



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA
EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

Autores:

Bach. Ortiz Ramirez, Paola Elizabeth

Bach. Pinglo Capuñay, Luis Felipe

Asesor:

Abg. Samillan Carrasco José Luis

Línea de Investigación:

Derecho Procesal Penal

Pimentel – Perú

2016

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a Dios y la Virgen, por darme la fuerza y motivación necesaria para lograr los objetivos que me he trazado, a mis padres Emilia Isidora Capuñay Paz y Felipe Pinglo Zeña, por su amor, comprensión y apoyo incondicional en el sendero de mi formación profesional, a mis hermanos Gioana, Felipe y Kattia Pinglo Capuñay, por todo lo que hemos compartido como familia, y por su amor infinito.

Luis Felipe Pinglo Capuñay.

Esta investigación se la dedico a lo más grande que Dios me ha dado mis padres, Carolina Lucia Ramírez Ruiz y Noé Jorge Ortiz Saldaña, por el amor que me han brindado, la motivación que sembraron en mí para llegar a cumplir cada una de mis objetivos trazados y por depositar toda su confianza en mi persona, sin dudar de mi capacidad para lograr mis metas. Los amo con mi vida.

Paola Elizabeth Ortiz Ramirez.

AGRADECIMIENTO

En la presente investigación quiero brindar un especial agradecimiento a los docentes de la Universidad Señor de Sipán, por las cátedras brindadas en aulas, que han hecho de mí un buen profesional en la Ciencia del Derecho, así mismo le agradezco a toda mi familia por su apoyo constante en mí caminar.

Luis Felipe Pinglo Capuñay.

En primer lugar, a Dios por haberme guiado por el camino correcto y darme la fuerza para salir adelante; en segundo lugar, a cada uno de los que son parte de mi familia a mis Sobrinos Sebastián G. Ortiz, Liam Rojas Ortiz y Fátima M. Pozo, a mis Hermanos Carolina, Noé y Jesús, a mis Primos Fabiola del Milagro, Gloria Elizabeth y Oscar Federico, a mis Tíos Gloria Jesús Ortiz, Francisco Ortiz y Federico Pozo; por siempre haberme dado su fuerza y apoyo incondicional.

Paola Elizabeth Ortiz Ramirez.

RESUMEN

La presente investigación combina dos temas de relevancia jurídica en la actualidad, “prueba ilícita” y “delitos contra la administración pública”, el objetivo propuesto para el abordaje de estos temas es describir la realidad social y procesal por la que atraviesa nuestro país respecto a la dificultad de sancionar los delitos contra la administración pública cuando se aportan al proceso pruebas “ilícitas o prohibidas” que demuestran la irrefutable culpabilidad del imputado, pero que por cuestiones técnico-jurídicas esta clase de pruebas son invalidadas ordenándose su expulsión de la causa.

Para el desarrollo de esta tesis se han empleado como fuentes de información, libros, revistas y toda investigación que ha abordado con anterioridad el tema objeto de estudio, ello con la finalidad de llegar a un resultado que ayude a superar las discrepancias teorías y empirismos normativos que hemos identificado en nuestro anexo n°02, así mismo se ha utilizado “la encuesta” como instrumento de recolección de datos, lo cual nos ha permitido reunir la opinión tanto de la comunidad jurídica como de los operadores del derecho en cuanto al empleo de las teorías que propugnan la admisión de prueba ilícita y sus sistemas de regulación, así como las deficiencias que presenta el contenido actual de los artículos VIII. 2 del T.P y 159° del código procesal penal. Las técnicas antes descritas nos han permitido, además, analizar y cuestionar las ideas y doctrinas tradicionalistas, ello con el propósito de confirmar o descartar nuestros postulados, buscando así una solución sustentada en la racionalidad y los principios del derecho.

