



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**



---

**El interés público como excepción a la exclusión de  
prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación  
incompatible**

## **TESIS**

**Presentada para optar el Grado Académico de Doctora en  
Derecho y Ciencia Política**

**AUTORA:**

Mg. Ana Estroilda, Zegarra Azula

**ASESOR:**

Dr. Freddy Widmar, Hernández Rengifo

**LAMBAYEQUE - PERU**

**2024**



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**



**El interés público como excepción a la exclusión de prueba prohibida en los delitos de  
colusión y negociación incompatible**

Mg. Ana Estroilda Zegarra Azula  
Rengifo Autora

Dr. Freddy Widmar Hernández  
Asesor

Proyecto de Tesis presentado a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA

Aprobado por:

Dr. Luis Armando Hoyos  
Vásquez Presidente del jurado

Dr. Víctor Ruperto Anacleto  
Guerrero  
Secretario del jurado

Dr. Gilmer Alarcón  
Requejo  
Vocal del jurado

Fecha de Sustentación: 25 de marzo de 2024

## DEDICATORIA

*Dedico mi trabajo a mis hijos, quienes siempre  
serán el motor que impulsa para la superación.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Agradezco a mi familia que siempre está  
conmigo dándome aliento en mi vida diaria.*

## ÍNDICE GENERAL

**ACTA DE SUSTENTACIÓN (COPIA) ..... ;ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.**

**DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD ;ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.**

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>III</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>IV</b>
<b>ÍNDICE GENERAL .....</b>	<b>V</b>
<b>ÍNDICE DE TABLAS .....</b>	<b>VIII</b>
<b>ÍNDICE DE GRÁFICOS .....</b>	<b>XI</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>XII</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>XIII</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>14</b>
<b>CAPITULO I DISEÑO TEÓRICO .....</b>	<b>26</b>
1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	26
1.2. BASE TEÓRICA.....	33
1.2.1.- <i>Interés público o interés general</i> .....	33
1.2.2.- <i>Derechos fundamentales</i> .....	38
1.2.2.1.- <i>El derecho al secreto de las comunicaciones</i> .....	41
1.2.2.2.- <i>Derecho a la intimidad</i> .....	42
1.2.3.- <i>La Prueba</i> .....	43
1.2.3.1. <i>La prueba prohibida</i> .....	45
1.2.3.2.- <i>La regla de la exclusión probatoria como consecuencia de la prueba ilícita o prueba prohibida</i> .....	48
1.2.3.3.- <i>Reglas de excepción a la exclusión de la prueba</i> .....	52
1.2.3.3.1.- <i>Excepción de ponderación o proporcionalidad</i> .....	54
1.2.3.3.2.- <i>Excepción de riesgo</i> .....	56
1.2.5.- <i>El delito de colusión</i> .....	57
1.2.6.- <i>El delito de negociacion incompatible o aprovechamiento indebido del cargo</i> .....	60
1.2.7.- <i>La prueba por indicios en los delitos de colusión y negociación incompatible</i> .....	63
1.2.6. CONTEXTO CULTURAL.....	69

1.3.	DEFINICIONES CONCEPTUALES.....	72
1.4.	HIPÓTESIS .....	73
1.5.	VARIABLES .....	73
<b>CAPÍTULO II MÉTODOS Y MATERIALES.....</b>		<b>77</b>
2.1.	ENFOQUE, TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN .....	77
2.1.1.	<i>Enfoque de investigación:</i> .....	77
2.1.2.	<i>Tipo de investigación</i> .....	78
2.1.3.	<i>Nivel de investigación</i> .....	79
2.2.	MÉTODO DE INVESTIGACIÓN .....	83
2.2.1.	<i>Método Hermenéutico:</i> .....	84
2.2.2.	<i>Método inductivo-deductivo</i> .....	84
2.2.3.	<i>Método comparativo</i> .....	84
2.4.	POBLACIÓN.....	85
2.4.1.	MUESTRA .....	85
2.4.1.	TÉCNICA DE MUESTREO .....	85
2.5.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	86
2.5.1.	<i>Técnicas</i> .....	86
2.5.2.	<i>Instrumentos y materiales de recolección de datos</i> .....	89
2.6.	PROCESAMIENTO Y E INTERPRETACIÓN DE DATOS .....	89
<b>CAPITULO III RESULTADOS .....</b>		<b>92</b>
3.1.	RESPECTO AL ANÁLISIS DE SENTENCIAS:.....	92
3.1.1.	<i>Exp. N° 2488-2002-HC/TC-PIURA</i> .....	93
3.1.2.	<i>Recurso de Nulidad N° 677-2016-LIMA</i> .....	94
3.1.3.	<i>Exp. N° 00655-2010-PCH/TC-LIMA</i> .....	97
3.1.4.	<i>Exp. N° 04715-2015-PCH/TC-LIMA</i> .....	99
3.1.5.	<i>Recurso de Casación N° 1379-2017/NACIONAL</i> .....	100
3.1.6.	<i>Recurso de Casación N° 18-2017-JUNIN</i> .....	103
3.1.7.	<i>Recurso de Nulidad N° 817-2016/LIMA</i> .....	105
3.2.	RESPECTO A LAS ENTREVISTAS ESTRUCTURADAS .....	108
<b>CAPITULO IV DISCUSIÓN.....</b>		<b>133</b>
	RESPECTO AL OBJETIVO GENERAL: .....	133
	RESPECTO AL PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO .....	139
	RESPECTO AL SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO.....	141
	RESPECTO AL TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO.....	143
	RESPECTO AL CUARTO OBJETIVO ESPECÍFICO.....	147
<b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>150</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>		<b>151</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>		<b>152</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>158</b>

ANEXO 01.....	ESQUEMA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
	158	
ANEXO 02.	INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	162
INSTRUMENTO 1:.....		162
INSTRUMENTO 2:.....		164
INSTRUMENTO 3:.....		166
INSTRUMENTO 4:.....		167
ANEXO 03.	RÚBRICAS DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	168
<b>PARTE I: FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS .....</b>		<b>169</b>
1.1.	NOMBRE DEL INVESTIGADOR: .....	169
1.2.	INFORMACIÓN DEL EXPERTO:.....	169
1.3.	BREVE CURRÍCULO VITAE DEL EXPERTO Y DE SU LABOR INVESTIGATIVA.....	170
1.4.	INSTRUMENTO N° 1 MATRIZ DE REVISIÓN DE SENTENCIA –.....	171
	ESCALA DE VALORACIÓN:.....	171
	A. <i>Nivel de pertinencia</i> .....	171
	B. <i>Aspectos de la validación</i> .....	172
	C. <i>Tabla de calificación de cada ítem del cuestionario: .....</i>	173
1.5.	INSTRUMENTO N°2 ENTREVISTA ESTRUCTURADA: .....	177
	ESCALA DE VALORACIÓN:.....	177
	A. <i>Nivel de pertinencia</i> .....	177
	B. <i>Aspectos de la validación</i> .....	178
	C. <i>Tabla de calificación de cada ítem del cuestionario: .....</i>	180
	D. <i>Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA) .....</i>	183
E.	OBSERVACIONES:.....	183
F.	CONCLUSIÓN GENERAL DE LA VALIDACIÓN (EN COHERENCIA CON EL NIVEL DE VALIDACIÓN ALCANZADO)	184
G.	CONSTANCIA DE JUICIO DE EXPERTO .....	184
ANEXO 05.	MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	185

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Matriz de operacionalización de variables .....	74
Tabla 2 Corpus de la investigación.....	85
Tabla 3 Unidades de Investigación.....	85
Tabla 4 Formas de conceptualizar el interés público .....	90
Tabla 5 Formas como fue abordado por la Jurisprudencia la valoración de prueba prohibida .....	90
Tabla 6.....	92
Tabla 7 .....	93
Tabla 8 Derecho a la verdad.....	93
Tabla 9.....	94
Tabla 10 Interés público .....	96
Tabla 11: Prueba prohibida.....	96
Tabla 12.....	97
Tabla 13 Prueba Prohibida .....	98
Tabla 14.....	99
Tabla 15 Prueba Prohibida .....	100
Tabla 16.....	100
Tabla 17 Delito de colusión.....	103

Tabla 18.....	103
Tabla 19 Delito de negociación incompatible .....	104
Tabla 20.....	105
Tabla 21 Interés público .....	107
Tabla 22 Prueba prohibida.....	107
Tabla 23 Resultados pregunta N° 1 .....	108
Tabla 24 Resultados pregunta N° 2 .....	109
Tabla 25 Resultados pregunta N° 3 .....	109
Tabla 26 Resultados pregunta N° 4.....	110
Tabla 27 Resultados pregunta N° 5 .....	111
Tabla 28 Resultados pregunta N° 6 .....	112
Tabla 29 Resultados pregunta N° 7 .....	112
Tabla 30 Resultados pregunta N° 8 .....	113
Tabla 31 Resultados pregunta N° 1 .....	114
Tabla 32 Resultados pregunta N°2 .....	115
Tabla 33 Resultados pregunta N°3 .....	116
Tabla 34 Resultados pregunta N°4 .....	116
Tabla 35 Resultados pregunta N°5 .....	118
Tabla 36 Resultados pregunta N°6 .....	118
Tabla 37 Resultados pregunta N°7 .....	119
Tabla 38 Resultados pregunta N° 1 .....	120
Tabla 39 Resultados pregunta N° 2 .....	121

Tabla 40 Resultados pregunta N° 3 .....	121
Tabla 41 Resultados pregunta N° 4 .....	122
Tabla 42 Resultados pregunta N° 5 .....	123
Tabla 43 Resultados pregunta N° 6 .....	123
Tabla 44 Resultados pregunta N° 7 .....	124
Tabla 45 Resultados pregunta N° 8 .....	125
Tabla 46 Resultados pregunta N° 1 .....	127
Tabla 47 Resultados pregunta N° 2 .....	128
Tabla 48 Resultados pregunta N° 3 .....	129
Tabla 49 Resultados pregunta N° 4 .....	129
Tabla 50 Resultados pregunta N° 5 .....	130
Tabla 51 Resultados pregunta N° 6 .....	131
Tabla 52 Resultados pregunta N° 7 .....	131
Tabla 53 Resultados pregunta N° 8 .....	132

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 2 Flujograma de enfoque cualitativo .....	80
Gráfico 3 Flujograma de paradigma interpretativo .....	81
Gráfico 4 Flujograma de tipos de investigación .....	82
Gráfico 5 Flujograma de diseño de investigación .....	83

## RESUMEN

En la investigación se analiza la forma en que el interés público debería ser ponderado dentro de las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida. En la motivación de diferentes sentencias desarrolladas en el Perú se ha recurrido a la proporcionalidad, ponderando el interés público y el derecho a la intimidad. Siendo así, el interés público en la motivación de la proporcionalidad sería un mecanismo válido que abre las puertas a la admisión de la prueba obtenida con violación al secreto de las comunicaciones o a la intimidad, en los diferentes procesos penales que versan sobre delitos graves, como son el caso de los de corrupción de funcionarios, específicamente los delitos de colusión y negociación incompatible.

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, su paradigma es interpretativo de tipo interpretativo hermenéutico, con diseño propositivo. Se usaron los métodos: hermenéutico, de análisis documental, así como el deductivo e inductivo.

Las unidades de análisis fueron en total siete sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia en lo Penal y por el Tribunal Constitucional. Algunas de estas sentencias relacionadas con el delito de colusión y otras con el delito de negociación incompatible, siendo lo común, el análisis que se hace en ellas, sobre la admisión de prueba prohibida y la aplicación de la ponderación basada en la motivación del interés público versus el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones; en general donde se pronuncian sobre la legalidad y constitucionalidad de la admisión y valoración de la prueba prohibida.

El marco teórico contiene el desarrollo de temas como son interés público, delito de colusión, derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones, prueba y prueba prohibida; así como las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba prohibida y su relación con el delito de colusión y negociación incompatible.

### **PALABRAS CLAVE:**

**Colusión, Negociación incompatible, prueba prohibida, interés público, reglas de exclusión y reglas de excepción a la exclusión**

## ABSTRACT

The research makes an analysis of the way in which the public interest should be applied as a criterion to be considered within the rules of exception to the exclusion of evidence, when substantiating the proportionality and / or weighing of interests, the objective being to demonstrate that the public interest would adequately justify the exception to the exclusion of prohibited evidence, in the conduct of a process. Research is basic, non-experimental, purposeful, transversal; the methods are hermeneutic, of documentary analysis, as well as deductive and inductive; The samples considered are 10 sentences related to the crime of collusion issued both by the Supreme Court of Justice and by the Constitutional Court. The theoretical framework will contain the definition of public interest, the crime of collusion, the concept of evidence, prohibited evidence, exceptions to the rule of exclusion of prohibited evidence and its relationship to the crime of collusion.

### KEY WORDS:

Crime of Collusion, prohibited evidence, public interest, exclusion rule and exception rules to exclusion.

## INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia peruana, específicamente se hace referencia a las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia en lo penal como son los casos conocidos como: Petro Audios y Automotores Gildemeister, ambos casos vinculados con los delitos de corrupción de funcionarios públicos, se ha evidenciado diferentes formas de abordar la incorporación y valoración de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental a la intimidad y/o al secreto de las comunicaciones. La controversia que emerge de estas sentencias es sobre la valoración o no de la prueba prohibida en casos de Corrupción de Funcionarios, específicamente vinculados con los delitos de colusión y negociación incompatible, caracterizados por la clandestinidad. Esto porque, en algunas ocasiones los medios de prueba son conseguidos sin la resolución judicial que autorice el levantamiento de secreto de comunicaciones, en consecuencia, son prueba prohibida, pero no dejan de ser útiles, necesarias e imprescindible en un proceso. Por esto es de necesidad imperiosa buscar mecanismo que permitan esta incorporación y valoración, para la acreditación de la comisión de los delitos de colusión o negociación incompatible, que causan graves repercusiones en la sociedad.

Otros países como Estados Unidos, país en el que el Tribunal Supremo tenía como regla, la exclusión de la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales. Específicamente las pruebas obtenidas con violación de la cuarta, quinta y sexta enmienda de la constitución, no podían ser utilizadas para acreditar la culpabilidad de una persona. Esta prohibición estaba orientada (Alcaide, 2012) “principalmente a ser un efecto disuasorio para los efectivos policiales y así garantizar el respeto a los derechos fundamentales y la idea de la integridad judicial” (pág. 35). De esta manera, se puede advertir que la exclusión de la prueba prohibida estaba orientada a frenar en cierto modo los abusos y violaciones a los derechos fundamentales, mecanismo a los que comúnmente se recurría para la obtención de declaraciones, documentos, armas u otros medios de prueba que sean de utilidad para la probanza de delitos.

En Alemania la prueba prohibida sólo puede ser excluida, si afecta el núcleo esencial del derecho fundamental vulnerado, por este motivo se clasifica la afectación en tres niveles o círculos, tal como nos precisa (Miranda, 2010), quien señala:

El Tribunal Federal Constitucional Alemán, ha desarrollado la teoría de los tres círculos, relacionado con el grado de afectación de los derechos vinculados con la dignidad del ser humano. En la primera reconoce un núcleo esencial de la esfera privada personal que debe ser protegida de toda intromisión, en la segunda, se argumenta del interés que se relaciona con una justicia penal funcional, precisa que la protección del derecho afectado versus las intervenciones estatales dependerá de la ponderación dentro del cual mediante la proporcionalidad se verificará el interés del derecho privado y el interés público, así como el *ius puniendi* del Estado. Y en la tercera esfera, se permitiría la intervención ilimitada del Estado, siempre que no exista una afectación al desenvolvimiento libre de la personalidad. (pág. 47).

En este sentido, la jurisprudencia alemana hace un análisis más profundo de las formas como se debe proteger la no afectación de un derecho fundamental, dividiéndolo en tres niveles o círculos, dependiendo del nivel de vulneración de este derecho. Los tres niveles tienen relevancia con una afectación mínima, media o intensa del derecho. En los casos donde la afectación es mínima, se permite cualquier intervención del Estado, pero esto no significa que esta puede ser arbitraria, pues tiene como límite que no se afecte el desarrollo libre de la personalidad. Por otro lado, considero que debe tener además una debida justificación. Cuando la afectación es media, se debe ponderar la medida, esto es, que mediante la ponderación del interés particular y del Estado, sustentados en una debida motivación, se debe decidir el interés que debería primar para cada caso en concreto, llegando así a una decisión justa y equilibrada, pues el Estado no solo debe procurar la defensa y protección de los derechos o intereses particulares, sino también los que son comunes o públicos, pues gracias a estos últimos es posible el disfrute de los primeros. Por último, si la afectación involucra la intromisión en la médula básica de esta garantía, ninguna intromisión estaría justificada, ya que dejaría sin contenido a este derecho.

En Colombia, la legislación constitucional impide la utilización aquel medio probatorio conseguido con violación a los derechos fundamentales, tal es el caso que al analizar un caso emblemático en este país “caso Miti” caso sobre interceptaciones telefónicas ilegales y versaba sobre:

el ministro de comunicaciones y el ministro de minas se repartían subrepticia e ilegalmente las adjudicaciones del espectro electromagnético, habiéndose obtenido la información a través de interceptaciones telefónicas no autorizadas, así el Tribunal determinó la violación del debido proceso y de la intimidad personal, por lo que esta prueba fue excluida, del proceso. (Ibarra, 2017, pág. 33)

Claramente en el caso que se menciona, el Tribunal Colombiano en mérito a la prohibición constitucional respecto a la valoración de la prueba proscrita, sólo aplica de manera literal lo señalado en su constitución. Esto es que al existir una prohibición expresa constitucional sobre la incorporación y valoración de la prueba prohibida en un proceso, simplemente se aplica por mandato constitucional, la expulsión de estos medios de pruebas, conseguidos con violación de garantías constitucionales privilegiando el interés particular. La prueba obtenida con violación al derecho fundamental no necesita ser justificada, motivada, no puede ser revisada, pues la constitución simplemente prohíbe su incorporación y al ser la constitución la máxima norma de una nación, sus preceptos no pueden ser vulnerados.

En el Perú, aún no existe una posición uniforme, por un lado, existen algunos señalan que los efectos de la prueba ilícita es la proscripción de su admisión y valoración, se sostiene: “la prueba ilícita es la obtenida vulnerando derechos constitucionales, y su efecto será la inutilización, por lo que debe procederse a su expulsión instantánea una vez puestos de conocimiento sobre su invalidez por ilícita en cualquier fase procesal, para impedir que surta efectos”. (Villegas, 2015, pág. 226). Posición que se encuentra respaldada y justificada en mérito a lo establecido en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, específicamente en el art. VIII, numeral 2), en correspondencia con lo señalado en la constitución en el artículo 2, numerales 10 y 24. Se advierte así, que en la legislación peruana existe prohibición expresa constitucional y penal respecto a la incorporación y valoración de la prueba conseguida violando garantías constitucionales.

En esta misma línea y entrando más en el tema procesal penal, sobre la forma de peticionar la exclusión de la prueba prohibida (Arbulu, 2017) señala:

para la exclusión de la prueba ilícita durante la etapa preparatoria, se debe acudir al Juez a través de una tutela de derechos, evitando sea valorada al haberse obtenida con violación de derechos fundamentales. El objetivo es asegurar que los derechos fundamentales de los investigados no sean violentados. (pág. 28)

Para el autor señalado, partidario de la exclusión de la prueba prohibida, deja clara su posición respecto de la inmediata expulsión de la prueba prohibida, para asegurar que sus derechos no sean violentados, evitando la contaminación del Juez, lo que afectaría su objetividad al tomar conocimiento de pruebas que no se podrían actuar. La tutela de derechos sería el mecanismo más idóneo justamente para evitar la incorporación evitando su incorporación al proceso y su actuación.

La prueba prohibida, vista así, sería el límite impuesto al derecho a la prueba, y al reconocérsele como derecho fundamental esta debe ser protegida evitando su vulneración, motivo por el cual la prueba prohibida no puede ser introducida en un proceso para demostrar la comisión de un delito y menos aún identificar a sus autores. La prueba prohibida sería el mecanismo a través del cual se protegería la intangibilidad de los demás derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la integridad física y psicológica, y otros que puedan ser vulnerados para obtener medios de prueba, a través de la tortura, las interceptaciones telefónicas no autorizadas judicialmente y otras formas de intromisión y violación a derechos reconocidos constitucionalmente.

En contraparte, existen los enfoques que abren la posibilidad de su admisión, mediante una postura no tan radical como las ya señaladas, e introducen el interés público como uno de los argumentos válidos a considerar para la admisión o no de la prueba prohibida, de esta manera se precisa:

Ahora si la institución de la prueba ilícita estuviera sobredimensionada, la víctima sería imposibilitada de ser resarcida en el daño, pues no existe suficiencia probatoria para condenar. Hace notar, que la jurisprudencia actual se inclina en afirmar la validez de la prueba, inaplicando la prueba prohibida. Considera que el interés público debe ser propuesto sólo en casos de flagrancia delictiva, siendo proscrita en otro supuesto. Señala las diferencias del interés público desde un punto de vista subjetivo y objetivo. En el interés público objetivo no puede descansar solo en la condición de personajes o funcionarios

públicos de los sujetos activos del delito, ya que el accionar delictivo entre dos personas anónimas (imputado y víctima) podría tener más interés público que un romance entre personajes de la farándula. Desde el punto de vista subjetivo se argumenta el interés público en el sentido de que estos deben ser necesariamente hechos punibles, por lo que podría calificar una excepción a la prueba prohibida. (Guevara, 2018, págs. 36-37)

En este sentido, bajo este orden de ideas postuladas por el autor, se advierte claramente la flexibilidad en cuanto a la exclusión de la prueba prohibida, asumiendo que las posiciones radicales traerían consecuencias nocivas a la víctima del delito, a la que también se le debe proteger, más aún si ha resultado dañada como consecuencia del delito del que fue víctima. Esta agresión ha podido vulnerar ya sea su integridad física, su patrimonio y/o su moral, derechos constitucionalmente protegidos, pues son necesarios para el desarrollo libre de la persona. Considero que actualmente la excepción a la exclusión de la prueba prohibida está orientada a privilegiar la protección de la sociedad y favorecer la seguridad de los ciudadanos, esto es el interés general, frente a los derechos particulares a quienes se les reconoce derechos fundamentales, pero para una mejor convivencia social, y para lograr a través de su uso el desarrollo de los intereses de una comunidad, no para ponerlos en riesgo o dañarlos. El autor también le pone límites al uso de la prueba prohibida, al considerar que esta debe ser sólo usada en casos de flagrancia delictiva. Considero que este límite estaría orientado a fundamentar que ante la inmediatez de tomar decisiones ante casos de flagrancia delictiva en donde actualmente se tienen 48 horas para decidirse sobre la situación jurídica de los involucrados, se podrían violentar derechos como el derecho a la intimidad y revisar por ejemplo su equipo celular.

Según las tendencias doctrinales relacionadas a la prueba prohibida, desarrolladas por el derecho constitucional, algunos autores también tienen posiciones más flexibles respecto a la expulsión de la prueba prohibida al precisarnos que lo que constitucionalmente se pretende proteger con el derecho fundamental a la prueba prohibida es no vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales que se afectan a través de su obtención en forma ilícita. Por esto, se precisa que el fundamento constitucional de la prueba prohibida es la defensa del contenido fundamental o esencial del derecho afectado frente a cualquier intromisión ilegítima, tal como lo señala (Sánchez, 2018): “al analizar la ilicitud de prueba prohibida debemos considerar que la lesión al derecho fundamental involucraría a su esencialidad, y bajo este supuesto podría excluirse las fuentes de prueba. En otros casos al tratarse de irregularidades se podrá convalidar”. (pág.

80). Según este autor, de manera muy similar, y además donde se evidencia la influencia alemana, se habla de afectación de la esencialidad del derecho fundamental, que sería lo que justificaría la expulsión de la prueba prohibida. Siendo así, la naturaleza o fundamento del derecho fundamental a la prueba prohibida, es la protección del núcleo duro, de lo esencial, esto es de esa parte del derecho fundamental que no acepta ningún tipo de intromisión, pues la vulneración de su esencialidad haría que este derecho fundamental se convierta en nada, o sin objeto de protección, por esto es que esta esencialidad no puede ser vulnerada, ni admite justificación de ningún tipo, y bajo este supuesto sí la prueba prohibida debería ser expulsada.

En mérito a lo ya expuesto, se aprecia claramente la existencia de autores que están a favor de la incorporación y valoración de prueba prohibida, bajo determinadas circunstancias para el caso concreto, y hay otros que, por mandato constitucional, votan por la expulsión de la prueba prohibida, pues bajo ningún supuesto o circunstancia se debe admitir. Esto ha conllevado a la formación de teorías sobre la admisión de la prueba ilícita, dentro de las cuales se encuentran las que están a favor de su admisión, las que están en contra y las teorías intermedias. Respecto de las teorías intermedias se encuentran la teoría de la ponderación, la teoría desarrollada por la doctrina alemana y la desarrollada por el sistema inglés. Tal como lo expone de manera muy clara (Hernández, 2012), al precisar:

existen las siguientes teorías sobre la prueba ilícita: 1.- teoría a favor de la admisión, al considerar que es eficaz para la valoración del juez, debiendo sancionarse a quienes lo obtuvieron de esta forma. 2.- Teoría en contra de la admisibilidad, cuyo fundamento es que al violar derechos fundamentales carece de validez legal, deviniendo en nula. 3.- Teorías intermedias, en las que se encuentran: a.-la teoría de la ponderación de intereses en conflicto. Propone que la prueba conseguida contraviniendo bienes jurídicos de menor entidad, se debe permitir en el proceso, pero sancionando a los responsables. b.- La teoría del Tribunal Supremo federal alemán. Postula que, en los casos involucrados en la transgresión a la prohibición de practicar la prueba, el uso de esta depende, si con esta lesión se afectó lo esencial o sólo se trata de una afectación secundaria o de menor significación; y c.- la teoría del derecho inglés. Sostiene que, la ilegalidad del método en la obtención de la prueba es irrelevante para determinar su inadmisibilidad, con la única excepción de la confesión del acusado.

También propone que, junto a estas reglas generales, el juez tiene la facultad para incluir la prueba ilícitamente obtenida, de manera discrecional. (págs. 23-24)

Tal como se aprecia, esta manera de agrupar las posiciones respecto de la admisibilidad o no de la prueba prohibida, es muy ilustrativa y nos permite ver de manera general las posturas respecto de la prueba prohibida, recoge las que están a favor de la expulsión, dentro de las cuales se pueden considerar a los que toman como fundamento la prohibición expresa que existe en las constituciones de diferentes países. Por otro lado, las que consideran que se debe admitir la prueba prohibida, incluyendo sanciones para los que violenten los derechos fundamentales, para su obtención, sin embargo, no estoy de acuerdo con esta última parte. Para culminar, tenemos a las intermedias, las que posibilitan bajo determinadas circunstancias la admisibilidad de la prueba prohibida. Recogen la jurisprudencia del tribunal alemán, así como la doctrina inglesa, además de teoría de la ponderación de intereses en conflicto. Para lo que corresponde para el presente trabajo, es importante esta clasificación, pues se identifica que el uso de la ponderación, que guarda estrecha relación con la proporcionalidad, en el análisis de la admisión de la prueba prohibida, ha sido desarrollada y justificada en otros países y cuenta con seguidores que lo respaldan, por lo que su aplicabilidad debe ser real para los casos en concreto.

También se han estandarizado diversos criterios que deberían ser considerados a efectos de que sean evaluados dentro de una ponderación de intereses, como la gravedad de la pena, la conducta deliberada del autor, la esencia del caso a investigar, la complejidad del acervo probatorio, la naturaleza de la garantía constitucional afectada, la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos y las consecuencias de la aplicación de la regla de la exclusión sobre otros bienes o valores dignos de protección. (Talavera, 2017, págs. 27-28)

Estos criterios, que el autor considera que deben ser usados en la ponderación, a efectos de determinar el uso de la prueba prohibida, debe ser analizado para cada caso en concreto, esto es, no se pueden estandarizar reglas que deban ser usadas para todos los casos, ya que cada uno tiene su particularidad, aunque se trate de casos muy similares, y si bien las motivaciones que llevaron a la obtención de esta prueba ilícita podrían ser muy similares, pero la forma como se obtuvo marca la diferencia, y por esto su análisis debe ser en cada caso en concreto. Ahora en esta clasificación cuando se considera como un criterio para analizar las consecuencias de la aplicación de la regla de la exclusión sobre otros

bienes o valores dignos de protección, considero que bien podría ubicarse dentro de éste el análisis respecto de la afectación del interés público frente al interés particular.

Sin embargo, en el Perú también existe criterios que están siendo adoptados por los Tribunales Supremos, que privilegian la incorporación y valoración de prueba obtenida ilegalmente, a través de una ponderación de intereses. La justificación o criterio que motiva, a través de la ponderación, la incorporación de la prueba prohibida sería justamente el interés público. Lo señalado se puede apreciar en la sentencia emitida en el caso del expediente N.º2488-2002-HC/TC; Piura, caso Genaro Villegas Namuche.

Con lo expuesto, la investigación está orientada en comunicar, que existen criterios contradictorios en cuanto a la incorporación y valoración de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales. También en demostrar que el uso de la prueba prohibida crea un conflicto, pues por un lado la exclusión probatoria tiene como fin proteger los derechos constitucionales vulnerados del imputado dentro de una investigación, privilegiando su protección, excluyendo la prueba prohibida, lo que en muchos casos conlleva a la absolución. Por otro, se encuentra el hecho de privilegiar el interés público de la búsqueda de la verdad por parte del Estado, con la consecuente sanción penal y resarcimiento civil al Estado, por los daños ocasionados.

Por esto, el trabajo de investigación se centrará en analizar la jurisprudencia nacional, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal de la Corte Suprema de Justicia, a fin de demostrar que a través de una adecuada ponderación de intereses, usando como criterio a ponderar, el interés público, como una regla de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, permitiría la incorporación, admisión y valoración de esta prueba, evitando así la impunidad de casos relacionados con corrupción de funcionarios, vinculados con los delito de colusión y negociación incompatible.

La finalidad es demostrar la importancia de la valoración del interés público, en la ponderación de la admisión o no de la prueba prohibida. También se orientará en explicar, cómo los delitos de corrupción de funcionarios, específicamente el delito de colusión y negociación incompatible con el cargo, los cuales se encuentra íntimamente relacionado con las diversas contrataciones del Estado, tiene por su propia naturaleza características propias que los definen. Estas características son la clandestinidad, son subrepticios, dañan el patrimonio del Estado, en perjuicio de toda una comunidad; pero es la clandestinidad, esto es el hecho de que los arreglos sean subrepticios u ocultos, que sean de muy difícil probanza.

También permitirá apreciar la forma como ha sido considerado el interés público, por el Tribunal Constitucional en casos de lesa humanidad. Consecuentemente resulta necesario la incorporación en nuestra legislación procesal penal de mecanismos, que permitan al Juez analizar cada caso en concreto, y permitan la posibilidad de incorporación de este tipo de pruebas, flexibilizando la prohibición legal de incorporar pruebas obtenidas ilegalmente.

Siendo así el problema principal del presente trabajo sería preguntarse: ¿Es el interés público el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interés, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible para permitir su probanza? Al mismo tiempo cabría preguntarse ¿La prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones y a la intimidad constituyen prueba prohibida? ¿La prueba prohibida sólo debe ser excluida del proceso por existir disposición legal expresa, o se debería analizar el caso en concreto, mediante la aplicación de la ponderación de interés y/o proporcionalidad como reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida? ¿Son los delitos de colusión y de negociación incompatible considerados graves y de difícil probanza? ¿Puede el interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, ser considerado suficiente para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitando así la impunidad de estos delitos?

El trabajo en el capítulo I abarcará lo que corresponde al diseño metodológico adoptado en el presente trabajo, en donde se abordará sobre los antecedentes de la investigación, respecto de la incorporación y valoración o no de la prueba prohibida. Se precisarán las variables, así como sus dimensiones. Se realizarán definiciones conceptuales importantes y necesarias para la comprensión del presente trabajo, también se realizará la operacionalización de variables.

En esta parte también, se precisa la hipótesis principal del trabajo, que sería: “El interés público debe ser el criterio aplicado en la ponderación, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible”. Y las hipótesis específicas que se materializan de la siguiente manera: 1.-La prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones y el derecho a la intimidad constituye prueba prohibida. 2.-La prueba prohibida no sólo debe ser excluida del proceso por existir disposición legal expresa, sino después de un determinado análisis del caso en concreto, mediante la aplicación de la ponderación de interés y/o proporcionalidad. 3.-Los delitos de colusión y negociación incompatible son considerados graves y de difícil probanza. 4.-El interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interés, para

privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitarían la impunidad de estos delitos.

En el capítulo II, se establece el tipo de investigación adoptado que es el jurídico dogmático y dentro de este el jurídico propositivo, el nivel de investigación es correlacional y de corte transversal. Para luego concluir con los capítulos III y IV, en los cuales se analizará los resultados, precisando las conclusiones.

Metodológicamente para describir la realidad del presente problema de investigación ha sido necesario la indagación o búsqueda, así como el análisis documental para la identificación, clasificación y análisis de documentales relacionados con el presente trabajo, para lo cual se recurrió a la biblioteca personal que manejo respecto de Doctrina y jurisprudencia desde el año 2006 al 2022, así como material ubicado en las páginas web de repositorios de trabajos de investigación internacional, nacional y local, doctrina de diferentes autores que obran en revistas o libros publicados en la web, así como diversas sentencias, extraídas de la web.

La aplicación práctica del presente trabajo consiste en la imperiosa necesidad que se determine en forma clara y precisa porque el interés público en la aplicación de la ponderación de intereses y la proporcionalidad, puede ser considerado como criterio que justificaría la admisión y valoración actuación de prueba prohibida en determinados casos graves que afecten al Estado como en los casos de los delitos de colusión y de negociación incompatible con el cargo, esto con el fin de evitar la impunidad y generar predictibilidad respecto a las decisiones que los jueces pueden tomar en determinados casos, en donde se encuentren ante la disyuntiva de valorar o no la prueba prohibida, debiéndose incorporar en el Código Procesal Penal, criterios que permitan al Juez a través del test de proporcionalidad, decidir sobre la incorporación y valoración de la prueba prohibida en el proceso.

El objetivo General del trabajo es: Demostrar que el interés público es el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible y permitir su probanza.

De la misma forma el presente trabajo tiene también como objetivos específicos:

1.-Revelar las razones normativas, doctrinales y jurisprudenciales por las cuales se afirma que la prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones constituye prueba prohibida.

2.-Explicar las razones por las cuales debe aplicarse el principio de proporcionalidad como regla de excepción a la exclusión de la prueba prohibida.

3.-Definir las características típicas de los delitos de colusión y Negociación incompatible con el cargo, así como las dificultades de su probanza en los procesos, por estar revestidas de clandestinidad.

4.-Determinar los argumentos por las que el interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interese, debe ser considerado suficiente para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitando la impunidad de estos delitos.

La importancia teórica del presente trabajo es que, a través del desarrollo de contenidos teóricos, en donde se incorporará definiciones conceptuales sobre interés público, los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, prueba prohibida, definiciones sobre el delito de colusión y negociación incompatible. Se hará un desarrollo sobre el contexto cultural internacional y nacional del desarrollo de la doctrina relacionada con la incorporación de la prueba prohibida en mérito al interés público, lo que abonará en la comprensión del porque actualmente existe una flexibilización en cuanto a la valoración de prueba prohibida en delitos graves. También es importante demostrar que, existen criterios doctrinales y jurisprudenciales internacionales y nacionales que justifican la imposibilidad de la incorporación y valoración de prueba obtenida con violación al derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones, por existir prohibición legal expresa. Sin embargo, actualmente existen posiciones que justifican la necesidad de utilizar las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, así la ponderación de intereses particulares y el interés público, en delitos graves, la defensa de la persona y de su dignidad como deberes del Estado, se considera también la grave afectación a los intereses del Estado y al desarrollo de la colectividad, versus el interés privado con el análisis del derecho fundamental lesionado (violación al secreto de las comunicaciones y/o a la intimidad), justificarían con suficiencia la incorporación y valoración de este tipo de pruebas, para fundamentar en conjunto con las otras pruebas incorporadas en un juicio la responsabilidad penal de los involucrados.

Con el análisis de los documentos, se estudia la incorporación y valoración de la prueba prohibida en el proceso penal, otras en las que se desarrollan las características de la calidad de las pruebas necesarias para acreditar el delito de colusión, otras relacionadas al interés público y a la aplicación de los principios de proporcionalidad y ponderación, en las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, documentales que en forma conjunta ven dos o más de los conceptos necesarios que definen y permiten entender la justificación de su aplicación. Así a través del método inductivo y deductivo, luego de la depuración de las documentales utilizadas en el presente trabajo, como referencia doctrinal o jurisprudencial, se ha analizado las distintas concepciones sobre incorporación y valoración de la prueba obtenida con violación al derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones, y se justificará la necesidad de considerar al interés público como un criterio que debe ser considerado y analizado a través del test de proporcionalidad y la ponderación de intereses, como una regla de excepción a la exclusión de la prueba prohibida.

