones que legitiman y priman sobre la regla de exclusión, lo que permite la actuación del medio probatorio.

En Chile, conforme sostiene Nazzari (2017) en su investigación relacionada a la prueba ilícita en materia penal, logró determinar que, la admisión indebida de la prueba ilícita, sin aplicar adecuadamente los criterios de justificación, lesionan gravemente los derechos fundamentales de los investigados.

Nacionales

Se toma como primer antecedente la investigación desarrollada por Gonzales (2018),

bajo el título “Estudio de la prueba prohibida y la prueba ilícita como regla de exclusión en el Código Procesal Penal de 2004”, quien concluyó que, “La vulneración de derechos fundamentales se viene realizando de manera constante, por ello es necesario establecer la inaplicabilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita o declararse nulos de pleno derecho”

El autor indica que los derechos fundamentales vienen siendo vulnerados de forma constante, debe entenderse que los que vulneran derechos fundamentales en pro de la lucha contra la criminalidad y la búsqueda de medios probatorios que incriminen a un delincuente, son los efectivos policiales y el Ministerio Público. Sin embargo, el fiscal al ser el defensor de la legalidad debe cuidar y velar por las garantías del imputado; por la obtención de pruebas de cargo y de descargo de forma legítima-.

De otra forma, Abrill (2018), bajo el título “Análisis descriptivo y propositivo del fundamento de la prueba prohibida en el Código Procesal Penal del 2004”, concluyó que “Si bien es cierto que es importante la protección de la persona individual y sus derechos, también, es importante que se proteja la sociedad y los intereses colectivos”

En un Estado democrático y constitucional de Derecho debe protegerse a la sociedad y sus intereses colectivos, pero esta protección debe emanar de los mecanismo establecidos en la Constitución, además deben ser predecibles, ya que un Estado debe estar revestido de seguridad jurídica que produzca certeza de sus fallos y este que no sea manipulado al antojo de quien tenga el poder para sancionar, sino que debe aplicarse de forma objetiva, razón por la cual debe delimitarse la forma y modo de como admitir un medio de prueba.

De igual forma, Gonzales (2018) en su tesis de maestría en la que tuvo como objeto estudiar la prueba prohibida y su aplicación como regla de exclusión en el proceso

penal, logró concluir que, la admisión de la prueba prohibida fragmenta de forma trascendental derechos fundamentales del investigado, por cuanto, siempre debe ser excluida a efectos de garantizar una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.

Regionales

Ruiz (2018), bajo el título “El test de ponderación como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano”, quien concluyó que.

“La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme en su interpretación sobre la prueba prohibida, en algunos casos ha desestimado su valoración invocando la vulneración de derechos fundamentales, en otros ha admitido su valoración remitiéndose principalmente al test de ponderación entre los bienes jurídicos protegidos en conflicto también se han emitido resoluciones que fundamentalmente la valoración de la prueba ilícita en otras teorías que permiten excepcionalmente dejar de lado la regla de la exclusión de la prueba prohibida. En todo caso, la orientación que han tenido los jueces no ha seguido una tendencia uniforme, sino que se han dado diversas respuestas. Este obedece, sin duda, a la incipiente doctrina jurisprudencial existente en nuestro país sobre el instituto de la prueba prohibida”.

El autor reconoce la falta de seguridad jurídica que existe en el Perú en cuanto al tema de la prueba prohibida y su exclusión, puesto que nuestro sistema judicial, ha admitido o rechazado la prueba prohibida motivando conforme a teorías extranjeras ajenas a nuestro sistema jurídico.

Por otro lado, Larios (2017) en su investigación que tuvo por objeto analizar la situación de violación del debido proceso en base a inobservancia de las reglas relacionadas con la actividad probatoria, concluyó que el filtro de la legalidad de los

medios probatorios constituye un tema de particular discusión, la ilegalidad de la prueba no marca su improcedencia de plano, pues, es necesario analizar ciertos criterios que pueden justificar la actuación de un medio probatorio obtenido de forma ilícita.

2.2. Base teórica

2.2.1. Introducción al tratamiento de la prueba prohibida

En la actualidad el tema de la prueba prohibida no es un tema exacto, ya que la admisión o exclusión de la misma genera una discusión de nunca acabar, así sucede cuando hablamos también de su definición ya que acarrea una confusión enorme, pero diremos que para comprender de mejor manera su tratamiento, es muy importante tener en cuenta el lugar de estudio.

De forma general la prueba prohibida se denota al contravenir derechos humanos, en nuestro sistema interno llamados derechos fundamentales (los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana; todos estamos obligados a respetarlos, difundirlos y promoverlos. Se interpretan de conformidad con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, siempre que esta interpretación sea más favorable a la dignidad humana), y últimamente arrastra un debate complejo que muchas veces se resuelve, si decidimos inclinar la balanza de un lado o del otro, entre: la admisión de prueba prohibida frente a la exclusión de prueba prohibida, y para ello hemos creído conveniente que se realice un estudio de la mano del Código Procesal Penal y de la Constitución Política del Perú, dogmática y jurisprudencia, lo que nos permitirá descubrir que si nos acogemos a la primera tesis tendríamos como carta de presentación las excepciones a la

prueba prohibida, que permite admitir prueba prohibida de forma excepcional, teorías ya invocadas dentro de nuestro sistema peruano, que incluyen ideas importadas de Norteamérica y de la vieja Europa continental; contrapuesto a esta corriente tendríamos como instrumento principal la regla de la exclusión, que excluye a toda prueba que viola derechos fundamentales, que tuvo sus cimientos en el sistema norteamericano, y comenzó a tomar mayor valía a fines del siglo XIX, pero sin embargo su espíritu de la regla de la exclusión en el Perú ya era invocado desde los inicios de la república.

La norma procesal prescribe que la ineficacia también alcanza a las pruebas obtenidas indirectamente, es decir, al fruto del árbol envenenado o efecto reflejo o prueba derivada. Esta teoría se refiere a aquel material probatorio que se obtiene o incorpora al proceso de manera legítima, es decir, respetando reglas procesales e incluso derechos constitucionales, pero se arribó a dicha prueba vulnerando previamente derechos fundamentales del procesado.

Para excluir esta prueba debe existir un nexo causal y jurídico entre la prueba primaria y prueba derivada, entre la prueba inconstitucional y prueba constitucional. La prueba constitucional o derivada debe tener su génesis en la prueba inconstitucional o primaria, caso contrario no se considera viciado, y no se excluye. San Martín Castro (2015), citando la jurisprudencia colombiana, precisa que “se considera pruebas derivadas inconstitucionales las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilegítima prueba originaria; no se excluirán las pruebas derivadas que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba originaria se encuentra muy atenuado” (p. 628).

El origen de esta doctrina se encuentra en el caso *Nardone vs. USA* (1939), y fue fortalecida en el caso *Wong Su vs. USA* (1963). En el caso *Nardone vs. USA*, dictado por el juez Frankfurter, según Jauchen (2017), se sostuvo:

La Corte, aplicando dicha doctrina, utiliza la expresión *fruit of the poisonous tree*, en el que se resolvió que debían excluirse de toda validez las pruebas que se conocieron a raíz de una grabación de la conversación del imputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial. (p. 296)

Aquí rigió la máxima de que, si la prueba constitucional tiene su génesis exclusivamente en prueba inconstitucional, debe ser expulsada. Para ello, el juez Frankfurter recurre a textos bíblicos dotándolos de fundamento ético: “Todo buen árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis” (Mateo 7:17-20).

Un ejemplo del fruto del árbol envenenado se presenta cuando un investigado por el delito de terrorismo es detenido y sometido, por agentes del Estado, a maltratos físicos y psicológicos a efectos de que revele dónde se encuentran las armas, explosivos y propaganda subversiva. El interrogado cede y da la ubicación del domicilio. El fiscal obtiene la orden judicial y se lleva a cabo el allanamiento, incautándose armas y material subversivo. Nos encontramos ante fuente de prueba que ha sido acopiada lícitamente con autorización judicial, pero que tiene su génesis u origen en una confesión que ha sido obtenida violando el derecho fundamental a la salud e integridad física. Lo que se pretende con esta tesis es que no se corrompa o contamine la actividad

probatoria, que funcionarios del Estado no incorporen al proceso penal pruebas constitucionales que tienen su alumbramiento en pruebas que violan derechos fundamentales.

Por ello, Binder (2018) sostiene que el efecto disuasorio del producto del árbol envenenado se justifica por dos razones:

1) Estaría orientado hacia las fuerzas de seguridad y los órganos de persecución penal e investigación. De este modo, policías y fiscales no tendrían ningún incentivo en realizar o permitir estas violaciones, porque los efectos sobre su caso serían nulos o, respecto de una doctrina amplia de la extensión, podría arruinar el caso por completo, arrastrando a otros medios de prueba; y 2) el hecho de que los tribunales no pueden ser cómplices de esas violaciones, casi siempre vinculadas a la comisión de delitos por parte de los agentes públicos. Si los jueces los efectos de esos delitos, y permiten condenas basadas en ellos, entonces esa actitud y la práctica de avalar delitos los convierte directamente en cómplices. (pp. 456 y 457)

2.2.2. El derecho fundamental de la prueba prohibida

El Tribunal Constitucional, en el Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC (caso Quimper), ha señalado que la exclusión de la prueba ilícita, conocida en doctrina como prueba prohibida o prueba inconstitucional, es un auténtico derecho fundamental no explícito:

“En consideración de 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 de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”. (f. j. n.º 7)

El TC utiliza la expresión “derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado”. No señala si es un derecho implícito o un derecho innominado, no enumerado o nuevo. Pero, teniendo en consideración que en la delimitación de pretensiones el Alto Tribunal plantea que se va a determinar si la prueba prohibida es un derecho constitucional explícito, un derecho constitucional no enumerado o el contenido implícito de un derecho constitucional, estimamos que la expresión “derecho no expresamente contemplado” hace referencia a un derecho nuevo, innominado o no enumerado.