Finalmente, este estudio nos ha permitido llegar a la conclusión que, respecto a este tema existe “inseguridad jurídica”, ya que son muy pocos los casos donde se aplica la admisión de “prueba ilícita” debido al gran desconocimiento de las teorías que proponen excepciones a la “regla de exclusión probatoria”, así mismo concluimos que los artículos VIII. 2 del T.P y 159° del C.P.P necesitan ser actualizadas en su contenido con las teorías desarrolladas en esta tesis.

LOS AUTORES.

Palabras clave: Prueba ilícita y delitos contra la administración pública.

ABSTRAC

The present investigation combines two issues of legal relevance at present, "illegal evidence" and "crimes against public administration", the proposed objective to address these issues is to describe the social and procedural reality that our country is experiencing with respect to the difficulty of sanctioning offenses against the public administration when "unlawful or forbidden" evidence is brought to the trial that demonstrates the defendant's irrefutable culpability, but for technical-legal reasons this type of evidence is invalidated, ordering his expulsion from the case.

For the development of this thesis have been used as sources of information, books, journals and any research that has previously addressed the subject under study, this in order to achieve a result that helps overcome the discrepancies theories and normative empiricisms that we have identified in our annex n ° 02, likewise "the survey" has been used as an instrument for data collection, which has allowed us to gather the opinion of both the legal community and the legal operators regarding the use of the theories that advocate the admission of illegal evidence and its regulatory systems, as well as the deficiencies presented by the current content of articles VIII. 2 of the T.P and 159 ° of the criminal procedure code. The techniques described above have also allowed us to analyze and question traditionalist ideas and doctrines, with the purpose of confirming or discarding our postulates, seeking a solution based on rationality and the principles of law.

Finally, this study has allowed us to reach the conclusion that, regarding this issue there is "legal uncertainty", since there are very few cases where the admission of "illegal evidence" is applied due to the great ignorance of the theories that propose exceptions to the "evidentiary exclusion rule", likewise we conclude that articles VIII. 2 of T.P and 159 ° of C.P.P need to be updated in their content with the theories developed in this thesis.

THE AUTHORS.

Keywords: Illicit evidence and crimes against public administration.

INDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRAC	v
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	10
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	11
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	13
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	14
1.4. HIPÒTESIS.....	15
1.4.1. Hipòtesis Global.....	15
1.4.2. Sub Hipòtesis	15
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	16
1.5.1. Objetivo General.....	16
1.5.2. Objetivo Específico.....	17
CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL	19
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
2.1.1. En el Mundo	20
2.1.2. A Nivel Nacional	22
2.1.3. A Nivel Regional.....	23
2.2. TEORIAS RELACIONADAS AL TEMA.....	24
2.2.1. Teorías en contra de la Admisión y valoración de una prueba ilícita ..	25
2.2.2. Teorías a favor de la Admisión y utilización de una prueba ilícita.....	29
2.2.3. Excepciones a la regla de la exclusión probatoria.....	32
2.2.4. Sistemas de regulación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria.....	39
2.3. CONCEPTOS RELACIONADOS CON EL TEMA	41

2.3.1.	Primer Sub Capítulo: Origen y fundamento de la regla de exclusión probatoria.....	41
2.3.2.	Segundo Sub Capítulo: La regla de exclusión probatoria en el Derecho Comparado.....	46
2.3.3.	Tercer Sub Capítulo: Concepto jurídico procesal de la Prueba	63
2.3.4.	Cuarto Sub Capítulo: Importancia de la prueba en el proceso penal.....	66
2.3.5.	Quinto Sub Capítulo: El derecho de prueba en la constitución	68
2.3.6.	Sexto Sub Capítulo: Requisitos para la admisión y valoración de la prueba en el proceso penal	71
2.3.7.	Séptimo Sub Capítulo: Concepto de prueba ilícita e irregular	73
2.3.8.	Octavo Sub Capítulo: Derechos afectados por la prueba ilícita	77
2.3.9.	Noveno Sub Capítulo: Efecto extensivo de la prueba ilícita.....	80
2.3.10.	Décimo Sub Capítulo: Diferencias entre nulidad y regla de exclusión probatoria..	82
2.3.11.	Décimo Primero Sub Capítulo: La corrupción y sus consecuencias económicas y sociales.....	85
2.3.12.	Décimo Segundo Sub Capítulo: La prueba ilícita y los delitos contra la administración pública en el proceso penal.....	88
	CAPÍTULO III: MÉTODO	93
	3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	94
3.1.1.	Tipo de Investigación.....	94
3.1.2.	Tipo de Análisis.....	94
3.1.3.	Diseño de Ejecución.....	94
3.1.3.1.	Universo de la Investigación	94
	3.2. VARIABLES, OPERACIONALIZACIÓN	95
1.4.1.	Identificación de las Variables	95
1.4.2.	Definición de Variables.....	95
1.4.3.	Clasificación de las Variables	97
	3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA	98