# CAPITULO I

## DISEÑO TEÓRICO

### 1.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Referida a la presente investigación se ha encontrado diferentes trabajos, pues la problemática relacionada con la incorporación y valoración de pruebas obtenidas con violación al secreto de la comunicación o el derecho a la intimidad ha sido abordada por varios autores extranjeros y nacionales. Algunos de estos trabajos a favor de la utilización de este tipo de prueba y otros en sentido opuesto señalan que no es posible, esto debido a las graves implicancias que involucraría, como es vulnerar un derecho fundamental. A nivel internacional se pudo encontrar a través de diferentes páginas web trabajos realizados en España, México, Colombia, mientras que, a nivel nacional, se contó con variada bibliografía peruana, relacionada con la prueba en el proceso penal.

En los antecedentes de nivel internacional, existen autores españoles que realizan estudios sobre la evolución en este país, respecto de la admisión de la prueba prohibida, considerando, la influencia que Estados Unidos ha ejercido sobre ellos, se advierte a Alcaide (2012) quien aborda como problema de investigación, la necesidad de aplicar las reglas de la excepción a la exclusión prueba prohibida desarrollada en Estado Unidos, comparándola con la institución de la prueba prohibida de España. El trabajo tiene como objetivo principal comparar la institución procesal de la prueba ilícita o prueba inconstitucional de España, con su homóloga de los EE. UU., denominada en este país, exclusionary rule, para demostrar que, aun siendo tan dispares estos sistemas jurídicos y judiciales en sus orígenes, la primitiva doctrina jurisprudencial de la regla de exclusión y sus limitaciones posteriores, ha evolucionado al aplicar en los Tribunales de España, las excepciones a exclusión de la prueba prohibida, tomando en consideración el interés público.

De esta manera en su marco teórico hace referencia al desarrollo en sus inicios la prueba prohibida en los EEUU, y precisa el fundamento de la exclusión de la misma en sus orígenes, explicando cómo fue que se introdujo en el sistema judicial de este país las reglas de la exclusión de la prueba prohibida y sus excepciones. También analiza la forma cómo

ha evolucionado la exclusión de la prueba prohibida y las reglas de excepción a la exclusión en España, comparándola con el sistema judicial de EEUU. Abarca en su estudio el desarrollo de lo que se debe considerar como interés público para que sea efectivo en la excepción a la exclusión de la prueba prohibida. La investigación utiliza los métodos de descripción, análisis y comparación. Habiéndose usado para la investigación 71 sentencias de los Tribunales de Estados Unidos y 368 de España.

Afirma que, actualmente existe una tendencia orientada en encontrar justificaciones que privilegian la utilización de la prueba prohibida, poniendo en relevancia el interés público y la gravedad del delito; sostiene que la posición de mantener que la evolución de la regla de exclusión en su país está próxima a su extinción, tanto en EEUU como en España, tal como se refleja en las sentencias emitidas por el Tribunal Español, al igual que las sentencias emitidas por los Tribunales de Estados Unidos.

Este antecedente, es de gran importancia, toda vez que se hace mención al interés público, a la forma como la tendencia actual de la doctrina y la jurisprudencia se encuentran evolucionando de la exclusión de la prueba prohibida a la excepción a la exclusión de la prueba prohibida, a través de un justo medio entre el excesivo garantismo y el interés público. De esta manera los jueces mediante un criterio, más objetivo, razonado y justo, expresado en sus sentencias, permitirían explicar los motivos por los cuales se puede admitir en determinados casos las pruebas prohibidas.

Simarro (2019), en su tesis doctoral, plantea como problema la posibilidad de la desconstitucionalización de la prueba prohibida, su objetivo es demostrar que, respecto de la tensión entre garantismo y eficacia procesales de la prueba prohibida, actualmente se ha evolucionado a preferir la búsqueda de la verdad material, por encima del respeto muy escrupuloso de los derechos fundamentales y garantías procesales.

Así en su trabajo, hace un desarrollo respecto de cómo en España la prueba prohibida es considerada como un derecho fundamental, fundamento que lleva a dar prioridad para garantizarlo por encima de la búsqueda y descubrimiento de la verdad. Analiza la justificación que dio origen a la prueba prohibida, tomando como referente el sistema judicial de Estados Unidos y del efecto disuasorio que tenía la prueba prohibida, utilizado en el sistema estadounidense, para evitar las conductas policiales ilícitas. En este trabajo hace referencia a la ponderación de intereses como un criterio jurisprudencial utilizado por los tribunales españoles. Nos habla de la teoría del entorno jurídico del Tribunal Supremo federal y el Tribunal Constitucional alemanes quienes elaboraron la

teoría de los 3 círculos, que hace referencia a la existencia en el primer nivel de un núcleo o ámbito esencial, explicando si pueden ser materia de injerencia de los poderes públicos.

La metodología es descriptiva, analítica y hermenéutica, incluye la revisión y análisis de 115 autores con temas relacionados a la prueba prohibida, 100 sentencias emitidos por los Tribunales de los Estados Unidos relacionados con la regla de la exclusión de la prueba prohibida, sentencias de la Corte Suprema Federal relativas a cuestiones procesales, políticas y sociales. 10 sentencias del TEDH relativas a la tortura, 09 sentencias relativas a la prueba electrónica, 28 sentencias sobre el derecho a la prueba emitidas por los tribunales españoles, 102 respecto de la prueba prohibida en España.

Propone la necesidad de una regulación específica de la prueba prohibida con sus excepciones, para evitar soluciones con jurisprudencias contradictorias y cuyos criterios vendrían marcados entre otros por la gravedad del delito. No está de acuerdo con la desconstitucionalización de las reglas de exclusión de la prueba prohibida, pues alega que estas reglas deben ser claras para evitar subjetividades dañinas.

Revisando la forma como se ha venido ventilando la incorporación de la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales se ha encontrado una publicación en la que se hace referencia a la forma como se viene motivando en estados unidos y en Alemania, así Miranda (2010), plantea como problema la prueba ilícita y las reglas de la exclusión de la prueba prohibida, concuerda que si bien existe prohibición legal expresa que impide la incorporación y valoración de pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales, cuál sería el motivo para utilizar las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida. Su objetivo es analizar la doctrina y jurisprudencia Española y de Estados Unidos para demostrar que actualmente la expulsión de la prueba prohibida está en desuso. Así el objetivo de su trabajo está orientado en demostrar, como estas tendencias orientadas a permitir la incorporación y valoración de la prueba prohibida, está siendo adoptada por los Tribunales Españoles

En el trabajo hace un análisis comparativo entre el modelo norteamericano, europeo y su influencia en España, sobre la forma como en el modelo norteamericano, precursor de las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, está orientando su jurisprudencia en dar razones que justifican privilegiar la incorporación de prueba prohibida, cuando se trata de delitos graves, para proteger a la sociedad. Se analiza como en el modelo Europeo y específicamente en el desarrollado por los Tribunales Alemanes, de la misma forma antes de excluir una prueba prohibida se analizan tres esferas, en las que se categoriza las partes de un derecho fundamental y hasta donde se permitiría ilimitadamente

la intervención estatal cuando exista una afectación a un derecho humano. Utiliza como método el descriptivo historiador-

El resultado del trabajo, demuestra que la forma como se utilizan las doctrinas de la buena fe en la actuación policial, la de la prueba refleja, la del descubrimiento inevitable, la del nexo causal atenuado, y la denominada doctrina de conexión de la antijuricidad, en la que se deja abierta la posibilidad de justificar a través de la ponderación la utilización de la prueba prohibida, utilizando mecanismo como la confesión del investigado o la del descubrimiento probablemente independiente, que a razón del autor constituye una terminología excesivamente abierta en su formulación y que se está avanzando a una inevitable desuso de la exclusión de la prueba prohibida, ya que se evidencia una flexibilización de estas reglas de exclusión de la prueba prohibida, para favorecer a su incorporación en un proceso. Dentro de las limitaciones que se advierten es que sólo realiza un análisis doctrinas.

Lo importante de este trabajo, es el análisis de las diferentes reglas de exclusión de la prueba prohibida, orientadas siempre de una manera amplia a permitir el uso de la prueba prohibida, lo que me permitirá verificar, en cuál de estas reglas analizadas, podrían incluirse la ponderación incluyendo como criterio el interés público.

En México, también se ha desarrollado la problemática de los límites de la prueba prohibida, esto a partir del nuevo sistema de justicia penal en México, tenemos a Campos (2016), quien centra su objetivo en demostrar que si bien en su país existe prohibición expresa en cuanto a la incorporación y valoración de prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales, sin embargo los Tribunales de este país al motivar las sentencias han analizado las excepciones de exclusión de la prueba prohibida, pero no existe criterio uniforme, dejando a criterio de los jueces su aplicación en mérito a la aplicación o no de la jurisprudencia que pueda resultar vinculante. No se delibera sobre la ilicitud de la prueba, sino, si debe o no admitirse en el proceso.

En el trabajo se desarrollan conceptos de prueba prohibida, prueba ilícita, las reglas de la exclusión, la normativa mexicana, relacionada con la prohibición del uso de la prueba prohibida. La investigación es descriptiva, tiene como fuente 132 libros de doctrina. Concluye en su investigación que la exclusión de la prueba prohibida depende de la fundamentación que se haga en cada caso, creándose así jurisprudencia. La limitación es que no obra análisis de las sentencias en un apartado diferente.

Con este antecedente se puede demostrar que existiendo prohibición expresa constitucional en México sobre el uso de la prueba prohibida, en los tribunales de este país se produjo una revolución jurisprudencial, pues se empezó analizar las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida.

Fonseca (2016) en México, analiza la problemática respecto del desarrollo jurisprudencial de excepciones o limitaciones al alcance de la regla de exclusión probatoria, siendo su objetivo demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se orienta a su progresiva modulación vía el establecimiento de excepciones de las que destacan la doctrina general de la conexión de antijuridicidad y finalmente la receptación de la sección de buena fe, para permitir el uso de la prueba en el proceso.

En el desarrollo teórico, incluye el estudio de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba prohibida, conceptos de prueba prohibida, garantismo, derechos fundamentales, sobre el fin procesal legítimo de la prueba, sobre la competencia del régimen de semi admisibilidad de la prueba ilícita versus la aplicación estricta de la regla de exclusión, siendo la motivación, el propósito de conservar en el proceso los objetos necesarios que servirán para la fuerza probatoria. El método utilizado es el analítico hermenéutico, porque revisa la doctrina jurisprudencial de este país.

Como conclusión demuestra la forma como ha ido evolucionando el tratamiento de la prueba prohibida en el proceso de las investigaciones llevadas en los tribunales españoles tendencia que sería seguido por los tribunales mexicanos de forma muy escasa, sin embargo, muestra su preocupación por la renuncia total a las reglas de la exclusión en la prueba ilícita.

Este trabajo, permite verificar que en México existe una orientación jurisprudencial encaminada a la utilización de las reglas de la exclusión de la prueba prohibida, y así permitir el uso de éstas en un caso concreto. Lo que se pretende es lograr juicios justos y equitativos, en mérito de una verdad procesal, a pesar de la prohibición expresa de la utilización de la prueba prohibida.

La prueba ilícita en el ordenamiento procesal penal chileno Ñanez (2017) el autor analiza la problemática surgida en la obtención de pruebas ilegales a través de las diligencias realizadas. Fundamenta su trabajo con el desarrollo de conceptos relacionados a la prueba, la obtención de los medios probatorios, las diligencias de obtención de medios de prueba, así mismo identifica las diligencias que involucran limitación de derechos fundamentales, y los criterios que debe tener el Juez para estimarlas, también hace

referencia a la prueba ilícita y su tratamiento en la legislación penal, los fundamentos doctrinales que justifican la expulsión de la prueba prohibida, así como de la morigeración en la expulsión de prueba prohibida, esto a través de la proporcionalidad.

El método es descriptivo y hermenéutico, se verifica la consulta para 55 autores. Dentro de sus conclusiones autor señala que la prohibición legal respecto de la prueba prohibida, sólo es en apariencia pues está sujeta a interpretación, ya que trata de preceptos que regulan la vigencia de las garantías esenciales e intereses salvaguardados por la Constitución los cuales no se anulan entre sí, por lo tanto es necesario asegurar su debida coexistencia y la interrelación entre éstos.

El trabajo es de ayuda a la presente investigación, ya que fundamenta porque es importante por la propia naturaleza del conflicto que se estime el argumento de la ponderación la cual precisa que no será cualquier infracción a las garantías básicas suficientes para anular un juicio o una sentencia, esta nulidad sólo se producirá si la infracción es de carácter sustancial, así esta regulación permite la introducción de la ponderación como un mecanismo legítimo de resolución de conflictos de normas jus fundamentales y de intereses constitucionales protegidos, señala también que aquí se hace un llamado al juez a realizar exámenes comparativos entre valores y/o derechos en juegos y exige la realización de juicios de proporcionalidad entre la afectación de las garantías y los intereses que se privilegia se distingue generalmente estas normas por la referencia positiva la gravedad del caso.

Dentro de los trabajos a nivel nacional, en el Perú se ha podido encontrar

Abril (2018), en su trabajo de investigación, realizado en Arequipa respecto de si la exclusión de la prueba ilícita no debe ser absoluta, en este sentido, plantea la posibilidad de que dicha exclusión acepte cierta excepcionalidad y sea atenuada, sobre todo en los delitos de corrupción, crimen organizado, terrorismo y trata de personas las pruebas ilícitas no deben ser excluidas, y deben de ser valoradas por el juzgador según las circunstancias. Su objetivo es demostrar que el fundamento de la prueba ilícita para su exclusión de un proceso no es absoluto y general.

Los métodos que usó son: Racionalismo crítico, deductivo e inductivo, llegando a la conclusión de que, si bien es cierto que es importante la protección de la persona individual y sus derechos, también, es importante que se proteja a la sociedad y los intereses colectivos, por lo que en el proceso penal el operador jurídico debe tener en cuenta los intereses (tanto individuales como colectivos) que están en juego.

En el trabajo denominado el test de ponderación como única excepción a la regla de la exclusión de la prueba prohibida en el proceso penal peruano, el autor Ruiz (2018), analiza los sistemas del common law y civil law, así también, hace referencia a la constitucionalización del proceso penal y desarrolla la prueba prohibida, también hace un estudio de como las tendencias jurisprudenciales en el Perú, la cual es variada, privilegian la utilización de prueba prohibida, lo que a su parecer genera un clima de inseguridad jurídica si esta no se regula, por lo que propone la utilización de la ponderación como única excepción que debe usar el Juez al momento de evaluar la exclusión o no de la prueba prohibida, ya que en nuestra legislación existe prohibición legal expresa y constitucional de la prueba prohibida. En dicho trabajo se revisa jurisprudencia emitida, en los tribunales de las Cortes Supremas de Justicia en lo Penal y por el Tribunal Constitucional.

En otro trabajo el autor Fernández (2019), hace un análisis de la tutela de derechos y la exclusión de la prueba prohibida en la etapa de investigación preparatoria – caso Nadine Heredia, en donde define la prueba ilícita, analiza el caso muy conocido de las agendas de Nadine en torno del cual versó la resolución emitida por la Corte Suprema en la que se analiza la naturaleza de la prueba ilícita, así mismo si el caso allí tratado era un supuesto de prueba ilícita, en su trabajo propone la correcta utilización que se debe hacer del mecanismo de la tutela de derechos para salvaguarda de los derechos de los investigados, quienes no deberían hacer un uso desmesurado de éste, llegando a la conclusión al igual que el fallo emitido y analizado consistente en que las famosas agendas no eran prueba ilícita, y además señala que el principio de proporcionalidad ante un caso en donde deba decidirse sobre la exclusión o no de una prueba ilícita debería ser aplicado, para obtener una decisión equilibrada respecto a la necesidad de la búsqueda de la verdad y el resguardo de los derechos fundamentales, en donde como en este caso se debería tomar en cuenta la valoración del interés público, pues se trataba de la presidenta del partido político del Presidente de la República.

En contraposición a las anteriores posturas se señala que, no es posible la incorporación de la prueba prohibida, por lo tanto debe prevalecer la regla de la exclusión Castillo (2014), en su investigación plantea la problemática del tratamiento que se le debe dar a la prueba prohibida en el Código Procesal Penal y en la Jurisprudencia, para verificar si es posible la incorporación de ésta en el proceso penal, teniendo como objetivo demostrar que no es posible la valoración de esta prueba, concluyendo que según la doctrina y jurisprudencia analizada no es posible valorar la prueba prohibida, debiendo ser excluida al emitirse la sentencia. Toma como fuente tres sentencias del Tribunal

Constitucional, 04 sentencias de la Corte Suprema, y 4 del sistema de Anticorrupción, emitidas entre el 2001 al 2010.

## **1.2. BASE TEÓRICA**

La necesidad de la incorporación y valoración de la prueba obtenida a través de la vulneración del secreto a las comunicaciones y al derecho a la intimidad, en delitos graves de corrupción de funcionarios públicos como son los de colusión y negociación incompatible con el cargo, nos hace arribar a la importancia de explicar las razones para considerar al interés público como un criterio de excepción para la exclusión de la prueba prohibida. El delito de colusión y negociación incompatible son tipos penales, que tienen como características, ser subrepticio, clandestino, oculto, y en la colusión además existe la concertación y el perjuicio al Estado ya sea potencial o real. Es aquí donde radica la importancia de considerar la incorporación y valoración de este tipo de pruebas, cuando ya se sabe que por la tipificación del delito de colusión y la forma como se llevan a cabo estos acuerdos colusorios, es casi imposible obtener prueba que acredite este tipo de acuerdos, motivo por el cual se recurre a los indicios. La utilización de la proporcionalidad en donde se ponderaría el grado de afectación del derecho fundamental conculcado y el interés público en el descubrimiento y sanción del delito flexibilizaría la postura de la exclusión de la prueba prohibida, en aras de favorecer a los intereses de la sociedad y a su protección. En este sentido es necesario revisar que se considera como interés público con relevancia en el ámbito penal, así como los conceptos de prueba prohibida, exclusión de prueba prohibida, reglas de excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida, así como la conceptualización de los delitos de colusión y negociación incompatible con el cargo, lo que permitirá arribar a la necesidad de privilegiar la prueba prohibida, a fin de evitar la impunidad de estos delitos de corrupción de funcionarios con graves repercusiones en la sociedad.

### **1.2.1.- Interés público o interés general**

El interés público conocido también como interés general, es un concepto que involucra la idea del bien común en busca de la felicidad colectiva, dicho así la voluntad general vendría a ser la máxima expresión de nuestra soberanía que ha sido delegado al Estado para tener una mejor organización social, de esta manera se eliminan los intereses particulares, en este sentido Pinto (2012) ha señalado “en el caso estrictamente jurídico, el interés general busca a través de la justicia, el orden y la equidad para el conjunto, el

bienestar general indispensable para todos, a través de la seguridad de vivienda, formación, salud, transporte” (pág. 267). Lo cual es muy cierto, pues visto así el interés público es un concepto que atañe al interés o los intereses que satisfagan las necesidades de una comunidad en su conjunto. Al tener en una comunidad, seguridad por ejemplo en salud, permitirá el desarrollo de su personalidad, y el bienestar de su familia. Por esto el interés general busca a través de la justicia equitativa, del orden en las organizaciones y a través de la equidad la satisfacción igualitaria de estas necesidades colectivas.

El interés público también es considerado como el conjunto de actividades que son coincidentes entre los ciudadanos siendo necesarios para la convivencia social, en este sentido Rosas (2015), señala “el interés público es todo lo que una comunidad considera valioso, útil, incluso vital para la coexistencia social. Debe ser un fin que persiguen el Estado, por lo que su cuerpo normativo no debe consagrar intereses particulares” (pág. 340). Esto es que, el interés general es todo aquello que se puede considerar que es necesario o vital, como dice Rosas, para una sociedad, para que puedan coexistir de forma ordenada y pacífica, y así poder lograr sus objetivos comunes. Siendo así al ser una finalidad del Estado, por propia lógica al estar dentro de la constitución, no sólo se puede pretender la defensa de los intereses particulares.

El interés público conocido también como interés general es un concepto que involucra la idea del bien común en busca de la felicidad colectiva, siendo así el interés público será una norma ética suprema, porque siempre apuntará a metas morales fundamentales de la sociedad en este sentido, Correa al referirse al interés público, señala: “es todo aquello que beneficia a una comunidad, esto acorde con los principios reconocidos por la constitución, de esta manera el interés público se gesta y desarrolla en el ámbito del Estado, pues persigue los fines de éste” (Correa, 2006, págs. 159-160). Siendo así el interés público en forma general es un término variante, no indeterminable, pero dentro de éste si existe un término claro e inmutable o núcleo duro, que surge de la idea de interés público, que es el ser considerado como el principio rector de todo Estado que persigue como fin primordial el respeto a la dignidad de la persona humana y como tal lo protege, y en este sentido en concordancia con lo señalado, procura el bienestar general o común para que cada miembro de la comunidad pueda desarrollarse con libertad, armonía y respeto a los demás miembros de la comunidad, en otras palabras el interés público debe ser considerado como aquello que satisfaga en mayor amplitud posible el bienestar de los miembros de una comunidad.

De otra parte, es necesario que el interés público sea reconocido por cada Estado dentro de su ordenamiento y sus órganos gubernamentales, a través de la emisión de

normas que deben ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales, con el objetivo de lograr el bienestar de la comunidad, más no intereses particulares. Por esto es necesario considerar ciertas características para identificar lo que se debe considerar como interés público. Es así como Correa (2006) sostiene:

para su concreción se requerirá una constante comparación entre lo que es más bueno público o lo que es para una parte de él. El interés público deberá ser reconocido así por los órganos gubernamentales, así como dentro del ámbito legislativo y de la administración de justicia, que satisface al máximo los intereses de la sociedad para el bienestar de toda su comunidad, más no sólo para un grupo de ella. Reconoce al interés público como el principio esencial del sistema político. Precisa algunas características para determinar el concepto de interés público como son:

1.- La finalidad del Estado es lograr el bien común, consta de tres elementos fundamentales: el respeto a la persona, el bienestar y desarrollo de un grupo, así como la paz y la seguridad social, por eso el Estado debe promoverlo.

2.- Debe contribuir a la realización de la dignidad de la persona humana en la manera más amplia posible, siendo esta la finalidad primordial del Estado, ya que con esta se logra su protección y desarrollo de la persona. Además, fortalece los principios democráticos y la convivencia social.

4.- Involucra procesos de decisión de las instituciones políticas y administrativas del Estado y de selección como es el caso de las actividades jurisdiccionales o fiscalizadoras. Debe materializarse mediante un procedimiento ya sea administrativo, legislativo o jurisdiccional

5.- El interés público debe considerarse como norma de evaluación de los derechos y deberes, los valores y principios que se encuentran en las constituciones deberían ser interpretados en mérito a este concepto.

6.- El contenido del interés público es variable, depende de los valores adoptados por una comunidad en una época determinada, y es de esta manera como se interpreta. (págs. 23-25)

Según lo señalado, se tiene el interés público sería uno de los límites impuesto a los derechos fundamentales, tal como también lo refiere el autor, y se infiere de sus propias características ya que, si siempre lo importante es el bien común para satisfacerlo es necesario sacrificar algunos bienes o derechos particulares, para de esta manera ante un conflicto poder armonizarlos. Es aquí donde deben intervenir justamente las instituciones del Estado, dictando las normas o procedimientos necesarios para la fiscalización de determinadas acciones, en donde necesariamente deben también intervenir las instancias administrativas y jurisdiccionales, para así lograr la finalidad del Estado esto es lograr el bienestar general o común, siendo esta la forma como se debe interpretar siempre ante una resolución de un conflicto, pues es necesario evaluar los derechos y deberes, los valores y principios que nos corresponde a cada uno como ciudadanos. Siendo así, se debe dotar de las herramientas necesarias para privilegiar un derecho sobre otro, teniendo en cuenta de manera primordial el bien social que se encuentre comprometido. Es en este sentido que considero que el interés público es un término variante e indeterminable ya que solo puede ser conceptualizado según a las influencias de los valores morales reinantes en una comunidad, en un lugar y momento determinado, así mismo es un concepto indeterminado pues su concretización depende del reconocimiento que se haga de este por las autoridades gubernamentales. Es así, en algunos casos amerita decisiones jurídicas, ante el surgimiento de algún conflicto entre principios o derechos que requieran ser dilucidados y establecidos, de acuerdo con el caso concreto. Pero si existe un término claro e inmutable que surge de la idea de interés público, que es el ser considerado como el principio rector de todo Estado que persigue como fin primordial el respeto a la dignidad de la persona humana y como tal lo protege,

Por otro lado, el interés público, como ya se dijo es todo lo que es importante para una sociedad o comunidad, sin embargo, de todo lo dicho no se debe entender de que el interés público es lo opuesto del interés particular, sino todo lo contrario, debería entenderse como dos conceptos que se complementan. En México Huerta (2002) habla del interés público relacionado con el concepto de seguridad nacional, precisa:

primero: el interés es todo aquello que tiene valor y que lo público es lo que pertenece o es de interés de una comunidad. El interés público como acto administrativo, es lo que justifica la

intervención de Estado, en aras del bien común o bienestar social general, como fin supremo del Estado y de la misma comunidad. El interés público no contradice al interés particular, pues generalmente hay una coordinación entre estos dos. Existe contradicción, solo ante un conflicto, donde se debe tomar decisiones jurídicas (por eso afirma que el interés público es un concepto indeterminado), que debe resolverse con apego a la norma fundamental, sin que sirva como pretexto para la arbitrariedad estatal. (pág. 34)

A lo expuesto por el autor, se puede afirmar que debería existir normas jurídicas protectoras que pongan restricciones a los límites de actuación pública y privada, como sucede en nuestra constitución, así como en la legislación civil y penal. Siendo así, el interés de los particulares en materia de seguridad ciudadana está orientada en conseguir la protección de una comunidad, y por este fin el interés particular, se encuentra restringido por el interés público. En este sentido en concordancia con lo señalado, procura el bienestar general o común para que cada miembro de la comunidad pueda desarrollarse con libertad, armonía y respeto a los demás miembros de la comunidad, en otras palabras el interés público debe ser considerado como aquello que satisfaga en mayor amplitud posible el bienestar de los miembros de una comunidad, que a diferencia del interés privado privilegia el interés personal, sin embargo estos dos conceptos solo serían antagónicos en determinadas circunstancias, pues por lo general son dos términos que en realidad se interrelacionan. Siendo así el interés público surge de la necesidad de contar con una sociedad organizada, y como tal la sociedad delega su soberanía al Estado para así establecer políticas que tengan como fin el logro de este bien común, tal como se expresa en la Constitución política de diferentes países del mundo, incluido la del Perú. Motivo por el cual muchas intervenciones del Estado se han dado teniendo como fundamento primordial el interés público, en mérito del cual existen intervenciones a la propiedad, como es el caso de las expropiaciones, así como intervenciones en actividades económicas como el comercio ambulante, por salubridad pública restringiendo la libertad de tránsito como es el caso de la cuarentena que se vive, por razones de seguridad ciudadana impidiendo por ejemplo beber bebidas alcohólicas en parques, o no andar desnudos en las calles, poseer armas de fuego sin licencia, conducir en estado de ebriedad y muchas otras, todo en salvaguarda de la persona humana y por consiguiente del bien común, ya que estas restricciones permiten una convivencia más segura y libre para el desarrollo de la misma comunidad. También se hace mención al interés público cuando es necesario el esclarecimiento de la verdad, en los casos de lesa humanidad por ser considerados delitos

graves y de repudio en una comunidad, y por tanto la Comisión de Derechos Humanos en reiteradas sentencias, ha impuesto esta obligación a los Estados.

Así también el interés público es visto a través de dos sentidos, uno subjetivo y otro objetivo Guevara (2018) señala que

“cuando se hace mención del interés público subjetivo sólo se considera la condición de personaje o funcionario públicos de una persona, esto es las cualidades personales de estas personas, por tanto, este criterio no debe ser considerado como interés público relevante. Mientras que el interés público objetivo lo que interesa son los hechos, este se centra en la necesidad de descubrir hechos punibles, no interese hechos atípicos o de carácter extrapenal. (pág. 15)

Esto es que lo realmente debe ser considerado como interés público, es la vertiente objetiva de esta, pues lo que en realidad nos atañe, en el contexto de un proceso penal es la develación de un delito, y su probanza. Esto aunado a lo señalado anteriormente por los otros autores, guardaría relación con el concepto de interés público o general, porque al ser este todo lo que le genera bienestar a una comunidad, consecuentemente al ser el delito un ataque a esta comunidad, por interés general debe ser descubierto para la protección de la misma comunidad, ya que afecta su normal desarrollo y su convivencia social.

De esta manera se tiene que los actos de corrupción afectan el interés público, pues impiden el desarrollo y mejores condiciones de vida de la ciudadanía, tal como se precisa en la Casación N°189-2019/Lima Norte, publicada el 17/11/2020, en la que además se precisa que cuando estos actos de corrupción afectan los servicios públicos de urgente necesidad para la población el grado de afectación será mayor que por ejemplo cuando se trate de una obra con fines de esparcimiento.

### **1.2.2.- Derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales son los derechos humanos que se expresan en la constitución, en este sentido Eto (2011), nos dice: “Los derechos fundamentales, consideran a la persona como el fin supremo del Estado. Considera que inmerso en los

derechos fundamentales está el concepto de dignidad de la persona humana que es el valor y principio para el Estado. (pág. 365)

Lo señalado por el autor, es lo que refleja nuestra constitución actual, pues en el artículo 1° de se señala que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad. Incluso, tal como se advierte, está considerado en el artículo 1° pues este reconocimiento es indispensable, ya que a partir de éste se puede ejercer los demás derechos nominados e innominados de las personas, garantizando su defensa.

Asimismo, los derechos fundamentales son considerados como básicos dentro de un ordenamiento jurídico, e incluso tiene dos formas de manifestación subjetiva y objetiva. Guzmán (2015) hace referencia a los derechos fundamentales:

como categorías básicas para el ordenamiento constitucional, que se manifiesta de dos maneras, subjetiva que es necesaria para que Estado no actúe arbitrariamente y está enfocada en la defensa del individuo, y objetiva, mediante la cual el Estado tiene la obligación de protegerlo, en mérito del pacto social, a cambio de restricciones de otros derechos individuales, lo que incluso le permite al Estado actuar en forma coercitiva, por lo que está enfocada a la sociedad en su conjunto. Es así como existen derechos que son absolutos y derechos que pueden ser restringidos por el Estado o la administración pública, observando determinados presupuestos, como que sean legítimas, que no vulnere el contenido esencial, que sea una medida razonable, proporcional, y otras que impidan que esta intromisión en los derechos fundamentales no sea arbitraria. Se adhiere a la teoría del principio de preferencia de los derechos fundamentales, los que deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o interés público. (págs. 220-221)

En este mismo sentido Fernández (2006) definiendo los derechos fundamentales, orientados a su finalidad precisa: “que están orientados a la protección unitaria e integral de la persona, en cuanto es un ser que posee dignidad” (pág. 12).

Como se puede advertir ambos autores concuerdan en precisar que los derechos fundamentales, tiene su fundamento en el hecho de que estos deben ser reconocidos como inherentes a la persona humana, por cuanto posee dignidad. Este es el motivo incluso, del

hecho de que se reitere constantemente de que estos derechos fundamentales no surgen recién con su señalamiento en alguna norma o sentencia, sino que estos pre existen, es así que se habla de su reconocimiento, incluso en la Constitución se precisa claramente que los derechos fundamentales, no son solo los que están en la constitución, sino incluso aquellos que de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o de los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Tal como se ha precisa, actualmente la definición de los derechos fundamentales involucra dos dimensiones, las mismas que involucran en una de ellas más allá de la sola defensa de los ataques de estos derechos muchas veces expresados textualmente en nuestra constitución (nominados), o definidas, precisados y reconocidos en sentencias del Tribunal Constitucional como el derecho al agua. Sino también lleva inmerso la exigencia que los miembros de una sociedad deben adoptar a fin de hacer que estos derechos sean expresados a través de acciones concretas de parte del Estado. Siguiendo el mismo ejemplo del derecho al agua, esto se traduciría en acciones que el Estado debe tomar como la ejecución de obras para dotar del agua a todos los miembros de su comunidad. Siendo así, en su dimensión subjetiva. Y por otro lado en su dimensión objetiva, es la sola existencia de estos derechos fundamentales y su efectivo reconocimiento como principios o valores rectores de una Sociedad.

Estando a lo señalado podemos precisar que en realidad no existe una definición clara y precisa de derechos fundamentales, pues esta se expresa a través de las diversas funciones y fines que deben cumplir en la sociedad, aún es una definición en construcción debido a la generalidad y a la amplitud de derechos que abarca esta definición, pues no solo se limita al catálogo de derecho expresamente señalados en la constitución sino que además a través de la jurisprudencia se vienen creando más derechos que son igualmente considerados fundamentales para el desarrollo de la personalidad y de la colectividad en general.

### 1.2.2.1.- El derecho al secreto de las comunicaciones

Nuestra constitución política ha señalado que toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, los mismos que sólo pueden ser abiertos, incautados e interceptados o intervenidos por mandato judicial; así mismo señala que los documentos obtenidos con violación a este precepto no tienen efecto legal.

Dentro de este derecho constitucionalmente protegido, se advierte que también involucra el derecho a la intimidad, pues Morales (2006) ha precisado que “la intimidad se proyecta en las comunicaciones telefónicas a través de las cuales las personas pueden revelar hechos que pertenecen a la vida íntima de éstas” (pág. 138), posición que definitivamente es también asumida en el presente trabajo de investigación toda vez que es sabido que al ser la comunicación a través de la vía telefónica una de las formas más comunes y difundidas, es a través de ésta que las personas empiezan a revelar cuestiones estrictamente personales, pues confían en la confidencialidad de su comunicación, ya que no está dentro de sus previsiones considerar el hecho de que están siendo gravados, para luego hacerse públicas. La constitución política de 1979 prohibió las interceptaciones telefónicas.

Por este motivo el código procesal penal nos precisa, en qué casos se debe solicitar la juez autorización para la intervención de un derecho fundamental y además establece presupuestos para su solicitud. Es así como los Fiscales a cargo de las investigaciones, al solicitarlo a través de los denominados requerimientos, además de cumplir con los requisitos de forma y fondo, deben de fundamental la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida.

En la constitución actual, no se restringe la interceptación, apertura, incautación de documentos previa autorización judicial, pues no se trata de un derecho absoluto; y específicamente en relación con el derecho a la intimidad relacionado con el secreto de comunicaciones debe ceder ante un interés general superior. Por este motivo Morales (2006), precisa que

“ningún derecho es absoluto y mucho menos el derecho a la intimidad, el mismo que debe ceder cuando está de por medio un interés general como es el caso de la investigación de delitos graves y con mayor razón si se convierten en medios de prueba fundamentales sin los

cuales posiblemente se correría el riesgo de que esto delitos queden impunes. (pág. 138)

Consecuentemente, siguiendo esta misma línea, los derechos fundamentales pueden ser objeto de intervenciones, legítimas o ilegítimas, esto es pueden ser autorizadas por la autoridad judicial o no. Existen circunstancias a través de la cuales se comete graves violaciones de los derechos fundamentales, como son las agresiones físicas y/o psicológicas que dañan a la persona y afectan su integridad física y psíquica, como es el caso de las torturas para obtener declaraciones, las cuales no pueden ser permitidas bajo ninguna circunstancias, por tal motivo en la práctica fiscal siempre dispone la realización de evaluación física del detenido, para que sea revisado por el médico legista, y entre otros aspectos determinar que no ha sido objeto de violencia antes de recabarse su declaración. Pero sin embargo bajo otras circunstancias, siempre que no se atente la integridad psíquica o física del imputado, es posible ingresar la prueba prohibida obtenida, siempre que deleve cuestiones relevantes para el proceso penal. Tal es el caso de la época del terrorismo específicamente en relación con Sendero Luminoso, meses antes de la captura del jefe de esta organización terrorista, se allanó y recogió información valiosa de un domicilio, información que luego sirvió para la captura de los principales dirigentes de esta organización. Este caso refleja claramente el supuesto por el cual la intervención del Estado relacionado a la protección a la privacidad de los documentos y en mérito al interés general, cedió o quedó en segundo plano para en mérito al interés general, no se pierda este acervo documentario, y sea valorado, de esta manera se benefició el interés público o interés general, para una mejor convivencia social en protección de los miembros de la comunidad

#### **1.2.2.2.- Derecho a la intimidad**

Este derecho se encuentra en nuestra Constitución de la siguiente manera: el derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren información que afecte la intimidad personal y familiar. Fue reconocido como consecuencia de los avances tecnológicos, cuando se empezó utilizar las computadoras como herramientas necesariamente útiles para todo tipo de trabajos, por lo que era previsible que estos contengan información personal y familiar de quien lo usa, ya sea en el trabajo o en la casa. Ahora este derecho además abarca la protección de los dispositivos que sirven para guardar o transmitir la información como es el caso de los USB o las memorias, así como toda información que se guarda en el portal conocido como “la nube”. Es en este sentido que para poder conocer la información que se guarda en una

determinada computadora o dispositivo de almacenamiento de información, así como en páginas web privadas, se necesita autorización judicial, pues de contrario se estaría violentando este precepto constitucional.