Evidentemente, cuando se habla de prueba prohibida como derecho fundamental se hace referencia a su naturaleza jurídica. Nuestro Tribunal Constitucional se ha decantado por considerar que la naturaleza jurídica de la prueba prohibida es la de un derecho fundamental. Sin embargo, en doctrina y jurisprudencia constitucional existen diversas posturas sobre el tema:

- 1) La prueba prohibida es un límite del derecho fundamental a la

prueba.

2) La prueba prohibida es una garantía del debido proceso. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en la fracción IX del art. 20.a, prescribe que el proceso penal se regirá por el principio de que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

3) La prueba prohibida tiene función de efecto disuasorio (deterrence effect). Por esta posición se ha decantado la jurisprudencia norteamericana, la cual considera que se excluye la prueba prohibida (regla de exclusión) no por violar derechos fundamentales, sino por “prevenir y evitar conductas policiales ilícitas” (Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC, f. j. n.º 6).

Por otro lado, pese a que nuestra Constitución no contiene un dispositivo normativo general sobre la prueba prohibida, sí encontramos algunos supuestos particulares, como el caso de documentos privados y obtención de declaraciones. Así, el art. 2.10 de nuestra Carta Magna prescribe que no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado; y el literal “h” del art. 2.24 indica que carecen de valor las declaraciones obtenidas con: a) violencia moral, psíquica o física; b) tortura, y c) tratos humillantes o denigrantes. En el primer supuesto se protege el derecho fundamental a la privacidad, y en el segundo supuesto, el derecho a la dignidad y a la integridad física y psicológica.

2.2.2.1. Concepción Amplia

Según la concepción amplia, los límites a la prueba prohibida son variados. Se considera como límites la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales, las normas jurídicas procesales, sustantivas y constitucionales, e incluso se pone como límite de la actividad probatoria la moral y buenas costumbres.

Silva (1963) sostiene que prueba prohibida es aquella que atenta contra la dignidad humana, y advierte que todo medio de prueba que se obtenga o se incorpore al proceso violando la dignidad humana es ilícita (p.69). Para Vescovi (1970), es prueba prohibida aquella que vulnera la norma jurídica, ya sea procesal, sustantiva o constitucional (p.345). Por su parte, Devis (1981) señala que es prueba prohibida aquella que está expresa o tácitamente prohibida por la ley, atenta contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona, o viola los derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan. Otros autores consideran prueba prohibida la violación de normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba (p. 539).

2.2.2.2. Concepción restringida

La concepción restringida circunscribe la prueba prohibida a derechos fundamentales. Según esta concepción, la prueba prohibida es aquella que fue obtenida (fuente de prueba) o practicada (medio de prueba) transgrediendo el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (San Martín, 2015, p. 621).

Por derechos fundamentales no solo entendemos aquellos derechos consagrados en la Constitución del Estado, sino también los que se encuentran previstos en los tratados internacionales de derechos humanos. Cuando el Código Adjetivo prescribe que carecen de efecto legal las pruebas que han sido obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, simplemente ha optado por la concepción restringida de prueba prohibida.

El TC, en un primer momento, asumió una concepción amplia sobre prueba prohibida. En el caso Lastra Quiñones (Exp. N.º 2053-2003-HC/ TC) señaló que “la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal” (f. j. n.º 3); y en el caso Magaly Medina (Exp. N.º 6712-2005-HC/TC) sostuvo: “No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida” (f. j. n.º 26). Posteriormente, en los casos Tineo Silva (Exp. N.º 0010-2002-AI/TC, f. j. n.º 162) y Carlos Villanueva (Exp. N.º 1126-2004-HC/TC, f. j. n.º 5) adoptó una concepción restringida y afirmó que “la validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales”. En el caso Quimper (Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC) consolida su postura sobre la prueba prohibida, la vincula con violación exclusiva de derechos fundamentales, y esgrime como doctrina constitucional que “una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal” (f. j. n.º 15).

2.2.3. Obtención e incorporación de material probatorio

La norma procesal también señala que la vulneración de derechos fundamentales se produce no solo en la obtención de las fuentes de prueba, sino también al momento de la incorporación del medio de prueba (art. VIII.1 del título preliminar del nuevo CPP). La obtención de fuentes de prueba se realiza en diligencias preliminares e investigación preparatoria (intra y extra proceso), mientras que la incorporación o producción de medios de prueba se lleva a cabo en juicio oral. La primera la realiza la policía y/o fiscalía, y la segunda el juez penal. De tal manera que el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales recae en las autoridades antes señaladas, caso contrario estamos ante una prueba prohibida.

En cuanto a la obtención de fuentes de prueba, y para citar algunos ejemplos de vulneración de derechos, el literal “h” del art. 2.24 de la Constitución establece que “nadie puede ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a torturas o a tratos inhumanos o humillantes [...]. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia”. Esta norma constitucional no solo es válida intraproceso, sino, sobre todo, extraproceso investigación preliminar (Rabanal, 2010, p. 72). En este mismo sentido, sobre la vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio, Cafferata (1994) precisa que “la prueba recogida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio ‘carece de valor probatoria, y corresponde dejar sin efecto la resolución dictada en contra del imputado si en ella se meritúan pruebas recogidas de un allanamiento y secuestro insalvablemente nulo (p. 18).

En cuanto a la incorporación de los medios de prueba en juicio, Miranda

Estrampes (1999, p. 49) precisa que la vulneración de derechos fundamentales también puede tener lugar en el momento de la incorporación y producción del proceso, por ejemplo, aquellas pruebas en cuya práctica no se han respetado las garantías constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación. Por ello, consideramos que cuando nuestra norma adjetiva prescribe que el juez penal solo utilizará para la deliberación las pruebas legítimamente incorporadas en el juicio (art. 393.1 del nuevo CPP), y vinculado a la prueba prohibida, está haciendo referencia al respeto escrupuloso de los principios derechos constitucionales antes señalados y que rigen el juicio oral.

La obtención de fuente de prueba a la investigación e incorporación de medios de prueba a juicio se deben realizar por procedimiento constitucionalmente legítimo. Ello es así debido a que la ley procesal penal reglamenta el programa del proceso penal diseñado por la Constitución. El Código Procesal Penal establece los diversos procedimientos constitucionalmente legítimos para obtener e incorporar la prueba al proceso; y en los casos donde no se ha diseñado procedimiento alguno, “la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible” (art. 157.1 del nuevo CPP).

De los diversos procedimientos previstos en nuestro código, algunos hacen referencia, explícita o implícitamente, a que la fuente de prueba o medio de prueba se incorpore o se actúe respetando ciertos derechos fundamentales. Otros procedimientos no hacen mención a derechos, simplemente señalan las formalidades requeridas para incorporar el material probatorio obtenido por

la policía y/o fiscalía (p. e., en el acta de registro personal en flagrancia se debe consignar: autoridad, lugar, año, mes, día y hora); si no se respetan las formas, nos encontramos ante una prueba irregular. Sin embargo, si pese al procedimiento preestablecido se incorpora material probatorio sin respetar los derechos fundamentales, nos encontramos ante una prueba inconstitucional o prueba prohibida. Armenta (como se citó en San Martín Castro, 2015) sostiene que, “si la norma procesal ordinaria sirve de garantía de un derecho fundamental, su vulneración importa la lesión de un derecho fundamental y, con ello, se habría producido una inconstitucionalidad probatoria” (p. 621).

Uno de los tantos procedimientos previstos en ley procesal que hace referencia a que el medio de prueba se incorpore respetando derechos fundamentales es la confesión sincera. El art. 160.2 del nuevo CPP prescribe que la confesión tendrá valor cuando sea prestada libremente y en estado normal de facultades psíquicas, en presencia de su abogado y ante juez o fiscal. Este dispositivo legal es claro en señalar que la confesión sincera solo se admitirá si el imputado acepta la imputación y los cargos formulados en su contra, y si se le garantiza los derechos constitucionales de: libertad, integridad psíquica o física, defensa y juez o fiscal predeterminado por ley. Si no se respetan estos derechos, nos encontramos ante un procedimiento inconstitucional y la confesión obtenida es prueba prohibida y carece de valor probatorio.

2.2.4. La prueba prohibida y sus efectos

La postura que adopta nuestro código es que la fuente o medio de prueba que se obtiene o incorpora a la investigación o juicio oral violando el contenido constitucional de los derechos fundamentales no será utilizado ni valorado

por los magistrados y, por tanto, no tendrá efecto legal. La ley procesal opta por el respeto a los valores intrínsecos del Estado de derecho y por qué la verdad se cimente bajo los límites de los derechos constitucionales, como indica Jescheck (2017): “En primer lugar se encuentra la dignidad humana y después la búsqueda de la verdad para la administración de justicia” (p. 284).

Cuando el código hace referencia a la expresión “carecen de efecto legal”, implica que su ineficacia comprende el momento procesal de admisión y valoración, es decir, durante la investigación y juzgamiento. Ni fiscal ni el juez podrán sustentar su requerimiento o sentencia en fuentes o medios de pruebas obtenidos violando derechos constitucionales. López Barja (2014) precisa:

[N]o es preciso hacer distinción alguna entre el momento de la admisión o de incorporación al proceso de una prueba ilícitamente obtenida y el momento de su apreciación, pues no vemos diferencia ninguna. Ciertamente no debe admitirse la prueba ilícita, pero si la ilicitud es descubierta más tarde, el hecho de que ya se encuentre incorporada al proceso no afecta para nada en orden a la negación de su eficacia probatoria. En ambos casos, pues, no va a ser utilizable, aprovechable o apreciable. (p. 1506)

Por otro lado, nuestra ley procesal admite una excepción y permite que los magistrados no excluyan y valoren la prueba prohibida *in bonam partem* o *in utilibus*, es decir, cuando la fuente o medio de prueba, a pesar de que se obtuvo violando el contenido esencial de un derecho constitucional, favorece al imputado o acusado, ya que aporta elementos de descargo. Jauchen (2017) afirma que “es preciso resaltar que la exclusión procederá solo cuando el o

los elementos probatorios viciados resulten contrarios para el imputado, no cuando los favorezcan” (p. 284).

2.2.5. Concepto de prueba ilícita

A nivel de doctrina, jurisprudencia nacional y comparada el concepto de prueba ilícita no es uniforme, ya que al momento de mencionar prueba ilícita se han adoptado diferentes terminologías, como son: prueba ilegal, prueba irregular, prueba ilegítima, prueba inconstitucional e incluso prueba prohibida, conceptos que se tienden a confundir cuando se realiza un estudio.