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD	99
3.4. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE LOS DATOS	100
3.4.1 Forma de análisis de las informaciones	100
<i>CAPÍTULO IV: RESULTADOS</i>.....	101
4.1. Descripción Actual de los Operadores del Derecho Respecto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba ilícita en el Proceso Penal Peruano para Sancionar los Delitos de Corrupción de Funcionarios.....	102
4.2. Descripción Actual de la Comunidad Jurídica Respecto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba ilícita en el Proceso Penal Peruano para Sancionar los Delitos de Corrupción de Funcionarios.....	109
<i>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN</i>.....	119
5.1. Análisis de la Situación Encontrada en los Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica Respecto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba ilícita en el Proceso Penal Peruano para Sancionar los Delitos de Corrupción de Funcionarios.....	120
5.2. Análisis de la Situación Encontrada en los Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica Respecto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba ilícita en el Proceso Penal Peruano para Sancionar los Delitos de Corrupción de Funcionarios.....	134
<i>CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES</i>.....	164
6.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANÁLISIS.....	151
6.2. CONCLUSIONES PARCIALES	159
6.2.1. CONCLUSIÓN PARCIAL N° 1	159
6.2.1.1. Contrastación de la Sub Hipótesis “a”	159
6.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 1	161
6.2.2. CONCLUSIÓN PARCIAL N°2.....	161
6.2.2.1. Contrastación de la Sub Hipótesis “b”	161
6.2.2.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 2	163
6.2.3. CONCLUSIÓN PARCAL N° 3.....	164

6.2.3.1. Contrastación de la Sub Hipótesis “c”	164
6.2.3.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 3	166
6.2.4. CONCLUSIÓN PARCIAL N° 4	166
6.2.4.1. Contrastación de la Sub Hipótesis “d”	166
6.2.4.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 4	169
6.3. CONCLUSIÓN GENERAL	170
6.3.1. Contrastación de la Hipótesis Global	170
6.3.2. Enunciado de la Conclusión General	171
<i>CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES</i>	176
7.1. RECOMENDACIONES PARCIALES	177
7.1.1. Recomendación Parcial 1	177
7.1.2. Recomendación Parcial 2	178
7.1.3. Recomendación Parcial 3	178
7.1.4. Recomendación Parcial 4	179
7.2. ENUNCIADO DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL	180
<i>REFERENCIAS</i>	183
<i>ANEXOS</i>	191

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El problema en que se centró la tesis es aquel al que se le denominó: **“NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”** (Ver anexo N°3).