Esta previsión constitucional para la protección de datos contenidos en diferentes medios informáticos, ha sido también regulado en Brasil, Colombia y Paraguay, se precisa además que para su regulación eficaz se debe tener en consideración una serie de intereses que deben ser protegidos, tal como precisa Morales (2006), “como son el interés en la confidencialidad, el interés de estar informado, de lo que se pretende hacer con los datos, interés en que los datos no sean utilizados de manera ilícita. (pág. 137),

Este sería el fundamento, por el cual es necesaria la existencia de una resolución judicial autoritativa para la intervención lícita de los derechos fundamentales, en el caso del secreto de las comunicaciones o el derecho a la intimidad. Tal como menciona el autor, es necesario garantizar la confidencialidad de la información que se pueda obtener, así mismo asegurar que los datos a obtener serán sólo para los fines que concierne al proceso que se investiga, sin afectar el derecho a la intimidad más allá de lo razonable, necesario o pertinente para el caso. Lo que no se permite es que se divulgue aspectos de la vida personal y familiar, ahora en el caso de que se esté utilizando estos medios informáticos o sus dispositivos de almacenamiento, como medios para cometer delitos, considero, ante la sospecha grave de la comisión de un delito también grave, puede ser sujeto de intromisión por parte de la autoridad judicial, tal como se viene haciendo en la actualidad, pues mediante el mecanismo procesal del requerimiento de incautación y revisión de documentos contenidos en computadoras o dispositivos de almacenamiento se vienen analizando la información contenida en estos bienes; claro está utilizando sólo lo que estrictamente tenga relación con el delito investigado o con algún otro acto delictivo que no forma parte de la investigación, guardándose la reserva que corresponde cuando se tratan de cuestiones no vinculadas al delito y que pertenecen aspectos estrictamente personales no relevante para la investigación.

### **1.2.3.- La Prueba**

Prueba es todo aquello que nos pueda demostrar algo, es así como el código Procesal penal vigente, señala en el artículo 156° que son objeto de prueba los hechos que hagan referencia a la imputación, punibilidad y determinación de la penal.

Existen dos posiciones sobre lo que es el objeto de prueba. La primera, la considerada como concepción tradicional que precisa que son objeto de prueba los hechos que hagan referencia a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena; y la segunda, la concepción moderna que señala que se denomina objeto de prueba en un proceso a las afirmaciones de las partes respecto de los hechos expuestos por ellos en su alegato de apertura como teoría del caso. Respecto a esto Vargas (2019) señala: “[el] objeto de prueba, da lugar a dos teorías: la clásica o tradicional, que considera que los hechos son objeto de prueba [sic] y la moderna, según la cual son objeto las afirmaciones sobre los hechos” (p. 53). Según el Código Procesal Penal Peruano, lo que define el objeto de prueba, son los hechos que hagan referencia a la imputación, punibilidad y determinación de la pena; siendo así, la prueba sería aquel acto procesal a través del cual el fiscal, demostrará al juez, a través desde su teoría del caso, mediante testimoniales, documentos, pericias y demás medios de prueba, que los hechos imputados se realizaron, y que, además, fueron cometidos por los acusados. Además, justificará a través de determinados medios de prueba la pena que según su posición le corresponde al acusado. Por otro lado, los abogados, desde su teoría del caso, a través de los medios de prueba ofrecidos por éstos o a través de los mismos medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público demostrarán la imposibilidad de atribuírsele los hechos a sus defendidos, postulando su absolución. Consecuentemente, se puede afirmar que nuestra legislación procesal penal se adhiere a la concepción tradicional de los que es objeto de prueba.

Ahora los medios de prueba que son ofrecidos por las partes, deben cumplir una finalidad, como ya se indicó deben tener la suficiente capacidad de demostrar las teorías del caso del ministerio público o del abogado de la defensa; es así que estos deben ser pertinentes, lo que quiere decir es que deben tener relación con la imputación, con la punibilidad y con la determinación de la penal, deben ser conducentes, esto es que no deben ser prohibidos por ley; y deben ser útiles esto es que deben tener un objetivo, como es demostrar lo que está relacionado con lo que se pretende probar. Nuestra legislación procesal penal si bien señala diversos medios de prueba, y precisa la forma de su actuación, sin embargo, también precisa que los hechos pueden ser acreditados por

cualquier medio de prueba, siempre que no esté prohibido por ley. También precisa que no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, la cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

### **1.2.3.1. La prueba prohibida.**

La prueba prohibida es aquella que se obtienen a través de la violación de derechos fundamentales, como es la violación del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Nuestra legislación procesal penal señala en el artículo VI del título preliminar y el artículo 159° del Código Procesal Penal que carece de todo efecto legal la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas. Así se esboza un concepto de prueba prohibida, Castillo (2014), la define “como aquel material que se obtiene, admite y actúa con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales y tiene como efecto su expulsión”. (p.48). La prueba prohibida en consecuencia sería aquella que se obtiene vulnerando un derecho fundamental en lo que respecta a su contenido esencial, en el mismo sentido Elky Villegas Paiva precisa que por precepto legal la prueba prohibida es la que se obtiene a través de la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Así mismo en el caso de Quimper – Petro audios, el Tribunal constitucional define la prueba ilícita o prueba prohibida como la prueba obtenida mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, es así como precisa que la admisibilidad de un medio de prueba no sólo depende de su utilidad y pertinencia, sino también de su licitud. Es más, establece que la prueba prohibida es un derecho fundamental que, si bien no está establecida como tal en la constitución, pero no precisa si estaría dentro del grupo de derechos fundamentales innominados o implícitos, mediante el cual se tiene la garantía de que no es posible usar ni valorar para determinar la situación de ninguna persona.

Es necesario precisar que en realidad respecto de la prueba prohibida existen diferentes terminologías utilizadas, algunos autores la denominan prueba ilegal, prueba ilegítima, prueba ilícita, prueba ilegalmente obtenida, así mismo existen dos acepciones respecto de la prueba prohibida, Guevara (2018), nos señala

una es en sentido amplio en la que se considera como prueba prohibida a toda aquella que para su obtención se infringe no solo normas constitucionales, sino también normas legales, y el sentido restringido, en la que se señala que se considera prueba prohibida a

toda aquella que se obtiene infringiendo normas constitucionales (pág. 37),

En este mismo sentido cuando se define la prueba ilícita, según la doctrina existen dos perspectivas (Calderon Arias, 2019) señala: “a) como aquella que obtenida con violación de derechos fundamentales y b) la obtenida mediante la vulneración de normas del sistema jurídico”

Esta autora al referirse a la acepción que concibe a la prueba prohibida como aquella que se obtiene con vulneración de derechos fundamentales cita a Miranda Estrampes quien sostiene la “concepción de derechos fundamentales” y a Asencio Mellado quien se refiere a “la validez”, quienes defienden la noción de estado de derecho, basado en la esencialidad del respecto de los derechos fundamentales, en donde juega un papel muy importante la validez, que va de la mano con la legitimidad, ya que el Estado democrático de derecho no puede soslayar estos derechos fundamentales, pues iría en contra de los pilares básicos en que se sustenta el funcionamiento del sistema.

Por otro lado, al hablar sobre la acepción que concibe a la prueba ilícita como resultado de violación de normas del ordenamiento jurídico, sostiene que la idea principal respecto de la ilicitud de la prueba es cuando se obtiene mediante la vulneración de normas jurídicas con independencia de la categoría que éstas tengan, es decir pueden ser normas constitucionales, legales, procesales o sustantivas, etcétera. Menciona a Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez, quienes señalan que la prueba ilícita es la que se obtiene de la infracción de cualquier ley, no sólo la constitución, sino también la legislación ordinaria, menciona también la postura de Vescovi en donde señala que la prueba ilícita además de lo ya señalado debe ser considerada inadmisibles por principio general del derecho, aunque no exista una norma procesal expresa que proclame su nulidad.

Como se puede advertir, la prueba prohibida o prueba ilícita es toda la que: 1.- se obtiene violentando cualquier norma, 2.- la obtenida con violación de derechos fundamentales, ambas acepciones son acogidas por la legislación procesal peruana.

Por otro lado, existen posiciones como Pisfil (2018) quien que señala:

la diferencia entre la obtención de prueba violentando un derecho fundamental, supuesto en configura una prueba prohibida o ilícita, se sancionan con nulidad absoluta, y cuando se obtiene una prueba infringiendo una norma infra constitucional, supuesto que

configura una prueba irregular, esta última puede ser subsanada, ya que esta sancionada con nulidad (pág. 343)

El código procesal penal peruano en el artículo 149, precisa claramente los supuestos que configurarían las nulidades, y las formas como pueden ser convalidadas, mientras que esta posibilidad no está prevista en el caso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Al respecto considero que se comete un error al pensar sólo como derechos fundamentales a los derechos que precisan intereses particulares, y no se consideran derechos fundamentales a los que forman parte de una comunidad como es el caso de los que representan el interés público, pues estos persiguen una finalidad, lograr el bienestar de la comunidad. En consecuencia, si al proteger un derecho fundamental particular se vulnera un derecho fundamental público que afecta el interés público y el bienestar de una comunidad, y por consiguiente el fin perseguido por el Estado, sería realmente justo sacrificar el derecho fundamental individual.

A nivel internacional de la misma forma en Estados Unidos, Alemania, Colombia México, de la misma forma identifican a la prueba prohibida como aquella que se obtiene a través de la violación de derechos fundamentales, por lo que estas son ineficaces dentro de un proceso penal.

También existe la discusión relacionada al momento en el que se debería solicitar la exclusión de la prueba prohibida, existen diferentes posiciones en las que se precisan el momento procesal en el que se podría pedir la exclusión de la prueba ilícita, de esta manera se advierte que por un lado un sector de la doctrina Villegas (2015) señalan: “una vez conocida la licitud de la prueba esta debe ser excluida, en cualquier fase del proceso penal, para evitar que produzca sus efectos” (pág. 225). En este sentido, la Resolución 09 emitida en el expediente 249-2015, por la Sala Penal Nacional en el caso de “agendas de Nadine Heredia”, señaló que en la etapa de investigación preparatoria, los elementos de convicción recabados por el Ministerio Público y que sirvieron como documentos que avalaban los graves y fundados elementos que vinculaban a los investigados con los hechos imputados, si podían ser objeto de exclusión, pues en este caso lo que se cuestionaba era la licitud en la obtención de las agendas de Nadine Heredia, precisa la sentencia que si bien la primera oportunidad para solicitar la exclusión de la prueba prohibida es en la etapa intermedia y la declaración de su exclusión ya sea de oficio o a pedido de parte puede hacerse en la etapa de juzgamiento, sin embargo de manera excepcional se puede pedir en la etapa de investigación preparatoria, a través de la tutela de derechos.

Por último, en general se habla de la existencia de dos concepciones de prueba prohibida, la primera, la concepción amplia, en la que se considera prueba prohibida, a toda aquella se obtiene con violación de la dignidad humana, derechos y libertades fundamentales, así como las obtenidas con violación de las normas jurídicas sustanciales, procesales y constitucionales. Y la concepción restringida que considera a la prueba prohibida a toda aquella obtenida o practicada transgrediendo el contenido esencial de los derechos fundamentales.

### **1.2.3.2.-La regla de la exclusión probatoria como consecuencia de la prueba ilícita o prueba prohibida.**

Como ya se ha señalado anteriormente, la prueba prohibida o prueba ilícita es la que se obtiene con la violación de derechos fundamentales, es por esto que a través de la regla de exclusión de la prueba o exclusionary rule como se le denomina en el derecho anglosajón, es que nace la concepción de excluir toda prueba que es obtenida dentro de un proceso, con violación a los derechos fundamentales, esto con la finalidad de proteger los mismos derechos fundamentales, así como otros bienes jurídicos de importancia para la sociedad y por ende para el Estado.

De lo señalado se tiene que en el Perú no es posible la actuación ni la valoración de los medios de pruebas obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que a simple vista pareciera que se coacte la libertad del Juez, y tal como señala (Casaverde Reyna, 2021) quien precisa que advierte con preocupación que la inserción de esta normativa que directamente regula la exclusión de la prueba prohibida, pues existe la tendencia de que cuando en un proceso se verifique la existencia de este tipo de pruebas, sin ningún tipo de análisis, el Juez sin criterio de racionalidad ni de discrecionalidad, expulse estos medios de prueba haciendo uso de la regla de la exclusión.

Por otro lado, el fundamento para la exclusión de la prueba según (Calderon Arias, 2019), serían 2:

(...) disuasivo para enseñarles a lo que obtuvieron las pruebas con violación de los derechos, que será excluida del proceso y la

integridad del proceso, porque al haber sido obtenida la prueba con el quebrantamiento de las normas jurídicas, se estaría admitiendo una prueba que ha violado las normas que regulan el propio proceso y con esto se rompe la integridad del proceso.

Esto es que, la exclusión de la prueba tienen como fundamento la disuasión y la integridad, respecto de la disuasión en realidad tiene mayor correspondencia con el accionar policial, y que incluso como ya se ha señalado fue la motivación por lo que en Estados Unidos surgió la regla de la exclusión de la prueba prohibida o ilegal, sin embargo esta motivación a la fecha a mi parecer ha quedado en desuso, pero el fundamento de la integridad sería el que actualmente tendría mayor fuerza, para considerar la exclusión de la prueba prohibida.

Para San Martín Castro que es mencionado por (Rabanal Palacios, 2022), señala que “los efectos de la prueba prohibida, teniendo en cuenta consideraciones de política públicas: a) efecto garantista que contribuye eficazmente a la protección de un derecho fundamental y b) efecto disuasorio, que asegura que las conductas de las autoridades sobre todo en la etapa de investigación preparatoria penal estarán sujetas a la constitución”

Por otro lado, está el hecho de que toda prueba debe ser relevante y fiable, debe ser relevante porque debe guardar una conexión lógica con lo que se pretende probar, ya sea la teoría fiscal o a teoría de los abogados de las defensas. Es por esto por lo que no estoy de acuerdo cuando los abogados en la mayoría de los casos precisan que los medios de prueba que ofrecen, por el principio de la comunidad de la prueba, son los mismos medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, sin indicar cual sería la relevancia de esta para su teoría del caso. Ahora en cuanto la fiabilidad la autora señala (Calderon Arias, 2019, pág. 180)

Respecto de la fiabilidad de la prueba, es saber cómo se llega a ella, si bien importa ¿cómo se adquirió el conocimiento sobre los hechos?, esto se debe complementar con otros elementos, como es el saber ¿por medio de que mecanismo se llegó al cómo?, ambos elementos son importantes para verificar la fiabilidad. Ahora respecto de la fiabilidad tiene un peso muy importante ya que se refiere a las características que debe cumplir una prueba con su función de informarnos sobre un hecho sin errores ni vicios.

Conforme a lo anotado, efectivamente la relevancia y la fiabilidad son dos elementos íntimamente relacionado con la prueba y su función, pues la relevancia alude a lo que es la pertinencia de la prueba, que debe ser sustentado por el fiscal o el abogado en sus respectivos escritos de ofrecimiento de pruebas, pues el código Procesal lo prevé. Por otro lado, la fiabilidad vendría a ser en sí, la sustentación referida a la conducencia de la prueba, pues este término desde el punto de vista probatorio hace referencia al hecho de que la obtención del medio de prueba haya sido sin ningún vicio que ponga en duda la información que se pueda obtener, siendo así el código procesal penal, también exige su sustentación en los requerimientos fiscales. Acompañados a estos dos, se encuentra también la utilidad, que es donde se debe sustentar que aporte brindará este medio de prueba propuesto a la teoría del caso.

En este sentido (Calderon Arias, 2019, pág. 182), pone dos ejemplos muy interesantes:

uno es el caso de interceptaciones telefónicas ilegales, en las cuales señala que a través de determinadas pericias podría verificarse la autenticidad de la grabación, por esto se podría afirmar que no se afectó la fiabilidad, y que en este caso la ilicitud de su obtención pueda afectar la fiabilidad de la prueba es algo contingente que debía analizarse. El segundo es cuando se allana un inmueble y se encuentra drogas y armas, pero no existe ningún testigo que lo que la inexistencia de esta garantía hace que la prueba sea menos fiable, pues es imposible verificar lo sucedido.

Como se puede apreciar la misma autora, desde el punto de vista de la fiabilidad, justifica la posible admisión de la prueba prohibido o ilegal, si es que existieran otros mecanismos que permitieran verificar que la prueba es fiable, por lo que en este tipo de casos se debe analizar la connotación de los hechos que se pretende probar, por otro lado no se debe confundir la fiabilidad con la verdad de la teoría del caso que se pretende probar, sin embargo si un elemento es fiable y relevante, esto favorecería a la justicia, por lo que en caso, de que la exclusión o no del acervo probatorio, debería ser analizado cuidadosamente para determinar cómo influiría en la conclusión del proceso, en la necesidad de la sociedad de conocer la verdad y que se haga justicia, como lo fue en los casos del terrorismo en aras de una mejor convivencia social a través del bienestar general, esto es sería necesario verificar el mensaje que se daría a la sociedad ante la existencia

de una prueba inminentemente fiable, pero obtenida de forma ilícita, pero que evidenciaría a todas luces la comisión de un delito.

Un caso emblemático y que generó mucha polémica es el conocido como “petroaudios” ventilado contra Rómulo León Alegría, Alberto Quimper y otros involucrados en delitos de corrupción, caso en el que se tomó conocimiento de los delitos cometidos por estos funcionarios del Estado, a través de unos audio propalados en un medio de comunicación, a través del cual era evidente la comisión de delitos de Corrupción de funcionarios, sin embargo la Sala Penal Superior y la Sala de la Corte Suprema, excluyeron este material probatorio, y todos los documentales obtenidas en mérito a estos audios precisando que los audios a través de los cuales se había tomado conocimiento del delito era prueba ilícita, porque se trató de una intervención telefónica no autorizada, en consecuencia todo el material probatorio obtenido a partir de esta debía ser excluido por estar contaminada, consecuentemente se absolvió a todos los acusados. Por su parte el Tribunal Constitucional, antes que se emitiera la sentencia absolutoria, señaló también que se trataba de prueba ilícita. Esto es se trató de un razonamiento que consistió en la aplicación directa sin ningún tipo de análisis, la prohibición del uso y valoración de estos audios, sin verificar si es que realmente se trató de una violación del contenido esencial del derecho fundamental afectado.

Otro caso fue la Sentencia de emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia – Recurso de Nulidad N°2900-2016-Lima. En este caso se trató de un allanamiento que no contaba con autorización judicial, ni tampoco se estaba ante un supuesto de flagrancia delictiva, en consecuencia, la prueba obtenida que consistió en hallazgo de droga en el inmueble allanado era ilegal, pues además la entrada de los efectivos policiales al inmueble fue usando como medio la intimidación, toda vez que había argumentado la comisión de un delito de secuestro de un menor de edad, siendo eso el motivo por el cual le dijeron a la testigo que debían ingresar al inmueble, y si se negaba igual iban a derribar la puerta. Siendo así al haberse producido una violación de domicilio, ya que ingreso al inmueble no fue bajo las excepciones contempladas en la constitución y al ser declarada la prueba ilegal (droga encontrada), por lo que carecería de valor probatorio, lo que conllevó a que los acusados sean absueltos.

Esta sentencia tuvo un voto minoritario del magistrado Iván Sequeiros Vargas, quien asumió la postura de que no se había producido la violación del domicilio, pues la actuación policial obedeció a una información recabada sobre presuntos lugares de acopia de droga, y es en mérito a esta información que se realizó la intervención, esto es con la finalidad de

perseguir una pista de un delito, que además fue cierta, y no con la finalidad de afectar un derecho fundamental como es la inviolabilidad del domicilio. Precisa este magistrado que era necesario valorar la buena fe de la intervención policial, y considerar la ponderación de intereses pues la afectación al derecho de la inviolabilidad de domicilio no es tan grave versus los intereses policiales de reprimir el delito, más aún si se trata de un delito grave como es el tráfico ilícito de drogas, además precisa que justo por el interés constitucional de reprimir los delitos, justifica agresiones que están dentro de los límites de la protección constitucional, salvo que la agresión sea violenta y contradiga toda forma de respeto a la persona y su dignidad, usando violencia que ponga en riesgo su integridad física.

Ahora respecto del contenido esencial, en realidad no existe mucha precisión porque incluso el mismo Tribunal Constitucional si bien ha señalado que es la parte del derecho esencial del derecho fundamental, que no se puede afectar, pues sino este derecho quedaría sin contenido, sin embargo, en el Expediente N°1417-2005-PA/TC, ha señalado que este contenido esencial sólo se puede precisar en virtud de un caso en concreto, esto es no se puede delimitar antes. Es por esto por lo que es de vital importancia que cada caso en concreto deba ser analizado, este contenido esencial, para conocer cuál es contenido esencial vulnerado y que en todo caso podría hacer que esta prueba deba ser excluida, sino se incurriría en una afectación al debido proceso, por falta de motivación.

Así también el Tribunal Constitucional ha señalado que no se puede apelar al carácter delictivo de algunas conversaciones privadas, y justificarlas por razones de interés público o de moral pública, para permitir la utilización de estos medios de prueba obtenidos ilícitamente, pues la autorizaciones del levantamiento de secreto de comunicaciones debe ser analizada por un Juez, en donde además se debe establecer las razones suficientes que justifiquen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dichas, así mismo debe establecerse mecanismos de no divulgación de aquello que es estrictamente personal y que pertenece a la esfera de la intimidad, y que además no tiene relación con la investigación.

### **1.2.3.3.- Reglas de excepción a la exclusión de la prueba**

Así también dentro del desarrollo de la prueba prohibida existe la regla de la exclusión de la prueba, término acuñado por los Tribunales Norteamericanos, el mismo que fue adoptado por España y por el Perú, pero en contraposición a esta regla de

exclusión también existen las reglas de la excepción a la exclusión de la prueba prohibida. Se tiene favor de la admisión y valoración de la prueba obtenida ilícitamente, las mismas que también fueron desarrolladas por los Tribunales Norteamericanos, así Reategui (2018) señala

Que la expulsión de medios probatorios tiene como excepciones, diversas teorías desarrolladas en la ciencia procesal penal tales como: La teoría de la fuente independiente, la Teoría del descubrimiento inevitable, la Teoría del vínculo atenuado o de la tinta indeleble, la Doctrina de la buena fe y La teoría de la ponderación entre el derecho constitucional vulnerado y el derecho constitucional que se pretende proteger. Debiendo además considerarse criterios como i) la gravedad o entidad objetiva de la infracción, ii) la intencionalidad del infractor, iii) la naturaleza y entidad objetiva que tenga el hecho investigado por el infractor, iv) la dificultad probatoria, v) la naturaleza rígida o flexible del derecho afectado, vi) la inevitabilidad o no del descubrimiento de la prueba por medios lícitos, vii) las consecuencias de la aplicación de la regla de la exclusión sobre otros bienes y valores dignos de protección (pág. 25).

También Castillo (2014) fiel a la tradición norteamericana señala que esta regla de excepción sería “las de la fuente independiente, descubrimiento inevitable, la inexistencia de antijuridicidad, la buena fe, nexo causal debilitado y la teoría del riesgo”. (pág. 39)

De esta manera se advierte la existencia de posturas elaboradas con la finalidad de permitir la incorporación y valoración de la prueba prohibida a fin de esta sea valorada dentro de un proceso. Así se advierte que la postura relacionada a la exclusión de la prueba se ha visto flexibilizada con las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, de tal manera que muchos autores han esbozado algunas condiciones necesarias, mínimas, indispensables que se requieren para incorporar, actuar y valorar dentro de un proceso penal una prueba prohibida. Dentro de estas cabe destacar la de la intencionalidad del autor, pues hay ocasiones en las que estas pruebas llegan a los despachos fiscales por terceras personas, quienes no tenían autorización para tal intromisión en el derecho vulnerado. Ahora la naturaleza del delito investigado, considero que esta es muy importante y justificaría la excepción de la exclusión cuando se tratan de delitos graves que además afectan el interés público, como en el caso de terrorismo ya comentado, o en los delitos graves como colusión, peculado u otros que afectan a toda una comunidad, quienes no

pueden contar con servicios básicos de salud, agua potable, u otros que afectan su bienestar y el desarrollo de su personalidad.

#### **1.2.3.3.1.-Excepción de ponderación o proporcionalidad**

Así se tiene que el principio de ponderación o proporcionalidad, es una de estas teorías de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, también conocida como la doctrina del balancing test, la misma que nació en los tribunales norteamericanos, la misma que tiene como fundamento la naturaleza que dio origen a la creación de la prueba prohibida, así Talavera (2017) señala que “si con la exclusión de la prueba no se logra el efecto disuasorio, entonces no tendrá ningún sentido excluir la prueba prohibida” (pág. 42). Es importante tener en cuenta que la regla de la exclusión de la prueba se adopta como ya se mencionó en los tribunales norteamericanos, debido a los constantes allanamientos que se realizaban sin autorización judicial para obtener pruebas a todo costo por los agentes policiales, es así como a fin de que esta práctica sea abandonada, se elaboró la regla de la exclusión de la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales.

La aplicación símil al balancing test es el llamado principio de proporcionalidad y el test de ponderación, Castro (2008) nos dice que “en este principio es necesario el análisis del derecho fundamental violentado y la necesidad de la validez de la prueba dentro de un proceso penal (pág. 67). El Autor peruano, señala que para fundamentar una sentencia condenatoria, en donde se tenga que analizar prueba prohibida, es necesario analizar la proporcionalidad de la medida a adoptar, en esta misma línea, considero que en delitos graves como es el de colusión agravada, delito que trae como consecuencia la privación de necesidades básicas que benefician a una colectividad y afectan el bien común, por lo que es de interés público, ya que el Estado no puede cumplir con su objetivo de conseguir el bienestar general debido a la grave afectación a su patrimonio, medios de los cuales se vale para poder cumplir con este objetivo, la aplicación de la proporcionalidad debería ser obligatoria, pues sería necesario fundamentar por qué se da mayor valor al derecho fundamental particular versus al derecho fundamental que atañe a toda una comunidad.

El principio de proporcionalidad tal como se ha señalado en la sentencia emitida en el expediente N°0010-2000AI/TC, el Tribunal constitucional señala que este principio se encuentra en su condición de principio general del derecho y como manifestación del estado de derecho y del valor justicia, y como se deriva de la cláusula del estado de derecho no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica sino también concretas

exigencias de justicia material. También es conocido que el principio de proporcionalidad contiene inmerso los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

La jurisprudencia es más de una ocasión ha motivado la necesidad de utilización de prueba prohibida, aplicando la ponderación de intereses, como es el caso de la emitida en el expediente 21-2001-Lima del 03 de julio del 2003, de corrupción de funcionarios, en la que señaló que el conflicto entre los derechos a la intimidad y privacidad versus la tranquilidad pública son aparentes, por lo que debe resolverse a favor del bien jurídica tranquilidad pública. Otro caso es el emitida por la Sala Permanente en el Recurso de Nulidad 4826-2005 Lima, 19 de julio del 2007, sentencia por el delito de terrorismo, este tribunal señala que si bien no es posible obtener la verdad a todo costo, pero por otra lado está el hecho de que no se puede mermar la confianza de la ciudadanía en el proceso penal y la propia justicia, de tal manera que las violaciones invocadas en el caso concreto son de menor entidad que el delito que se investiga, por lo que atendiendo a la ponderación de intereses se debe admitir la prueba obtenida. Así como el caso de Automotores Gildemeister en el cual se admiten las pruebas obtenidas de la computadora de uno de los trabajadores de la empresa, sin que exista disposición judicial que lo autorice, a través del cual se descubrirían los acuerdos colusorios de las partes, esto a raíz de que este tribunal al realizar el test de proporcionalidad en donde analizó la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, precisó que la prueba si debía ser valorada.

De la misma manera en el Pleno Jurisdiccional Superior Penal de Trujillo, en el considerando VIII, se señaló que esta doctrina permite hacer valer una prueba ilícita en base a criterio de proporcionalidad, en donde se toma en cuenta la gravedad de la infracción de las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que se causaría con la expulsión de la prueba. Sin embargo, también aclara que este principio no convierte a la prueba en lícita, sino que permite su valoración porque otros intereses de jerarquía constitucional mayor, así lo exigen.

Consecuentemente cuando se está ante la posible admisión o actuación de una prueba ilícita, su expulsión no debería ser automática debiendo ser examinada a la luz de los principios de ponderación o proporcionalidad, ya que es una exigencia constitucional que este principio sea aplicable a todos los casos en donde sea necesario imponer sanciones, como es el caso de decidir sobre la expulsión o no de una determinada prueba, que en buena cuenta sería una sanción, evaluando el interés mayor que debe prevalecer.

### **1.2.3.3.2.- Excepción de riesgo**

Esta es una excepción incorporada por la Corte Suprema, para esta teoría las pruebas o medios de prueba como son audios o videos que contengan conversaciones entre dos personas, que son obtenidas por haber sido grabadas por uno de sus interlocutores, en los cuales se pone en evidencia la comisión de delitos o hechos que se vinculen a estos, ya sea mediante la utilización de cámaras, micrófonos, u otros dispositivos que permitan el registro de estos diálogos, o mensajes que se puedan obtener de Facebook, WhatsApp, Twiter, etc, que son proporcionados por uno de los intervinientes en dichas comunicaciones, no pueden ser consideradas como violatorias del derecho a la intimidad, ni al secreto de las comunicaciones.

Esta teoría ha sido recogida por numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema como es el caso de del expediente 21-2001 caso García Marcelo, en la que se asumió la posición de que la supuesta indefensión de los derechos del acusado, tuvieron origen cuando permitió ser grabado de sus actuaciones ilícitas por Vladimiro Montesinos.

Teoría que tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana en los casos Hoffa versus United States y Lewis versus United States, en los que la Suprema Corte de los Estados Unidos señaló que hay que establecer una diferencia respecto de los actos que realiza una persona sola en su domicilio en su respectiva privacidad, con los actos que puedan hacer, pero en donde haya más de una persona que pueda visualizar los actos ilícitos que realiza, creyendo equivocadamente que no los revelará.

Incluso actualmente, nuestro código procesal penal dentro del título IV -los actos especiales de investigación- regula las figuras del agente encubierto, el agente especial, en el artículo 341, incluso en los delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del código penal, bajo la figura de operativo de revelación del delito se puede autorizar a funcionarios, servidores y particulares que sean nombrados como agentes especiales, y es justo en este tipo de investigaciones que se utiliza con mucha frecuencia diversos dispositivos de grabación, pues éstos son capaces de registrar con una certeza casi incuestionable evidencias suficientes para determinar la comisión de un delito,

la forma, modalidad, sus participantes que sin duda son prueba directa que acredita su comisión.

### 1.2.5.- El delito de colusión

Este tipo penal se encuentra tipificado en el artículo 384 del código penal peruano, siendo que en la primera modalidad, conocida como de infracción, la defraudación patrimonial no forma parte del tipo penal, pues es de mera actividad, el bien jurídico tutelado tal como se ha precisado en la jurisprudencia (Sentencia de Casación , 2019)

(...) no sería únicamente el patrimonio del Estado, sino también el deber del funcionario o servidor público de actuar conforme a sus funciones, sin faltar a ellas, esto es, debe responder a la confianza encargada de administrar y disponer correctamente del dinero del Estado, objeto de protección sustancial debido a que la colusión se configura en determinado contexto administrativo de compras estatales.

Por otro lado, en la modalidad agravada se verifica el perjuicio real y efectivo al patrimonio del Estado, el mismo que se configura, por ejemplo, en el caso de adquisición de bienes, cuando estos son sobrevalorados como ha sucedido en la época de pandemia por Covid 19, con la compra de diferentes bienes llamados materiales de protección, para personal que labora en los diferentes centros de salud. En el caso de obras, por ejemplo, cuando se sobredimensionan los metrados a ejecutar, como es el caso de la excavación de pozos tubulares en las obras para el abastecimiento de agua potable. También se verifica cuando se concierta el no pago de penalidades, las que se encuentran disimuladas con las muy conocidas ampliaciones de plazo no sustentadas, que se dan en casi todas las obras. Supuestos en los que la entidad estatal termina pagando más de que realmente corresponde, verificándose el perjuicio real y efectivo al patrimonio del Estado, por esto, la modalidad agravada siempre será un delito de resultado. Es por esto por lo que en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia se señala (Sentencia de Casación, 2020) que el bien jurídico protegido en general en el delito de colusión, dentro siempre del contexto comercial de una contratación u operación a cargo del Estado, en la que interviene por razón de su cargo, es el resguardo del patrimonio del Estado. Es por esto por lo que en la jurisprudencia (Sentencia de Casación , 2021) se ha señalado que “el delito de colusión además de ser un delito de infracción del deber es un delito de *gestión*, pues se defrauda

la gestión, ya que el agente público, debe intervenir tomando una decisión en mérito al cargo que ostenta.”

Estando a lo expuesto, se tiene que el delito de colusión se configura cuando el funcionario o servidor público que por razón de su cargo interviene en el proceso de contratación para las adquisiciones de bienes, ejecución de obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado, se pone de acuerdo esto es concerta de manera subrepticia e ilegal para perjudicar al estado – en la modalidad simple- o defrauda al Estado perjudicándolo económicamente como es el caso de la modalidad agravada.

Ahora debido a que la modalidad típica para este delito se considera el concierto de voluntades o acuerdo entre el funcionario o servidor público y el contratista o proveedor, es que la jurisprudencia señala que es un delito de participación necesaria, porque se requiere que el funcionario o servidor público (intraeus), a cargo de esta gestión negocial que le corresponde por razón de su cargo, se ponga de acuerdo con el tercero interesado (extraneus, sin deberes especiales) para defraudar al Estado. De esta manera incluso en la jurisprudencia se señala (Sentencia de casación , 2017) haciendo referencia al fundamento 28 de la Casación N°841-2015- “(...) la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica”. También se precisa: (Sentencia Recurso de Casación, 2021), Es un delito de participación necesaria, ya que el funcionario o servidor público, a cargo de la gestión negocial del Estado y capaz de decidir sobre el mismo, acuerda con el tercero interesado para defraudar al estado. Por ello dentro de la redacción penal se impone el término “acuerdo”. Ello justifica el hecho que, al ser un delito de participación necesaria, el extraneus que participa en el delito, con quien se llevan a cabo los acuerdos colusorios, tendrá la calidad de cómplice, por no ser funcionario o servidor público con funciones que le autoriza el Estado ejercer en su representación.

Ahora, el escenario en donde se desenvuelve el delito de colusión, si estamos ante un proceso de contratación, los actos colusorios pueden identificarse en cualquiera de sus etapas, tal como lo ha precisado el subsistema de Corrupción de funcionarios, en diferentes sentencias (Sentencia de casación , 2017) en el que ha quedado claramente establecido que “los actos colusorios pueden verificarse desde que surge la necesidad hasta la liquidación final”. Esto, porque el proceso de contratación pasa por varias fases o etapas, así en la etapa de programación del proceso de contratación, se encuentra las acciones como el requerimiento del área usuaria, definición de las características técnicas del bien a adquirir, u obra o servicio a ejecutar, estudio de posibilidades que ofrece el mercado, para lo cual se requieren entre otras cotizaciones, elaboración del resumen ejecutivo y

otros. Luego continua la etapa de selección que se origina con la conformación e instalación del Comité de selección quien elaborará las bases del concurso, evaluará a los postores y entregará la buena pro; por último, los actos de colusión se pueden dar hasta la liquidación final de la obra o pago total del bien adquirido o servicio ejecutado, que corresponde a la etapa de ejecución del proceso de contratación que se origina con la firma del contrato para la ejecución de la obra.

Conforme a lo expuesto, en el escenario de que se sustente una colusión vinculada a la tipificación penal de “cualquier operación a cargo del Estado”, se debe tener presente que el delito de colusión siempre, como ya se indicó, dentro de un contexto comercial, ha quedado establecido que este supuesto – cualquier operación a cargo del Estado- se da cuando se estamos ante un contrato administrativo o civil, siempre de naturaleza económica con intervención del Estado. Así el Tribunal Supremo en la casación 994/2019/Lima del 16/13/2022, ( Casación 994-2019- Lima, 2022), haciendo referencia a la Casación 468/2019/Lima del 29/11/2021, precisa:

Respecto de los negocios jurídicos señalados en el delito de colusión están involucradas las diversas etapas que lo componen de los siguientes procesos:

- i.- Procesos de competencia reglados en general.
- ii.- acuerdos específicos o concretos para prestaciones de bienes y/o servicios
- iii.- concurso de precios
- iv.- ejecución de subastas públicas
- v.- celebraciones de contrataciones públicas nacionales o internacionales
- vi.- formulación de ajustes (adecuación o acomodo de un negocio jurídico para ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc)
- vii.- celebración de contratos sobre procedimientos de liquidación (culminación de contratos celebrados con el Estado)

viii.-las concesiones, en cuya virtud el Estado otorga a los particulares la gestión y explotación de los servicios públicos, obras públicas de infraestructura o recursos públicos, y

ix.-las denominadas cualquier otra operación semejante en las que el Estado interviene como parte, esto es las actividades referidas, por ejemplo, a las expropiaciones, negociaciones internacionales de deuda externa, indemnización u operaciones tributarias.

Por otro lado, el 28 de abril del 2021, con ley N°31178, se ha considerado penas más graves no menor de 15 ni mayor de 20 años, cuando el delito de colusión se dé bajo los siguientes supuestos:

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

2.-La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales de apoyo o inclusión social o de desarrollo siempre que el valor del dinero bienes efectos o ganancias involucrados supere las 10 unidades impositivas tributarias

3.- El agente se aprovecha de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria o la comisión del delito complementa la defensa seguridad o soberanía nacional.