Para el presente trabajo de investigación debemos delimitar cuál es el concepto que se condice con nuestro sistema nacional, ya que pretendemos que nuestra tesis sea tomada en cuenta para los futuros fallos donde se involucre prueba ilícita. Para ello mencionaremos que el concepto en sentido amplio de prueba ilícita, se refiere a “a cualquier quebrantamiento de la legalidad ordinaria en la obtención de prueba, sin que necesariamente vulnere derechos fundamentales (si no que basta que viole normas de carácter infra constitucional, como: reglamentos, procedimientos, etc.) teniendo una percepción más genérica, lo cual quiere decir que la sola infracción de cualquier ley, aplica para ser tomada como prueba ilícita.

En tanto la concepción restrictiva, describe que estaremos frente a prueba ilegal cuando suceda “que en cuanto a la obtención o incorporación al proceso de elementos probatorios se vulnera derechos y libertades fundamentales, siendo la consecuencia procesal, la ineficacia absoluta de los medios de prueba obtenidos ilícitamente, en virtud de la posición preferente que ostenta

los derechos fundamentales” (PISFIL FLORES, 2018, pág. 89). Como vemos este concepto está vinculado a la violación de los derechos fundamentales y estrechamente ligado a la protección de la dignidad humana, lo que resaltaría que siempre que se vulneren derechos con rango fundamental o derechos humanos, estaremos frente a prueba ilícita en sentido restringido.

Estos conceptos nos aclaran el por qué en ciertos países tienden a confundirse el concepto de prueba ilícita y prueba irregular ya que mientras algunos se dedican al estudio de la figura jurídica en mención en sentido amplio, otros lo hacen teniendo en cuenta el concepto restrictivo, y hay que dejar por sentado que para efectos del presente trabajo estudiaremos al concepto restrictivo, puesto que así se ha tratado en el Perú, respetando el inciso 2 del Artículo VIII del título preliminar del nuevo Código Procesal Penal donde a la letra dice que: “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.” En concordancia con el literal d) del artículo 150 del Código Procesal Penal cuando habla de los supuestos de la nulidad absoluta: A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

En relación a la prueba ilícita y prueba prohibida en el Perú estos dos conceptos han venido siendo tratados de igual forma, conforme la Corte Suprema lo ha establecido definiendo que prueba prohibida o ilícita: es aquella prueba, cuya obtención o actuación, lesionan derechos fundamentales o derechos constitucionales, de modo que devienen procesalmente inefectiva e inutilizable... carecen de efectos legal las pruebas obtenidas

directa o indirectamente con violación del contenido esencial de derechos
fundamentales(...) R.N 05-02-2008 - Lima, Corte Suprema de Justicia –
Primera Sala Penal Transitoria,

CAPÍTULO III

EL SISTEMA DE REGLAS DE EXCLUSIÓN

PROBATORIA Y LA PONDERACIÓN DE

INTERESES

3.1.- El sistema de las reglas de exclusión probatoria

La prueba prohibida es llamada también prueba inconstitucional, prueba ilegal, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita, prueba ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente admitida. Nosotros, por cuestiones didácticas, utilizamos la primera expresión y la definimos como aquella prueba obtenida (fuente de prueba) o practicada (medio de prueba) transgrediendo el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Su consecuencia es no tener efecto legal, es decir, está prohibido admitirla y valorarla. La prohibición o exclusión de valoración no solo es para las fuentes de pruebas obtenidas directamente, sino también para las indirectas.

Los derechos fundamentales se convierten en límite al principio de libertad probatoria (freedom of proof), que rige a los agentes del Estado en la averiguación de la verdad; y ello en razón de que estos son los paradigmas esenciales de la sociedad moderna. No se puede justificar la verdad del proceso quebrantando la columna vertebral de la sociedad libre: los derechos fundamentales.

Esta filosofía de defensa de los derechos fundamentales y de no alcanzar la verdad a toda costa se ha consagrado en nuestro Código Procesal Penal en el apartado general que prescribe: “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”; y en este otro que preceptúa: “Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo” (art. VIII del título preliminar). Dichos lineamientos han sido precisados en los preceptos

generales de la actividad probatoria: “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona” (art. 159 del nuevo CPP); y en la deliberación de la sentencia: “El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio” (art. 393.1 del nuevo CPP).

San Martín (2015) indica que dos efectos alcanzan a la prueba prohibida, siempre fundados en consideraciones de política pública: a) un efecto garantista, cuya aplicación contribuye eficazmente a una protección de los derechos fundamentales; y b) un efecto disuasorio, que asegura que las conductas de las autoridades de la persecución penal, en especial en sede de investigación preparatoria, serán sujetas a la misma Constitución. (p. 624)

Esta teoría ha sido creada y desarrollada profusamente por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Weeks vs. USA* (1914), y reforzada en el caso *Silverthorne Lumber Company vs. USA* (1920). Como ya señalamos, está vinculada a aquel material probatorio que ha sido obtenido o producido directamente violando algún derecho fundamental. Sobre esta sentencia, Jauchen (2017) precisa que se denomina prueba prohibida a “todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se ha vulnerado, de cualquier forma, algún derecho fundamental de las personas consagradas en la Constitución. La violación puede ser de una norma expresa o implícita” (p. 289).

En el famoso caso *Miranda vs. Arizona* (1966), el Tribunal Supremo de los EE. UU. incorpora como prueba prohibida la declaración que presta una persona estando detenida por la policía, pues ello viola el derecho

constitucional a la no autoincriminación (self incrimination), a menos que los agentes policiales le hayan advertido de sus derechos: permanecer callado; cualquier cosa que diga puede ser utilizado en su contra en el Tribunal; la presencia de un abogado, y que este sea gratuito.

El TC peruano, en el caso *García Mendoza vs. Serpost S. A.* (Exp. N.º 1058-2004-AA/TC, ff. jj. n.os 18 y 22), incorpora como supuesto de prueba prohibida el hecho de que los representantes de una empresa no pueden ingresar o extraer información del computador de un trabajador sin su consentimiento o autorización judicial, y utilizarla en desmedro de este, ya que ello vulnera los derechos constitucionales a la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad.

Por su parte, nuestra Corte Suprema (A. V. N.º 9-2006, f. j. n.º 4) tiene como doctrina jurisprudencial que las grabaciones realizadas en un espacio público no violan el derecho a la intimidad ni constituyen un supuesto de prueba prohibida; en cambio, sí lo es el hecho de que un tercero grabe la comunicación de dos interlocutores sin autorización judicial o sin que uno de ellos lo autorice. También es línea jurisprudencial de la Corte Suprema (Revisión de Sentencia N.º 30-2004) que la prueba del delito obtenida a través de agente provocador constituye prueba prohibida. Es decir, si “la labor del agente encubierto fue la de haber instado o propiciado la comisión del delito que dio lugar a la intervención policial, esto es, que su actuación fue la de un agente provocador, o que —de una u otra forma— obligó al imputado a intervenir en la ejecución del delito objeto de condena” (f. j. n.º 4.), entonces se debe absolver. Ello es así, ya que el agente del Estado tiene bajo dominio

y control al imputado y provoca que este cometa el delito esperado, obteniéndose fuentes de prueba que son incompatibles con derechos constitucionales como la dignidad e interdicción de la arbitrariedad.

Alcaide (2012), en relación a la Exclusionary Rule de EE. UU y la Prueba Ilícita Penal de España”, sostuvo que.

En términos de aplicación a la práctica forense, se puede mantener que, en realidad, el artículo 11.1 LOPJ se halla “ fuera del juego forense” al quedar aparcada la prueba refleja y sesgada en vías de supresión la directa por todo ello se podría determinar que aun estando vigente dicha norma pueda hallarse jurisprudencial y tácitamente derogada” o como mínimo excluida su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijurídica, como corolario de los anterior ambas culturas jurídicas consideramos que, a tenor de la jurisprudencia investigada, se halla en serio peligro de ser obviados los derechos fundamentales en el seno del proceso penal, pudiendo encontrar algunas hipotéticas razones en la globalización, el terrorismo internacional y las organizaciones criminales multinacionales, lideradas por el narcotráfico. A la luz de lo expresado, estamos ante un momento histórico de declive o incluso extinción de la regla de exclusión en ambos países: en la sociedad supranacional prima la seguridad ante el garantismo. Se puede extrapolar a la situación y tendencias a contornos democráticos continentales ya determinados países latinos.

Este autor hace una comparación entre la jurisprudencia española y la jurisprudencia de Estados Unidos, haciendo alusión que en España se acepta

este tipo de medios probatorios para casos muy excepcionales y que jurisprudencialmente está establecido en qué casos debe admitirse los medios probatorios ilícitos.

Es así que, al realizar una comparación con estas tesis, se puede decir que desde sus inicios el Perú, ha venido rechazando al uso de la obtención de fuentes de prueba vulneradora de derechos fundamentales, lo que ha sido plasmado en las constituciones precedentes, ello implica aceptar que dicha protección no es un fundamento novedoso para nuestro país, pero si conlleva a decir que hemos venido arrastrando esa idea de desechar elementos probatorios irradiados de la ilegalidad.

De todos los trabajos antes mencionados comprobamos que nunca se ha desarrollado de forma notable la excepción de ponderación de intereses, ni mucho menos se ha establecido pautas para aplicar dicha excepción, lo que en el presente trabajo se buscara realizar de forma cuidadosa y buscara producir un criterio objetivo y racional, lo cual nos apoyaremos del test de proporcionalidad.

3.2.- Excepción a la regla de exclusión en la prueba prohibida

La premisa fundamental es que toda fuente o medio de prueba incorporado al proceso violando derechos fundamentales no será utilizado ni valorado. Sin embargo, nuestro Código Procesal ha regulado la excepción in bonam partem o in utilibus, o prueba prohibida favorable al procesado (art. VIII.3 del título preliminar). Fuera de esta excepción no se puede admitir otros supuestos de prueba prohibida. Es decir, se ha optado por un modelo reglado donde las excepciones son establecidas por el legislador y no por los jueces o tribunales.