La regla de “Exclusión Probatoria”, que fue creada en base a la transgresión de la cuarta y quinta enmienda de la Constitución Norteamericana, y que fue desarrollada por primera vez en el caso *Boyd vs US* (1886) y posteriormente reafirmada en el caso *Weeks vs US* (1914), en un inicio sirvió como una garantía frente a las actuaciones federales y posteriormente estatales, sustentadas en el *deterrent effect* e *integrity judicial*, aplicándola para garantizar tanto derechos fundamentales como procesales. La IV enmienda prohibía la inviolabilidad del domicilio, la V estaba referida a la no autoincriminación, posteriormente se extendió también a la VI enmienda referida a la asistencia de abogado y la XIV enmienda que aseguraba un debido proceso. Inicialmente esta regla se aplicaba de manera inflexible, rigurosa, no permitiendo que se valore dentro de un proceso una prueba que haya sido recabada con violación o transgresión a los derechos fundamentales y procesales de la persona, sin embargo, años más tarde se flexibilizó su aplicación mediante la creación de teorías denominadas “Excepciones a la Regla de Exclusión Probatoria”.

Se debe destacar que este principio (*regla de exclusión probatoria*) ha servido como referencia para su desarrollo normativo en el Perú, precisamente en los artículos 2°, inciso 10 y 24, apartado h de la Constitución Peruana de 1993, así como en el Código Procesal Penal del 2004 en sus artículos VIII. 2 del Título Preliminar y 159°. De manera que, en la legislación peruana, los efectos que origina la obtención de una prueba ilícita según Carhuajulca, J. (2009) son básicamente 2: *“el primero es excluir la prueba ilícita, no llegando a valorarla dentro del proceso, y el segundo efecto (indirecto) es que las pruebas que provengas directamente de la obtenida ilegalmente, tampoco deben ser utilizadas, por encontrarse contaminadas en su origen”* p.57.

Este principio ha originado muchos problemas en la persecución penal, especialmente para proscribir la impunidad en los casos de delitos contra la administración pública, debido a que en muchos de estos procesos se deja en libertad a los responsables de la comisión de estos tipos penales, simplemente por no poder valorar las pruebas ilícitas que demuestran su irrefutable culpabilidad. Ello tiene su fundamento en que la prueba es un instrumento indispensable en todo proceso, siendo necesario que ésta se practique con pleno respeto a la ley, pues mediante ella se demuestra la culpabilidad o inocencia de un procesado, así mismo sirve de base para fundamentar una sentencia, y como bien sostiene Castro, H. (2009): *“sin actividad probatoria no hay proceso válido; o, en el mejor de los casos, tratándose del proceso penal: sin prueba no puede haber condena”*. p.48. Es por ello que en un determinado caso al existir únicamente pruebas ilícitas que demuestran la culpabilidad del actor, éste debe ser absuelto al no existir prueba válida que pueda fundamentar una sentencia condenatoria.

Un claro ejemplo de los rezagos que trae consigo la aplicación rígida de esta “Regla de Exclusión Probatoria”, es el caso BTR, en donde la Tercera Sala Penal Liquidadora de Lima declaró como pruebas “ilícitas” las grabaciones reveladas en el año 2008, aquellas que el Perú entero escuchó y que dieron a conocer presuntos actos de corrupción en la licitación de lotes petroleros en el país. Así mismo el 15 de setiembre, la misma sala emitió otra resolución en la que dispone que ninguno de los correos electrónicos hallados en la computadora de Rómulo León Alegría, sean admitidos en el proceso, por considerarse “ilícitas”. Es decir, los medios probatorios imprescindibles para resolver el caso, no podían valorarse en el proceso, lo que ha dado lugar a que en febrero de 2016 se absuelva de todo cargo al señor Rómulo León Alegría.

A todas luces podemos advertir que esta impunidad ha originado en gran parte, el ascenso vertiginoso de la corrupción, esto se demuestra *“con el informe del año pasado realizado por la Procuraduría Anticorrupción, donde precisa que el 92% de los alcaldes del país casi 1.700 de 1.841 están siendo investigados por presuntos delitos de corrupción”* (Macera, D. 2015). Se debe resaltar que los delitos contra la administración pública van desgastando paulatinamente el crecimiento económico de nuestro país, afectando cruelmente a la población de bajos recursos, pues son ellos los que sufren de manera directa los efectos de esta mal. Actualmente existe

un compromiso muy pobre por parte de nuestras autoridades de generar políticas que hagan frente a este fenómeno y así proscribir en gran medida la impunidad que se viene suscitando.