#### **1.2.6.- El delito de negociacion incompatible o aprovechamiento indebido del cargo**

El tipo penal de negociación incompatible con el cargo se encuentra tipificado en el artículo 399 del Código Penal, y se configura cuando el funcionario o servidor público que indebidamente de manera directa o indirecta, o por un acto simulado se interesa en provecho propio o de un tercero por cualquier contrato u operación en la que interviene por razón de su cargo.

El bien jurídico protegido en este tipo penal es el correcto accionar del funcionario o servidor público, dentro del contexto de un proceso de contratación o cualquier operación a cargo del Estado, quien debe actuar conforme a su reglamento de organización y funciones y/o a su manual de organización y funciones, así como a la ley de contrataciones y su reglamento, con estricta observancia de los principios de la contratación, los mismos

que han sido reconocidos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N°3150-2017-PA/TC, Caso Domingo García Belaunde, Publicado en la página web del Tribunal Constitucional el 31/12/2020, como son entre otros: la libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, competencia e integridad.

Como se puede advertir el verbo rector de ese tipo penal es el de “interesarse”, por algún contrato u operación en la que interviene, pues lo que se busca es preservar el correcto accionar del funcionario o servidor público, sin que medie ningún tipo de indicios de interés subrepticio, que haga dudar de su imparcialidad. Siendo así, este tipo penal, no requiere de un resultado o de peligro concreto, por eso el delito de negociación incompatible con el cargo se considera un delito de peligro abstracto, (Sentencia - Casación, 2021) “ pues se presume que su conducta pone en peligro el bien jurídico tutelado “preservar los deberes funcionariales y/o deberes especiales positivos” de cada funcionario o servidor público impuestos por su institución en representación del Estado, cautelando la correcta funcionalidad de la administración pública”. Siendo así no es necesario, para su configuración la verificación de algún perjuicio, sin embargo, si es necesario acreditar que este interés tenía como finalidad el beneficio o provecho del mismo funcionario o de un tercero. De esta manera ha sido precisado en la jurisprudencia (Sentencia - Casación, 2021), cuando señala: “que el verbo rector del delito es “interesarse”, o poner especial atención en determinado contrato u operación en beneficio de él o de otro. La finalidad es que el funcionario o servidor de público, se desempeñe con objetividad sin interés subalterno, cumpliendo eficaz y eficientemente la labor encomendada, sin favorecerse o favorecer a otro con una gestión irregular”.

El sujeto activo del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo es el funcionario o servidor público, que se encuentra en una situación especial de tomar una decisión dentro del contexto del desarrollo en un proceso de contratación o de alguna operación a cargo del Estado. Esto es no es simplemente un funcionario o

servidor público, sino es aquel que además desempeña esa función de decidir, ya sea en la etapa de programación, selección o ejecución del proceso de contratación, o en alguna operación a cargo del Estado.

Ahora este funcionario o servidor público puede actuar de manera directa, esto es exteriorizando o manifestando su conducta de manera concreta u objetiva, sin valerse de terceras personas. Otra forma de configuración del delito es mediante la manifestación indirecta a través de terceras personas o intermediarios, por intermedio de quienes da a conocer su interés de favorecer a alguien o a él mismo, violentando sus deberes de imparcialidad, actuando como un particular más, sin velar por los mejores intereses a favor del Estado. Y la tercera forma de configuración de este tipo penal es por acto simulado, la que se manifiesta cuando el funcionario o servidor público aparenta actuar conforma a las normas que orientan sus deberes como tal, dentro de su institución, esto es aparenta actuar con imparcialidad, buscando maximizar los beneficios a favor de la entidad a la cual representa, cuando es realidad es todo lo contrario.

Ahora respecto de la complicidad, en el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, según la estructura típica de este tipo penal, podía darse la participación de terceros como cómplices, en cada caso particular, pero definitivamente considero que no se puede establecer una complicidad, cuando el cómplice vendría a ser el mismo beneficiario, ya que esto supondría un acuerdo, tratativas, conversaciones o cualquier coordinación con el funcionario o servidor público interesado en favorecer al particular, y de ser así, estaríamos ante una colusión, es por esto que una parte de la tendencia jurisprudencia, tal como se ha establecido en la Casación 184-2020/Lima Norte (2022) al señalar que el delito de negociación incompatible sería como un delito residual o preparatorio del delito de colusión.

### **1.2.7.-La prueba por indicios en los delitos de colusión y negociación incompatible**

La clandestinidad, el secretismo u ocultamiento, es una característica que identifica a los delitos de corrupción de funcionarios en general, circunstancia que convierte la probanza de estos delitos en muy difíciles, pues resulta casi imposible obtener prueba directa de su comisión.

Ahora si bien es cierto existen otros delitos, como es el caso de los de violación sexual que también se caracterizan por su clandestinidad, sin embargo acá se cuenta con el testimonio de la víctima, de quien se puede obtener un relato circunstancial de los hechos, a partir del cual pueden ser corroborados, lo que no ocurre en los delitos de corrupción de funcionarios, pues el agraviado o víctima es la entidad, como es el caso de los delitos de colusión, negociación incompatible con el cargo, peculado y otros, en donde sólo se podría obtener un relato de la forma y circunstancias de cómo sucedieron los hechos en mérito a la confesión sincera de alguno de sus autores. Esto debido a que los funcionarios o servidores públicos, sujetos activos del delito, conocen bien sus funciones, manejan los sistemas de gestión de las entidades por la misma función que desempeñan, consecuentemente tienen a su disposición todos los mecanismos para manipular los sistemas creados para los servicios públicos, ocultando, borrando, esto es desapareciendo toda evidencia que podría acreditar su responsabilidad penal, para evitar ser descubiertos. Muchas veces incluso disfrazan a través de presuntas irregularidades administrativas, algunas por omisión, la verdadera intención que es la comisión de un delito, argumentando con tal fin, el desconocimiento de algunas de sus funciones reguladas en los manuales de organización de funciones o sus reglamentos, directivas, en general normativas que permiten identificar sus funciones.

Aunado a ello, se tiene que los delitos de corrupción de funcionarios, son especialmente complejos, pues generalmente no interviene sólo un funcionario o servidor público, sino que éstos se organizan de tal forma que todos contribuyen a la concreción del delito, como es el caso del delitos de colusión, en los que dependiendo de la etapa que corresponde del proceso de contratación intervienen diferentes personajes, es así que si ponemos por ejemplo que la necesidad es la de adquirir cereales fortificados para el programa del vaso de leche, así el área involucrada que puede ser la sub gerencia de programas sociales requiere hojuelas de quinua y avena pero en un porcentaje que sólo puede ser abastecido por un proveedor, direccionando así su contratación, para luego pasar por el área de logística quien a través de su sub gerente simula un estudio de posibilidades que ofrece el mercado, consignando proveedores fantasma que nunca

emitieron cotizaciones, para así emitir un resumen ejecutivo con precio base para la adjudicación sobrevalorado y direccionada. Pasando luego por el Comité de selección en donde también participa el sub gerente de logística, un representante del área usuaria y un nutricionista, quienes elaboran las bases pidiendo además que estas hojuelas tengan una certificación especial y adicional que las señaladas por ley, que nunca fue requerida por el área usuaria y que no contribuye a determinar la mejor calidad del producto, siendo un requisito exagerado y direccionado, entregando la buena pro al único proveedor que tiene este requisito, para que luego en la etapa de ejecución el proveedor entregue el producto de manera extemporánea, sin registro sanitario, en porcentajes diferentes al ofrecido y contratado. Sin que ninguno de los funcionarios (área usuaria, almacén, abastecimiento, logística, administración) haga observación alguna.

Como se advierte el proceso de contratación tiene sus particularidades en cada etapa, en la que se elaboran distintos tipos de documentos, que se resguardan en archivadores y otros tipos de soportes físicos o digitales, además involucra el manejo de sistemas internos de la entidad, en donde se registran todos estos procesos, para que así tengan la autorización para el desembolso del dinero para su pago, lo que se conoce como giro y pago.

Por otro lado, hay que tener presente también que generalmente los delitos de corrupción se denuncian, en el caso de las entidades como municipalidades y gobiernos regionales cuando termina la gestión de estas autoridades políticas, por lo que existe un espacio temporal de aproximadamente entre tres a cinco años, desde su comisión y su denuncia, que también hace compleja y difícil la ubicación de medios de prueba idóneos para acreditar los delitos denunciados. Lo que conlleva a la utilización de diversos métodos y técnicas de investigación forense que para entender del Magistrado (Gamarra Luna Victoria, 2021) "(...) guardan coherencia con estas conductas delictivas, que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos que inexorablemente comprometen el interés de la colectividad, ya que fracturan el correcto funcionamiento de la administración pública". Sin embargo, considero que no sólo se trata de quebrar el correcto funcionamiento de la administración público, sino las consecuencia graves derivadas de éstas, por eso se deben considerar como delitos graves, pues al construirse una posta médica defectuosa o lo que es peor cobrar por esta obra cuando ni siquiera existe trae como consecuencia muertes por falta de asistencia médica en una determinada comunidad, o como es el caso de obras para la dotación de agua potable para una comunidad, la misma que puede estar vertiéndose con contaminantes que causan graves consecuencias en la salud y en la vida

de una población como el muy sonado caso de agua con arsénico que consumen las comunidades de Pátapo y otros de Chiclayo en el Perú.

Pero volviendo al delito al ejemplo de los casos de colusión, lo primordial en la probanza de este tipo penal es acreditar la existencia de acuerdo colusorios entre el funcionario o servidor público y los postores o contratistas, claro está que al ser este acuerdo colusorio la prueba principal en el delito, y al ser éste subrepticio u oculto, es lógico que nunca se va a plasmar en un documento la forma como los intervinientes en el delito van a engañar para defraudar al estado aprovechándose económicamente de éste, o en todo caso van a dejar rastros como filmaciones u otros mecanismos que perennice el acuerdo colusorio, al menos no en un lugar público y que puede ser hallado como medio de prueba.

Lo mismo ocurre en el caso de los delitos de negociación incompatible, en el que se debe probar el interés del funcionario o servidor público para sacar provecho en beneficio propio o de un tercero. Advirtiéndose de lo señalado que, en este tipo penal, demostrar el interés con medios de prueba idóneos es de muy difícil probanza, pues la única manera de tener prueba directa es que el mismo funcionario o servidor público mediante la confesión sincero u otro mecanismo procesal para poder obtener un beneficio premial acepte y revele la comisión del delito.

La dificultad probatoria en los delitos de colusión y de negociación incompatible, obliga a que la técnica utilizada comúnmente para la probanza de los elementos objetivos del tipo es a través de la prueba indiciaria.

La prueba indiciaria en la legislación peruana se encuentra reconocida en el artículo 158 del Código Procesal Penal y textualmente señala en punto 3. Lo siguiente:

- a) Que el indicio este probado,
- b) Que la inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
- c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

Estas pruebas por indicios conocida como prueba indirecta, en el momento de su valoración, deben conducirnos a la confirmación lógica del hecho principal que se pretende

probar, y es así como la jurisprudencia (Sentencia casatoria, 2020) los ha clasificado según su diversa eficacia probatoria en orientativos y cualificados

Los primeros, llamados también de probabilidad relevante tienen como finalidad vincular la hipótesis incriminatoria con otras optativas pero con alto nivel de probabilidad en beneficio de la primera. Los segundos denominados también de elevada probabilidad aumentan a gran escala la factibilidad de la hipótesis incriminatoria, más que por el hallazgo de indicios por la inexistencia de otras hipótesis por las cuales se pueda también optar, pues de haber acontecido el suceso de otra manera solo el acusado podría ser quien defienda una contra hipótesis

En los casos del delito de colusión es necesario demostrar la concertación o el interés sea a través de indicios, esto es utilizando la prueba indiciaria, Gonzales (2017) señala que lo primordial en la probanza de este tipo penal es acreditar la existencia de acuerdos colusorios entre el funcionario o servidor público y los postores o contratistas. Claro está que al ser este acuerdo colusorio la prueba principal en el delito y al tener éste el carácter de subrepticio u oculto; este acuerdo es muy raras ocasiones se va a plasmar en un documento o en algún medio que permita la identificación de los intervinientes en el delito para defraudar al estado aprovechándose económicamente de éste, sino que casi siempre se debe llegar a su identificación y probanza a través de indicios, los mismos que deben estar solventados en el empleo de la lógica y la experiencia, en este caso en temas de contrataciones ya sea de compra de bienes o servicios así como de ejecución de obras.

Así también, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para la concertación no se va a encontrar prueba directa como es testigos o documentos en las que se evidencien contactos, acuerdos indebidos o reuniones, es así que (Sentencia de casación, 2017), se

ha establecido que la prueba debe centrarse en el material indiciario que pueda hallarse y que fluyen del caso mismo, que como bien sabemos opera en el contexto de las contrataciones del Estado, por ejemplo si este proceso fue irregular, al evidenciarse la prontitud para su término, bases deficientes o inexistentes, injerencia de ajenos al proceso, reiteradas regularizaciones o subsanaciones posteriores a la emisión del acervo documentario. Si hubo discriminación a los postores, o parcialización en su elección. Si existe sobrevaloración de precios de bienes y servicios o no guardan correspondencia con lo requerido por la entidad de la administración pública usuaria. Bajo esas circunstancias es justificado colegir que se puede estar perpetrando un ilícito penal, más allá de una irregularidad administrativa, a favor de terceros y en detrimento del estado

Esto es que, a efectos de determinar indicios de los acuerdos colusorios, es necesario recurrir a los indicios como son las irregularidades que se puedan advertir en cada una de las etapas del proceso de contratación, y así determinar la responsabilidad penal de cada uno de los que en razón de su función participó en el acuerdo colusorio, a fin de determinar o favorecer a un determinado proveedor en la contratación y así también verificar en la etapa de ejecución la existencia de perjuicio real o potencial al Estado.

Ahora el momento del acuerdo colusorio puede ser en cualquier etapa del proceso de contratación, esto es en la etapa de actos preparatorios, en la etapa de selección o en la de ejecución, lo que hace muy difícil e imposible determinar con suficiente certeza el día, el lugar o el contexto a través del cual se llevó a cabo el acuerdo colusorio, es así que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la casación 673-2018 – Ayacucho de fecha 24 de julio del 2019, ha señalado que la precisión del pacto colusorio no se debe confundir con su acreditación pues, debido a la clandestinidad del acuerdo es muy difícil encontrar audios, videos o actas en los cuales quede perennizado dicho acto a no ser que se cuente con la autorización de una de las partes, de esta manera resulta arbitrario que se exija la acreditación del modo, lugar y tiempo en el que se llevó a cabo el acto colusorio o la concertación en un proceso de contratación.

Y en el caso del delito de negociación incompatible con el cargo se tiene la sentencia de casación emitida (Sentencia de casación , 2020) en la que se llegó a determinar el interés indebido en mérito a que el indicio presentado como es la prueba pericial es contundente y constituye una prueba sólida, que la inferencia resultante o

presunción judicial respectiva, como segundo elemento, atendiendo a las máximas de la experiencia se determinó que proclamar como ganador a un postor que no reunía los requisitos técnicos mínimos, llega a la inferencia lógica o conclusión que habido un interés indebido para favorecerlo.

En el caso de las agendas de Nadine expediente 249-2015, si bien se trató de un delito de lavado de activos, se debe extraer la motivación que realizó el juez de primera instancia, quien precisó que existen dos valores fundamentales uno el interés público y el derecho a la verdad, analiza éste último e indica que tiene dos dimensiones una individual que corresponde directamente a los agraviados y otra colectiva que no es más que el interés de la sociedad en conjunto y el derecho de saber la verdad, en este caso respecto a conocer la forma como ingresó el dinero presuntamente de Venezuela y Brasil, más aún si se trata de un delito grave, por lo que el Juez no solo desestima la tutela de derechos sino que además sanciona la conducta obstruccionista de los abogados. De la misma manera al Resolver en vía de apelación la decisión impugnada, se precisó que la intromisión respecto del contenido de las agendas de las que no se demostró que habían sido obtenidas como consecuencia de la comisión de un delito, no afectó aspectos de la vida íntima de los afectados, sino sólo se había extraído aquella información que era relevante para la investigación que se estaba llevando a cabo.

Existe también la sentencia emitida por la Corte Suprema de justicia en el recurso de nulidad 817-2016, del 20 de noviembre del 2016, por el delito de colusión, en donde la empresa Automotores Gildemeyster, sin autorización judicial registró y extrajo información de una de las computadoras que tenía su trabajador, en donde se verificó la existencia de pruebas que acreditaban los acuerdos colusorios entre los Directivos de esta empresa y funcionarios del Estado, para la contratación relacionada con la compra de vehículos patrulleros para la Policía Nacional del Perú, en este caso de igual manera se argumentó la obtención con violación del derecho al secreto de las comunicaciones de pruebas que no debían ser admitidas al tratarse de prueba prohibida, sin embargo el Tribunal en aplicación del principio de proporcionalidad en donde se analizó la idoneidad indicando que era la intromisión en las computadoras estaba justificada por la sospecha de actividad delictuosa, y la única forma de conocer si se habían llevado a cabo comunicaciones de carácter delictivo entre los involucrados era a través de la computadora que usaba, además la medida era ponderada ya que se obtuvo mayores beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicio respecto de los otros valores en conflicto. También se precisa que en el informe que contiene lo hallado en la computadora, no revela aspectos de la vida

íntima de los intervenidos, esto es aspectos de su vida personal o familiar, por tal motivo la prueba fue admitida y valorada.

Sin embargo, es necesario remarcar que estas decisiones aún o son uniformes, pues existe la prohibición legal y constitucional de utilizar la prueba prohibida u obtenida con violación de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad de las personas, por esto es necesario permitir al Juez, a través de una modificatoria del Código Procesal Penal, la posibilidad de que pueda ponderar o verificar la proporcionalidad de la exclusión de la prueba. Así mismo es necesario también precisar que las motivaciones que han permitido, en la jurisprudencia, privilegiar la admisión y valoración de la prueba prohibida es el interés público conocido también como interés general, pues siendo el bien común uno de los fines de la sociedad, y además considerando que para el goce y disfrute de los derechos fundamentales debemos de vivir en un ambiente donde al mínimamente se viva en una relativa seguridad, contando con los servicios de salud, agua, desagüe, educación, así como vías de acceso sobre todo cuando se trata de poblados alejados, fines que persigue el Estado para el bien común, objetivos que se ven truncados ante la comisión de diversos delitos dentro de los cuales está el de colusión, en el que no sólo se perjudica económicamente al Estado pagando por obras sobrevaloradas, inconclusas y en algunos casos hasta inexistentes, sino que además se priva a la colectividad de los servicios para los cuales el Estado trabaja.

Es por esto por lo que en muchas ocasiones las pruebas son obtenidas circunstancialmente y a través de interceptaciones telefónicas, revisión de mensajes de celulares, allanamientos, intromisión en medios informáticos, llámese computadoras u otro dispositivo de almacenamiento, aperturando documentos privados u otras formas, sin autorización judicial. Y es aquí donde empieza el cuestionamiento de la valoración de la prueba ilícitamente obtenida.

#### **1.2.6. Contexto cultural**

La forma como se ha venido abordado la problemática de la exclusión de la prueba prohibida en los procesos penales, tiene su origen en la Doctrina Norteamericana es en este país en donde se acuñó el término de la “exclusionary rule”, esto por el siglo XIX, esto a fin de proteger las arbitrariedades de las autoridades policiales quienes se valían en ciertos casos de diferentes mecanismos que violentaban derechos fundamentales para obtener pruebas que pudieran sustentar la culpabilidad de los investigados. Así ante la obtención de pruebas con violación de a la Cuarta enmienda de la constitución que versa

sobre las órdenes judiciales de registro y arresto, en donde se protege la seguridad de los ciudadanos en su domicilio, así como sus documentos y pertenencias frente a registros e incautaciones arbitrarias. De la Quinta enmienda relacionada con los derechos en los juicios penales, protegiendo a los investigados de la no autoincriminación, así como el derecho del debido proceso para la adopción de medidas que importen privación de su libertad, de su vida y de sus bienes. Y de la enmienda seis que hace mención del derecho de juicio imparcial, en el que se señala la necesidad de un juicio público en el que el acusado pueda encararse con su denunciante y testigos, así como el derecho de contar con un abogado. Se debe excluir la prueba, la misma que carece de toda eficacia legal.

El primer caso en donde se ventiló escuchas telefónicas no autorizadas legalmente fue en el caso *Olmstead versus Estados Unidos*, Alcaide (2012) nos precisa que “en este caso los agentes federales habían realizados escuchas telefónicas no autorizadas judicialmente”, (pág. 12) esto por el año 1921, así el Tribunal Supremo señaló que las conversaciones divulgadas no se encuentra dentro de la protección de la cuarta enmienda, pues no se trata de incautación de documentos, sin embargo censura como inmoral este tipo de conductas y las considera como un delito menor, no estaban dentro de lo señalado en la cuarta enmienda, por lo que estas pruebas debían ser rechazadas. Posteriormente en el caso *Ratz versus Estado Unidos* en el año 1947, Alcaide (2012), caso en el que “se realizó interceptaciones telefónicas no autorizadas a través de una cabina pública utilizada por Ratz, descubriéndose que estaba vendiendo información a los casinos de otras localidades, respecto de los juegos” (pág. 20). El Tribunal en este caso consideró que este derecho (la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas) se encontraba dentro de la expectativa razonable de protección de la cuarta enmienda pues lo que se protegía era la persona no el lugar, debiéndose haber requerido autorización judicial, por lo tanto, estas pruebas obtenidas a través de escuchas ilegales violentaban la cuarta enmienda. La forma más reiterada en las que se violentaba la cuarta enmienda fue a través de allanamientos e incautaciones ilegales, lo que ameritó que se emitieran varias sentencias que expulsaban de los procesos las pruebas obtenidas de esta manera.

La regla de la exclusión de la prueba prohibida cambia durante la época Presidencial del Presidente Nixon en donde se empieza a utilizar la doctrina del *Balancing Test* en el que se empieza a ponderar los derechos fundamentales de los ciudadanos y el interés de la sociedad de protegerse el Crimen, es a través de la sentencia emitida en el año 1984 en el caso *Estado Unidos versus León*, tal como lo precisa Alcaide (2012) en dicha sentencia quedó claro que “la regla de exclusión de la prueba debe admitirse solo si se logra demostrar que los costes de esta son superiores a los intereses sociales” (pág. 24).

En este caso se tomó como fundamento la regla de excepción basada en la doctrina de la actuación de la buena fe, pero es en el caso de Hudson Versus Michigan en el 2006 en el que el Tribunal Supremo se aparta de todas las reglas de excepción para la exclusión de la prueba, indicando que no es posible aceptar una regla de exclusión solo para efectos disuasorios, pues esto sería condenar a la sociedad pagar los pecados de los defectos de la adecuación de la legislación que había hace medio siglo atrás, por lo que se privilegia por sobre todo la utilización de la prueba prohibida.

En el contexto peruano de igual manera se tiene la sentencia emitida primero por el Tribunal Constitucional en el caso de Petro audios, en las que se señaló que las pruebas obtenidas a través de interceptaciones telefónicas no autorizadas por autoridad competente son ilegales, por lo que no pueden servir de sustento para un proceso investigador, y es en este mismo sentido que posteriormente concluida la investigación la Corte Superior de Justicia en lo Penal, absuelve a los acusados, pues la prueba a través de la cual se había conocimiento de hechos delictivos (escuchas telefónicas no autorizadas) constituían prueba prohibida, por violentar el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así mismo las demás actuaciones judiciales que se llevaron a cabo tomando como base, el conocimiento obtenido a través de éstas escuchas al ser prueba que deviene del fruto del árbol envenenado, también debe excluirse, culminando la sentencia con la absolución de todos los acusados. Sin embargo, también en el país ha ocurrido un cambio de paradigma en cuanto a la motivación que debe considerarse al determinar la necesidad de incorporación de la prueba prohibida, cuando esta sea la única forma de poder demostrar la comisión de un delito grave, que afecta a la colectividad y que además tiene gran relevancia para el interés público, por las graves consecuencias que trae consigo la configuración de delitos graves como el de colusión y de negociación incompatible que causa perjuicios económicos al Estado, pues se utilizan cuantiosas cantidades de dinero para la realización de obras que deben beneficiar a una colectividad, como son centro de salud básicos, centros de estudios, carreteras, y otros, las cuales no se ejecutan y se pagan como si se hubieran realizado, beneficiándose mutuamente los funcionarios involucrados como los contratista a cargo de la ejecución, esto en mérito a los acuerdos subrepticios que se realizan entre estos, y por la necesidad y capacidad que tiene para negociar lícitamente el Estado a través de sus funcionarios que lo representan para la ejecución de obras, que debían estar orientadas a beneficiar a la población, no intereses personales. Este es el caso de la sentencia de **caso Automotores Gildemeister**.

### **1.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES**

#### **1.3.1.-Sentencia absolutoria**

Decisión jurisdiccional sobre el fondo que declara la ausencia de responsabilidad penal de un ciudadano sometido a un proceso penal, al haber sido inculcado por la comisión de un ilícito penal, sea por insuficiencia probatoria o duda favorable.

#### **1.3.4. Sentencia condenatoria:**

Decisión jurisdiccional sobre el fondo que declara la responsabilidad penal de un ciudadano sometido a un proceso penal, al haber sido inculcado por la comisión de un ilícito penal, pues de la actuación del acervo probatorio se ha logrado obtener en grado de certeza la autoría o participación del mencionado sujeto.

#### **1.3.3.- Motivación de resolución judicial**

Principio por el cual queda claro que los jueces al emitir las sentencias o resoluciones judiciales, deben dar las razones suficientes, pertinentes o relacionadas al caso en concreto y/o a la petición realizada, para que los justiciables conozcan las razones de las resoluciones, esto garantiza la no arbitrariedad y la emisión de resoluciones judiciales que condenan, absuelve, conceden medidas cautelares u otros, debidamente fundamentadas y objetivas, las que además pueden ser cuestionadas e impugnadas para su revisión. Lo en cierta medida justificaría la emisión de resoluciones más justas.

#### **1.3.4.- Recurso de Nulidad**

El recurso de nulidad es un recurso extraordinario que contempla el Código Procesal Penal y que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por el Perú, o bien, se incurra en motivos absolutos de nulidad, o cuando en el pronunciamiento de la

sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

### 1.3.5.- Impunidad

La impunidad, tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional, es la expresión de una grave violencia y agravio a los intereses concernientes a los derechos fundamentales, y su efectiva defensa como garantía que permita el libre desarrollo de la personalidad, en un país en donde exista impunidad, no se podría hablar de justicia ni mucho menos de progreso, pues la impunidad es un obstáculo para la paz. En un país donde se permiten crímenes atroces los cuales están cubiertos de impunidad, traería como consecuencia la seguridad de las personas, pues la absolución de autores de crímenes atroces o la condena de los inocentes, traería caos, resentimiento social, lo que además llamará a posibles ajusticiamientos de propia mano, es decir sería una sociedad sumida en el caos.

## 1.4. HIPÓTESIS

El interés público debe ser el fundamento aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible y así permitir su probanza.

## 1.5. VARIABLES

**Las variables de la presente investigación son dos:**

- **Variable 1:** “El interés público como fundamento aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses
- Variable 2: “**Justifica la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible, permitiendo su probanza.**

Tabla 1

Matriz de operacionalización de variables

Variables	Dimensión de la variable	Sub-Dimensiones	Indicadores	Instrumento	Escala de medición
<b>V1</b> Interés público como excepción a la exclusión a la prueba prohibida	Interés Público	Normativa Artículo 44 de la Constitución Política	Deber del Estado procurar el bienestar general de su población	1.-Matriz de revisión de sentencia  2.- Entrevista estructurada 3.- Fichas bibliográficas 4.- Ficha de investigación	
		Doctrinal	El interés público es todo aquello: 1.- que es que es considerado útil, 2.-que es considerado vital para la coexistencia de la sociedad		
	Prueba prohibida	Normativa Artículo VIII CPP	Obtenida con violación de un derecho fundamental		
		Procedimiento para la aplicación	1.-Test de ponderación 2.-Test de proporcionalidad 3.-Simple subsunción		
<b>V2</b> Justifica la excepción de la exclusión de la prueba prohibida en los delitos de colusión	Delito de colusión	Normativo: artículo 384 del Código Penal	1.-Funcionario o servidor público 2.-Interviene cualquier etapa del proceso de adquisición o contratación de bienes obras o	1.-Matriz de revisión de sentencia  2.- Entrevista estructurada	

y negociación incompatible, permitiendo su probanza

servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

3.- fichas bibliográficas

3.- Concertación para defraudar al Estado

Doctrinal

1.- Concertación es subrepticia (clandestinidad)

2.- Se demuestra por indicios

3.- Dificil probanza

Delito de Negociación incompatible

Normativo: Artículo 399 del Código Penal

1.- Funcionario o servidor público

2.- Indebidamente se interesa en provecho propio por cualquier contrato u operación

3.- Indebidamente se interesa en provecho de un tercero por cualquier contrato u operación

Doctrinal

1.- Clandestinidad

2.- Dificil probanza



## **CAPÍTULO II**

### **MÉTODOS Y MATERIALES**

#### **2.1. ENFOQUE, TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

##### **2.1.1. Enfoque de investigación:**

La investigación, tiene un enfoque cualitativo y dentro de este se desarrolló el paradigma interpretativo, siendo de tipo interpretativo, hermenéutico y propositivo, de diseño transversal.

Estaríamos ante un enfoque cualitativo, pues la investigación cualitativa que tiene como uno de sus exponentes a Max Weber, se precisa que es el apropiado de información para estudiar los fenómenos sociales, pues se trata de explicar como algo sucedió de un modo y no de otra manera. Señala el autor que en este tipo de investigaciones Gonzales (2003) se hace su estudio describiendo lo individual, lo diferente, analiza la existencia de múltiples realidades, sin pretender establecer leyes universales sino considerando que los postulados que podrían pertenecer a una teoría corresponden sólo a en tiempo y espacio, con la finalidad de cambiar una determinada realidad contextualizada. Por este motivo en la presente investigación, se analizará la realidad social en el que surge el problema de investigación y la forma como ha sido abordado, mediante el análisis de sentencias, por los Tribunales de la Corte Suprema de Justicia en lo Penal y por el Tribunal Constitucional, respecto de temas puntuales como son la prueba prohibida, la ponderación y el interés público. Los métodos adecuados para este enfoque han sido el de análisis documental, que nos permitió localizar un problema dentro de la realidad vivida a nivel de los Tribunales jurisdiccionales. El método hermenéutico, permitió encontrar el sentido, alcance y límites de estos problemas hallados, y forman parte del planteamiento del problema. Así mismo las técnicas utilizadas fueron la participativa ya que formo parte del sistema como una operadora más dentro del sistema de administración de justicia. La técnica del acopia documental que permitió identificar el problema y analizarlo, y los instrumentos las fichas bibliográficas.

### 2.1.2. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo interpretativo, ya que, en las ciencias sociales, se señala Gonzales (2003) se parte del estudio de los individuos considerando que estos tienen motivaciones subjetivas las cuales no son observables, por eso menciona que dentro de las características de este paradigma es que es holística, porque trata de determinar las interdependencias del fenómeno, considerándolo como complejo. Se provee de datos cualitativos, el investigador tiene contacto directo con la situación estudiada. Es un sistema dinámico en constante cambio. En la presente investigación se analizará cada sentencia emitida por el Tribunal de la Corte Suprema de Justicia en los Penal, a fin de encontrar las motivaciones usadas para privilegiar o impedir la valoración de la prueba prohibida en las sentencias por los delitos de colusión y negociación incompatible, así también se analizarán las sentencias del Tribunal constitucional, para conocer las motivaciones de estos, respecto de la valoración de la prueba prohibida. Por eso se utilizará el método interpretativo que va de la mano de la técnica de la interpretación normativa, y como instrumentos las fichas bibliográficas y las fichas de investigación.

Dentro de los tipos de investigación se ha considerado la de tipo interpretativo, que es la que caracteriza a los que se involucran en el estudio del ser humano desde el punto de vista sociológico. En este tipo de investigación se parte de la observación y la descripción para luego pasar a la interpretación, para Martín Heidegger lo fundamental es estudiar la forma como los seres humanos interpretan la realidad que los rodea cuando interactúan con ella, por eso esta era la forma como se podría entender la realidad. En la presente investigación se partió de la norma legal, esto es los artículos VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, así como el artículo 152 del mismo texto legal, que describen una realidad jurídica, que es la imposibilidad de valorar la prueba prohibida. También se revisó casos concretos (sentencias) en donde aparece prueba prohibida como elemento fundamental de probanza para los delitos de colusión y negociación incompatible. Dentro de estas mismas sentencias se buscó la utilización de la proporcionalidad y si el interés público fue uno de los fundamentos utilizados. Siendo así se buscó el tratamiento que se dio a la prueba prohibida, esto es si se permitió o no su incorporación o valoración, y la motivación que lo sustenta. Se utilizó el método del análisis documental, la técnica de interpretación normativa, como instrumentos el de fichas bibliográficas.

También es de tipo hermenéutica, para el autor (Packer, 2010), la hermenéutica intenta describir y estudiar los fenómenos humanos significativos, libres de supuestos teóricos anteriores, a través de la comprensión práctica. El autor analiza el método de

Heidegger señalado que es “hermenéutico”, ya que hay una necesidad de interpretación cuando se explica la experiencia. La hermenéutica fue primigeniamente una serie de técnicas para interpretar los textos escritos. En este sentido la presente investigación indagará en cada una de las sentencias propuestas como unidades de análisis a fin de poder comprenderlas y de esta manera explicar las razones que se dieron para determinar o no la valoración de la prueba prohibida, y la motivación que hubo en ellas a efectos de determinar si se utilizó la ponderación como instrumento interpretativo, y si fue el interés público una de las motivaciones a tomar en cuenta. Buscará también determinar el significado de las palabras claves como prueba prohibida, ponderación, interés público, que se dieron en cada una de las sentencias analizadas, y determinar el sentido que se dio el legislador. El método adecuado ha sido el método hermenéutico que permitió encontrar el sentido de las palabras claves usadas. Así mismo las técnicas utilizadas fueron la participativa ya que formo parte del sistema como una operadora más dentro del sistema de administración de justicia. La técnica de la interpretación normativa que permitió identificar el problema y analizarlo, y los instrumentos las fichas bibliográficas.

### **2.1.3. Nivel de investigación**

Esta investigación a la vez es de nivel explicativo - propositivo en este tipo de investigaciones se trata de proponer un cambio en la regulación normativa ya sea por adición o supresión, esta se logra según el autor (Tantalean O. R., 2015) mostrando las falencias que se puedan encontrar en una regulación o institución jurídica, de esta manera se mostrara la solución, para superar las dificultades que ocasiona. Los métodos usados el hermenéutico, así como el inductivo deductivo, el que permitió a través del análisis y síntesis encontrar las razones que permitieron determinar el sentido de una u otra sentencia, como técnicas se usó la hermenéutica y como técnicas la interpretativa normativa, y como instrumentos la del Bloque Constitucional, a través del cual se permite realizar una interpretación de las leyes y normas desde la perspectiva garantista en función a la defensa de los derechos constitucionales y la primacía de la constitución, esto es desde un enfoque garantista.