En otras palabras, se prohíbe a los magistrados la facultad de incorporar a través de jurisprudencia excepciones a la prueba prohibida.

Sin embargo el Perú contrario a ello, ha seguido la tendencia de incorporar excepciones a la prueba prohibida de forma excepcional, y algunas de estas teorías fueron citados en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, del 11 de diciembre del 2004, donde se acordó por mayoría admitir ciertas excepciones a la regla de la exclusión y por lo tanto invocarlas en los procesos penales (ponderación de intereses, teoría del riesgo, la valoración de la prueba prohibida cuando resulte beneficiosa para el imputado, teoría de la buena fe, teoría de la valoración para terceros, la teoría de la destrucción de la mentira del imputado).

En ese sentido las excepciones a la regla de prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución —sean estas directas o indirectas— no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso.

En síntesis, legislativamente no existe otra excepción a la prueba prohibida que la favorable al procesado (*in bonam partem* o *in utilibus*), salvo que la contemple la Constitución o la incorpore la jurisprudencia del TC, por ser el máximo intérprete de la Carta Magna. Esto de conformidad con el art. VII del título preliminar del CPCConst., que prescribe: “Los jueces interpretan y aplican las leyes, o toda norma con rango de ley, según los preceptos y principios

constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

3.3.-El origen de la protección a derechos fundamentales ligados a la prueba prohibida en el Perú

El siguiente análisis que realizaremos sobre el presente tema, será como se ha desarrollado desde los inicios de nuestra república la prueba ilícita o prueba prohibida, para tener una introspección del trato que se le ha venido dando en nuestro país.

El rechazo al uso de la obtención de fuentes de prueba vulnerando derechos fundamentales ha sido plasmado en las Constituciones precedentes, ello implica aceptar que dicha protección no es un fundamento desconocido, pero si conlleva a decir que hemos venido arrastrando esa idea de desechar los elementos probatorios irradiados de ilegalidad.

Por ello nos sentimos en la obligación de hacernos la siguiente pregunta: En relación a la prueba prohibida ¿cuándo y cómo surge la idea de la protección a los derechos fundamentales en el Perú?

Prima facie encontramos que la Constitución de 1834 aproximadamente, 80 años antes de la consagración jurisprudencial de la regla de exclusión en los Estados Unidos, teoría donde se cristaliza la protección constitucional de derechos fundamentales, en esa constitución se señalaba lo siguiente:

Artículo 156.- Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal.

De esta forma podemos inferir que dicha Constitución protegía ya los

derechos fundamentales de las personas, esto es el derecho al secreto de las comunicaciones, y por lo tanto de forma implícita acogía el espíritu de la regla de la exclusión de la prueba prohibida, incluso hasta antes de que esta sea invocada con nombre propio en los Estados Unidos.

Del mismo modo la Constitución 1933 con esa misma óptica, replica y aumenta esta posición protectora demostrando una vez más su atadura con el espíritu de la regla de exclusión, que para ese entonces ya había sido descubierta, pero se desconocía ese nombre teórico en nuestro sistema peruano. Resguardando de algún modo la integridad personal de la persona en el siguiente artículo:

Artículo 57.- Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera e inequívoca como infracciones punibles, ni el juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan, carece de valor toda declaración obtenida por la violencia.

Hoy con la Constitución de 1993 siguiendo la misma preferencia de orden constitucional, se desarrolla expresamente dos supuestos de exclusión: derecho a la integridad y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, protección a dichos derechos que venían siendo arrastrados de las constituciones anteriores.

Estableciéndose de esta forma que la regla de la exclusión, tiene justificación constitucional por lo menos cuando se trata de protección del derecho a la integridad personal y al secreto de sus comunicaciones.

3.4.- Criterio para aplicar la teoría de ponderación de intereses en la prueba prohibida

En la actualidad peruana cuando se recurre a la teoría de ponderación de intereses, debe tenerse claro que en prueba prohibida solamente se va aplicar el último examen de la técnica argumentativa del test de proporcionalidad, es decir al momento de ponderar y sopesar en una balanza ciertos intereses se medirá la ponderación propiamente dicha.

En el Perú siempre ha venido aplicándose de forma incorrecta esta teoría, porque cuando se utiliza este siempre termina ganando el interés nacional, o la búsqueda de la verdad – interés a favor del Estado, por encima del interés individual del procesado, sin una mayor justificación, ni motivación.

Si bien es cierto la ponderación de intereses consiste en ponderar valores en cada caso en concreto, pero en materia de prueba prohibida no existen pautas lógicas que nos guíen para aplicar de forma correcta esta teoría, razón por la cual es necesario racionalizar cuales vendrían hacer estos valores en cada caso, como por ejemplo cuando nos encontremos frente a casos dificultosos de resolver, dado que cuando hablamos del enfrentamiento de derechos fundamentales no es nada fácil apreciar esos valores para realizar tal examen, siendo en el Perú un tanto difícil, verbigracia es lo que sucedió en Alemania según como nos narra el siguiente autor: (Gabriel, 2012) Que un niño de 11 años de edad fue secuestrado y se pidió rescate por su liberación, para su rescate se montó un operativo de vigilancia en el lugar previsto para retirar el dinero del rescate y se identificó allí a Mangus Gafgen, a quien se detuvo más tarde en el aeropuerto de la ciudad alemana de Fráncfort, luego de su

detención a tres días de la desaparición del niño, Gafgen fue llevado con la policía, donde comenzaron a interrogarlo, insinuando este que el niño seguía vivo y retenido por otro de sus captores en una cabaña a las afueras de la ciudad, al día siguiente llegó al cuartel el jefe de la policía local Wolfgang Daschner, quien ordenó que lo amenacen con someterlo a dolor físico sino revelaba la ubicación del niño y que, de ser necesario realizara esas amenazas, confesando finalmente Gafgen que el niño ya estaba muerto, posteriormente Gafgen en sede policial, en presencia de la fiscalía y frente a un juez confirmó su confesión, tiempo después su abogado solicitó que se excluyera dicha confesión puesto había sido obtenida forzosamente, el tribunal regional de Fráncfort consideró que la exclusión de esa evidencia resultaría desproporcionada ya que Gafgen solo había sido amenazado, mientras que la conducta que se le imputaba era el asesinato de un niño de 11 años. (págs. 287-288)

Ante el ejemplo anterior entran en conflicto bienes jurídicos protegidos de los que se desprenden principios, de lo que básicamente trata la teoría de ponderación, por un lado tenemos el derecho a la vida – porque había esa posibilidad de que con su declaración del investigado Gafgen se podía ubicar al niño con vida y por ende poder salvarlo-, y por el otro lado encontramos el derecho a la integridad del investigado Gafgen, que se vio lesionado en una medida poco intensa por parte de los agentes policiales, pero es verdad que en cada caso hay principios que funcionan como mandatos de optimización para el ser humano, y que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible de acuerdo a la posibilidades fácticas y normativas existentes.

Ahora bien, si en el ejemplo anterior aplicamos un criterio más razonable al momento de proteger bienes jurídicos constitucionalmente, y jerarquizamos estos bienes de acuerdo a la protección que le otorga la Constitución Política del Perú de 1993, y esto lo enfocamos al momento de ponderar los principios que se encuentren en discusión, un criterio objetivo y medible serio enfrentar el valor que se le dé al bien jurídico que se desprende del delito que dio inicio al proceso (derecho a la vida del menor de 11 años) frente al interés que tutela la garantía procesal violada del investigado (el derecho a la integridad), ponderando se evidencia a grandes luces que el derecho a la vida tiene mayor jerarquía en cualquier constitución del mundo, frente al derecho a la integridad. Esta idea trascendente halla su origen en el clearing de valores, entendida como, “una versión local del principio de proporcionalidad” (Hairabedian, 2002), siendo utilizado y adecuado por primera vez en Argentina. Aplicada en un veredicto dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario en el año 1987. Entiende este tribunal que un allanamiento efectuado sin motivaciones razonables o sin una orden escrita, carece en un inicio de capacidad para generar prueba lícita. Pero también establece que, en cada caso concreto, habrá que evaluar de acuerdo al clearing de valores de la Carta Magna, lo que significa verificar qué principio o valor cuenta con superioridad en un rango de valores objetivos.

Para ello siempre debemos identificar cuáles son los principios, intereses, valores o bienes jurídicos protegidos que permita que se justifique de forma objetiva y racional la admisión de un medio probatorio, para después proponer como fórmula razonable sopesar en una balanza el bien jurídico protegido que se desprende del delito que dio inicio a la investigación penal,

con la afectación de alguna garantía constitucional del investigado que haya sido afectada. Lo cual el operador jurídico debe verificar si con su realización de la prueba se obtendrá mayor beneficio, teniendo como referencia que el beneficio se medirá orientándose por al bien jurídico de mayor jerarquía.

Asimismo una forma de ejemplificar lo anterior es medir la intensidad de la infracción penal y el bien vulnerado del investigado, si en la búsqueda de prueba se rebasa la acción ocasionada por el imputado, esta prueba no debería valorarse, por ejemplo en un delito de lesiones, lesionar al responsable es inadmisibles, puesto que el beneficio obtenido no será mayor al bien afectado en un inicio, razón por la cual debe probarse con otros medios o en su defecto absolverse por carencia probatoria, este criterio contribuye a la ratificación y optimización de los bienes jurídicos protegidos en el Perú, puesto que se va a ponderar dos principios o valores desde una forma más objetiva y racional.