Por las razones antes expuestas, en el presente trabajo analizaremos y cuestionaremos las diversas diferencias que genera la utilización de la prueba ilícita en el ámbito jurídico, las teorías a favor y en contra de su valoración, así como las “Excepciones a la Regla de Exclusión Probatoria”, del mismo modo se analizará el tratamiento que ésta ha tenido en el derecho comparado, como por ejemplo en Estados Unidos de Norteamérica, España, Argentina, Alemania, Chile, Colombia y Perú, de igual manera se estudiarán algunas sentencias relevantes para la comprensión del presente tema, todo ello en aras de proponer lineamientos sólidos que puedan dar mayores argumentos para la admisión y valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano, con miras a sancionar efectivamente los delitos contra la administración pública. Somos de la creencia de que, en el mundo del Derecho, es más importante revelar una postura u opinión por escrito, crear teorías y generar polémica, que guardárselo por miedo a las críticas.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

a) Formulación interrogativa del problema.

El problema de la presente tesis se ha planteado en forma de interrogante de la siguiente manera:

Primera Parte del Problema: Discrepancias Teóricas

- a) ¿Existen Discrepancias Teóricas sobre la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para los delitos contra la administración pública?
- b) Si existen Discrepancias Teóricas, con relación al tema planteado ¿Cuáles son?
- c) ¿Cuáles son los planteamientos teóricos para sustentar la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública?
- d) ¿Cómo se pretende lograr dichos objetivos?

- e) ¿La Comunidad Jurídica y la sociedad peruana se ve afectada, con la no admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública?

Segunda Parte del Problema: Empirismos Normativos

- a) ¿Cuáles son las normas que se relacionan con la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública?
- b) ¿Cómo sería su aplicación en el ámbito Jurídico?
- c) ¿La solución con relación a la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública es un aporte constructivo para la sociedad?
- d) Si existen Empirismos Normativos con relación al tema planteado ¿Cuáles son? ¿Cuál es la posible solución para este tipo de problema?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

La presente investigación resulta de vital importancia para la Comunidad Jurídica y los Operadores del Derecho, porque sus aportes jurídicos van a contribuir a un mejor entendimiento de los fundamentos que sustentan el rechazo de una prueba ilícita y las teorías que propugnan su admisión, buscando siempre cuestionar las doctrinas tradicionalistas en aras de confirmar o rechazar nuestros postulados, buscando así una solución sustentada en la racionalidad y principios del derecho que nos permita construir un argumento sólido que justifique la admisión de una prueba prohibida en el proceso penal peruano con tendencia a sancionar eficazmente los delitos contra la administración pública que actualmente vienen quedando impunes debido a que no se pueden utilizar este tipo de pruebas para sustentar una sentencia condenatoria, lo que ha dado lugar a la impunidad y a fallos contradictorios, generando así inseguridad jurídica. Así mismo este trabajo resulta conveniente para la Sociedad Peruana porque se crea una herramienta legal que haga frente al crecimiento vertiginoso de la corrupción en las instituciones del Estado, lo que afecta el adecuado funcionamiento de la administración pública.

1.4. HIPÓTESIS

1.4.1. Hipótesis Global

La hipótesis de solución con relación a la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública, es “**modificar el artículo VIII inciso 2 del T.P. y artículo 159° del código procesal penal**”, ello con la finalidad de hacer posible la admisión y valoración de una prueba de origen ilícito. Es por ello que urge la necesidad de que los Operadores de Derecho y la Comunidad Jurídica en nuestro país analicen y evalúen los Planteamientos Teóricos como: El origen y fundamento de la exclusión probatoria, las teorías que sustentan la admisión de una prueba ilícita, las teorías que propugnan excepciones a la aplicación de la regla de exclusión probatoria y sus sistemas de regulación. Del mismo modo realizar un análisis las Normas Nacionales y Derecho Comparado con la finalidad de identificar las causas del problema que tanto afecta a nuestro país creando un clima de injusticia e inseguridad jurídica.