Gráfico 1

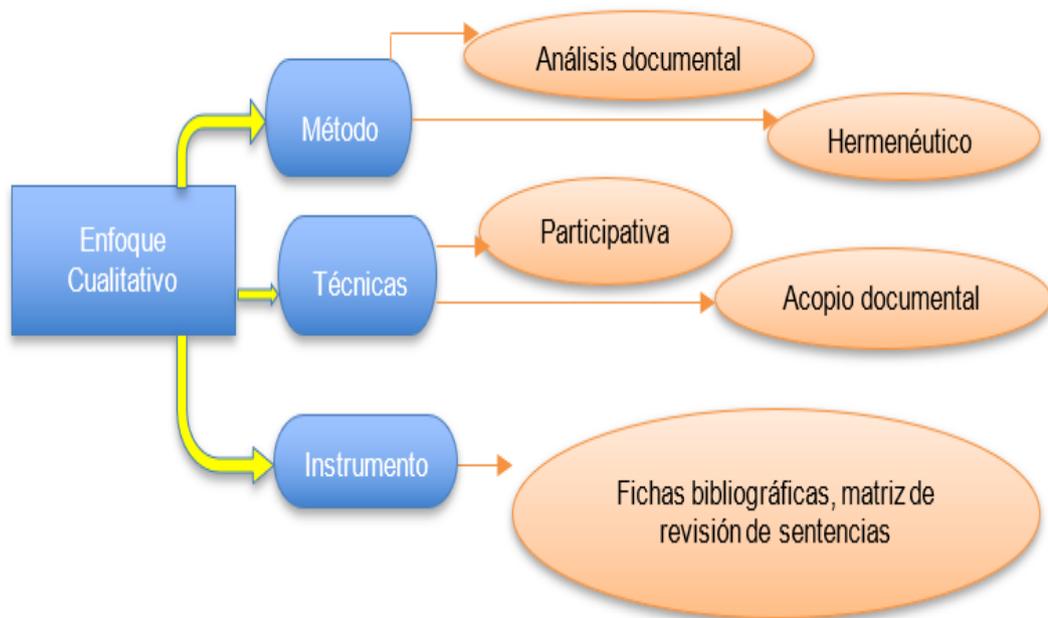
*Flujograma de enfoque cualitativo*

Gráfico 2

Flujograma de paradigma interpretativo

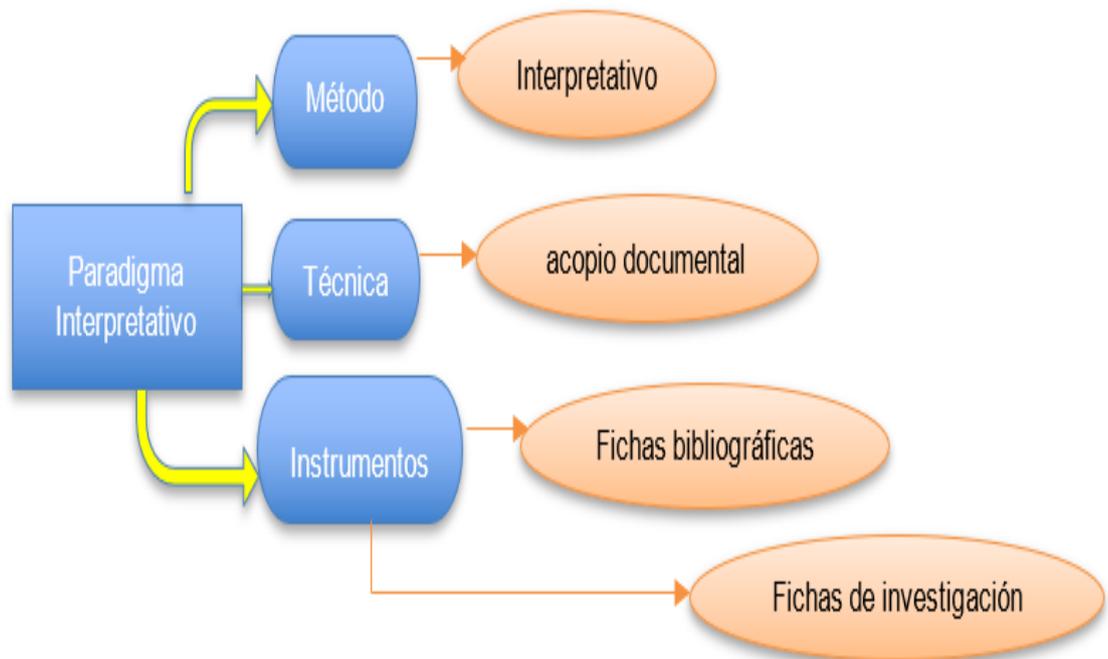


Gráfico 3

Flujograma de tipos de investigación

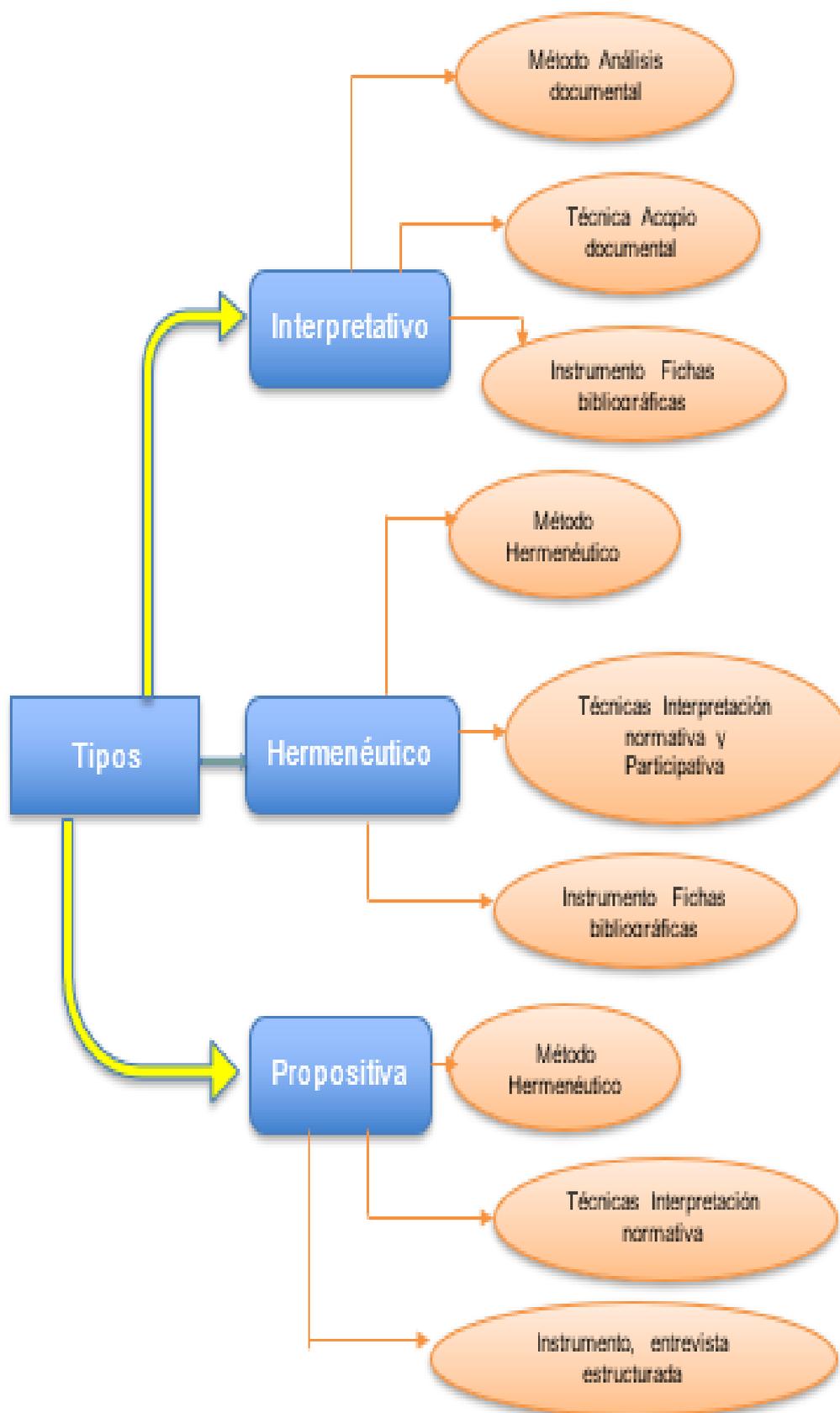


Gráfico 4

Flujograma de diseño de investigación



## 2.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta que estamos en una investigación cualitativa, y dentro de esta se habla de investigación participativa. Tal como lo han señalado Zenteno, Trejo Blanca Yaquelín y Osorno Sánchez Armando, (2014) “la investigación cualitativa, se caracteriza por describir sucesos, y dentro de esta ubicamos la investigación participativa, que surge a través del descubrimiento de un problema en la comunidad, al cual se pretende dar solución (pág. 23). Consecuentemente estamos ante una investigación cualitativa porque se describe la problemática surgida por la aparición de sentencias contradictorias respecto de la incorporación de la prueba prohibida en los procesos, y además es participativa porque se propone una solución al problema.

### **2.2.1. Método Hermenéutico:**

Por otro lado, se utilizó el método hermenéutico, para Riofrío (2015), “este método consiste en la interpretación que se hace para poder encontrar el sentido, alcance y límites de los temas que se analizan” (pág. 39). En este sentido a través de la revisión de la sentencia del caso Automotores Gildemeyster y la sentencia del caso Petro Audios, ambas de la Corte Suprema de Justicia se analizarán los fundamentos de estas para determinar los criterios determinantes que permitieron arribar a los fallos allí precisados, también se podrá analizar la sentencia caso Petro audios emitida por el Tribunal Constitucional, a fin de determinar las motivaciones de los Magistrados, relacionada a la justificación que respalden su decisión de excluir o de aplicar alguna regla de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, permitiendo proponer un criterio como es el interés público como válido, uniforme y confiable que genere predictibilidad a través de la utilización de la ponderación de interés o test de proporcionalidad, a ser aplicable para la admisión de la prueba prohibida.

### **2.2.2. Método inductivo-deductivo**

Así también el método utilizado fue el inductivo-deductivo, ya que de la revisión de los documentos se verificará las razones que en este caso justificaría la hipótesis general, así como las específicas planteadas en el presente trabajo de investigación, esto es a través de la inducción se analizará cada una de las razones de las sentencias ya mencionadas y se arribará a la conclusión de que el interés público debe ser el criterio a considerar como justificación para la excepción de la exclusión de la prueba prohibida, así mismo a través del método inductivo se partirá del fallo de cada sentencia, y se analizará las razones jurídicas que la justifican, permitiendo determinar la necesidad de reforma del Código Procesal Penal.

### **2.2.3. Método comparativo**

El método comparativo, según lo señala Ariza (2012) “el análisis comparativo cualitativo puede ser definido como un método orientado a casos que permite el análisis formal y sistemático de la causalidad” (pág. 54). En este sentido la investigación realiza una comparación entre las sentencias que no admiten la prueba prohibida y las que si las admiten para determinar las razones que la justifiquen.

## 2.4. Población

La población está conformada conforme al siguiente cuadro:

*Tabla 2 Población de la investigación*

<u>Casos</u>	<u>Tribunal que Emitió</u>	<u>Proceso</u>
10	Tribunal Constitucional	Habeas Corpus
15	Corte Suprema de Justicia Penal	Recurso de Nulidad- delito de colusión
08	Corte Suprema de Justicia Penal	Recurso de nulidad – delito de negociación incompatible

### 2.4.1. Muestra

Las muestras, constituida en unidades de análisis están conformadas por las siguientes sentencias:

*Tabla 3 Unidades de Investigación*

<u>Casos</u>	<u>Tipo de Proceso</u>	<u>Entidad que Emite</u>
Caso 2888-2000	Habeas Corpus Genaro Villegas Namuche	Tribunal constitucional
Caso 655-2010	Habeas Corpus – Alberto Quimper Herrera	Tribunal constitucional Corte Suprema
Caso 4715- 2015	Habeas Corpus – William Candamo Pérez	Corte Suprema
Caso 1379-2017	Delito de colusión Petro Audios, por el delito de Negociación	Corte Suprema
Caso 677-2016	Delito de negociación incompatible	Corte Suprema
Caso 18-2017	Delito de Colusión Caso Automotores Gildemeister	Corte Suprema

### 2.4.1. Técnica de muestreo

La técnica de muestreo utilizada fue la técnica del muestreo por conveniencia, pues tal como se ha mencionado, el corpus está compuesto por siete sentencias, que tratan respecto de la valoración de la prueba prohibida, el delito de colusión, la exclusión de esta, y las reglas de excepción a la exclusión emitidas entre los años 2004 al 2019, habiéndose elegido mediante el procedimiento de muestreo no probabilístico por conveniencia. Se realizó la codificación descriptiva como punto de partida, para determinar las categorías que se agrupan la información registrada, como son interés público, prueba prohibida, motivación de resoluciones, delito de colusión de negociación incompatible, regla de excepción a la exclusión de la prueba prohibida. Luego se pasó a una codificación axial, pues se ha identificado propiedades de las categorías utilizado información doctrinal relacionada con los temas, la misma que obra en el marco teórico, y por último se pasó a la codificación selectiva que incluye el análisis de casos negativos, esto es lo que no expulsaron la prueba prohibida, la triangulación respecto del análisis que se debió hacer sobre el interés público y validación con los informantes, esto es las sentencias

## **2.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

### **2.5.1. Técnicas**

Una de las técnicas fue la participativa la que surge a través del descubrimiento de un problema en la comunidad, a la cual se pretende dar solución. (Zenteno, Trejo Blanca Yaquelín; Osorno Sánchez Armando, 2014) En la investigación cualitativa que tiene como uno de sus exponentes a Max Weber, se precisa que es el apropiado para estudiar los fenómenos sociales, pues se trata de explicar como algo sucedió de un modo y no de otra manera. Pues como parte del sistema de justicia, mi persona participa en estas interpretaciones realizadas y las aplico en las dediciones que se toman en determinados casos.

La técnica de Acopio documental, utilizada para la obtención de la información y datos necesarios que justifiquen la investigación se acopió doctrina y jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, relacionada con el delito de

colusión, prueba prohibida, reglas de excepción a la exclusión, test de proporcionalidad y ponderación de intereses, así como las relaciones con el interés público en el delito de colusión. La doctrina que se ha considerado ha sido extraída de diferentes fuentes, una de las cuales, en relación a la relacionada con los estudios realizados en nuestro país, se contó con doctrina en la mayoría de los casos de mi biblioteca personal, de 15 libros aproximadamente, de los cuales se escogió 07 libros que corresponden a los años 2009 al 2020 de diferentes autores relacionados ya que estos versaban sobre materia penal con la prueba, conceptos, valoración, límites a la actividad probatoria, principios de la prueba y otros. En materia constitucional relacionados con los derechos fundamentales, su fundamento, la limitación de estos y su justificación, así como publicaciones de diferentes artículos que se encuentran en 51 libros como Gaceta penal y procesal penal de los años 2016 al 2020, de los cuales se escogió 22 libros porque relacionaban con el presente trabajo, respecto de posiciones que coinciden y otras que no respecto de los conceptos desarrollados.

También se buscó y se ubicó en los portales de Dialnet, así como 30 repositorios de las universidades tanto nacionales como la Pontificia Universidad Católica del Perú, San Marcos, Universidad Autónoma de Arequipa, como extranjeras Universidad Autónoma de México, Universidad de Alicante de España, así como Centros de Estudios como es el caso de Chile, de España, Colombia vía internet, entrando a los respectivos portales, doctrina que responde a publicaciones de libros y/o revistas relacionadas con el interés público, derechos fundamentales, sus restricciones, legalidad de la prueba, y otros desarrollados en el presente trabajo, en donde se desarrolla las diferentes posiciones incluso contradictorias respecto de la utilización de la prueba prohibida.

Se buscó entre aproximadamente 50 documentos, y se extrajo doctrina de trabajos de 13 tesis para optar el grado de magister así como para optar el grado de doctor, tanto de autores locales ingresando a repositorios de tesis de la universidad Pedro Ruiz Gallo, nacionales como repositorios de tesis de la Universidad Autónoma de Arequipa, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad San Marcos, y del portal de DIALNET respecto de trabajos que proviene del extranjero como es el caso de trabajos realizados en Chile, España y México, en donde se analiza las posiciones tanto a favor como en contra de la incorporación y valoración de la prueba prohibida o ilícita.

Otras documentales que han permitido, desarrollar el presente trabajo ha sido sentencias que se han emitido tanto en la Corte Suprema de Justicia en lo penal habiendo revisado aproximadamente 34 sentencias de las cuales se escogieron 7, para lo cual se contó con libros de gaceta penal y procesal penal, actualidad penal y gaceta constitucional

de los años 2016 al 2020, de mi biblioteca personal. También de los portales web del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, en donde se publican las sentencias emitidas por estos órganos jurisdiccionales, así como del portal web de Lp – pasión por el derecho, de donde se obtiene jurisprudencia actualizada en forma diaria. Sentencias en las que en algunos casos se aplica el interés público y se ha logrado sentencias por el delito de colusión al privilegiar la valoración de la prueba prohibida, otras sentencias en las que se ha absuelto a los acusados porque se ha expulsado del acervo probatorio la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, otras en la que se desarrolla en concepto de interés público y la aplicación de éste en las sentencias en donde se dilucida la vulneración de derechos fundamentales.

Toda esta documentación esto es, la doctrina que se rastreó clasificó y determinó su utilización, son material idóneo que permitió justificar el presente trabajo, pues se pudo conocer la evolución histórica de los conceptos desarrollados la que estaba íntimamente relacionada con el momento histórico en el que se aplicaron, así como a las costumbres de cada grupo social estudiado. Así permitió comprender la necesidad de aplicar el interés público, en mérito a la consecución de la finalidad primordial de todo estado de derecho, que es lograr en la medida de lo posible el mayor bienestar general a través de la paz social, para que cada individuo se desarrolle en libertad, seguro y protegido de intromisiones que afecten a su comunidad (interés público) y por ende él (interés particular), con lo que pondría en riesgo el bien común.

Por su parte la interpretación normativa, técnica que permitió analizar y determinar la forma como debería ser interpretada la norma constitucional y procesal penal, en temas relacionadas a la incorporación de la prueba prohibida en delito graves como el de colusión.

Para lo cual se revisó la constitución política del Perú, así como el Código Procesal Penal, material que forma parte de mi biblioteca personal, ya que a través de este se pudo determinar la forma legal a través de la cual se encuentra establecida la incorporación y valoración de la prueba en el proceso penal peruano, lo cual constituye el punto de partida de este trabajo y al mismo tiempo nos permitió proponer la incorporación de una previsión legal que flexibilice la utilización de la prueba prohibida en casos graves, cuando se trata de prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, en aras del bienestar común a través del interés público.

### **2.5.2. Instrumentos y materiales de recolección de datos**

Los instrumentos que sirvieron de insumos fueron las fichas bibliográficas Para ubicar las fuentes como son sentencias, libros, revistas en materia penal y constitucional, así como nacional e internacional relacionados a la incorporación de la prueba prohibida, derechos fundamentales, su limitación, alcance, la proporcionalidad, los principios y límites de la prueba. Y también se utilizó las fichas de investigación a través del cual se acopió, se materializó en fichas textuales, de resumen y de síntesis, con lo que se sistematizó la información obtenida, facilitando el acceso a la dicha información para ser utilizada en el momento que corresponda.

### **2.6. PROCESAMIENTO Y E INTERPRETACIÓN DE DATOS**

La presente investigación es de tipo cualitativo la misma que se caracteriza por describir sucesos, a través de información cualitativa, y dentro de esta se habla de investigación participativa la que surge a través del descubrimiento de un problema en la comunidad, a la cual se pretende dar solución. (Zenteno, Trejo Blanca Yaquelín; Osorno Sánchez Armando, 2014) Por este motivo en la presente investigación, se analizará el problema ya determinado, a través de diferentes jurisprudencias y doctrina, para encontrar y proponer la solución al problema.

La hipótesis se verificará a través del análisis e interpretación que se realizará de las mismas sentencias utilizadas como muestra, motivo por el cual no tiene análisis estadístico ni interpretación de datos.

Según (Tojar, 2006) en investigación cualitativa señala que para la disposición y transformación de datos, es importante la disposición de la información de una manera gráfica y organizada ayuda a el análisis de la misma para su comprensión, así nos permiten ver la relación de varios conceptos o su transformación a través de la historia y en el presente trabajo se utilizó matrices descriptivas, que son matrices que tienen información cualitativa, con la intención de tener una visión global de los datos y dentro de esta la matriz con grupos conceptuales.

**Tal como se detalla:**

*Tabla 4 Formas de conceptualizar el interés público*

<u>Autor</u>	<u>Manuel Pinto Bastos</u>	<u>Joel Rosas Alcántara</u>	<u>Jorge Corea Fontecilla</u>	<u>Carla Ochoa Huerta</u>
Concepción sobre interés público	Es buscar la máxima felicidad para la comunidad	Es lo que una comunidad considera necesario para la convivencia social	Es todo lo que beneficia a una comunidad, su contenido es variable	Es todo lo que es valiosa para un público, y lo considera termino indeterminable
Justificación	Por esto debe considerarse como principio rector del Estado	El Estado debe considerarlo como uno de sus fines	Se gesta y desarrollo en el Estado, porque persigue sus fines	No contradice al interés particular, sino que se complementa.
Finalidad	Busca el interés general a través de la justicia, orden y equidad para el conjunto	El estado nunca debe consagrar intereses particulares sino buscar bienestar general	Debe considerar como norma de evaluación de los derechos y deberes, los valores y principios que se encuentran en las constituciones deberían ser interpretados en mérito a este concepto	Permite la intromisión del Estado en aras del bienestar general

De lo que se advierte que todas las posiciones respecto de un ensayo de definición de interés público incluyen la idea de bienestar general para una comunidad

*Tabla 5 Formas como fue abordado por la Jurisprudencia la valoración de prueba prohibida*

Sentencias de Funcionarios	Delito de Corrupción	Institución	Valoración de Prueba Prohibida	Intervención del Derecho Fundamental
Caso Automotores Gildemeister		Corte Suprema de Justicia – Sala Penal – Recurso de Nulidad 817-2016-LIMA	Si permitió la valoración de la prueba prohibida a través del principio de proporcionalidad, se condenó a los acusados.	I Intervención del secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, la misma que por el interés público, al tratarse de un delito grave y de grave repercusión

				nacional, se admitió y valoró la prueba obtenida con violación a derechos fundamentales
Caso Petro Audios		Tribunal Constitucional, caso 655-2010	No permitió la utilización de prueba prohibida, facilitó la absolución	Estableció que existe prohibición legal respecto de la utilización de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Y siendo que las conversaciones no constituían información pública.
Caso Quimper	Alberto	Corte Suprema de Justicia recurso de nulidad 677 - 2016	Excluyó la valoración de prueba prohibida	Señaló que al haber difundido en medios de prensa audios que habían sido obtenidos con violación al derecho fundamental, son ilícitos por lo que no pueden valorarse.

**Se advierte sentencias contradictorias, en una se privilegia la prueba prohibida en base al interés público, y en la segunda no se permite la admisión ni valoración de este tipo de pruebas**

## CAPITULO III

### RESULTADOS

#### 3.1. Respecto al análisis de sentencias:

El corpus del trabajo de investigación está conformado por (siete) seis sentencias cuatro emitidas por la Corte Suprema de Justicia de las cuales en una se privilegió la prueba prohibida, en otra se dispuso la expulsión de la prueba prohibida, y una sentencia por el delito de colusión y otra por el delito de negociación incompatible en la que se define las características de estos delitos, y tres emitidas por el Tribunal Constitucional, dos sobre la prueba prohibida y una sobre el derecho a la verdad.

Tabla 6

<u>Casos</u>	<u>Tipo de Proceso</u>	<u>Entidad que Emite</u>
Caso 2488-2002	Habeas Corpus Genaro Villegas Namuche	Tribunal constitucional
Caso 655-2010	Habeas Corpus – Alberto Quimper Herrera	Tribunal constitucional
Caso 4715- 2015	Habeas Corpus – William Candamo Pérez	Corte Suprema
Caso 1379-2017	Delito de colusión	Corte Suprema
Caso 677-2016	Petro Audios, por el delito de Negociación	Corte Suprema
Caso 18-2017	Delito de negociación incompatible	Corte Suprema
817-2016	Delito de Colusión Caso Automotores Gildemeister	Corte Suprema

## 3.1.1. Exp. N° 2488-2002-HC/TC-PIURA

Tabla 7

Exp. N°	2488-2002-HC/TC-PIURA
Organo Resolutor	Tribunal Constitucional
Materia	Derecho a la verdad
Comentario del tesista	<p>Lo relevante de esta sentencia de cara a la presente investigación es el estudio del derecho a la verdad, como un interés tutelado colectivo inalienable, y si bien, no se encuentra expresamente contemplado en la Carta Magna, fluye del artículo 3 de la misma que establece la vigencia de los derechos fundamentales innominados, de la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, siendo que consideran los magistrados que deben implementarse medidas legislativas necesarias para procurar su concreción.</p> <p>De otro lado, el Tribunal Constitucional reconoce que el derecho a la verdad proviene del principio de dignidad humana, además es pertinente para la presente investigación la vertiente colectiva del mencionado derecho como un límite a la fuerza pública y la arbitrariedad estatal, ya que la vulneración a este derecho afecta a todo el pueblo peruano, pues todos tenemos derecho a conocer lo que realmente aconteció en la historia del país, con el propósito de mejorar y reconstruir las condiciones mínimas e indispensables para el Perú y poder garantizar una sociedad genuinamente democrática</p>

Tabla 8 Derecho a la verdad

1	Se define el derecho a la verdad	<input checked="" type="checkbox"/> si	<input type="checkbox"/> no
2	La definición es a través de la normativa	<input type="checkbox"/> si	<input checked="" type="checkbox"/> no
3	La definición es a través de la jurisprudencia	<input type="checkbox"/> si	<input checked="" type="checkbox"/> no

4	La definición es a través de los instrumentos internacionales	<input checked="" type="checkbox"/> si	<input type="checkbox"/> no
5	El derecho a la verdad es un derecho expreso	<input type="checkbox"/> si	<input checked="" type="checkbox"/> no
6	El derecho a la verdad es un derecho innominado	<input checked="" type="checkbox"/> si	<input type="checkbox"/> no
7	El derecho a la verdad es un derecho fundamental	<input checked="" type="checkbox"/> si	<input type="checkbox"/> no

### 3.1.2. Recurso de Nulidad N° 677-2016-LIMA

Tabla 9

Exp. N°	R.N. 677-2016-LIMA
Organo Resolutor	Corte Suprema – Sala Permanente
Materia	Exclusión de prueba – Ponderación de intereses
Comentario del tesista	<p>La presente sentencia contiene uno de los casos de corrupción más polémicos del país corridos en la década del 2000, que sin embargo tuvo un desenlace inesperado cuando todos los involucrados fueron absueltos de los cargos, no referimos al caso Petroaudios, el cual motivo una ardua investigación penal contra funcionarios s que realizaban trato clandestinos con particulares, en este caso una empresa extranjera, buscando satisfacer sus intereses particulares (enriquecerse, obtener beneficios patrimoniales) dejando de lado los intereses del Estado.</p> <p>El caso comenzó con la difusión de unos audios en el año 2008, que contenían conversaciones entre el funcionario de Perú Petro, Alberto Quimper y el lobista Rómulo León, la cuales versaban sobre pagos de dinero para favorecer a una empresa noruega respecto a la referida empresa petrolera del país. Ello originó que se iniciara una investigación penal por diversos delitos contra la administración pública, entre ellos colusión, negociación incompatible, cohecho, tráfico de influencias, entre otros.</p>

Por otro lado, los audios revelados en las cadenas televisivas fueron obtenidos de la interceptación ilegal a los equipos telefónicos de los involucrados a través de la empresa Bussines Track, cuyos representantes fueron acusados por el delito de violación de las comunicaciones – interceptación telefónica en agravio de Quimper y León. Finalmente, los representantes de dicha empresa son condenados por el mencionado delito y Bussines Track disuelta.

Cabe precisar que el caso principal de corrupción de funcionarios, fue reiniciado muchas veces (nulidad y que se realice nuevo juicio) siendo que una sala penal primigenia que conoció el caso aplicó una excepción a la exclusión de la prueba cuando sea obtenida con violación de derechos fundamentales, esto es la teoría de la ponderación de intereses, en el sentido que resulta más preponderante la averiguación de la verdad -por ser de interés público- que los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, no obstante en la sentencia de vista se tomó en cuenta que en el caso de Bussines Track se condenó a sus representantes por el delito de violación de las comunicaciones y por ende consideran que al haber certeza de que los audios fueron obtenidos violando derechos fundamentales, excluyen los mismos y todo el material probatorio indirecto que se deriven de los mismos, dejando sin acervo probatorio al caso lo que trajo como consecuencia la absolución de los acusados. Este criterio fue ratificado por la Corte Suprema.

Ahora bien, como bien refirió la fiscalía en la sentencia de vista nunca establecieron porque no aplicarían el criterio de ponderación de intereses, señalando que la verdad no puede obtenerse a toda costa, violando incluso derechos de las personas, no obstante, consideramos que al ser un caso de sumo interés público y de corrupción a gran escala debió exceptuarse la exclusión de prueba y adoptarse un criterio, como lo hizo la anterior sala penal, en este caso el de ponderación de intereses.

--	--

Tabla 10 Interés público

1	Se define el interés público	si	<del>no</del>
2	La definición es a través de la normativa	si	<del>no</del>
3	La definición de interés público es doctrinal	si	<del>no</del>
4	Se identifica el interés público como un deber – fin del Estado	si	<del>no</del>
5	Se utiliza el interés público como una justificación para valoración de la prueba	si	<del>no</del>
6	Se hace la diferencia entre interés público e interés particular	si	<del>no</del>
7	Se condenó al o los acusados	si	<del>no</del>

Tabla 11: Prueba prohibida

1	Se define prueba prohibida	<del>si</del>	o N
2	Se explica las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida	si	<del>no</del>
3	Aplica la ley que prohíbe la prueba prohibida de manera literal – pura subsunción	si	<del>no</del>
4	Aplica la ponderación de intereses en la valoración de la prueba	si	<del>no</del>
5	Aplica la proporcionalidad en la valoración de la prueba	si	<del>no</del>
6	Se condenó al o los acusados	si	<del>no</del>
7	Se define prueba derivada	<del>si</del>	o N

### 3.1.3. Exp. N° 00655-2010-PCH/TC-LIMA

Tabla 12

Exp. N°	00655-2010-PCH/TC-LIMA
Organo Resolutor	Tribunal Constitucional
Materia	Prueba Prohibida – interceptación telefónica
Comentario del tesista	<p>Para el máximo intérprete de la Constitución la prueba prohibida constituye un derecho fundamental, el cual, si bien no está expresamente consagrada en la Constitución, fluye como un derecho innominado y que constituye una garantía a favor de todas las personas cuando se da el supuesto de prueba obtenida con violación de una situación jurídica, siendo la consecuencia la expulsión del proceso de dicho medio probatorio.</p> <p>Lo relevante de esta sentencia es la calidad de derecho fundamental que le atribuye a la figura de la prueba prohibida, lo que implica que al analizar una prueba además de pertenencia y utilidad debe verificarse también su licitud.</p> <p>Cabe precisar que la prueba prohibida si está positivamente regulada en la norma procesal penal actual, esto es en el artículo 159, en donde se proscribe expresamente su empleo en un proceso sea de forma directa o indirecta.</p> <p>Por otro lado, establecen la relación entre la vida privada en el sentido del derecho al secreto de las comunicaciones y la facultad de interceptar telefónicamente las mismas, señalando la protección de la privacidad del contenido de las comunicaciones independientemente de cuál sea su contenido, esto es quien no sea interlocutor o participe de estos diálogos no tiene porque enterarse de la información vertida, a menos que exista resolución judicial que así lo autorice y teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad en su sentido de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.</p>

	<p>Ahora bien, adentrándonos en el caso en concreto, el mismo tiene que ver con un habeas corpus presentado a favor del denunciado Quimper Herrera, debido a que se habría emitido el auto de apertura de instrucción sin tener en cuenta que habían medios de prueba obtenidos en forma ilícita, tal como son las conversaciones develadas por una empresa privada dedicada al chuponeo y en modo alguno obtenidos con autorización judicial, y que además fueron mostradas exprofesamente por varios medios de comunicación.</p> <p>Al respecto el Tribunal por mayoría señalan que el proceso en ese momento aún no había concluido y se encontraba en etapa de instrucción considerando que lo pedido era prematuro, declarando improcedente la demanda, no sin antes emitir una severa crítica a los medios de comunicación por la divulgación de dichas conversaciones, pese a estar prohibidos de hacerlo por mandato constitucional (art. 2 inc 10).</p> <p>En esa sentencia se emitieron diversos votos por parte de los magistrados, entre ellos, el de Vergara Gotelli quien señala que no puede censurarse la información que los medios de comunicación difunden a la población, máxime si se trata de temas de interés público, ya que con esa línea de pensamiento se estaría favoreciendo incluso a un amplio margen de impunidad, de lo contrario estaríamos ante un caso de censura previa.</p>
--	---

Tabla 13 Prueba Prohibida

1	Se define prueba prohibida	<del>si</del>	o N
2	Se explica las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida	<del>si</del>	o N
3	Aplica la ley que prohíbe la prueba prohibida de manera literal – pura subsunción	<del>si</del>	o N
4	Aplica la ponderación de intereses en la valoración de la prueba	si	<del>no</del>

5	Aplica la proporcionalidad en la valoración de la prueba	si	<del>no</del>
6	Se condenó al o los acusados	si	<del>no</del>
7	Se define prueba derivada	si	<del>no</del>

### 3.1.4. Exp. N° 04715-2015-PCH/TC-LIMA

Tabla 14

Exp. N°	04715-2015-PHC/TC-LIMA
Organo Resolutor	Tribunal Constitucional
Materia	Grabaciones telefónicas, autorización de uno de los interlocutores
Comentario del tesista	<p>El presente caso tuvo como marco criminal un hecho de cohecho, en donde un funcionario solicitó a una persona el pago de una suma de dinero con la finalidad de que se recaben los resultados de una pericia.</p> <p>No obstante, dicha persona denuncia el hecho ante la fiscalía, decidiendo montar un operativo, para lo cual la agraviada graba la conversación con el funcionario, logrando registrar los hechos de corrupción previamente denunciados por ésta y que sirvió como medio de prueba para el proceso que se le inició al funcionario y para la posterior condena impuesta a éste, por lo que solicita la nulidad de todo lo actuado.</p> <p>El tribunal argumentó señalando que si bien es cierto está protegido constitucionalmente el secreto de las comunicaciones, el amparo de esta garantía no abarca los supuestos en donde uno de los interlocutores o intervinientes en la comunicación graba o registra <i>motu proprio</i> las conversaciones que sostenga o autoriza que un tercero sea el que grabe o registre la misma. Por el contrario, si esta conversación es difundida o utilizada por un tercero ajeno a la conversación si nos encontraríamos ante una prohibición de la</p>

	<p>norma por haber vulneración de derechos fundamentales.</p> <p>Además, precisa el Tribunal que la sentencia condenatoria no ha tenido a la grabación de la conversación como única prueba para sustentar dicha decisión, sin que también han existido otros medios probatorios contundentes como el acta de operativo fiscal, acta de queja verbal, entre otros. Por tanto, declara infundada la demanda.</p>
--	---

Tabla 15 Prueba Prohibida

1	Se define prueba prohibida	<del>Si</del>	o N
2	Se explica las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida	<del>Si</del>	o N
3	Aplica la ley que prohíbe la prueba prohibida de manera literal – pura subsunción	<del>Si</del>	o N
4	Aplica la ponderación de intereses en la valoración de la prueba	Si	<del>no</del>
5	Aplica la proporcionalidad en la valoración de la prueba	Si	<del>no</del>
6	Se condenó al o los acusados	Si	<del>no</del>
7	Se define prueba derivada	Si	<del>no</del>

### 3.1.5. Recurso de Casación N° 1379-2017/NACIONAL

Tabla 16

Recurso de Casación	01379-2017/NACIONAL
Organo Resolutor	Corte Suprema – Sala Penal Permanente
Materia	Colusión desleal – desarrollo material

Comentario del tesista

En la sentencia de casación materia de análisis se aprecia que se ha procedido a examinar diversas aristas dentro del caso en concreto, esto es tanto en el aspecto procesal penal, relativo a la condena del absuelto, a la prueba en segunda instancia y en el aspecto material relacionado al delito de Colusión Desleal, tal como el proceso para analizar el tipo objetivo y subjetivo, la situación de los árbitros y su grado de participación en los procesos de contrataciones del Estado en un contexto de concertación entre funcionarios y particulares interesados, así como establecer si la pluralidad de agentes en el referido delito constituye una agravante.

Respecto a la parte procesal, en lo que concierne la prueba en segunda instancia, en forma declarativa asume lo expresado ya por el Código Procesal Penal y remarca la posibilidad de valorar prueba en segunda instancia, evidentemente bajo determinados parámetros, tales como cuando existe prueba de la cual no se tenía conocimiento durante la primera instancia, cuando las pruebas en su oportunidad fueron inadecuadamente denegadas o si bien fueron admitidas no llegaron a actuarse en juicio. Respecto a la prueba personal, es posible también la citación de testigos y agraviados en caso su concurrencia sea de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento de la inmediación y contradicción propios de la etapa de juicio oral.

Por otro lado, en cuanto a la condena del absuelto, en el caso se tiene que en primera instancia se absolvió a parte de los involucrados, pero en segunda instancia se les revocó la pena y fueron condenas, pese a que, como refiere la defensa, el Fiscal superior tuvo como petitorio de apelación la nulidad para nuevo juicio y no una revocatoria para condena. El Tribunal Supremo consideró que, al haberse fundamentados las condenas en segunda instancia en prueba documental, pero sobre todo en prueba personal, no obstante, se valoró la obtenida en primera instancia y no se recibió de nuevo las declaraciones de dichas personas, circunstancia que imposibilita dictar una

condena, a alguien que fue absuelto en primera instancia, ya que admitir lo contrario sería vulnerar los principios de inmediación y contradicción. Por lo que en ese extremo declaran la nulidad y que se lleve a cabo un nuevo juicio.

En cuanto al aspecto material, se hace un desarrollo del delito de Colusión Desleal, y el proceso para el análisis de su tipicidad, así en el caso analizado, en segunda instancia se atribuyó a uno de los involucrados, quien era dueño de la empresa, el delito de Colusión Desleal en su calidad de cómplice primario, ya que tenía conocimiento de lo sucedido, y por tanto es responsable penalmente, sin embargo, advirtió la Corte Suprema que en segunda instancia se omitió desarrollar las exigencias típicas tanto objetivas como subjetivas, por lo que considera se ha realizado una indebida interpretación de la tipicidad, por lo que ampara también en este extremo a la casación.