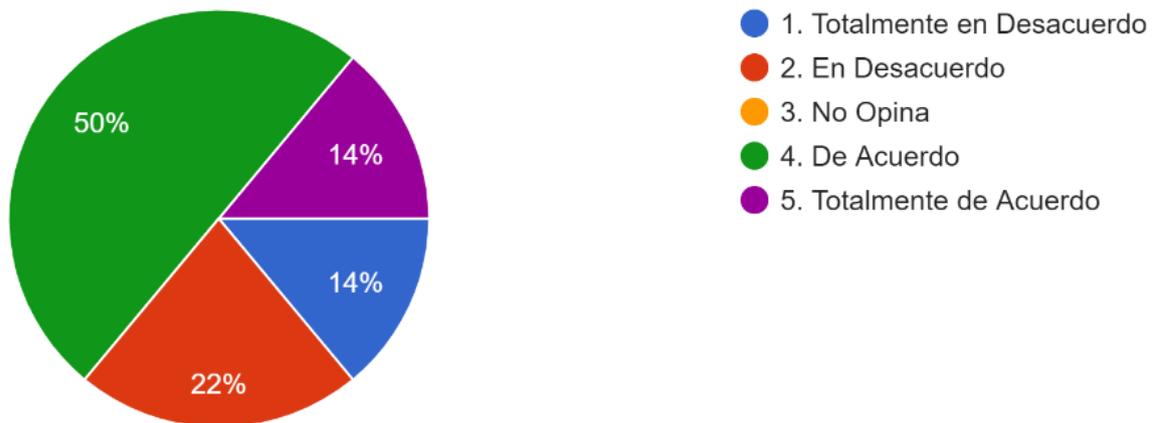
CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

4.1.- Análisis de los resultados

Figura 1

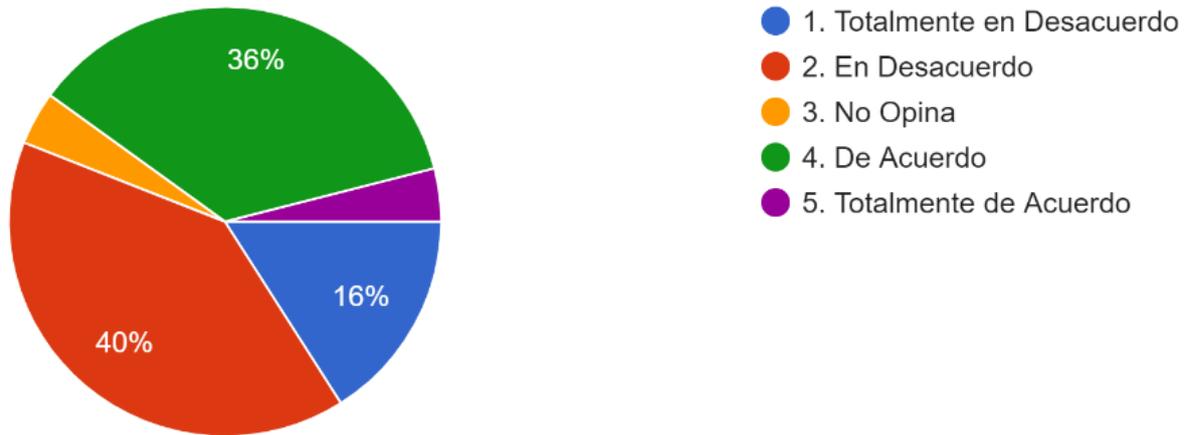
El proceso penal solo se puede ofrecer medios probatorios que hayan sido obtenidos con las observancias prescritas por la ley.



En relación a que el proceso penal solo se puede ofrecer medios probatorios que hayan sido obtenidos con las observancias prescritas por la ley, se tiene como resultado a favor al 50% de los expertos los cuales señalan estar de acuerdo, sin embargo de manera contraria se tiene a lo expresado por el 22% de los participantes los cuales expresan en desacuerdo con la pregunta establecida.

Figura 2

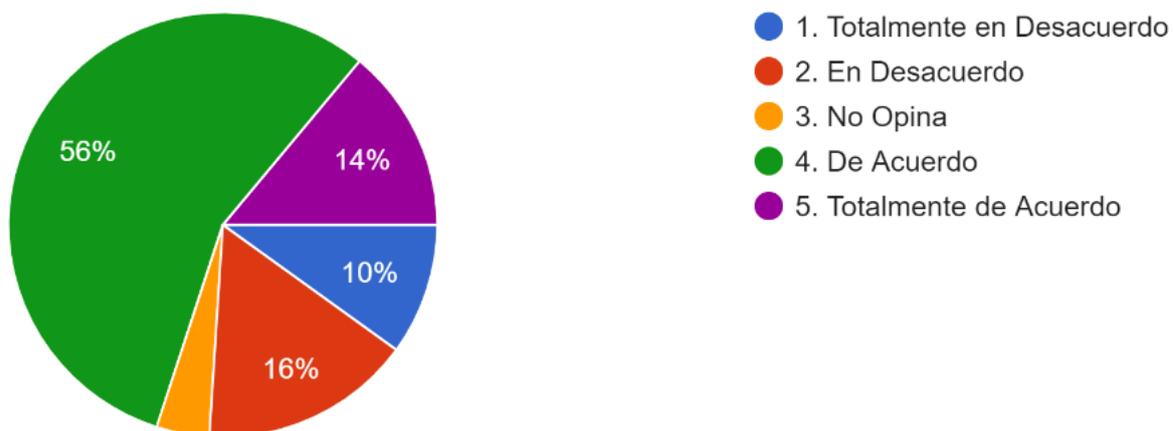
Un medio probatorio que ha sido obtenido vulnerando derechos puede ser valorado en juicio oral.



Continuando con la interpretación de los datos obtenidos, se tiene que el 40% de los participantes demuestran estar en desacuerdo en que Un medio probatorio que ha sido obtenido vulnerando derechos puede ser valorado en juicio oral, sin embargo el 36% de los expertos señalan estar de acuerdo con la pregunta en mención.

Figura 3

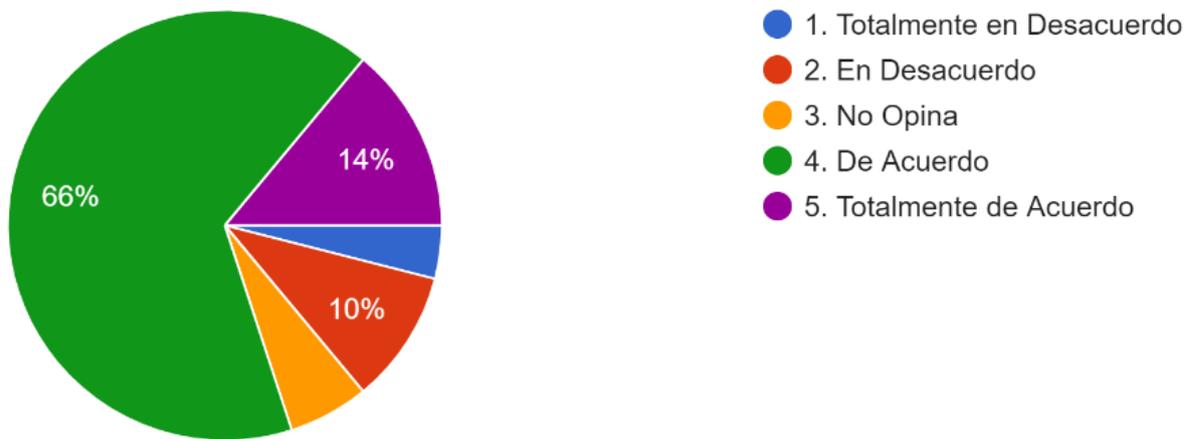
La prueba prohibida puede ser valorado siempre y cuando exista un criterio de ponderación positivo.



Con respecto a que si la prueba prohibida puede ser valorada siempre y cuando exista un criterio de ponderación positivo, se tiene que el 56% de los expertos señalan estar de acuerdo con la pregunta mencionada, sin embargo el 16% de los participantes señalan estar en desacuerdo con la interrogante establecida.

Figura 4

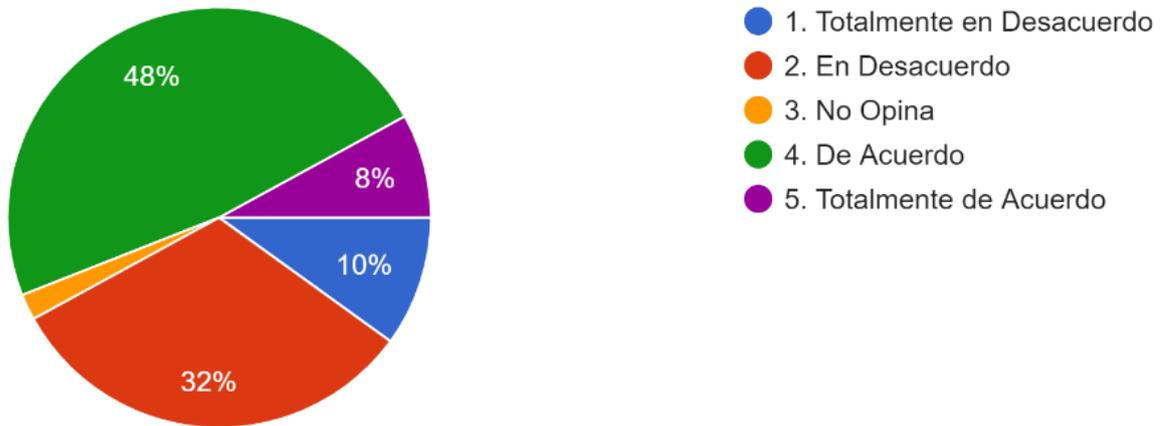
La teoría de ponderación de intereses debe ser aplicada para determinar la valoración de la prueba prohibida.



Tomando como referencia a lo expresado por el 66% se puede asegurar que están de acuerdo en que la teoría de ponderación de intereses debe ser aplicada para determinar la valoración de la prueba prohibida, sin embargo existe un 10% de los conocedores del derecho que piensan lo contrario y señalan estar totalmente de acuerdo con la pregunta establecida.

Figura 5

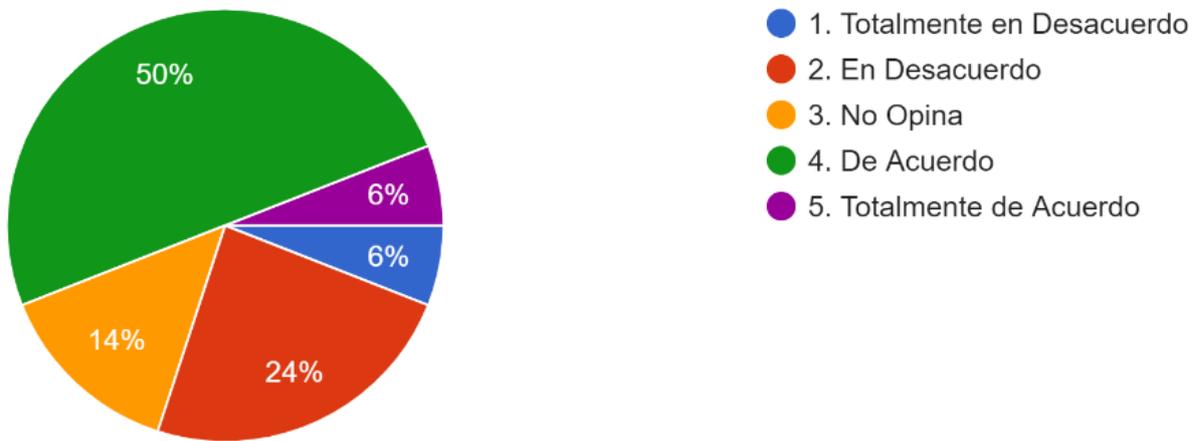
El juez de control de acusación es el único que debe de realizar un análisis sobre la conducencia, legalidad, utilidad u pertinencia de los medios probatorios.



Con respecto a que el juez de control de acusación es el único que debe de realizar un análisis sobre la conducencia, legalidad, utilidad u pertinencia de los medios probatorios, se tiene que el 48% de los participantes demuestran estar de acuerdo, por otro lado existe un 32% de los expertos que señalan estar en desacuerdo con la pregunta establecida.

Figura 6

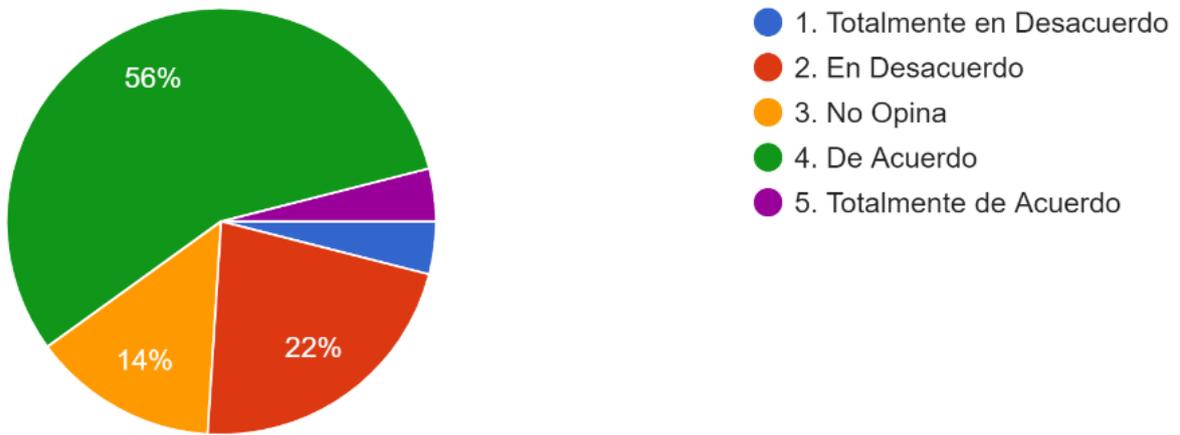
La no valoración de la prueba prohibida cuando cumple con los estándares de la ponderación de intereses genera la afectación del principio de presunción de inocencia.



Conforme a lo manifestado por los participantes, se puede asegurar que el 50% de los conocedores del derecho señalan estar de acuerdo en que la no valoración de la prueba prohibida cuando cumple con los estándares de la ponderación de intereses genera la afectación del principio de presunción de inocencia

Figura 7

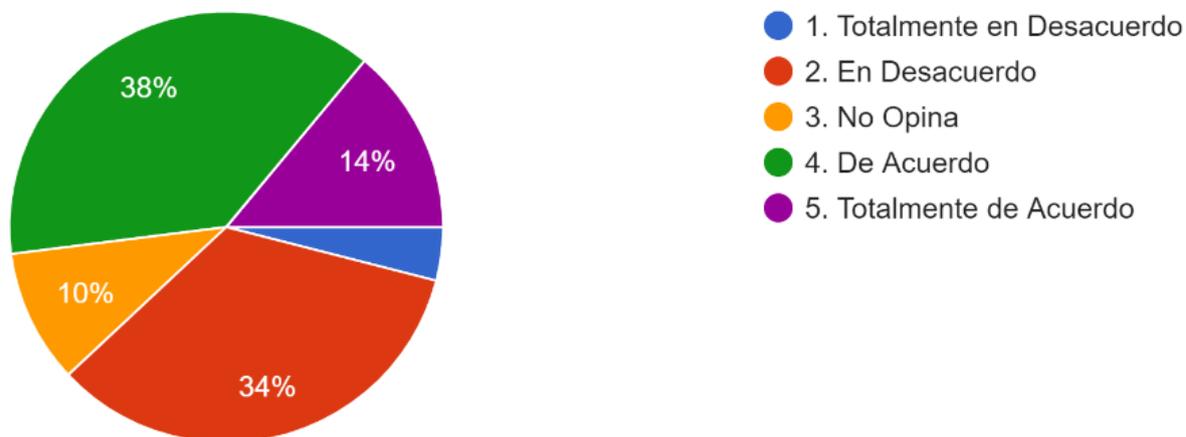
La no ponderación de intereses en la prueba prohibida genera nulidades procesales.



Con respecto a la no ponderación de intereses en la prueba prohibida genera nulidades procesales, se tiene que el 56% de los expertos señalan estar de acuerdo, sin embargo de manera contraria se tiene a lo manifestado por el 22% de los participantes los cuales demuestran estar en desacuerdo con la interrogante presentada.

Figura 8

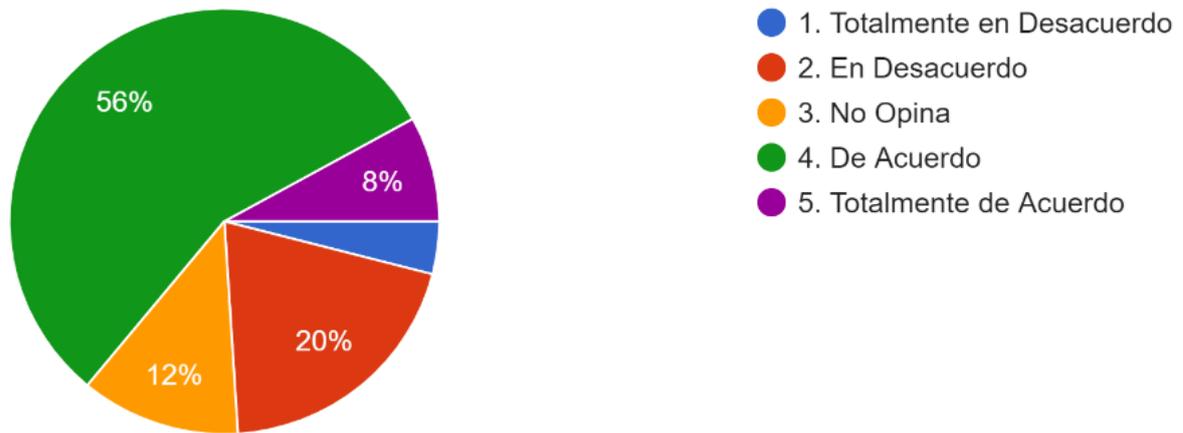
El derecho a la verdad justifica la utilización de una prueba prohibida.



Con respecto a lo expresado por el 38% de los conocedores del derecho, se puede afirmar que están de acuerdo en que el derecho a la verdad justifica la utilización de una prueba prohibida, sin embargo existe un 34% de los conocedores del derecho que señalan estar en desacuerdo con la pregunta establecida.

Figura 9

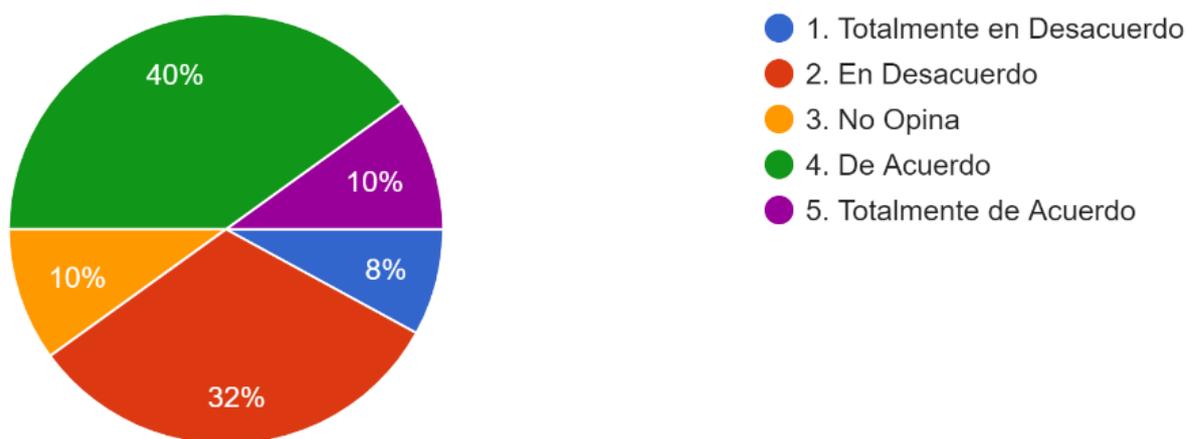
El derecho a la presunción de inocencia legitima la incorporación de una prueba prohibida excepcional al debate oral para excluir responsabilidad penal.



Conforme a lo manifestado por el 56% de los expertos, se puede asegurar están de acuerdo en que el derecho a la presunción de inocencia legítima permite la incorporación de una prueba prohibida excepcional al debate oral para excluir responsabilidad penal, sin embargo existe un 20% de los conocedores del derecho que señalan estar en desacuerdo con la pregunta establecida.