Sobre la situación de los árbitros y su grado de participación en los procesos de contrataciones del Estado en un contexto de concertación entre funcionarios y particulares interesados, en el caso concreto, tanto en primera como en segunda instancia se absolvió a los árbitros del cargo de complicidad en el delito de Colusión, ya que su función se limitó a homologar el acuerdo conciliatorio realizado entre las partes (funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes y particulares interesados representantes de A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada) y que por ende no tenían conocimiento del convenio subrepticio entre las partes antes mencionadas. La corte advierte que tampoco se ha realizado un análisis correcto de la imputación objetiva y subjetiva a título de cómplices de estos árbitros, por tanto, ampara la casación y ordenando un nuevo debate sobre dicha situación.

Finalmente, respecto a establecer si la pluralidad de agentes en el referido delito constituye una agravante, el Tribunal Supremo explica que si resulta factible si tenemos en cuenta que la intervención delictiva de más personas se realiza

	teniéndose en cuenta a otros involucrados, siempre más de dos, ya que este delito es uno de encuentro y no como pretendió interpretar el tribunal de segunda instancia se consiste en que ya en el delito siempre intervengan dos partes (delito de encuentro) sino del número de personas involucrados.
--	--

Tabla 17 Delito de colusión

1	Define delito de colusión	<del>X</del>	<input type="radio"/> N
2	Se explica las características del delito de colusión	<del>X</del> si	<input type="radio"/> N
3	Se explica el carácter de clandestino del delito de colusión	<del>X</del> si	<input type="radio"/> N
4	Se explica sobre el carácter de subrepticio del delito de colusión	<del>X</del> si	<input type="radio"/> N
5	Se ha ofrecido y actuado prueba directa para la probanza del delito de colusión	si	<del>X</del> no
6	Se ofreció prueba por indicios para la probanza del delito de colusión	<del>X</del> si	<input type="radio"/> N
7	Se ofreció prueba prohibida para la probanza del delito de colusión	si	<del>X</del> no
8	Se utilizó la prueba prohibida para demostrar el delito de colusión	si	<del>X</del>
9	Se condenó al o los acusados	si	<del>X</del> no
10	Se afectó el patrimonio del Estado	<del>X</del> si	<input type="radio"/> N

### 3.1.6. Recurso de Casación N° 18-2017-JUNIN

Tabla 18

Exp. N°	18-2017-JUNIN
Órgano Resolutor	Corte Suprema – Sala Penal Transitoria

Materia	Negociación Incompatible – Interés Indebido
Comentario del tesista	<p>En el caso materia de análisis, se tiene como imputación que funcionarios del INPE – Huancayo, específicamente el Director y el Director Regional tuvieron un interés indebido en la concreción de un convenio realizado con una empresa que les brindaría el servicio de telefonía a favor de los internos del INPE.</p> <p>Cabe recalcar que el Director fue quien suscribió el convenio y el Director Regional fue quien emitió un oficio requiriendo al Director que suscriba el convenio con la empresa, sin que se hayan cumplido con los requisitos establecidos en una directiva propia del INPE, a lo que hay que agregar que representante legal es familiar directo de un trabajador penitenciario quien a su vez fue compañero de aulas del Director, acreditándose un vínculo de amistad entre ellos.</p> <p>En el presente caso se declaró infundado el recurso de casación al considerar plenamente acreditado el interés indebido por parte de los funcionarios antes mencionados con la prueba actuada, a lo que añaden también un desarrollo dogmático de este elemento objetivo el tipo, el cual consiste en anteponer los intereses particulares del funcionario o de un tercero a los intereses generales del Estado, atentando contra el deber de imparcialidad que deben ostentar los funcionarios o servidores públicos quienes deben ingresar a la administración pública para servir a su nación y no para obtener provecho propio o para terceros. Asimismo, especifican también que se trata de un delito de peligro concreto y no necesita de un perjuicio efectivo al Estado para su consumación.</p>

Tabla 19 Delito de negociación incompatible

1	Define delito de negociación incompatible	<input checked="" type="checkbox"/> si	<input type="checkbox"/> N
2	Se explica las características del delito de negociación incompatible	<input checked="" type="checkbox"/> si	<input type="checkbox"/> N

3	Se explica el carácter de clandestino del delito de negociación incompatible	si	<del>no</del>
4	Se explica sobre el carácter de subrepticio del delito de negociación incompatible	si	<del>no</del>
5	Se ha ofrecido y actuado prueba directa para la probanza del delito de negociación incompatible	si	<del>no</del>
6	Se ofreció prueba por indicios para la probanza del delito de negociación incompatible	<del>si</del>	o N
7	Se ofreció prueba prohibida para la probanza del delito de negociación incompatible	si	<del>no</del>
8	Se utilizó la prueba prohibida para demostrar el delito de negociación incompatible	si	<del>no</del>
9	Se condenó al o los acusados	<del>si</del>	o N
10	Se afectó el patrimonio del Estado	<del>si</del>	o N

### 3.1.7. Recurso de Nulidad N° 817-2016/LIMA

Tabla 20

Exp. N°	Recurso de Nulidad N° 817-2016/LIMA
Organo Resolutor	Sala Penal Permanente – Corte Suprema
Materia	Prueba ilícita – Interés General
Comentario del tesista	<p>El presente caso verso sobre un hecho de colusión entre el comité especial de uno de los estamentos de la PNP (funcionarios públicos) y la empresa consorciada Automotora Gildemeistr S.A. y Maquinaria Nacional S.A. para la obtención de la Buena Pro.</p> <p>Como una de las pruebas que se presentó para sustentar la tesis incriminatoria fue el Informe de Revisión de Operaciones y Control Interno en automotores Gildemeister Perú S.A. el mismo que fue suministrado por la propia empresa, no obstante uno de los acusados presentó una tacha contra el mismo en primera instancia al considerar que se vulneraba su derecho al secreto de las comunicaciones, ya que si bien es cierto el contenido es real</p>

(mensajes entre los gerentes de Gildemeister que permitían inferir el contubernio entre los acusados para que dicha empresa obtuviera la Buena Pro) la forma en que fue obtenida resulta ilícita, ya que la intervención de dicho correo debió en todo caso realizarse mediante autorización judicial, lo que no ocurrió.

La consecuencia de la expulsión de esta prueba por parte del juzgador fue la de absolver a todos los acusados, pues la prueba que si fue admitida y actuada no era suficiente a criterio de aquél para generar certeza y por ende una sentencia condenatoria.

Por su parte en instancia de Corte Suprema el Fiscal Supremo asumió como argumento y petitorio, que la exclusión de la prueba antes mencionada no procede ya que se presenta la excepción denominada descubrimiento inevitable, motivo por el cual debe instarse la nulidad de la absolución.

La Corte Suprema argumento que:

-La acción tomada por la empresa es razonable al ser necesario ejercer sus potestades de vigilancia, pues los correos les son proporcionados a sus trabajadores para el uso laboral del mismo y no para concertar actos ilícitos, en ese sentido aplicando el test de proporcionalidad, fue una acción necesaria, pues no existió una forma menos gravosa de conocer lo realmente acontecido; es idónea porque permitió deslindar responsabilidades y verificar quienes fueron los que participaron en la colusión y fue proporcional o ponderada porque se atendió y se dio preponderancia **al interés general** por sobre derechos de terceros.

Por tanto la Corte Suprema declaró NULA la sentencia absolutoria y se dispuso la realización de un nuevo juicio oral, en donde se debía toma en cuenta los argumentos expuestos por dicho tribunal supremo.

En ese sentido en este caso se dio preponderancia al interés general, que implicó una excepción a la exclusión de la

	prueba por haber sido obtenido mediante la violación de derechos humanos.
--	---

Tabla 21 Interés público

1	Se define el interés público	<del>si</del>	no
2	La definición es a través de la normativa	si	<del>no</del>
3	La definición de interés público es doctrinal	<del>si</del>	no
4	Se identifica el interés público como un deber – fin del Estado	<del>si</del>	no
5	Se utiliza el interés público como una justificación para valoración de la prueba	<del>si</del>	no
6	Se hace la diferencia entre interés público e interés particular	<del>si</del>	no
7	Se condenó al o los acusados	<del>si</del>	no

Tabla 22 Prueba prohibida

1	Se define prueba prohibida	<del>si</del>	no
2	Se explica las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida	<del>si</del>	
3	Aplica la ley que prohíbe la prueba prohibida de manera literal – pura subsunción	Si	<del>no</del>
4	Aplica la ponderación de intereses en la valoración de la prueba	<del>si</del>	no
5	Aplica la proporcionalidad en la valoración de la prueba	<del>si</del>	no

6	Se condenó al o los acusados	Si	<del>no</del>
7	Se declaro nula sentencia absolutoria y se dispuso nuevo juicio	<del>si</del>	no

### 3.2. Respecto a las entrevistas estructuradas

#### Respecto al interés público.

Tabla 23 Resultados pregunta N° 1

#### PREGUNTA N° 1

#### ¿Conoce usted qué es el interés público?

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Si
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, beneficio para todos.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Si
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, son aquellos hechos o situaciones que interesan de manera general a una comunidad o colectividad de personas.
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados han afirmado tener conocimiento sobre el interés público identificándolo como aquellos hechos o situaciones que interesan de manera general a una comunidad o colectividad de personas.

*Tabla 24 Resultados pregunta N° 2*

PREGUNTA N° 2

¿Identifica al interés público como un fin del Estado?

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí, porque procura el bienestar general.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Si, es uno de sus fines.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, puesto que el Estado vela por el bienestar general.
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados consideran que el interés público constituye un fin del Estado, ya que éste vela por el bienestar general.

*Tabla 25 Resultados pregunta N° 3*

PREGUNTA N° 3

¿Conoce la diferencia entre interés público e interés particular?

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí, el interés público garantiza bienestar general.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, interés público protegido por el Estado e interés particular se relaciona con el interés de las personas.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, el interés público relacionado a la necesidad de la sociedad.

**Marco Sánchez Dávila**  
(abogado penalista)

Sí, el interés particular, a diferencia del general, busca la satisfacción individual.

#### COMENTARIOS

Todos los entrevistados refieren tener conocimiento sobre la diferencia entre interés público e interés particular, refiriendo que el primero está relacionado a la necesidad de la sociedad y el segundo tiene que ver con la satisfacción individual.

*Tabla 26 Resultados pregunta N° 4*

#### PREGUNTA N° 4

¿Sabe en qué consiste el derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad al secreto de comunicaciones?

**Javier Idrogo Ramirez (fiscal)**

Sí.

**Kenny Torres Suárez (fiscal)**

Sí, el derecho a la intimidad es un derecho que protege y les permite a las personas tener un espacio privado.

**Kriss Pérez Calixto (fiscal)**

Sí, garantiza la no vulneración de los mismos.

**Marco Sánchez Dávila**  
(abogado penalista)

Sí, es un derecho a la no invasión de terceros en nuestras comunicaciones.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados refiere que tienen conocimiento sobre el derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad al secreto de comunicaciones, siendo que el primero protege el espacio privado y el segundo la no invasión de terceros en las comunicaciones.

*Tabla 27 Resultados pregunta N° 5*

**PREGUNTA N° 5**

¿Sabe si el derecho mencionado anteriormente es absoluto o permite restricciones?

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	No todo derecho es absoluto
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	No
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	El ejercicio de ese derecho permite restricciones.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	No, es un derecho que admite restricciones.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados consideran que respecto a los derechos a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones no son derechos absolutos y están sujetos a restricciones.

*Tabla 28 Resultados pregunta N° 6*

PREGUNTA N° 6

¿Considera usted si el derecho en mención obedece a un interés particular?

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Si.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	No
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Es parte del interés particular.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, desde luego, es un derecho individual.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados considera que los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones son derechos que obedecen a un interés particular.

*Tabla 29 Resultados pregunta N° 7*

PREGUNTA N° 7

¿ Si se afecta al patrimonio del Estado en la ejecución de un delito, qué impide la ejecución de una obra o servicio para la población, ¿Se afectaría el interés público?

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí, porque afecta recursos del Estado.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Si.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, ya que es relacionado a una necesidad del Estado.



**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados consideran que el interés público si permite la valoración de prueba obtenida con violación a la inviolabilidad el secreto a las comunicaciones y a la intimidad en delitos que afecte el patrimonio del Estado, pues la ciudadanía tiene el derecho a conocer lo que sucedió respecto de un hecho investigado, y aun así se trata de la transparencia en la ejecución del recurso público.

**Respecto a la prueba prohibida.**

*Tabla 31 Resultados pregunta N° 1*

**PREGUNTA N° 1****¿ Sabe qué es la prueba prohibida?**

**Javier Idrogo Ramirez (fiscal)**

Sí, es obtenida con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales.

**Kenny Torres Suárez (fiscal)**

Sí, la prueba prohibida es aquella que el legislador señalo directamente que no puede admitirse, sin importar si se respetaron los derechos y garantías de los sujetos inmersos en ellas.

**Kriss Pérez Calixto (fiscal)**

Sí, es obtenida vulnerando derechos fundamentales

**Marco Sánchez Dávila**  
(abogado penalista)

Sí, son pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados refieren que la prueba prohibida es aquella obtenida con violación de derecho fundamentales.

*Tabla 32 Resultados pregunta N°2*

**PREGUNTA N° 2**

**¿Conoce sobre las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida?**

**Javier Idrogo Ramirez (fiscal)**

Sí.

**Kenny Torres Suárez (fiscal)**

Sí.

**Kriss Pérez Calixto (fiscal)**

Sí, en el caso de buena fe e interés público

**Marco Sánchez Dávila**  
(abogado penalista)

Sí, son la fuente independiente, el descubrimiento o inevitable conexión observada, la buena fe, la ponderación de interés.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados refieren conocer las reglas de excepción de la prueba, siendo que uno de ellos especifica los casos de buena fé e interés público y otro entrevistado refiere que son la fuente independiente, el descubrimiento o inevitable conexión

observada, la buena fe, la ponderación de interés.

*Tabla 33 Resultados pregunta N°3*

PREGUNTA N° 3

**¿Existe prohibición legal para la admisión y valoración de prueba prohibida?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	Sí, en el título preliminar del Código Procesal Penal.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Si existe y está establecido en el Código y jurisprudencia.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, el artículo VII. 1 del T.P. de NCPP, entre otros.
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados refieren que, si existe prohibición legal para la admisión y valoración de prueba prohibida, la misma que se encuentra en el artículo VII. 1 del Título Preliminar de Código Procesal Penal.

*Tabla 34 Resultados pregunta N°4*

PREGUNTA N° 4

**¿ Está de acuerdo que la prueba prohibida debe expulsarse del proceso en aplicación directa de la ley y la constitución?**

**Javier Idrogo Ramírez (fiscal)**

No, porque en la aplicación del interés público puede valorarse.

**Kenny Torres Suárez (fiscal)**

Sí.

**Kriss Pérez Calixto (fiscal)**

Sí, pero en determinados casos.

**Marco Sánchez Dávila  
(abogado penalista)**

No, deberán analizarse las condiciones de excepción a la exclusión de dichas pruebas.

**COMENTARIOS**

La mitad de entrevistados considera que la prueba prohibida no debe expulsarse del proceso en aplicación directa de la ley y la constitución, sino que deben analizarse las condiciones de excepción de exclusión de dichas pruebas, y la otra mitad refiere que si se puede, pero en determinados casos.

*Tabla 35 Resultados pregunta N°5*

PREGUNTA N° 5

**¿ Considera que la prueba que emana de la violación del secreto de las comunicaciones y a la intimidad siempre debe ser expulsada del proceso, cuando se afecte el patrimonio del Estado?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	No, por la aplicación del interés público.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Si
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	No, pero se debe ponderar la afectación.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	No, deberán analizarse las condiciones antes señaladas
<b>COMENTARIOS</b>	La mayoría de los entrevistados considera que la prueba que emana de la violación del secreto de las comunicaciones y la intimidad no siempre debe ser expulsada del proceso, cuando se afecte el patrimonio del Estado, debiendo ponderarse la afectación.

*Tabla 36 Resultados pregunta N°6*

PREGUNTA N° 6

**¿ Diga usted si puede aplicarse la ponderación de intereses a efectos de determinar la valoración o no de la prueba prohibida?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	Si.
---------------------------------------	-----

<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Si
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí se puede aplicar.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, ya que es parte del análisis de las excepciones a la exclusión de la prueba prohibida.
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados consideran que, si puede aplicarse la ponderación de intereses a efectos de determinar la valoración o no de la prueba prohibida, ya que es parte del análisis de las excepciones a la exclusión de la misma.

*Tabla 37 Resultados pregunta N°7*

**PREGUNTA N° 7**

**¿Diga usted si puede aplicarse la ponderación de intereses a efectos de determinar la valoración o no de la prueba prohibida?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	Si.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Si
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí se puede aplicar.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, en efecto, considerando además las otras condiciones.
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados consideran que si debe aplicarse la ponderación de intereses a

efectos de determinar la valoración o no de la prueba prohibida.

### Respecto al delito de Colusión

*Tabla 38 Resultados pregunta N° 1*

#### PREGUNTA N° 1

#### ¿Sabe qué es delito de colusión?

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, cuando un funcionario o servidor público concierta con el particular para defraudar al Estado.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, se trata de concertaciones entre los servidores o funcionarios en un tercero para defraudar al Estado.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, es cuando sujetos públicos y particulares involucrados en operaciones a cargo del Estado, conciertan para defraudar al Estado (simple) muchas veces lográndolo (agravado).
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados refieren tener conocimiento respecto al delito de Colusión, coincidiendo en que funcionarios públicos y particulares involucrados en operaciones a cargo del Estado, conciertan para defraudar

al Estado (simple) muchas veces lográndolo  
(agravado)

*Tabla 39 Resultados pregunta N° 2*

PREGUNTA N° 2

**¿ Conoce las características del delito de colusión?**

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí, participación necesaria, concertación ilegal
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, concertación y defraudación al Estado.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, debe haber concentración, bilateralidad, buscar defraudar al Estado.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, es un delito de difícil probanza por la clandestinidad de sus conciertos.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados señalan que conocen las características del delito de colusión, refiriendo que es un delito de participación necesaria, de bilateralidad, de concertación ilegal, con el objetivo de defraudar al Estado y de difícil probanza.

*Tabla 40 Resultados pregunta N° 3*

PREGUNTA N° 3

**¿Sabe usted porque el delito de colusión es considerado un delito de clandestinidad?**

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, porque se realiza al margen de la ley.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Ya que el pacto se hace en reserva.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, por la razón antes señalada, además porque el pacto colusorio se da de manera oculta.
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados han referido que el delito de colusión desleal es un delito que se comete en la clandestinidad, ya que se realiza al margen de la ley, pues el pacto colusorio se realiza de manera oculta.

*Tabla 41 Resultados pregunta N° 4*

**PREGUNTA N° 4**

**¿ Conoce usted porque el delito de colusión es subrepticio?**

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí, igual al anterior para evitar ser descubierto.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, porque se realiza al margen de la ley.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Porque se hace de manera oculta.

**Marco Sánchez Dávila** Sí, por las consideraciones antes indicadas.  
**(abogado penalista)**

**COMENTARIOS** Todos los entrevistados refieren que el delito de colusión es subrepticio, porque se hace al margen de la ley o de manera oculta.

*Tabla 42 Resultados pregunta N° 5*

PREGUNTA N° 5

**¿Sabe usted qué tipo de pruebas comúnmente son las usadas para demostrar el delito de colusión?**

**Javier Idrogo Ramirez (fiscal)** Sí, por indicios o indirecta

**Kenny Torres Suárez (fiscal)** Sí la prueba indiciaria.

**Kriss Pérez Calixto (fiscal)** Se utiliza mayormente la prueba indiciaria.

**Marco Sánchez Dávila** Sí, la prueba por indicios.  
**(abogado penalista)**

**COMENTARIOS** Todos los entrevistados coinciden en que la prueba que comúnmente es utilizada para utilizar el delito de Colusión es la prueba indiciaria o prueba por indicios.

*Tabla 43 Resultados pregunta N° 6*

PREGUNTA N° 6

**¿Podría incorporarse prueba prohibida y valorarse esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de colusión?**

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, ya que se afecta interés público
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, desde luego, considerando también el resto de las condiciones para la excepción a la exclusión de dichas pruebas prohibidas
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados consideran que si pudiera incorporarse prueba prohibida y valorarse esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de colusión, pues se afectaría el interés público.

*Tabla 44 Resultados pregunta N° 7*

**PREGUNTA N° 7**

**¿En la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado?**

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí, cuando hay perjuicio económico
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, se convierte en colusión agravada, cuando hay afectación económica al Estado.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, ya que lo que se busca es defraudar al Estado.

**Marco Sánchez Dávila**  
(abogado penalista)

Sí, claro que sí, es parte de la tipicidad de la colusión agravada.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados consideran que en este delito si se pudiera afectar el patrimonio del Estado, siendo necesaria su consumación en la colusión agravada.

*Tabla 45 Resultados pregunta N° 8*

**PREGUNTA N° 8**

**¿Sería actuar conforme a la ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de colusión, con afectación del patrimonio Estatal?**

**Javier Idrogo Ramirez (fiscal)**

No, porque se afectaría el derecho de perseguir el delito, el derecho a la verdad y la realización de la justicia.

**Kenny Torres Suárez (fiscal)**

Sí.

**Kriss Pérez Calixto (fiscal)**

No, ya que fue el interés público debe primar sobre el particular.

**Marco Sánchez Dávila**  
**(abogado penalista)**

Sí, en un estado de derecho, sí, pero en un estado constitucional de derecho, teniendo en cuenta las condiciones de excepción a la exclusión de la prueba ilícita.

## **COMENTARIOS**

Dos de los entrevistados consideran que no sería conforme a la ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de colusión, con afectación del patrimonio estatal, pues se afectaría el derecho de perseguir el delito, el derecho a la verdad y la realización de la justicia, además porque el interés público debe primar sobre el particular.

Un entrevistado consideró que en un estado de derecho si es conforme a ley, pero en un estado constitucional de derecho, se deben tener en cuenta las condiciones de excepción a la exclusión de la prueba ilícita.

Un entrevistado consideró que si es conforme a ley la expulsión de prueba prohibida en el caso planteado.

Por tanto, la mayoría ha considerado que, por el interés general o las reglas de excepción de la exclusión de prueba ilícita, un medio probatorio puede mantenerse en el

proceso pese a haber afectado derechos fundamentales.

### **Respecto al delito de Negociación Incompatible.**

*Tabla 46 Resultados pregunta N° 1*

#### **PREGUNTA N° 1**

#### **¿Sabe qué es el delito de negociación incompatible?**

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Si
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, cuando un funcionario o servidor público se interesa en contratar con un particular.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Si
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, es un delito donde el agente público se interesa indebidamente en un contrato u operación en beneficio de terceros.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados señalan que saben en qué consiste el delito de Negociación Incompatible, entre las respuestas, la más completa es la que refiere se configura cuando el agente público se interesa indebidamente en un contrato u operación en beneficio de terceros

*Tabla 47 Resultados pregunta N° 2*

PREGUNTA N° 2

**¿Conoce las características del delito de negociación incompatible?**

<b>Javier Idrogo Ramirez (fiscal)</b>	Sí, interés indebido de un funcionario en un contrato u operación.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, interés indebido de un contrato en particular.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Si
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, es un delito donde el agente público se interesa indebidamente en un contrato u operación en beneficio de terceros.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados coinciden en que una de las características de la negociación incompatible es el interés indebido.

*Tabla 48 Resultados pregunta N° 3*

PREGUNTA N° 3

**¿ Sabe usted porque el delito de negociación incompatible es considerado un delito de clandestinidad?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	Sí, porque es muy difícil conseguir prueba directa para acreditar dicho delito.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, porque se realiza al margen de la ley.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Si
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, porque es muy difícil conseguir prueba directa para acreditar dicho delito.

**COMENTARIOS**

Todos los entrevistados refieren que el delito de negociación incompatible es un delito que se comete en la clandestinidad, porque se realiza al margen de la ley y por la dificultad probatoria que conlleva.

*Tabla 49 Resultados pregunta N° 4*

PREGUNTA N° 4

**¿Conoce usted porque el delito de negociación incompatible es subrepticio?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	Sí, igual que el anterior.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, porque se realiza al margen de la ley.

<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Si
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, porque esos negociados o aprovechamientos ilegales se dan a “puertas cerradas”. No son evidentes o públicos.
<b>COMENTARIOS</b>	Todo los entrevistados afirman que el delito de negociación incompatible es subrepticio, debido a que no son evidentes o públicos y se realizan al margen de la ley.

*Tabla 50 Resultados pregunta N° 5*

**PREGUNTA N° 5**

**¿ Sabe usted qué tipo de pruebas comúnmente son las usadas para demostrar el delito de negociación incompatible?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	Sí, por indicios.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Sí, por indicios.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, pruebas indiciarias en la mayoría.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, la prueba por indicios.
<b>COMENTARIOS</b>	Todos los entrevistados afirman que el delito de negociación incompatible se puede

acreditar mediante prueba indiciaria en la mayoría de casos.

*Tabla 51 Resultados pregunta N° 6*

PREGUNTA N° 6

**¿Podría incorporarse prueba prohibida y valorare esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de negociación incompatible?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	Sí.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	No.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, es balance con el interés público, caso Nadin Heredia.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, considerando el resto de condiciones para la excepción a la exclusión de dichas pruebas.

**COMENTARIOS**

La mayoría de entrevistados considera que si pudiera incorporarse prueba prohibida y valorare esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de negociación incompatible, debiendo hacerse un balance con el interés público.

*Tabla 52 Resultados pregunta N° 7*

PREGUNTA N° 7

**¿En la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	No, porque no forma parte del tipo penal.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Si.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	Sí, solo probabilidad.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, ya que los contratos u operaciones del Estado, generalmente son de naturaleza patrimonial
<b>COMENTARIOS</b>	La mayoría de entrevistados considera que en la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado, y la minoría considera que no, ya que no forma parte del tipo penal.

*Tabla 53 Resultados pregunta N° 8*

**PREGUNTA N° 8**

**¿ Sería actuar conforme a ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de negociación incompatible con afectación del patrimonio Estatal?**

<b>Javier Idrogo Ramírez (fiscal)</b>	No, por la misma razón que la colusión.
<b>Kenny Torres Suárez (fiscal)</b>	Si.
<b>Kriss Pérez Calixto (fiscal)</b>	No.
<b>Marco Sánchez Dávila (abogado penalista)</b>	Sí, me remito a la respuesta que brinde en la pregunta 8 del delito de colusión.

**COMENTARIOS**

La mitad de entrevistados considera que no sería conforme a ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de negociación incompatible con afectación del patrimonio Estatal, mientras que la otra mitad de entrevistados consideran que si sería conforme a ley la exclusión de prueba prohibida o ilícita en el caso planteado.

**CAPITULO IV****DISCUSIÓN**

**Respecto al objetivo general:**

**Demostrar que el interés público es el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, para justificar la excepción de la**

**exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible para permitir su probanza.**

En ese sentido de las bases teóricas desarrolladas en el presente trabajo se puede establecer una definición del interés público o interés general, así Pinto (2012) ha señalado “en el caso estrictamente jurídico, el interés general busca a través de la justicia, el orden y la equidad para el conjunto, el bienestar general indispensable para todos, a través de la seguridad de vivienda, formación, salud, transporte” (pág. 267). Por su parte Rosas (2015), señala que “el interés público es todo lo que una comunidad considera valioso, útil, incluso vital para la coexistencia social, debiendo ser un fin que persiguen el Estado, por lo que su cuerpo normativo no debe consagrar intereses particulares” (pág. 340). No obstante, como señala Huerta (2002) el interés público como acto administrativo, es lo que justifica la intervención de Estado, en aras del bien común o bienestar social general, como fin supremo del Estado y de la misma comunidad, ello sin contradecir al interés particular, pues generalmente hay una coordinación entre estos dos, pudiendo existir contradicción, solo ante un conflicto, donde se debe tomar decisiones, que debe resolverse con apego a la norma fundamental, sin que sirva como pretexto para la arbitrariedad estatal. (pág. 34)

En ese sentido, se puede afirmar que deben existir normas jurídicas protectoras que pongan restricciones a los límites de actuación pública y privada, como sucede en nuestra constitución, así como en la legislación civil y penal. Siendo así, el interés de los particulares en materia de seguridad ciudadana está orientada en conseguir la protección de una comunidad, y por este fin el interés particular, se encuentra restringido por el interés público, en otras palabras el interés público debe ser considerado como aquello que satisfaga en mayor amplitud posible el bienestar de los miembros de una comunidad, que a diferencia del interés privado privilegia el interés personal, sin embargo estos dos conceptos solo serían

antagónicos en determinadas circunstancias, pues por lo general son dos términos que en realidad se interrelacionan, por tanto, muchas intervenciones del Estado se han dado teniendo como fundamento primordial el interés público, en mérito del cual existen intervenciones a la propiedad, como es el caso de las expropiaciones, así como intervenciones en actividades económicas como el comercio ambulatorio, por salubridad, por razones de seguridad ciudadana y por consiguiente del bien común, ya que estas restricciones permiten una convivencia más segura y libre para el desarrollo de la misma comunidad. También se hace mención al interés público cuando es necesario el esclarecimiento de la verdad, en los casos de lesa humanidad por ser considerados delitos graves y de repudio en una comunidad, y por tanto la Comisión de Derechos Humanos es reiteradas sentencias, ha impuesto esta obligación a los Estados. Y como estamos proponiendo en la presente tesis avalados también por desarrollo jurisprudencias de la Corte Suprema debe priorizarse el interés público a efectos de conocer la verdad respecto a casos de corrupción pública a nivel de las esferas de la administración pública, en donde se maneja, administra y transfiere el presupuesto público, siendo muchas veces instrumentalizado para beneficio particular de quienes sirven a la ciudadanía, debiendo prevalecer incluso sobre derechos fundamentales que pudieren ser afectados, tales como la intimidad y la violación de las comunicaciones.

Por otro lado, de las sentencias analizada en el presente trabajo se tiene Recurso de Nulidad N° 817-2016/LIMA, la cual verso sobre un hecho de colusión entre el comité especial de uno de los estamentos de la PNP (funcionarios públicos) y la empresa consorciada Automotora Gildemeistr S.A. y Maquinaria Nacional S.A. para la obtención de la Buena Pro. Como una de las pruebas que se presentó para sustentar la tesis incriminatoria fue el Informe de Revisión de Operaciones y Control Interno en automotores Gildemeister Perú S.A. el mismo que fue suministrado por la propia empresa, no obstante uno de los

acusados presentó una tacha contra el mismo en primera instancia al considerar que se vulneraba su derecho al secreto de las comunicaciones, ya que si bien es cierto el contenido es real (mensajes entre los gerentes de Gildemeister que permitían inferir el contubernio entre los acusados para que dicha empresa obtuviera la Buena Pro) la forma en que fue obtenida resulta ilícita, ya que la intervención de dicho correo debió en todo caso realizarse mediante autorización judicial, lo que no ocurrió. La consecuencia de la expulsión de esta prueba por parte del juzgador fue la de absolver a todos los acusados, pues la prueba que si fue admitida y actuada no era suficiente a criterio de aquél para generar certeza y por ende una sentencia condenatoria. Por su parte en instancia de Corte Suprema el Fiscal Supremo asumió como argumento y petitorio, que la exclusión de la prueba antes mencionada no procede ya que se presenta la excepción denominada descubrimiento inevitable, motivo por el cual debe instarse la nulidad de la absolución.

La Corte Suprema argumento que: La acción tomada por la empresa es razonable al ser necesario ejercer sus potestades de vigilancia, pues los correos les son proporcionados a sus trabajadores para el uso laboral del mismo y no para concertar actos ilícitos, en ese sentido aplicando el test de proporcionalidad, fue una acción necesaria, pues no existió una forma menos gravosa de conocer lo realmente acontecido; es idónea porque permitió deslindar responsabilidades y verificar quienes fueron los que participaron en la colusión y fue proporcional o ponderada porque se atendió y se dio preponderancia **al interés general** por sobre derechos de terceros. Por tanto, la Corte Suprema declaró NULA la sentencia absolutoria y se dispuso la realización de un nuevo juicio oral, en donde se debía toma en cuenta los argumentos expuestos por dicho tribunal supremo.

Como puede verse en esta sentencia es donde la Corte Suprema admite como excepción a la exclusión de la prueba ilícita el interés general o público antes actos de

corrupción que necesitan ser develados en aras de la justicia y el descubrimiento de la verdad, no obstante en otra oportunidad, la Corte Suprema emitió una decisión totalmente contraria, al resolver el polémico caso Petroaudios, es así que en la R.N. 677-2016-LIMA se resolvió uno de los casos de corrupción más polémicos del país corridos en la década del 2000, con un desenlace inesperado cuando todos los involucrados fueron absueltos de los cargos, no referimos al caso Petroaudios, el cual motivó una ardua investigación penal contra funcionarios que realizaban trato clandestinos con particulares, en este caso una empresa extranjera, buscando satisfacer sus intereses particulares (enriquecerse, obtener beneficios patrimoniales) dejando de lado los intereses del Estado. El caso comenzó con la difusión de unos audios en el año 2008, que contenían conversaciones entre el funcionario de Perú Petro, Alberto Quimper y el lobista Rómulo León, las cuales versaban sobre pagos de dinero para favorecer a una empresa noruega respecto a la referida empresa petrolera del país. Ello originó que se iniciara una investigación penal por diversos delitos contra la administración pública, entre ellos colusión, negociación incompatible, cohecho, tráfico de influencias, entre otros.

Por otro lado, los audios revelados en las cadenas televisivas fueron obtenidos de la interceptación ilegal a los equipos telefónicos de los involucrados a través de la empresa Bussines Track, cuyos representantes fueron acusados por el delito de violación de las comunicaciones – interceptación telefónica en agravio de Quimper y León. Finalmente, los representantes de dicha empresa son condenados por el mencionado delito y Bussines Track disuelta. Cabe precisar que el caso principal de corrupción de funcionarios, fue reiniciado muchas veces (nulidad y que se realice nuevo juicio) siendo que una sala penal primigenia que conoció el caso aplicó una excepción a la exclusión de la prueba cuando sea obtenida con violación de derechos fundamentales, esto es la teoría de la ponderación de intereses, en

el sentido que resulta más preponderante la averiguación de la verdad -por ser de interés público- que los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, no obstante en la sentencia de vista se tomó en cuenta que en el caso de Business Track se condenó a sus representantes por el delito de violación de las comunicaciones y por ende consideran que al haber certeza de que los audios fueron obtenidos violando derechos fundamentales, excluyen los mismos y todo el material probatorio indirecto que se deriven de los mismos, dejando sin acervo probatorio al caso lo que trajo como consecuencia la absolución de los acusados. Este criterio fue ratificado por la Corte Suprema.

Ahora bien, como bien refirió la fiscalía en la sentencia de vista nunca establecieron porque no aplicarían el criterio de ponderación de intereses, señalando que la verdad no puede obtenerse a toda costa, violando incluso derechos de las personas, no obstante, consideramos que al ser un caso de sumo interés público y de corrupción a gran escala debió exceptuarse la exclusión de prueba y adoptarse un criterio, como lo hizo la anterior sala penal, en este caso el de ponderación de intereses.

Ahora bien, analizadas ambas sentencias en la presente investigación consideramos que el interés público es el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible para permitir su probanza. Por tanto, resulta necesario un criterio uniforme a nivel jurisprudencial o de Corte Suprema a efectos que los órganos jurisdiccionales apliquen en forma vinculante estos criterios en casos en los que deban ponderar el interés público y los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, de los resultados obtenidos de las entrevistas a operadores jurídicos:

- Todos los entrevistados han afirmado tener conocimiento sobre el interés público identificándolo como aquellos hechos o situaciones que interesan de manera general a una comunidad o colectividad de personas.
- Todos los entrevistados consideran que el interés público constituye un fin del Estado, ya que éste vela por el bienestar general.
- Todos los entrevistados refieren tener conocimiento sobre la diferencia entre interés público e interés particular, refiriendo que el primero está relacionado a la necesidad de la sociedad y el segundo tiene que ver con la satisfacción individual.
- Todos los entrevistados consideran que se afecta al interés público cuando se afecta al patrimonio del Estado en la ejecución de un delito, que impide la ejecución de una obra o servicio para la población.

- Todos los entrevistados consideran que el interés público si permite la valoración de prueba obtenida con violación a la inviolabilidad el secreto a las comunicaciones y a la intimidad en delitos que afecte el patrimonio del Estado, pues la ciudadanía tiene el derecho a conocer lo que sucedió respecto de un hecho investigado, y aun así se trata de la transparencia en la ejecución del recurso público.
- Todos los entrevistados consideran que si podría incorporarse prueba prohibida y valorarse esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de colusión, pues se afectaría el interés público.
- Dos de los entrevistados consideran que no sería conforme a la ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de colusión, con afectación del patrimonio estatal, pues se afectaría el derecho de perseguir el delito, el derecho a la verdad y la realización de la justicia, además porque el interés público debe primar sobre el particular.
- Un entrevistado consideró que en un estado de derecho si es conforme a ley, pero en un estado constitucional de derecho, se deben tener en cuenta las condiciones de excepción a la exclusión de la prueba ilícita.
- Un entrevistado consideró que si es conforme a ley la expulsión de prueba prohibida en el caso planteado.
- Por tanto, la mayoría ha considerado que por el interés general o las reglas de excepción de la exclusión de prueba ilícita, un medio probatorio puede mantenerse en el proceso pese a haber afectado derechos fundamentales.
- La mayoría de entrevistados considera que si podría incorporarse prueba prohibida y valorare esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de negociación incompatible, debiendo hacerse un balance con el interés público.
- La mitad de entrevistados considera que no sería conforme a ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de negociación incompatible con afectación del patrimonio Estatal, mientras que la otra mitad de entrevistados consideran que si sería conforme a ley la exclusión de prueba prohibida o ilícita en el caso planteado.