Figura 10

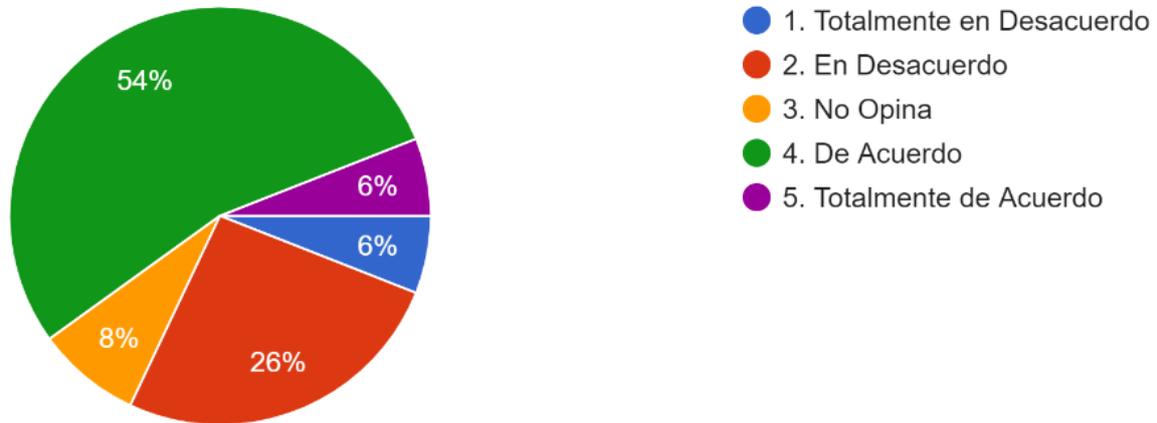
El derecho de igualdad de armas faculta inicialmente al ofrecimiento de una prueba prohibida.



Tomando en cuenta a lo expresado por el 40% de los expertos, se puede asegurar que están de acuerdo en que el derecho de igualdad de armas faculta inicialmente al ofrecimiento de una prueba prohibida, sin embargo de manera distinta se tiene a lo expresado por el 32% de los conocedores del derechos, los cuales demuestran estar en desacuerdo con la interrogante establecida.

Figura 11

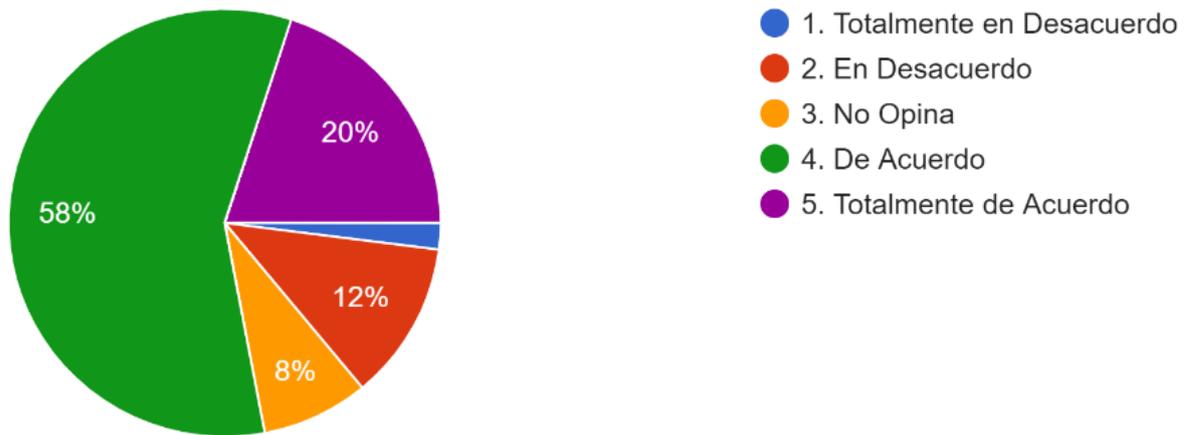
La ponderación de intereses está en función a los intereses del investigado y sus derechos.



Como penúltimo resultado a ser analizado, se tiene que el 54% de los expertos señalan estar de acuerdo en que la ponderación de intereses está en función a los intereses del investigado y sus derechos, sin embargo existe un 26% de los participantes que demuestran lo contrario y señalan estar en desacuerdo con la pregunta establecida.

Figura 12

La ponderación de intereses está referida a un interés social de revelar la verdad de los hechos.



Para finalizar con la interpretación de los resultados, se tiene que el 58% de los expertos señalan estar de acuerdo en que la ponderación de intereses está referida a un interés social de revelar la verdad de los hechos, sin embargo existe un 12% de los participantes que expresan lo contrario y señalan estar en desacuerdo con la pregunta establecida.

4.3. Discusión de resultado

Continuado con el desarrollo investigación, se procedió a la contrastación de los resultados, para ello se tendrá en consideración al objetivo general el cual busca determinar el criterio correcto para aplicar la teoría de la ponderación de intereses y por ende admitir la prueba ilícita en el proceso penal, el cual tiene como respaldo a lo obtenido en la figura N°1 el cual señala que en relación a que el proceso penal solo se puede ofrecer medios probatorios que hayan sido obtenidos con las observancias prescritas por la ley, se tiene como resultado a favor al 50% de los expertos los cuales señalan estar de acuerdo, sin embargo de manera contraria se tiene a lo expresado por el 22% de los participantes los cuales expresan en desacuerdo con la pregunta establecida, al tomar en consideración lo expresado por los expertos, se puede asegurar que todo proceso penal deberá cumplir rotundamente con los parámetros que establece la ley, sin embargo deja de lado el objetivo principal que es busca sancionar todo acto delictivo que atenta contra la justicia, así mismo al compáralo con lo sustentado por Hernández (2021) quien en su trabajo de investigación relacionado con la prueba prohibida, para obtener la especialidad en Derecho Penal y Procesal Penal, logró concluir que, en Colombia se pueden excluir tanto pruebas ilícitas como ilegales, siempre y cuando estas últimas vulneren el derecho fundamental al debido proceso; así mismo, aplica para los elementos o pruebas que se deriven de estas. Es importante reconocer que desde una perspectiva internacional las pruebas que trasgreden el debido proceso son excluidas sin embargo no toman en consideración el propósito principal del Código penal que es sancionar cualquier acción ilícita.

Continuando con el desarrollo de la discusión de los resultados, se tendrá en

consideración al primer objetivo específico, el cual busca analizar el tratamiento de la prueba ilícita en el Código Procesal Penal, para ello se tendrá como respaldo a lo obtenido en la Figura N° 2 que de acuerdo a la interpretación de los datos obtenidos, se tiene que el 40% de los participantes demuestran estar en desacuerdo en que Un medio probatorio que ha sido obtenido vulnerando derechos puede ser valorado en juicio oral, sin embargo el 36% de los expertos señalan estar de acuerdo con la pregunta en mención, así mismo al compararlo con lo sustentado con López (2018) en su investigación de doctorado titulada “La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana” logró concluir que, las prohibiciones probatorias son fórmulas de carácter general, que pretenden prohibir actividades de búsqueda y obtención de prueba antes de que ocurran, a efectos de no contaminar el desarrollo del proceso; empero, existen situaciones que legitiman y priman sobre la regla de exclusión, lo que permite la actuación del medio probatorio. Este resultado da a conocer que en la legislación peruana el tratamiento de la prueba ilícita es una situación que no viene siendo estudiada por el tan solo hecho de que gran mayoría de expertos en la materia, manifiestan en que toda prueba ilícita vulnera los derechos constitucionales de la persona investigada, sin embargo deja de lado el acto ilícito cometido y que debe de ser sancionado.

Seguidamente al tomar en cuenta al segundo objetivo específico, el cual busca estudiar qué es la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal peruano, para ello se tendrá como respaldo a lo obtenido en la Figura N°5 que con respecto a que el juez de control de acusación es el único que debe de realizar un análisis sobre la conducencia, legalidad, utilidad u pertinencia de los medios probatorios, se tiene que el 48% de los participantes demuestran estar de acuerdo, por otro lado existe un 32% de los expertos que señalan estar en desacuerdo con la pregunta

establecida, no obstante al compararlo con lo sustentado por Nazzal (2017) en su investigación relacionada a la prueba ilícita en materia penal, logró determinar que, la admisión indebida de la prueba ilícita, sin aplicar adecuadamente los criterios de justificación, lesionan gravemente los derechos fundamentales de los investigados. La legislación presente gran normatividad que protege el debido proceso, sin embargo no se toma en consideración la acción principal que es sancionar de manera eficiente los delitos que han sido cometidos por alguna persona, es por ello que existe la necesidad que la normatividad peruana estudie correctamente la teoría de ponderación para que de esta manera sea considerada como una regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal peruano.

Prosiguiendo con la contrastación de los resultados obtenidos, se tendrá en cuenta al tercer objetivo específico, el cual busca indagar cuáles son las excepciones a la regla de exclusión en el Código Procesal Penal peruano, para ello tendrá como respaldo a lo obtenido en la figura N°3 que con respecto a que si la prueba prohibida puede ser valorada siempre y cuando exista un criterio de ponderación positivo, se tiene que el 56% de los expertos señalan estar de acuerdo con la pregunta mencionada, sin embargo el 16% de los participantes señalan estar en desacuerdo con la interrogante establecida, así mismo al compararlo con lo sustentado por Gonzales (2018), bajo el título “Estudio de la prueba prohibida y la prueba ilícita como regla de exclusión en el Código Procesal Penal de 2004”, quien concluyó que, “La vulneración de derechos fundamentales se viene realizando de manera constante, por ello es necesario establecer la inaplicabilidad de la prueba prohibida y la prueba ilícita o declararse nulos de pleno derecho”. Tomando en cuenta los resultados obtenidos y lo sustentado por el autor, se puede asegurar que la legislación peruana solo considera 4 reglas de exclusión en relación a la ineficacia de la prueba prohibida, primero se tiene cuando

favorece al imputado, cuando no existe vulneración de algún derecho fundamental, cuando exista una notoriedad de los hechos y por último cuando afecta la naturaleza de índole procesal.

Continuando la contrastación de los datos que se han logrado obtener, se tendrá en consideración al cuarto objetivo específico, el cual busca desarrollar en qué consiste la teoría de la ponderación de intereses, para ello se tendrá como respaldo a lo obtenido en la Figura N°4 el cual toma como referencia a lo expresado por el 66% se puede asegurar que están de acuerdo en que la teoría de ponderación de intereses debe ser aplicada para determinar la valoración de la prueba prohibida, sin embargo existe un 10% de los conocedores del derecho que piensan lo contrario y señalan estar totalmente de acuerdo con la pregunta establecida, del mismo modo al compararlo con lo sustentado por Ruiz (2018), bajo el título “El test de ponderación como única excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano”, quien concluyó que “La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme en su interpretación sobre la prueba prohibida, en algunos casos ha desestimado su valoración invocando la vulneración de derechos fundamentales, en otros ha admitido su valoración remitiéndose principalmente al test de ponderación entre los bienes jurídicos protegidos en conflicto también se han emitido resoluciones que fundamentalmente la valoración de la prueba ilícita en otras teorías que permiten excepcionalmente dejar de lado la regla de la exclusión de la prueba prohibida. En todo caso, la orientación que han tenido los jueces no ha seguido una tendencia uniforme, sino que se han dado diversas respuestas. Este obedece, sin duda, a la incipiente doctrina jurisprudencial existente en nuestro país sobre el instituto de la prueba prohibida”. La teoría de la ponderación de intereses permite que la exclusión de una prueba que ha sido obtenida ilícitamente este supeditada siempre a la

importancia y gravedad que se ha cometido en el acto ilícito.

Prosiguiendo con el desarrollo, se tendrá en cuenta al quinto objetivo específico, el cual busca identificar las diferencias entre la teoría de ponderación de intereses y el test de proporcionalidad, para ello se tendrá en cuenta a la Figura N° 7 que con respecto a la no ponderación de intereses en la prueba prohibida genera nulidades procesales, se tiene que el 56% de los expertos señalan estar de acuerdo, sin embargo de manera contraria se tiene a lo manifestado por el 22% de los participantes los cuales demuestran estar en desacuerdo con la interrogante presentada, por ende al compararlo con lo sustentado por Gonzales (2018) en su tesis de maestría en la que tuvo como objeto estudiar la prueba prohibida y su aplicación como regla de exclusión en el proceso penal, logró concluir que, la admisión de la prueba prohibida fragmenta de forma trascendental derechos fundamentales del investigado, por cuanto, siempre debe ser excluida a efectos de garantizar una adecuada tutela jurisdiccional efectiva. Es importante reconocer que la teoría de ponderación de intereses y el test de proporcionalidad son mecanismos jurídicos que permiten solucionar una problemática jurídica en relación a que si existe o no vulneración de los derechos fundamentales del procesado, sin embargo es importante tener en consideración que la ponderación de interés no busca vulnerar un derecho sino que busca obtener mejores beneficios a través de la pruebas ilícitas para alcanzar una correcta justicia.

Para finalizar se tendrá en cuenta al último objetivo específico, el cual busca analizar críticamente las decisiones jurisprudenciales de los jueces peruanos y verificar si han utilizado adecuadamente o no la ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, para ello se tendrá en consideración a la figura N°11

que como penúltimo resultado a ser analizado, se tiene que el 54% de los expertos señalan estar de acuerdo en que la ponderación de intereses está en función a los intereses del investigado y sus derechos, sin embargo existe un 26% de los participantes que demuestran lo contrario y señalan estar en desacuerdo con la pregunta establecida, así mismo al compararlo con lo sustentado por Larios (2017) en su investigación que tuvo por objeto analizar la situación de violación del debido proceso en base a inobservancia de las reglas relacionadas con la actividad probatoria, concluyó que el filtro del legalidad de los medios probatorios constituye un tema de particular discusión, la ilegalidad de la prueba no marca su improcedencia de plano, pues, es necesario analizar ciertos criterios que pueden justificar la actuación de un medio probatorio obtenido de forma ilícita. Con el transcurrir de los años se ha venido demostrando que la justicia protege rotundamente los derechos del imputado, sin embargo no toma en consideración los daños que han sido causados por su persona, así mismo es importante reconocer que la normatividad protege el debido proceso, no obstante con el avance social se puede asegurar que los medios probatorios para corroborar un acto ilícito hoy en día son más complicados ya que toda acción cometida siempre está a la par en que una norma los pueda proteger.

CONCLUSIONES

1.- A través de la investigación realizada, se ha logrado determinar que el criterio correcto para aplicar la teoría de la ponderación de intereses deberá estar supeditada a la gravedad del acto ilícito cometido, ya que a través de ello se podrá identificar si es necesario o no aplicar dicha teoría, así mismo es importante tomar en consideración las consecuencias negativas que puede causar dicho acto ilícito.

2.- Mediante el análisis realizado al tratamiento de la prueba ilícita en el Código Procesal Penal, se ha logrado demostrar que existen gran cantidad de expertos en la materia, los cuales dan a conocer que la prueba ilícita es una situación que permitirá presentar medios probatorios que aseguren el proceso para una efectiva sanción penal, sin embargo, es importante reconocer que pueda ser aplicable en todas acciones ilícitas que pueda cometer cualquier ciudadano.

3.- A través del estudio realizado a la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema procesal peruano, se ha llegado identificar que dicho precepto jurídico no surte efectos las pruebas que han sido obtenidas de manera directa o indirecta con acciones que violenta derechos fundamentales del procesado, sin embargo, ante una situación jurídica se puede asegurar no se toma en consideración al nivel de daño que pueda causar sus acciones ilícitas.

4.- Mediante la indagación realizada a las excepciones a la regla de exclusión en el Código Procesal Penal Peruano, se logró identificar que son bajo cuatro supuestos, como primer supuesto se tiene cuando favorecer al imputado, como segundo supuesto cuando no vulnera los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, como tercer supuesto existen una evidente notoriedad de los hechos y por último la teoría de la buena fe.

5.- Se ha logrado desarrollar que la teoría de la ponderación de intereses permite la exclusión de la prueba prohibida bajo supeditación de la importancia, gravedad del acto ilegal que se ha cometido y por ultimo las consecuencias negativas que surgen a través de sus acciones ilícitas.

6.- Se ha llegado a identificar que una de las principales diferencias entre la ponderación de intereses y el test de proporcionalidad, es que la primera figura jurídica permite excluir la prueba prohibida de acuerdo a la acción ilícita y su nivel de gravedad, sin embargo, la otra figura solo está dirigida a resolver conflictos entre principios y derechos.

7.- Mediante el análisis crítico realizados a las decisiones jurisprudenciales de los jueces peruanos, se ha logrado verificar que no se ha utilizado correctamente la figura jurídica de ponderación de intereses como excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, dado que siempre los magistrados toman en consideración el debido proceso sin que existan vulneración de los derechos fundamentales del procesado.

RECOMENDACIONES

1.- Es recomendable que los magistrados tomen en consideración la teoría de ponderación de intereses para que de esta manera se logre alcanzar una eficiente sanción a los actos ilícitos cometidos.

2.- El estado peruano deberá identificar de manera eficiente el alcance de la gravedad que se ha cometido por el acto delictivo, para que de esta manera se puede sancionar eficientemente.

3.- Es recomendable que el Estado peruano establezca parámetros que permitan aplicar de manera eficiente la teoría de ponderación de intereses, para que de esta manera no sea considerado como acto que vulnere el debido proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angulo Valdivia, R. S. (2018). *La Ponderación Como Medio de Solución de Equilibrio de Derechos Laborales Entre el Empleador y Trabajador, en Arequipa 2015-2018*.
Obtenido de <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/8425>
- Binder, A. (2018). Derecho procesal penal. Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades (t. 3). Ad-Hoc.
- Cafferata, J. (1994). La prueba en el proceso penal. Depalma.
- Devis, H. (1981). Teoría general de la prueba judicial (t. 1, 5.a ed.). RubinzalCulzoni.
- Giner Alegria, C. A. (2008). Prueba Prohibida y Prueba Ilícita. *Anales de Derecho*(26), 579-590. Obtenido de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QDplWAgOXhgJ:https://revistas.um.es/analesderecho/article/download/113751/107781/451661&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
- Gonzales Campos, C. A. (2018). *Estudio de la prueba prohibida y su aplicación como regla de exclusión en el nuevo código procesal penal*. Obtenido de <https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/2369/GONZALES%20CAMPOS%20%20CESAR%20ALADINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hairabedian, M. (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal*. Buenos Aires: Vilela Editor.
- Hernández Herrera, L. (2021). La regla de exclusión probatoria en procesos no penales en Colombia. *Diálogos de Derecho y Política*, 9(24), 115-139. Obtenido de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/347182/20805972>
- Jauchen, E. (2017). Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial. RubinzalCulzoni.

- Juarez Mariano, G. (2012). La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos el caso de tortura y el juicio de ponderación. *Anuario en derecho Constitucional Latinoamericano*, 285-315.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Obtenido de Fodo Editorial PUCP: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf>
- Larios, P. S. (2017). *Violación del debido proceso penal por inobservancia de las reglas y principio de la actividad probatoria*. Obtenido de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7518/BC-TES-TMP-943%20LARIOS%20PERLECHE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- López Cabello, F. A. (2018). *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana*. Obtenido de https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/659086/tfalc_20180525.pdf?sequence=9&isAllowed=y
- López, J. (2014). Tratado de derecho procesal penal (t. 1, 6.a ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Miranda Estrampes, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de la exclusión en sistema estadounidense*. Madrid: Jurídicas y Sociales S.A.
- Nazzari Morgues, R. B. (2017). *La prueba ilícita en materia penal: Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Periodo 2014-2016*. Obtenido de <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146456/Prueba-il%C3%ADcita-en-materia-penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Orozco Solano, V. E. (2013). *La ponderación como técnica de aplicación de las normas*

sobre derechos fundamentales: Una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional español en materia de libertad religiosa. Obtenido de Corte Interamericana de Derecho Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31074.pdf>

Pisfil Flores, D. A. (2019). *La prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal*. Lima: Editores del Centro EIRO.

San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones* (2.a ed.). INPECCPCENALES.

Silva, V. (1963). *La prueba procesal* (t. 1). *Revista de Derecho Privado*.

Vescovi, E. (1970). Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, (2).