Las percepciones de los operadores jurídicos, aunado a lo obtenido de los antecedentes de investigación, las bases teóricas y en análisis de sentencia, permiten sustentar el objetivo analizado y concluir que ha sido satisfactorio de cara a la propuesta del presente trabajo de investigación.

## **Respecto al primer objetivo específico**

### **Revelar las razones normativas, doctrinales y jurisprudenciales por las cuales se afirma que la prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones constituye prueba prohibida.**

De las bases teóricas, se ha especificado que la prueba prohibida es aquella que se obtiene a través de la violación de derechos fundamentales, como es la violación del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones. En cuanto al aspecto normativo, nuestra Carta Magna no la tiene expresamente consagrada como un derecho fundamental, pero ya el Tribunal Constitucional ha establecido que forma parte de los llamados derechos innominados que fluyen de artículo 3 y que subyace de un Estado democrático de derecho asimismo legislación procesal penal señala en el artículo VI del título preliminar y el artículo 159° del Código Procesal Penal que carece de todo efecto legal la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas. Así se esboza un concepto de prueba prohibida. A nivel doctrinal Castillo (2014), la define “como aquel material que se obtiene, admite y actúa con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales y tiene como efecto su expulsión”. (p.48). La prueba prohibida en

consecuencia sería aquella que se obtiene vulnerando un derecho fundamental en lo que respecta a su contenido esencial, en el mismo sentido Elky Villegas Paiva precisa que por precepto legal la prueba prohibida es la que se obtiene a través de la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Así mismo en el caso de Quimper – Petro audios, el Tribunal constitucional define la prueba ilícita o prueba prohibida como la prueba obtenida mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, es así como precisa que la admisibilidad de un medio de prueba no sólo depende de su utilidad y pertinencia, sino también de su licitud, incluso como se señaló en los párrafos precedentes, la prueba prohibida es un derecho fundamental, mediante el cual se tiene la garantía de que no es posible usar ni valorar para determinar la situación de ninguna persona, ningún medio de prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental.

Por otro lado, del análisis de las sentencias presentadas en la investigación se tiene la sentencia 00655-2010-PCH/TC-LIMA emitida por el Tribunal Constitucional, siendo que otorgó a la prueba prohibida la calidad de derecho fundamental, el cual, si bien no está expresamente consagrada en la Constitución, fluye como un derecho innominado y que constituye una garantía a favor de todas las personas cuando se da el supuesto de prueba obtenida con violación de una situación jurídica, siendo la consecuencia la expulsión del proceso de dicho medio probatorio. Lo relevante de esta sentencia es la calidad de derecho fundamental que le atribuye a la figura de la prueba prohibida, lo que implica que al analizar una prueba además de pertinencia y utilidad debe verificarse también su licitud. Cabe precisar que la prueba prohibida si está positivamente regulada en la norma procesal penal actual, esto es en el artículo 159, en donde se proscribe expresamente su empleo en un proceso sea de forma directa o indirecta. Por otro lado, establecen la relación entre la vida privada en el sentido del derecho al secreto de las comunicaciones y la facultad de interceptar telefónicamente las mismas, señalando a protección de la privacidad del contenido de las

comunicaciones independientemente de cuál sea su contenido, esto es quien no sea interlocutor o partícipe de estos diálogo no tiene por qué enterarse de la información vertida, a menos que exista resolución judicial que así lo autorice y teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad en su sentido de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En esa sentencia se emitieron diversos votos por parte de los magistrados, entre ellos, el de Vergara Gotelli quien señala que no puede censurarse la información que los medios de comunicación difunden a la población, máxime si se trata de temas de interés público, ya que con esa línea de pensamiento se estaría favoreciendo incluso a un amplio margen de impunidad, de lo contrario estaríamos ante un caso de censura previa.

Finalmente, de las entrevistas realizadas a operadores jurídicos se obtuvo que Todos los entrevistados refieren que la prueba prohibida es aquella obtenida con violación de derecho fundamentales.

- Todos los entrevistados refieren conocer las reglas de excepción de la prueba, siendo que uno de ellos especifica los casos de buena fe e interés público y otro entrevistado refiere que son la fuente independiente, el descubrimiento o inevitable conexión observada, la buena fe, la ponderación de interés.
- Todos los entrevistados refieren que, si existe prohibición legal para la admisión y valoración de prueba prohibida, la misma que se encuentra en el artículo VII. 1 del Título Preliminar de Código Procesal Penal.
- La mitad de entrevistados considera que la prueba prohibida no debe expulsarse del proceso en aplicación directa de la ley y la constitución, sino que deben analizarse las condiciones de excepción de exclusión de dichas pruebas, y la otra mitad refiere que, si se puede, pero en determinados casos.
- La mayoría de los entrevistados considera que la prueba que emana de la violación del secreto de las comunicaciones y la intimidad no siempre debe ser expulsada del proceso, cuando se afecte el patrimonio del Estado, debiendo ponderarse la afectación.

Por tanto, se ha respondido satisfactoriamente al objetivo consistente en revelar las razones normativas, doctrinales y jurisprudenciales por las cuales se afirma que la prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones constituye prueba prohibida, ya que se le ha brindado la calidad de derecho fundamental, no obstante, como todo derecho fundamental está sujeto a restricciones, al no ser absoluto, como se verá al momento de responder al siguiente objetivo.

### **Respecto al segundo objetivo específico**

Explicar las razones por las cuales debe aplicarse el principio de proporcionalidad como regla de excepción a la exclusión de la prueba prohibida.

Se tiene de los trabajos antecedentes obtenidos, el desarrollado por Alcaide (2012) quien abordó como problema de investigación, la necesidad de aplicar las reglas de la excepción a la exclusión prueba prohibida desarrollada en Estado Unidos, comparándola con la institución de la prueba prohibida de España, para lo cual se propuso comparar la institución procesal de la prueba ilícita o prueba inconstitucional de España, con su homóloga de los EE. UU., denominada en este país, exclusionary rule, para demostrar que, aun siendo tan dispares estos sistemas jurídicos y judiciales en sus orígenes, la primitiva doctrina jurisprudencial de la regla de exclusión y sus limitaciones posteriores, ha evolucionado al aplicar en los Tribunales de España, las excepciones a exclusión de la prueba prohibida, tomando en consideración el interés público, concluyendo que existe una tendencia orientada en encontrar justificaciones que privilegian la utilización de la prueba prohibida, poniendo en relevancia el interés público y la gravedad del delito; sostiene que la posición de mantener que la evolución de la regla de exclusión en su país está próxima a su extinción, tanto en EEUU como en España, tal como se refleja en las sentencias emitidas por el Tribunal Español, al igual que las sentencias emitidas por los Tribunales de Estados Unidos, resultando de gran relevancia este estudio en virtud a que se hace mención al interés público, a la forma como la tendencia actual de la doctrina y la jurisprudencia se encuentran evolucionando de la exclusión de la prueba prohibida a la excepción a la exclusión de la prueba prohibida, a través de un justo medio entre el excesivo garantismo y el interés público. De esta manera los jueces mediante un criterio, más objetivo, razonado y justo, expresado en sus sentencias, permitirían explicar los motivos por los cuales se puede admitir en determinados casos las pruebas prohibidas.

Se tiene también el trabajo de investigación de Simarro (2019), quien en su tesis doctoral, planteó como problema la posibilidad de la desconstitucionalización de la prueba prohibida, para demostrar que, respecto de la tensión entre garantismo y eficacia procesales de la prueba

prohibida, actualmente se ha evolucionado a preferir la búsqueda de la verdad material, por encima del respeto muy escrupuloso de los derechos fundamentales y garantías procesales; en ese sentido, propone la necesidad de una regulación específica de la prueba prohibida con sus excepciones, para evitar soluciones con jurisprudencias contradictorias y cuyos criterios vendrían marcados entre otros por la gravedad del delito, mostrando su discordancia con la desconstitucionalización de las reglas de exclusión de la prueba prohibida, pues alega que estas reglas deben ser claras para evitar subjetividades dañinas.

Miranda (2010), analizó la problemática respecto a que, si bien existe prohibición legal expresa que impide la incorporación y valoración de pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales, cuál sería el motivo para utilizar las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida, para lo cual recurrió a la doctrina y jurisprudencia Española y de Estados Unidos para demostrar que actualmente la expulsión de la prueba prohibida está en desuso, logrando demostrar que la forma como se utilizan las doctrinas de la buena fe en la actuación policial, la de la prueba refleja, la del descubrimiento inevitable, la del nexo causal atenuado, y la denominada doctrina de conexión de la antijuricidad, en la que se deja abierta la posibilidad de justificar a través de la ponderación la utilización de la prueba prohibida, utilizando mecanismo como la confesión del investigado o la del descubrimiento probablemente independiente, está avanzando a una inevitable desuso de la exclusión de la prueba prohibida, ya que se evidencia una flexibilización de estas reglas de exclusión de la prueba prohibida, para favorecer a su incorporación en un proceso. La importancia de este trabajo radica en que se efectúa un análisis de las diferentes reglas de exclusión de la prueba prohibida, orientadas siempre de una manera amplia a permitir el uso de la prueba prohibida, lo que me permitirá verificar, en cuál de estas reglas analizadas, podrían incluirse la ponderación incluyendo como criterio el interés público.

A nivel nacional se tiene a Ruiz (2018), tesista que analizó los sistemas del common law y civil law, haciendo referencia a la constitucionalización del proceso penal, dentro de lo que desarrolla a la prueba prohibida, realizando un estudio de como las tendencias jurisprudenciales en el Perú, privilegian la utilización de prueba prohibida, lo que a su parecer genera un clima de inseguridad jurídica si esta no se regula, por lo que propone la utilización de la ponderación como única excepción que debe usar el Juez al momento de evaluar la exclusión o no de la prueba prohibida, ya que en nuestra legislación existe prohibición legal expresa y constitucional de la prueba prohibida.

Por otro lado, Fernández (2019), hace un análisis de la tutela de derechos y la exclusión de la prueba prohibida en la etapa de investigación preparatoria – caso Nadine Heredia, en donde define la prueba ilícita, analiza el caso muy conocido de las agendas de Nadine en torno del cual versó la resolución emitida por la Corte Suprema en la que se analiza la naturaleza de la prueba ilícita, así mismo el caso allí tratado era un supuesto de prueba ilícita, proponiendo la correcta utilización que se debe hacer del mecanismo de la tutela de derechos para salvaguarda de los derechos de los investigados, quienes no deberían hacer un uso desmesurado de éste, llegando a la conclusión al igual que el fallo emitido y analizado consistente en que las famosas agendas no eran prueba ilícita, y además señala que el principio de proporcionalidad ante un caso en donde deba decidirse sobre la exclusión o no de una prueba ilícita debería ser aplicado, para obtener una decisión equilibrada respecto a la necesidad de la búsqueda de la verdad y el resguardo de los derechos fundamentales, en donde como en este caso se debería tomar en cuenta la valoración del interés público, pues se trataba de la presidenta del partido político del Presidente de la República.

Respecto a un enfoque contrario al propuesto en el presente trabajo, se obtuvo la tesis de Castillo (2014), quien planteó la problemática del tratamiento que se le debe dar a la prueba prohibida en el Código Procesal Penal y en la Jurisprudencia, para verificar si es posible la incorporación de ésta en el proceso penal, teniendo como objetivo demostrar que no es posible la valoración de esta prueba, concluyendo que según la doctrina y jurisprudencia analizada no es posible valorar la prueba prohibida, debiendo ser excluida al emitirse la sentencia. Al respecto debemos señalar nuestra disconformidad con la conclusión arribada por dicho tesista, ya que el interés público debe ser considerado como una clara excepción a la regla de exclusión de la prueba, de lo contrario se dejaría de lado el derecho a conocer la verdad y se justificarían visos de impunidad que no deben ser permitidos en un Estado Constitucional de Derecho.

Por tanto, se ha cumplido satisfactoriamente también el objetivo correspondiente a que la prueba prohibida no debe ser excluida del proceso sólo por existir disposición legal expresa, sino que es necesario analizar el caso en concreto, mediante la aplicación de la ponderación de interés y/o proporcionalidad como reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida.

## **Respecto al tercer objetivo específico**

**Definir las características típicas del delito de colusión y negociación incompatible con el cargo, así como las dificultades de su probanza en los procesos, por estar revestidas de clandestinidad.**

Del análisis de sentencias realizado en esta investigación, respecto al Delito de Colusión se tiene la Casación N° 01379-2017/NACIONAL. En la sentencia de casación materia de análisis se aprecia que se ha procedido a examinar diversas aristas dentro del caso en concreto, esto es tanto en el aspecto procesal penal, relativo a la condena del absuelto, a la prueba en segunda instancia y en el aspecto material relacionado al delito de Colusión Desleal, tal como el proceso para analizar el tipo objetivo y subjetivo, la situación de los árbitros y su grado de participación en los procesos de contrataciones del Estado en un contexto de concertación entre funcionarios y particulares interesados, así como establecer si la pluralidad de agentes en el referido delito constituye una agravante. Respecto a la parte procesal, en lo que concierne la prueba en segunda instancia, en forma declarativa asume lo expresado ya por el Código Procesal Penal y remarca la posibilidad de valorar prueba en segunda instancia, evidentemente bajo determinados parámetros, tales como cuando existe prueba de la cual no se tenía conocimiento durante la primera instancia, cuando las pruebas en su oportunidad fueron inadecuadamente denegadas o si bien fueron admitidas no llegaron a actuarse en juicio. Respecto a la prueba personal, es posible también la citación de testigos y agraviados en caso su concurrencia sea de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento de la inmediación y contradicción propios de la etapa de juicio oral. Por otro lado, en cuanto a la condena del absuelto, en el caso se tiene que en primera instancia se absolvió a parte de los involucrados, pero en segunda instancia se les revocó la pena y fueron condenados, pese a que, como refiere la defensa, el Fiscal superior tuvo como petitorio de apelación la nulidad para nuevo juicio y no una revocatoria para condena. El Tribunal Supremo consideró que, al haberse fundamentados las condenas en segunda instancia en prueba documental, pero sobre todo en prueba personal, no obstante, se valoró la obtenida en primera instancia y no se recibió de nuevo las declaraciones de dichas personas, circunstancia que imposibilita dictar una condena, a alguien que fue absuelto en primera

instancia, ya que admitir lo contrario sería vulnerar los principios de inmediación y contradicción. Por lo que en ese extremo declaran la nulidad y que se lleve a cabo un nuevo juicio. En cuanto al aspecto material, se hace un desarrollo del delito de Colusión Desleal, y el proceso para el análisis de su tipicidad, así en el caso analizado, en segunda instancia se atribuyó a uno de los involucrados, quien era dueño de la empresa, el delito de Colusión Desleal en su calidad de cómplice primario, ya que tenía conocimiento de lo sucedido, y por tanto es responsable penalmente, sin embargo, advirtió la Corte Suprema que en segunda instancia se omitió desarrollar las exigencias típicas tanto objetivas como subjetivas, por lo que considera se ha realizado una indebida interpretación de la tipicidad, por lo que ampara también en este extremo a la casación. Sobre la situación de los árbitros y su grado de participación en los procesos de contrataciones del Estado en un contexto de concertación entre funcionarios y particulares interesados, en el caso concreto, tanto en primera como en segunda instancia se absolvió a los árbitros del cargo de complicidad en el delito de Colusión, ya que su función se limitó a homologar el acuerdo conciliatorio realizado entre las partes (funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes y particulares interesados representantes de A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada) y que por ende no tenían conocimiento del convenio subrepticio entre las partes antes mencionadas. La corte advierte que tampoco se ha realizado un análisis correcto de la imputación objetiva y subjetiva a título de cómplices de estos árbitros, por tanto, ampara la casación y ordenando un nuevo debate sobre dicha situación. Finalmente, respecto a establecer si la pluralidad de agentes en el referido delito constituye una agravante, el Tribunal Supremo explica que si resulta factible si tenemos en cuenta que la intervención delictiva de más personas se realiza teniéndose en cuenta a otros involucrados, siempre más de dos, ya que este delito es uno de encuentro y no como pretendió interpretar el tribunal de segunda instancia se consiste en que ya en el delito

siempre intervengan dos partes (delito de encuentro) sino del número de personas involucradas.

Asimismo, del resultado de las entrevistas aplicadas a operadores jurídicos se obtuvo que

- Todos los entrevistados refieren tener conocimiento respecto al delito de Colusión, coincidiendo en que funcionarios públicos y particulares involucrados en operaciones a cargo del Estado, conciertan para defraudar al Estado (simple) muchas veces lográndolo (agravado)
- Todos los entrevistados señalan que conocen las características del delito de colusión, refiriendo que es un delito de participación necesaria, de bilateralidad, de concertación ilegal, con el objetivo de defraudar al Estado y de difícil probanza.
- Todos los entrevistados han referido que el delito de colusión desleal es un delito que se comete en la clandestinidad, ya que se realiza al margen de la ley, pues el pacto colusorio se realiza de manera oculta.
- Todos los entrevistados refieren que el delito de colusión es subrepticio, porque se hace al margen de la ley o de manera oculta.
- Todos los entrevistados coinciden en que la prueba que comúnmente es utilizada para utilizar el delito de Colusión es la prueba indiciaria o prueba por indicios.
- Todos los entrevistados consideran que en este delito si se pudiera afectar el patrimonio del Estado, siendo necesaria su consumación en la colusión agravada.

Por otro lado, respecto al delito de Negociación Incompatible, en el Recurso de Casación N°18-2017-JUNIN, se desarrolló un caso cuya materia de imputación fue este delito. Así, en el caso materia de análisis, se tiene como imputación que funcionarios del INPE – Huancayo, específicamente el Director y el Director Regional tuvieron un interés indebido en la concreción de un convenio realizado con una empresa que les brindaría el servicio de telefonía a favor de los internos del INPE. Cabe recalcar que el Director fue quien suscribió el convenio y el Director Regional fue quien emitió un oficio requiriendo al Director que suscriba el convenio con la empresa, sin que se hayan cumplido con los requisitos establecidos en una directiva propia del INPE, a lo que hay que agregar que representante legal es familiar directo de un trabajador penitenciario quien a su vez fue compañero de aulas del Director, acreditándose un vínculo de amistad entre ellos. En el presente caso se declaró infundado el recurso de casación al considerar plenamente acreditado el interés indebido por parte de los funcionarios antes mencionados con la prueba actuada, a lo que añaden también un desarrollo dogmático de este elemento objetivo el tipo, el cual consiste en anteponer los intereses particulares del funcionario o de un tercero a los intereses generales del Estado, atentando contra el deber de imparcialidad que deben ostentar los funcionarios o servidores públicos quienes deben ingresar a la administración pública para servir a su nación y no para obtener provecho propio o para terceros. Asimismo, especifican también que se trata de un

delito de peligro concreto y no necesita de un perjuicio efectivo al Estado para su consumación.

Asimismo, del resultado de las entrevistas realizadas a operadores jurídicas se obtuvo que:

- Todos los entrevistados señalan que saben en qué consiste el delito de Negociación Incompatible, entre las respuestas, la más completa es la que refiere se configura cuando el agente público se interesa indebidamente en un contrato u operación en beneficio de terceros.
- Todos los entrevistados coinciden en que una de las características de la negociación incompatible es el interés indebido.
- Todos los entrevistados refieren que el delito de negociación incompatible es un delito que se comete en la clandestinidad, porque se realiza al margen de la ley y por la dificultad probatoria que conlleva.
- Todo los entrevistados afirman que el delito de negociación incompatible es subrepticio, debido a que no son evidentes o públicos y se realizan al margen de la ley.
- Todos los entrevistados afirman que el delito de negociación incompatible se puede acreditar mediante prueba indiciaria en la mayoría de los casos.
- La mayoría de entrevistados considera que en la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado, y la minoría considera que no, ya que no forma parte del tipo penal.

Por tanto, de los instrumentos antes mencionados se logró cumplir satisfactoriamente el objetivo relativo a definir las características típicas del delito de colusión y negociación incompatible, siendo que entre las características comunes está principalmente su dificultad probatoria y la necesidad de acudir a la prueba por indicios, ya que son delitos clandestinos o subrepticios, justamente para lograr su impunidad.

## **Respecto al cuarto objetivo específico**

**Determinar los argumentos por los que el interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interese, debe ser considerado suficiente para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitando la impunidad de estos delitos**

De los antecedentes presentados en la presente, se tiene que en Chile también se han desarrollado trabajos orientados a la problemática de la presente tesis, así Ñanez (2017) analiza la problemática que presentan las diligencias limitativas de derechos fundamentales, en especial de las diligencias de entrada y registro, incautación y control de identidad reguladas en el Código Procesal Penal chileno. En relación a la ilicitud probatoria de las diligencias antes mencionadas desde una perspectiva dogmática como también jurisprudencial, considerando que su importancia y pertinencia para el presente trabajo radica en que pone de relieve la propia naturaleza del conflicto que estima el argumento de la ponderación, que precisa que no será cualquier infracción a las garantías básicas suficientes para anular un juicio o una sentencia, ya que esta debe ser de carácter sustancial, así esta regulación permite la introducción de la ponderación como un mecanismo legítimo

de resolución de conflictos de normas jus fundamentales y de intereses constitucionales protegidos, señala también que aquí se hace un llamado al juez a realizar exámenes comparativos entre valores y/o derechos en juegos y exige la realización de juicios de proporcionalidad entre la afectación de las garantías y los intereses que se privilegia se distingue generalmente estas normas por la referencia positiva la gravedad del caso.

A nivel nacional se tiene el trabajo de investigación de Abril (2018), relativo a demostrar que la exclusión de la prueba ilícita no debe ser absoluta, en este sentido, plantea la posibilidad de que dicha exclusión acepte cierta excepcionalidad y sea atenuada, sobre todo en los delitos de corrupción, crimen organizado, terrorismo y trata de personas, las pruebas ilícitas no deben ser excluidas, y deben de ser valoradas por el juzgador según las circunstancias, estableciendo la conclusión que, si bien es cierto, es importante la protección de la persona individual y sus derechos, también, es importante que se proteja a la sociedad y los intereses colectivos, por lo que en el proceso penal el operador jurídico debe tener en cuenta los intereses (tanto individuales como colectivos) que están en juego.

En ese sentido se ha determinado que los argumentos por los que el interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interés, debe ser considerado suficiente para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitando la impunidad de estos delito, radica justamente en la necesidad de tener el conocimiento de la verdad, o por lo menos el acercamiento más próximo a lo que realmente ocurrió y como se desarrolló el evento delictivo clandestino y subrepticio de corrupción y negociación incompatible con el cargo, en donde el funcionario o servidor público antepuso sus intereses particulares por sobre el interés general del Estado, en detrimento de las necesidades del pueblo. Por tanto, es la ponderación entre el interés público y posibles derechos fundamentales afectados lo que permitirá, de manera excepcional, la no exclusión

de prueba prohibida y su actuación en juicio a efectos de hacer preservar la verdad y no dejar impunes conductas tan graves y desestabilizadoras de un Estado Constitucional de Derecho.

## CONCLUSIONES

- Se ha demostrado que el interés público es el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible para permitir su probanza, siendo necesario un criterio uniforme a nivel jurisprudencial o de Corte Suprema a efectos que los órganos jurisdiccionales apliquen en forma vinculante estos criterios en casos en los que deban ponderar el interés público y los derechos fundamentales de las personas.
- Respecto a las razones normativas, doctrinales y jurisprudenciales por las cuales se afirma que la prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones constituye prueba prohibida, se verifica que la Carta Magna no tiene expresamente consagrada la prueba prohibida como un derecho fundamental, pero ya el Tribunal Constitucional ha establecido que forma parte de los llamados derechos innominados que fluyen de artículo 3 y que subyace de un Estado democrático de derecho asimismo legislación procesal penal señala en el artículo VI del título preliminar y el artículo 159° del Código Procesal Penal que carece de todo efecto legal la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas
- El principio de proporcionalidad o ponderación constituye una regla de excepción legítima para no excluir prueba cuando es obtenida con violación de derechos fundamentales, por tanto ésta no debe ser excluida del proceso sólo por existir disposición legal expresa, sino que debe analizarse el caso en concreto, mediante la aplicación del mencionado principio.
- Las características típicas y comunes del delito de colusión y negociación incompatible radican en la dificultad de su probanza en proceso, motivo por el cual es necesario el empleo de prueba indiciaria o indirecta, por ser eventos delictivos cometidos en clandestinidad y de modo subrepticio, justamente para lograr su impunidad.
- Los argumentos por los que el interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, debe ser considerado suficiente para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitando la impunidad de estos delitos, radica justamente en la necesidad de tener el conocimiento de la verdad, o por lo menos el acercamiento más próximo a lo que realmente ocurrió y como se desarrolló el evento delictivo clandestino y subrepticio de corrupción, en donde el funcionario o servidor público antepuso sus intereses particulares por sobre el interés general del Estado en detrimento del bienestar del pueblo.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda que a través de un Acuerdo Plenario las salas penales de la Corte Suprema, como máxima instancia en esta materia adopten un criterio uniforme a nivel a efectos que los órganos jurisdiccionales apliquen en forma vinculante el criterio de interés público o interés general en casos, como excepción a la regla de exclusión de la prueba prohibida, en los casos donde se esté ventilando hechos de corrupción de funcionarios, en aras de propender al alcance del conocimiento de la verdad y evitar impunidad.
- Es importante que la aplicación de la proporcionalidad, para determinar la exclusión de la prueba prohibida, pues con el análisis de cada caso es particular, se debe dilucidar de manera motivada, razonada, coherente, fundamentando como se produjo la afectación del interés particular y el interés público – deber del estado, y porque uno es mas importante que el otro, y porque se debe excluir o no la prueba prohibida.
- Los Jueces al administrar justicia y los fiscales al investigar deben de tener presente siempre que los derechos fundamentales deben ser respetados.
- Los Fiscales en los actos de investigación deben siempre actuar con objetividad y respeto de los derechos fundamentales, y sólo en casos excepcionales en los que tenga acceso a una prueba prohibida, no provocada por él, sino que podría llegar de forma circunstancial a sus manos, y es relevante para la investigación, debería analizar su incorporación, justificándolo en el interés general o público.
- Los jueces debe tener un papel protagónico al momento de analizar la exclusión o no de la prueba prohibida, y no sólo aplicar en forma literal lo señalado en el código Procesal Penal, esto por las consecuencias funestar que podría ocasionar en las obras para el que se realizan para el bienestar público, y al patrimonio del Estado, que le impiden hacer obras para mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos.
- Este trabajo defiende el interés particular y los derechos fundamentales que le corresponden, por lo que la excepción a la exclusión de la prueba prohibida debe ser como su mismo nombre lo dice una excepción. Este trabajo no se debe considerar como una carta abierta para que se violenten derechos fundamentales y a toda costa conseguir pruebas que acrediten los delitos de colusión y negociación incompatible.
- Al ser los delitos de colusión y negociación incompatible, delitos de corrupción revestidos de clandestinidad, por lo que su probanza es a través de indicios que por lo general se traducen, irregularidades halladas en los expedientes de contratación o expediente de pago. No es posible encontrar fecha exacta de la realización del acuerdo colusorio en el caso del delito de colusión, o el día en que surgió el interés del funcionario o servidor público para favorecer a otro, pero esto no es impedimento para determinar al menos a través de indicios la fecha probable, al menos en mes y año de la realización de estos ilícitos.
- Debe capacitarse a los operadores jurídicos respecto a las teorías que desarrollan las excepciones a las reglas de exclusión de prueba prohibida, a fin de mejorar los criterios emitidos en las decisiones jurisdiccionales, así como un mejor manejo del test de ponderación de derecho bajo la premisa de la relatividad de los derechos fundamentales.
- Es necesario tener conocimiento que el concepto de interés público es un concepto variable e indeterminado, que depende de la cultura, del espacio geográfico, del un determinado momento histórico y otros que influyen en el concepto de bienestar general.
- Se recomienda tener presente que el presente trabajo versa sobre el interés público objetivo, esto es el que reviste importancia por la calidad de funcionario público y por la forma como influyen las conductas corruptas para el bienestar general, agravando a toda una comunidad, privándolas del goce de derechos fundamentales, como son el derecho a la salud, educación, a una buena alimentación y otros.
- Reconocer claramente lo que es beneficioso para la sociedad y como afecta los delitos de corrupción (negociación incompatible y colusión) a la realización de obras para el beneficio de la sociedad, es importante para que los ciudadanos denuncien estas conductas corruptas, no cedan a los pactos colusorios, y se logren beneficios no sólo para particulares, sino a toda la comunidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abrill, A. G. (2018). <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/7357/DEMabarga.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Obtenido de Repositorio de tesis universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
- Alcaide, G. J. (2012). <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Obtenido de Google. Obtenido de <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Obtenido de Google.
- Arbulu Ramirez, J. A. (2017). La Tutela de derechos y la exclusión de la prueba ilícita. En J. A. Arbulú Ramírez, & J. I. Torres Manrique, *Actualidad Penal, agosto 2017* (págs. 17-27). Lima: Pacífico editores SAC.
- Camacho, E. O. (2017). <http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/913/TESIS.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Obtenido de Repositorio de tesis univeridad andina Néstor Cáceres Velásquez.
- Campos, C. H. (febrero de 2016). <https://docplayer.es/138004678-Universidad-autonoma-de-nuevo-leon-facultad-derecho-y-criminologia.html>. Recuperado el cinco de julio de 2020, de Docplayer, universidad autónoma de Nuevo Leon Facultad de derecho y criminología.
- Castillo, G. L. (2014). *La prueba prohibida*. Lima: Imprenta Editorial El Buho EIRL.

- Castro, T. H. (2008). *Cybertesis UNMSM*. Obtenido de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/203>.
- Cavero, P. G. (2018). *La Prueba Proceso Penal*. Lima: El Buho EIRL.
- Constitucional, T. (2002). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>.
- Correa, F. J. (2006). *DIALNET* - [https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL\\_TO DO=inter%C3%A9s+p%C3%BAblico+jorge+correa](https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TO DO=inter%C3%A9s+p%C3%BAblico+jorge+correa). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>.
- Eto, C. G. (2011). El Tribunal Constitucional redescubre el derecho. En G. E. Cruz, *El Tribunal Constitucional redescubre el derecho* (pág. 365). Lima: Buho EIRL.
- Fernández, P. J. (2019). <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/4157/BC-TES-TMP-2973.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Obtenido de [repositorio.unprg.edu.pe](http://repositorio.unprg.edu.pe) Universidad PedroRuiz Gallo tesis abogado.
- Fernández, S. C. (2006). La Constitución Comentada. En S. C. Fernández, *La Constitución comentada Tomo I* (pág. 1101). Lima: Buho EIRL.
- Fonseca, L. R. (2016). <https://www.juridicas.unam.mx/>. Obtenido de Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Gonzales, C. C. (2018). <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2369/GONZALES%20CAM POS%20%20CESAR%20ALADINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Obtenido de Repositorio de tesis Universidad Federico Villarreal:

<http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2369/GONZALES%20CAMPOS%20%20CESAR%20ALADINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gonzales, O. A. (2017). El delito de colusión ilegal. En G. Penal, *Gaceta Penal* (pág. 300).

Lima: Buho EIRL.

Guevara, V. I. (2018). La prueba prohibida ocaso o replantamiento de sus bases a partir del interés público. En G. Jurídica, *La Prueba en el proceso penal* (págs. 11-43). Lima:

Gaceta Jurídica S.A.

Guzmán, N. C. (2015). *La Constitución Política un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica

S.A.

Hernández, M. E. (2012). Preceptos generales de la prueba en el proceso penal. En E.

Hernández Miranda, S. B. Christian, & A. M. Victor, *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004* (págs. 7-50). Lima: Gaceta Jurídica SA.

Huerta, O. C. (s.f.). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2375/8.pdf>.

Obtenido de [archivos.juridicas.unam.mx](http://archivos.juridicas.unam.mx) Universidad Nacional Autónoma de México.

Ibarra Suarez, K. C. (2017).

<https://www.google.com/search?q=los+efectos+de+la+prueba+licita+en+colombia&oq=los+efectos+de+la+prueba+licita+en+colombia&aqs=chrome..69i57.981j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Obtenido de La prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal Colombiano- caso miti-miti.

Miranda, E. M. (mayo de 2010).

<https://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>. Obtenido de La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones.

Morales, G. J. (2006). Las Comunicaciones y el derecho a la intimidad. En W. Gutierrez, *La Constitución Comentada tomo I* (págs. 137-139). Lima: El Buho EIRL.

Ñanez, O. R. (setiembre de 2017). *Prueba-ilícita-en-materia-penal.pdf* (564.9Kb) - Universidad. Obtenido de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122017000100007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100007).

Pareja, M. B. (2017). [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9615/PAREJA\\_MUJICA\\_MODELO\\_DE\\_CONTROL\\_CONSTITUCIONAL\\_PARA\\_LA\\_ADMISION\\_DE\\_LA\\_PRUEBA\\_DE\\_CARGO\\_CON\\_VIOLACION\\_A\\_DERECHOS\\_FUNDAMENTALES\\_EN\\_EL\\_SISTEMA\\_JURIDICO\\_PERUANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9615/PAREJA_MUJICA_MODELO_DE_CONTROL_CONSTITUCIONAL_PARA_LA_ADMISION_DE_LA_PRUEBA_DE_CARGO_CON_VIOLACION_A_DERECHOS_FUNDAMENTALES_EN_EL_SISTEMA_JURIDICO_PERUANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Obtenido de Repositorio de tesis Pontificia Universidad Catolica del Perú.

Pinto, B. M. (2012). Diccionario de Derecho Constitucional contemporáneo. En B. M. Pinto, *Diccionario de Derecho Constitucional contemporáneo* (págs. 267-268). Lima: Buho EIRL.

Pisfil, F. D. (2018). la necesidad de distinguir entre prueba ilícita y prueba irregular. En G. P. Penal, *Gaceta Penal y Procesal Penal* (pág. 343). Lima: Buho EIRL.

Reategui, R. (2018). *La prueba ilícita*. lima: Buho EIRL.

Riofrio, M. V. (2015). *revistes.ub.edu La selección del método de la investigación jurídica*. Obtenido de Revista educación y derecho numero 12, abril del 2015.

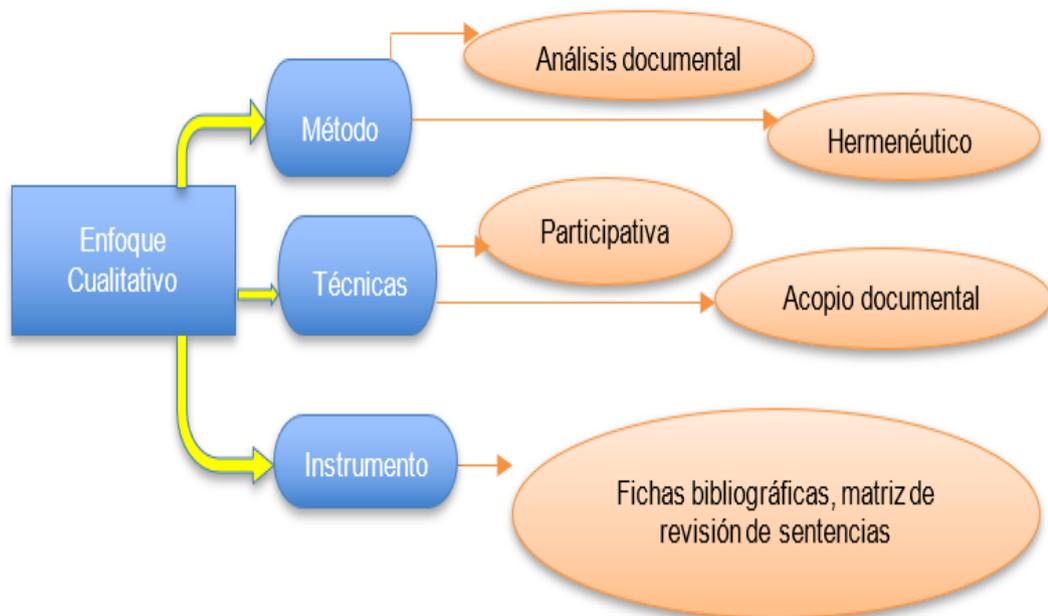
Rodriguez, S. F. (2014). <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n25/n25a01.pdf>. (R. j.-B. Colombia, Ed.) Obtenido de [www.scielo.org](http://www.scielo.org).

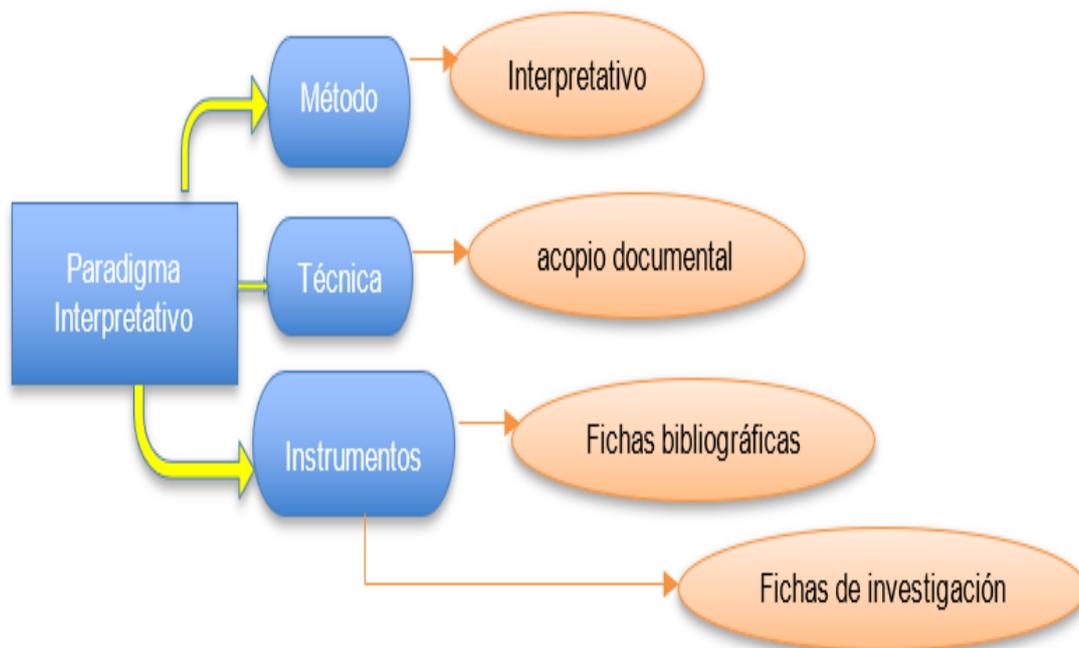
- Rosas, A. J. (2015). El Derecho Constitucional y procesal Constitucional en sus conceptos claves. En J. R. Alcantara, *El Derecho Constitucional y procesal Constitucional en sus conceptos claves* (pág. 340). Lima: El Buho EIRL.
- Ruiz, J. L. (28 de junio de 2017). [https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI\\_.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI_.pdf?sequence=3&isAllowed=y). Obtenido de EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA Y SU ... - TDX.
- Ruiz, Z. H. (2018). <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/4193/BC- TES-TMP-2976.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Obtenido de test de ponderación como unica, repositorio.unprg.edu.pe.
- Sánchez, P. L. (2018). En que momento debe excluirse la prueba ilícita en el proceso penal. En G. Penal, *La prueba en el proceso penal* (págs. 45-85). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Segoviano, H. J. (2005). [http://eprints.uanl.mx/9146/1/CapituloLibro\\_AcopiodeInformacion.pdf](http://eprints.uanl.mx/9146/1/CapituloLibro_AcopiodeInformacion.pdf). Obtenido de X acopia de información cinetífica, repositorio institucional...
- Simarro, P. M. (2019). *Repositorio de tesis DIALNET*. (U. d. Leon, Ed.) Obtenido de <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/11773/Tesis%20Margarita%20Simarro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Talavera, E. P. (2017). *La Prueba Penal*. Lima: Instituto Pacífico SAC.
- Tantalean, O. R. (15 de abril de 2015). [http://mail.upagu.edu.pe/files\\_ojs/journals/6/articles/133/submission/copyedit/133-13-458-1-9-20151124.pdf](http://mail.upagu.edu.pe/files_ojs/journals/6/articles/133/submission/copyedit/133-13-458-1-9-20151124.pdf). (U. N. Perú, Ed.) Obtenido de Tantalean Odar Reynaldo Mario.

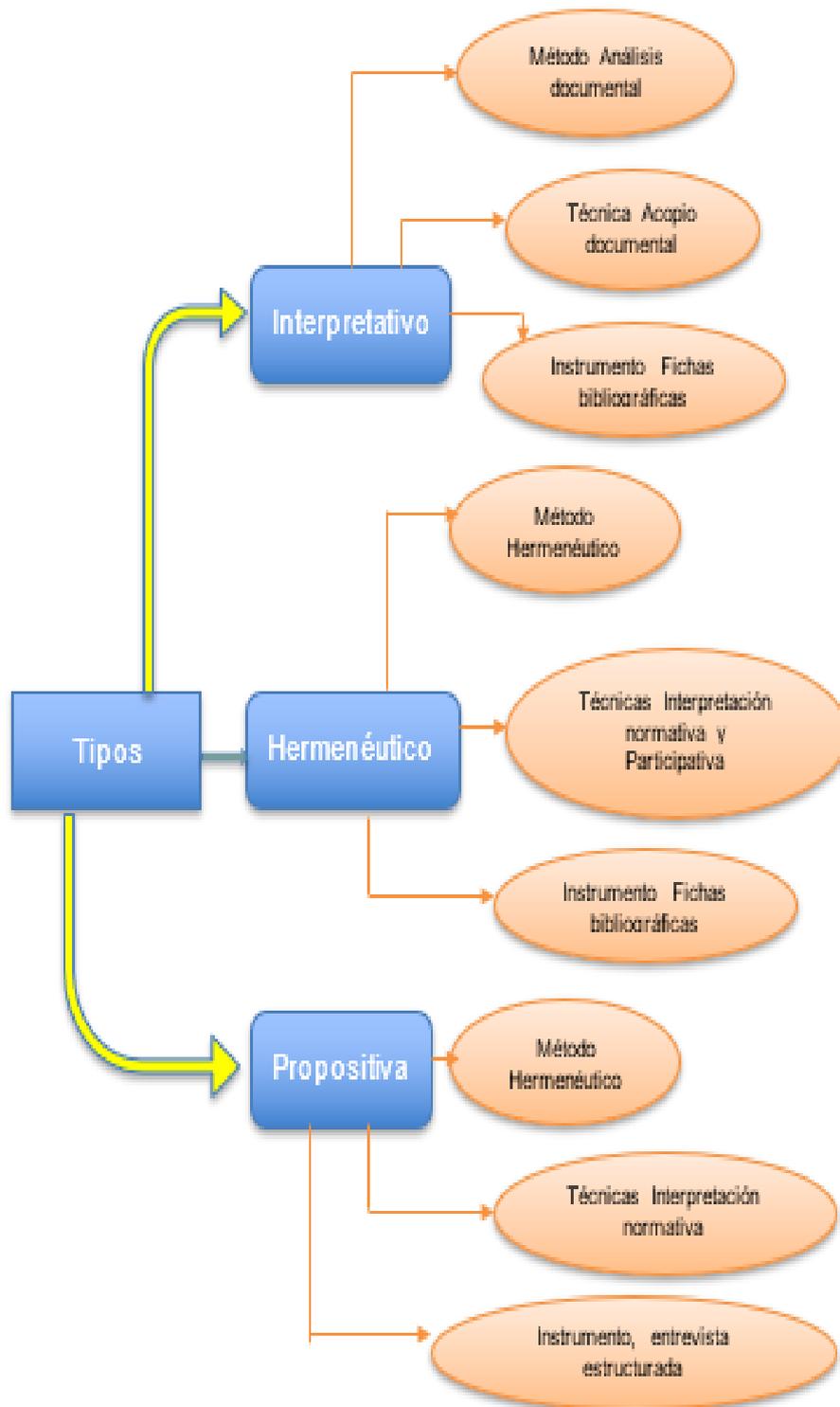
- Tantalean, O. R. (primero de julio de 2015). *www.derechocambiosocial.com*. Obtenido de [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es).
- Tantalean, O. R. (2016).
- Tojar, J. C. (2006). La investigación Cualitativa. En L. d. computadora, *material entregado profesor del curso*. Madrid.
- Vargas, M. R. (2019). *Cuestiones generales sobre la prueba*. Lima: Pacifico Editores SAC.
- Vilchez, Q. M. (2014). <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/7423/BC-141%20VILCHEZ%20QUEVEDO%20MARTHA%20ELIZABETH.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Obtenido de UNIVERSIDAD PEDRO RUIZ GALLO - MARTHA VILCHEZ QUEVEDO, [repositorio.unprg.edu.pe](http://repositorio.unprg.edu.pe).
- Villegas, P. E. (2015). Efectos de la prueba ilícita. En H. G. Villegas Paiva Elky, *La prueba en el proceso penal* (pág. 225 a 232). Lima: Pacifico Editores SAC.
- Zenteno, Trejo Blanca Yaquelín; Osorno Sánchez Armando. (2014). [http://cmas.siu.buap.mx/portal\\_pprd/work/sites/fdcs/resources/PDFContent/1379/Libro%20DIG%20-%20Elementos%20para%20el%20dise%C3%B1o%20de%20investigaciones%20jur%C3%ADdicas.pdf](http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/work/sites/fdcs/resources/PDFContent/1379/Libro%20DIG%20-%20Elementos%20para%20el%20dise%C3%B1o%20de%20investigaciones%20jur%C3%ADdicas.pdf).

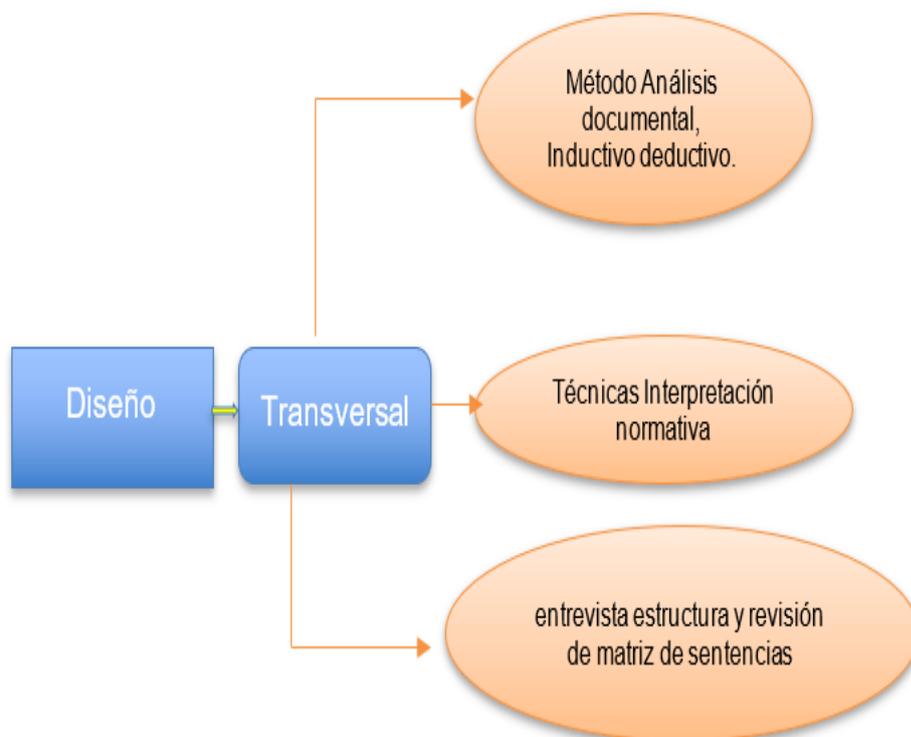
## ANEXOS

## ANEXO 01. ESQUEMA DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN









**ANEXO 02. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS****INSTRUMENTO 1:****MATRIZ DE REVISIÓN DE SENTENCIAS****Interés público**

<b>1</b>	Se define el interés público	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>2</b>	La definición es a través de la normativa	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>3</b>	La definición de interés público es doctrinal	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>4</b>	Se identifica el interés público como un deber – fin del Estado	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>5</b>	Se utiliza el interés público como una justificación para valoración de la prueba	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>6</b>	Se hace la diferencia entre interés público e interés particular	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>7</b>	Se condenó al o los acusados	<b>si</b>	<b>no</b>

**Prueba prohibida**

<b>1</b>	Se define prueba prohibida	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>2</b>	Se explica las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>3</b>	Aplica la ley que prohíbe la prueba prohibida de manera literal – pura subsunción	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>4</b>	Aplica la ponderación de intereses en la valoración de la prueba	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>5</b>	Aplica la proporcionalidad en la valoración de la prueba	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>6</b>	Se condenó al o los acusados	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>7</b>	Se define prueba prohibida	<b>si</b>	<b>no</b>

### Delito de colusión

1	Define delito de colusión	si	no
2	Se explica las características del delito de colusión	si	no
3	Se explica el carácter de clandestino del delito de colusión	si	no
4	Se explica sobre el carácter de subrepticio del delito de colusión	si	no
5	Se ha ofrecido y actuado prueba directa para la probanza del delito de colusión	si	no
6	Se ofreció prueba por indicios para la probanza del delito de colusión	si	no
7	Se ofreció prueba prohibida para la probanza del delito de colusión	si	no
8	Se utilizó la prueba prohibida para demostrar el delito de colusión	si	no
9	Se condenó al o los acusados	si	no
10	Se afectó el patrimonio del Estado	si	no

### Delito de negociación incompatible

1	Define delito de negociación incompatible	si	no
2	Se explica las características del delito de negociación incompatible	si	no
3	Se explica el carácter de clandestino del delito de negociación incompatible	si	no
4	Se explica sobre el carácter de subrepticio del delito de negociación incompatible	si	no
5	Se ha ofrecido y actuado prueba directa para la probanza del delito de negociación incompatible	si	no
6	Se ofreció prueba por indicios para la probanza del delito de negociación incompatible	si	no
7	Se ofreció prueba prohibida para la probanza del delito de negociación incompatible	si	no

<b>8</b>	Se utilizó la prueba prohibida para demostrar el delito de negociación incompatible	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>9</b>	Se condenó al o los acusados	<b>si</b>	<b>no</b>
<b>10</b>	Se afectó el patrimonio del Estado	<b>si</b>	<b>no</b>

## INSTRUMENTO 2:

### ENTREVISTA ESTRUCTURADA:

#### Interés Público

<b>1</b>	¿Conoce usted que es el interés público?
<b>2</b>	¿Identifica al interés público como un fin del Estado?
<b>3</b>	¿Conoce la diferencia entre interés público e interés particular?
<b>4</b>	¿Sabe en qué consiste el derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad al secreto de comunicaciones?
<b>5</b>	¿Sabe si el derecho mencionado anteriormente es absoluto o permite restricciones?
<b>6</b>	¿Considera usted si el derecho en mención obedece a un interés particular?
<b>7</b>	Si se afecta el patrimonio del estado en la ejecución de un delito, que impide la ejecución de una obra o servicio para la población ¿se afectaría el interés público?
<b>8</b>	¿Puede el interés público justificar la valoración de prueba obtenida con violación a la inviolabilidad del secreto a las comunicaciones y a la intimidad en delitos que afecte el patrimonio del Estado?

## Prueba prohibida

1	¿Sabe que es la prueba prohibida?
2	¿Conoce sobre las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida?
3	¿Existe prohibición legal para la admisión y valoración de prueba prohibida?
4	¿Está de acuerdo que la prueba prohibida debe expulsarse del proceso en aplicación directa de la ley y la constitución?
5	¿Considera que la prueba prohibida que emana de la violación del secreto a las comunicaciones y a la intimidad siempre debe ser expulsada del proceso, cuando se afecte el patrimonio del Estado?
6	¿Diga usted si puede aplicarse la ponderación de intereses a efectos de determinar la valoración o no de la prueba prohibida?
7	¿Diga usted si puede aplicarse la proporcionalidad de intereses a efectos de determinar la valoración o no de la prueba prohibida?

## Delito de colusión

1	¿Sabe que es el delito de colusión?
2	¿Conoce las características del delito de colusión?
3	¿Sabe usted porque el delito de colusión es considerado un delito de clandestinidad?
4	¿Conoce usted porque el delito de colusión es subrepticio?
5	¿Sabe usted qué tipo de pruebas comúnmente son las usadas para demostrar el delito de colusión?
6	¿Podría incorporarse prueba prohibida y valorarse esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de colusión?
7	¿En la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado?
8	¿Sería actuar conforme a ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de colusión, con afectación del patrimonio Estatal?

## Delito de negociación incompatible

1	¿Sabe que es el delito de negociación incompatible?
2	¿Conoce las características del delito de negociación incompatible?
3	¿Sabe usted porque el delito de negociación incompatible es considerado un delito de clandestinidad?
4	¿Conoce usted porque el delito de negociación incompatible es subrepticio?
5	¿Sabe usted qué tipo de pruebas comúnmente son las usadas para demostrar el delito de negociación incompatible?
6	¿Podría incorporarse prueba prohibida y valorarse esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de negociación incompatible?
7	¿En la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado?
8	¿Sería actuar conforme a ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de negociación incompatible con afectación del patrimonio Estatal?

### INSTRUMENTO 3:

Ficha bibliográfica

categoría

Título

Autor

Editor

Página

Año

**INSTRUMENTO 4:**

## FICHA DE INVESTIGACIÓN

Tema principal

Sustentado por

Resumen de contenido



### ANEXO 03. RÚBRICAS DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Solicito: Validación de instrumentos de investigación

Lambayeque, 30 de enero del 2022.

Dra. Diana Leonor Alas Rojas

Dra en Derecho por la Universidad Antenor Orrego

Me dirijo a usted para saludarle y a la vez, en su calidad de experto en la Línea de Investigación solicitarle su apoyo en la validación de los instrumentos de investigación de la tesis *“EL INTERÉS PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE COLUSION Y NEGOCIACION INCOMPATIBLE”*.

Esta investigación se realiza para optar el Grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política, por la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” de Lambayeque, Perú.

Le agradezco por anticipado por su tiempo y colaboración, además de las valiosas observaciones y recomendaciones que seguro me hará llegar, las cuales contribuirán para mejorar dichos instrumentos y la investigación en general.

Atentamente,

.....

Doctorando



**PARTE I:**

**FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS**

**1.1. NOMBRE DEL INVESTIGADOR:** .....

**1.2. INFORMACIÓN DEL EXPERTO:**

1.1 Nombres y Apellidos	:	Diana Leonor Alas Rojas
1.2 Profesión	:	Abogado
1.3 Cargo actual en el centro laboral	:	Fiscal adjunto
1.4 Grado académico	:	Doctor
1.5 Título profesional	:	Abogado
1.6 Institución donde trabaja	:	Poder Judicial
1.7 Cargo que desempeña	:	Juez Especializado
1.8 Teléfono	:	044366637
1.9 Correo electrónico	:	di10_17@gmail.com



### **1.3. BREVE CURRÍCULO VITAE DEL EXPERTO Y DE SU LABOR INVESTIGATIVA**

Abogado egresado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Maestra en Derecho Penal y Doctora en Derecho, profesor de la Universidad San Martín de Porres en la especialidad de investigación, docente en la Universidad Privada del Norte.

Fiscal Adjunta especializada en Criminalidad Organizada con 6 años de experiencia.



#### 1.4. INSTRUMENTO N° 1 Matriz de revisión de sentencia –

##### Escala de valoración:

Valoración	Puntaje
Notable	5
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

##### A. Nivel de pertinencia

°	Criterio	Valoración	Observaciones
	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	4	
	Pertinencia de los ítems con las dimensiones	3	



Pertinencia de los ítems con los Indicadores / subindicadores	3
Redacción de ítems	3
<b>TOTAL</b>	

**B. Aspectos de la validación**

1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente
---------------	---------	------------	----------	--------------

Indicadores	Criterios	Escala de valoración				
		1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Esta formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.				x	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.			x		
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.					x
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.			x		
<b>Suficiencia</b>	Comprende aspectos de las variables			x		



---

	en cantidad y calidad suficiente.	
	Permitirá	
<b>Pertinencia</b>	conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.	<b>x</b>
	Pretende	
<b>Consistencia</b>	conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.	<b>x</b>
	Descompone	
<b>Análisis</b>	adecuadamente las variables/indicadores/medidas.	<b>x</b>
	Los datos por	
<b>Estrategia</b>	conseguir responden a los objetivos de investigación.	<b>x</b>
	Existencia de	
<b>Aplicación</b>	condiciones para aplicarse.	<b>x</b>

---

**C. Tabla de calificación de cada ítem del cuestionario:**

<b>1= Notable</b>	<b>2= Suficiente</b>	<b>3= Medianamente suficiente</b>	<b>4= Bajo</b>	<b>5=</b>
<b>Insuficiente</b>				

---



Preguntas			Calificación
INTERES PUBLICO	si	no	4
Se define el interés público	si	no	3
La definición es a través de la normativa	si	no	3
La definición de interés público es doctrinal	si	no	3
Se identifica el interés público como un deber – fin del Estado	si	no	3
Se utiliza el interés público como una justificación para valoración de la prueba	si	no	3
Se hace la diferencia entre interés público e interés particular	si	no	3
Se condenó al o los acusados	si	no	4
PRUEBA PROHIBIDA	si	no	3
Se define prueba prohibida	si	no	4
Se explica las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida	si	no	3



	Aplica la ley que prohíbe la prueba prohibida de manera literal – pura subsunción	si	no	3
	Aplica la ponderación de intereses en la valoración de la prueba	si	no	3
	Aplica la proporcionalidad en la valoración de la prueba	si	no	3
	Se condenó al o los acusados	si	no	3
<b>II</b>	<b>DELITO DE COLUSION</b>			
	Define delito de colusión	si	no	3
	Se explica las características del delito de colusión	si	no	3
	Se explica el carácter de clandestino del delito de colusión	si	no	3
	Se explica sobre el carácter de subrepticio del delito de colusión	si	no	2
	Se ha ofrecido y actuado prueba directa para la probanza del delito de colusión	si	no	2
	Se ofreció prueba por indicios para la probanza del delito de colusión	si	no	4
	Se ofreció prueba prohibida para la probanza del delito de colusión	si	no	4



	Se utilizo la prueba prohibida para demostrar el delito de colusión	si	no	3
	Se condenó al o los acusados	si	no	3
0	Se afectó el patrimonio del Estado	si	no	3
V	DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE	si	no	3
	Define delito de negociación incompatible	si	no	3
	Se explica las características del delito de negociación incompatible	si	no	3
	Se explica el carácter de clandestino del delito de negociación incompatible	si	no	2
	Se explica sobre el carácter de subrepticio del delito de negociación incompatible	si	no	2
	Se ha ofrecido y actuado prueba directa para la probanza del delito de negociación incompatible	si	no	4
	Se ofreció prueba por indicios para la probanza del delito de negociación incompatible	si	no	4
	Se ofreció prueba prohibida para la probanza del delito de negociación incompatible	si	no	3
	Se utilizo la prueba prohibida para demostrar el delito de negociación incompatible	si	no	3



Se condenó al o los acusados	si	no	3
------------------------------	----	----	---

### 1.5. INSTRUMENTO N°2 Entrevista estructurada:

#### Escala de valoración:

Valoración	Puntaje
Notable	3
Suficiente	4
Medianamente suficiente	3
Bajo	2
Insuficiente	1

#### A. Nivel de pertinencia

o	Criterio	Valoración	Observaciones
		n	
	Pertinencia de las preguntas o ítems con los objetivos de la investigación	4	
	Pertinencia de los ítems con la(s) Variable(s)	4	



Pertinencia de los ítems con las dimensiones	4
Pertinencia de los ítems con los Indicadores / subindicadores	4
Redacción de Ítems	3
<b>TOTAL</b>	

### B. Aspectos de la validación

	1= Deficiente	2= Malo	3= Regular	4= Bueno	5= Excelente		
Indicadores	Indicador	Criterios	Escala de valoración				
			1	2	3	4	5
<b>Claridad</b>	Esta formulado con lenguaje claro, apropiado y comprensible.					X	
<b>Objetividad</b>	Permite medir hechos observables.				X		
<b>Actualidad</b>	Adecuado al avance de la ciencia y la tecnología.				X		
<b>Organización</b>	Presentación ordenada.				X		



---

	Comprende	
<b>Suficiencia</b>	aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.	<b>x</b>

---

	Permitirá	
<b>Pertinencia</b>	conseguir datos de acuerdo con los objetivos planteados.	<b>X</b>

---

	Pretende	
<b>Consistencia</b>	conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos actuales.	<b>X</b>

---

	Descompone	
<b>Análisis</b>	adecuadamente las variables/indicadores/medidas.	<b>X</b>

---

	Los datos por	
<b>Estrategia</b>	conseguir responden a los objetivos de investigación.	<b>x</b>

---

	Existencia de	
<b>Aplicación</b>	condiciones para aplicarse.	<b>x</b>

---



**C. Tabla de calificación de cada ítem del cuestionario:**

<b>1= Notable    2= Suficiente    3= Medianamente suficiente    4= Bajo    5= Insuficiente</b>
--

<b>Preguntas</b>	<b>Calificación</b>
<b>INTERES PUBLICO</b>	
¿Conoce usted que es el interés público?	<b>4</b>
¿Identifica al interés público como un fin del Estado?	<b>4</b>
¿Conoce la diferencia entre interés público e interés particular?	<b>3</b>
¿Sabe en qué consiste el derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad al secreto de comunicaciones?	<b>3</b>
¿Sabe si el derecho mencionado anteriormente es absoluto o permite restricciones?	<b>3</b>
¿Considera usted si el derecho en mención obedece a un interés particular?	<b>2</b>
Si se afecta el patrimonio del estado en la ejecución de un delito, que impide la ejecución de una obra o servicio para la población ¿se afectaría el interés público?	<b>4</b>
¿Puede el interés público justificar la valoración de prueba obtenida con violación a la inviolabilidad del secreto a las comunicaciones y a la intimidad en delitos que afecte el patrimonio del Estado?	<b>4</b>
<b>PRUEBA PROHIBIDA</b>	
¿Sabe que es la prueba prohibida?	<b>4</b>



¿Conoce sobre las reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida?	4
¿Existe prohibición legal para la admisión y valoración de prueba prohibida?	3
¿Está de acuerdo que la prueba prohibida debe expulsarse del proceso en aplicación directa de la ley y la constitución?	3
¿Considera que la prueba prohibida que emana de la violación del secreto a las comunicaciones y a la intimidad siempre debe ser expulsada del proceso, cuando se afecte el patrimonio del Estado?	3
¿Puede el interés público justificar la valoración de prueba obtenida con violación al secreto de las comunicaciones y a la intimidad?	2
<b>II</b> COLUSION	
¿Sabe que es el delito de colusión?	4
¿Conoce las características del delito de colusión?	4
¿Sabe usted porque el delito de colusión es considerado un delito de clandestinidad?	3
¿Conoce usted porque el delito de colusión es subrepticio?	3
¿Sabe usted qué tipo de pruebas comúnmente son las usadas para demostrar el delito de colusión?	3
¿Podría incorporarse prueba prohibida y valorarse esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de colusión?	2
¿En la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado?	2
¿Sería actuar conforme a ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de colusión, con afectación del patrimonio Estatal?	2



<b>V</b> DELITO DE NEGOCIACION INCOMPATIBLE	
¿Sabe que es el delito de negociación incompatible?	<b>4</b>
¿Conoce las características del delito de negociación incompatible?	<b>4</b>
¿Sabe usted porque el delito de negociación incompatible es considerado un delito de clandestinidad?	<b>3</b>
¿Conoce usted porque el delito de negociación incompatible es subrepticio?	<b>3</b>
¿Sabe usted qué tipo de pruebas comúnmente son las usadas para demostrar el delito de negociación incompatible?	<b>3</b>
¿Podría incorporarse prueba prohibida y valorarse esta vía ponderación o proporcionalidad para demostrar el delito de negociación incompatible?	<b>2</b>
¿En la ejecución de este delito podría afectarse el patrimonio del Estado?	<b>2</b>
¿Sería actuar conforme a ley, expulsar la prueba prohibida y absolver al o los acusados en un juicio por el delito de negociación incompatible con afectación del patrimonio Estatal?	<b>2</b>



**D. Calificación global del Instrumento 1: (MARCAR CON UNA ASPA)**

Puntaje	Nivel de validación	Descripción
<b>X</b>	<b>Muy Alta</b>	El instrumento evaluado está apto para su aplicación.
	<b>Alta</b>	El instrumento evaluado está apto para su aplicación, aunque necesita ligeros reajustes.
	<b>Media</b>	El instrumento evaluado requiere reajuste, antes de su aplicación.
	<b>Baja</b>	El instrumento evaluado requiere muchos reajustes. No se debe aplicar.
	<b>Muy baja</b>	Rehacer el instrumento. Imposible de aplicar

Aprobado	Desaprobado	Observado
<b>X</b>		

**E. OBSERVACIONES:**

.....

.....

.....



.....

**F. CONCLUSIÓN GENERAL DE LA VALIDACIÓN (en coherencia con el nivel de validación alcanzado)**

---

---

---

---

**G. CONSTANCIA DE JUICIO DE EXPERTO**

La que suscribe, Dra. Diana Leonor Alas Rojas, identificado con DNI N° 44415393 certifico que realicé el juicio del experto de los instrumentos diseñados por la tesista Ana Zegarra Azula, en la investigación: EL INTERÉS PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.

Lambayeque, 30 de enero del 2024.

---

Dra. Diana Leonor Alas Rojas

DNI: 44415393



## ANEXO 05. MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

### EL INTERÉS PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE COLUSION Y NEGOCIACION INCOMPATIBLE

Problema	Objetivos	Hipótesis	Variable	Metodología	Población
<p><b>Problema general</b></p> <p>¿Es el interés público el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interés, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible para permitir su probanza?</p>	<p><b>Objetivo general</b></p> <p>Demostrar que el interés público es el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible para permitir su probanza.</p>	<p><b>Hipótesis general</b></p> <p>El interés público es el fundamento que debería ser aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de intereses, para justificar la excepción de la exclusión de prueba prohibida en los delitos de colusión y negociación incompatible para permitir su probanza</p>	<p><b>Variable 1</b></p> <p>Variable 1 Interés público como excepción a la exclusión a la prueba prohibida"</p> <p><b>Variable 2</b></p> <p>"Delitos de colusión y negociación incompatible"</p>	<p><b>Diseño de investigación</b></p> <p>a) <b>Paradigma de investigación</b> Cualitativa</p> <p>Enfoque y tipo de investigación: propositiva, correlacional</p> <p>c) <b>Diseño de investigación:</b> transversal.</p> <p><b>Su esquema es:</b></p>	<p><b>Corpus:</b></p> <p>04 sentencias emitidas por la Corte Suprema: 01 sobre características del delito de negociación incompatible, como delito de clandestinidad y de difícil probanza. 01 sobre las características del delito de colusión, como delito de clandestinidad y de difícil probanza.</p>



<p><b>Problemas específicos</b></p> <p>1.- ¿La prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones y a la intimidad constituyen prueba prohibida?</p> <p>2.- ¿La prueba prohibida sólo debe ser excluida del proceso por existir disposición legal expresa, o se debería analizar el caso en concreto, mediante la aplicación de la ponderación de interés y/o proporcionalidad como reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida?</p> <p>3.- ¿Es el delito de colusión y de negociación incompatible son considerados graves y de difícil probanza?</p> <p>4.- ¿Puede interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interés, ser considerado suficiente para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitaría la impunidad de estos delitos?.</p>	<p><b>Objetivos específicos</b></p> <p>1 Revelar las razones normativas, doctrinales y jurisprudenciales por las cuales se afirma que la prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones constituye prueba prohibida.</p> <p>2 explicar las razones por las cuales la prueba prohibida no debe ser excluida del proceso sólo por existir disposición legal expresa, sino que se debería analizar el caso en concreto, mediante la aplicación de la ponderación de interés y/o proporcionalidad como reglas de excepción a la exclusión de la prueba prohibida.</p> <p>3 definir las características típicas del delito de colusión y Negociación incompatible con el cargo, así como las dificultades de su probanza en los procesos, por estar revestidas de clandestinidad.</p> <p>4 Determinar las argumentos por las que el interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interés,</p>	<p>1. La prueba obtenida con violación al secreto de comunicaciones y el derecho a la intimidad constituye prueba prohibida.</p> <p>2. La prueba prohibida no sólo debe ser excluida del proceso por existir disposición legal expresa, sino después de un determinado análisis del caso en concreto, mediante la aplicación de la ponderación de interés y/o proporcionalidad.</p> <p>3. Los delitos de colusión y negociación incompatible son considerados grave y de difícil probanza.</p> <p>4. El interés público aplicado en la proporcionalidad y/o la ponderación de interés, para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitaría la impunidad de estos delitos.</p>		<p><b>Método:</b></p> <p>Análisis documental, hermenéutico, inductivo deductivo</p> <p>Técnica: acopia y análisis documental, interpretación normativa.</p> <p>Instrumentos: fichas bibliográficas</p> <p>Fichas de investigación respecto de las sentencias que se han analizado</p> <p><b>Plan de análisis de datos;</b></p> <p><b>Matriz de análisis documental</b></p> <p>• e) <b>Plan de análisis de datos:</b> Análisis del contenido de los documentos.</p>	<p>01 donde se privilegia prueba prohibida, por el interés público</p> <p>01 donde se expulsa prueba prohibida, no se analiza interés público</p> <p>02 sentencias de Tribunal Constitucional:</p> <p>02 donde se dispone que la prueba prohibida no puede ser valorada, no se analiza interés público</p> <p>01 sobre el derecho a la verdad y el interés público</p> <p><b>Unidades</b></p> <p>Sentencia del Tribunal Constitucional</p> <p>1.- Caso 2888-200 – Habeas Corpus Genaro Villegas Namuche; del 18 de marzo del 2004.</p> <p>2.- Caso 655-2010 – Habeas Corpus – Alberto Quimper</p>
--	---	---	--	--	---



	<p>debe ser considerado suficiente para privilegiar la prueba prohibida, en los delitos de colusión y negociación incompatible, evitando la impunidad de estos delitos</p>				<p>Herrera, del 27 de octubre del 2010.</p> <p>3.- Caso 4715-2015 - Habeas Corpus - William Candamo Perez del 24 de enero del 2018.</p> <p>Sentencias de la Corte Suprema en lo Penal</p> <p>1.- Caso 1379-2017 por el delito de colusión, de fecha 28 de agosto del 2018.</p> <p>2.-Caso 677-2016 - Petro Audios, por el delito de Negociación incompatible de fecha 17 de mayo del 2017.</p> <p>3.-Caso 18-2017-Delito de negociación incompatible de fecha 24 de julio del 2019</p> <p>4.-Caso Automotores Gildemeister - 817-2016-Edwiin</p>
--	--	--	--	--	--



					Antonio Leiva Herrera y Otros de fecha 20 de noviembre del 2017  Muestreo no probabilístico, por ser así de conveniencia
--	--	--	--	--	--



Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo  
Escuela de Posgrado  
Unidad de Posgrado





## 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: Ana Estroilda Zegarra Azula  
Título del ejercicio: Quick Submit  
Título de la entrega: EL INTERÉS PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE...  
Nombre del archivo: Ana\_Zegarra\_Azula.docx  
Tamaño del archivo: 1.21M  
Total páginas: 189  
Total de palabras: 44,729  
Total de caracteres: 240,442  
Fecha de entrega: 05-feb.-2024 10:30a. m. (UTC-0500)  
Identificador de la entrega... 2286990613

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
ESCUELA DE POSGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



### TESIS

EL INTERÉS PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE  
PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y  
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Investigador(a):

ANA ESTROILDA ZEGARRA AZULA

Asesor:

Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo

Lambayeque, 2023

  
Dr. Freddy Widmar Hernández  
Asesor

## CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Freddy Widmar Hernández Rengifo, docente asesora del trabajo de investigación, de **Ana Estroilda Zegarra Azula**

Titulado: **“EL INTERÉS PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE”**

Luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud del 20% 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 las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 08 de febrero 2024

Mg. Ana Estroilda Zegarra Azula  
Rengifo Autora

FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO

DNI 17450122  
ASESOR

Se adjunta:

Resumen del Reporte (Con porcentaje y parámetros de configuración)

Recibo digital

# EL INTERÉS PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

## INFORME DE ORIGINALIDAD

20%

INDICE DE SIMILITUD

20%

FUENTES DE INTERNET

7%

PUBLICACIONES

7%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	6%
2	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	1%
3	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	1%
4	<b>doku.pub</b> Fuente de Internet	1%
5	<b>repositorio.unsa.edu.pe</b> Fuente de Internet	1%
6	<b>Submitted to Universidad Cesar Vallejo</b> Trabajo del estudiante	1%
7	<b>www.scielo.cl</b> Fuente de Internet	1%
8	<b>repositorio.unprg.edu.pe</b> Fuente de Internet	<1%

Siendo las 1pm horas del día 25 de MARZO del año Dos Mil VEINTICUATRO, en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 908.702196 de fecha 06 SETIEMBRE 2022 conformado por:

- DR. LUIS ANIBALDO HOYOS YASQUEZ PRESIDENTE (A)
- DR. VICTOR TROPENTO ANACIETO BUENENAU SECRETARIO (A)
- DR. EILMEN ALAN LÓPEZ REQUEJO VOCAL
- DR. TREDDY WIDMAR HERNANDEZ DEUBIFO ASESOR (A)

Con la finalidad de evaluar la tesis titulada "EL INTERES PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA PROHIBIDA EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE"

presentado por el (la) Tesista ANA ESTROILDA ZEGANNA AZOLA sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 203.70247-EP5 de fecha 13 DE MARZO DEL 2024

El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 18 puntos que equivale al calificativo de MOX BUENO

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de: DOCTANA EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA

Siendo las 2:00 PM horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.

[Signature]  
PRESIDENTE

[Signature]  
SECRETARIO

[Signature]  
VOCAL

[Signature]  
ASESOR