1.4.2. Sub Hipótesis

- a. **Los Operadores de Derecho** (Magistrados y Fiscales Penalistas) al administrar justicia con relación a la prueba ilícita y su admisión en el proceso penal para delitos contra la administración pública, deben tomar en cuenta los **planteamientos teóricos** (conceptos básicos), para la solución al problema planteado, y así poder superar las **Discrepancias Teóricas** encontradas.

Fórmula: -X1; A1; -B1

Arreglo 4: A, -B, -X

- b. **La Comunidad Jurídica** (Abogados Penalistas) al dar una opinión crítica en sus estudios relacionados a la prueba ilícita y su admisión en el proceso penal para delitos contra la administración pública, deben valorar las investigaciones de expertos (**planteamientos teóricos**), que establecen con precisión y fundamentan con facilidad temas relacionados con el problema planteado, así mismo deben tener en cuenta el **Derecho Comparado**, para superar las **Discrepancias Teóricas**, encontradas.

Fórmula: -X1; A2; -B1, -B3

Arreglo 4: A, -B, -X

- c. **Los Operadores de Derecho** (Magistrados y Fiscales Penalistas) al resolver casos con relación a la prueba ilícita y su admisión en el proceso penal para delitos contra la administración pública, encontraron **Empirismos Normativos** al observar que los legisladores debieron tomar en cuenta y valorar que existen estudios de expertos (**Planteamientos Teóricos**), que establecen y fundamentan con facilidad, temas relacionados con el problema planteado, y así poder realizar una mejor y mayor implementación de las **Normas** de nuestra legislación Nacional.

Fórmula: - X2; A1; -B1, -B2

Arreglo 3: A, -X, -B

- d. **La Comunidad Jurídica** (Abogados Penalistas) en sus investigaciones jurídicas con relación a la prueba ilícita y su admisión en el proceso penal para delitos contra la administración pública, deben tomar en cuenta que existen estudios de expertos (**Planteamientos Teóricos**), asimismo, analizar las **Normas Nacionales** y el **Derecho comparado**. Para así poder corregir los **Empirismos Normativos** encontrados.

Fórmula: -X2; A2; -B1, -B2, -B3

Arreglo 4: A, -B, -X

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Objetivo General

La presente tesis pretende investigar, analizar, complementar y proponer “**La admisión de prueba ilícita en el proceso penal para los delitos contra la administración pública**”, con la fundamentación de un Marco Referencial que integre la correcta definición y análisis de los Planteamientos Teóricos como: El origen y fundamento de la exclusión probatoria, las teorías que sustentan el rechazo y la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, las teorías que propugnan excepciones a la aplicación de la regla de exclusión probatoria y sus sistemas de

regulación. Así mismo realizar un estudio de las Normas Nacionales y el Derecho Comparado, con el propósito de identificar las causas de cada parte del problema y de esta forma obtener argumentos sólidos que nos permitan proponer lineamientos y recomendaciones, que puedan dar mayor fundamentación jurídica a la propuesta de admisión de prueba ilícita en el proceso penal para sancionar eficazmente los delitos contra la administración pública.

1.5.2. Objetivos Específicos

Para lograr el objetivo general, se tendrán que alcanzar los siguientes planteamientos específicos:

- a) Describir el Problema sobre la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para los delitos contra la administración pública; con sus partes y variables, tales como: Los Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica.
- b) Ubicar, seleccionar y resumir los Planteamientos Teóricos directamente relacionados con la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública como: El origen y fundamento de la exclusión probatoria, las teorías que sustentan el rechazo y la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, las teorías que propugnan excepciones a la aplicación de la regla de exclusión probatoria y sus sistemas de regulación.
- c) Analizar las Normas Nacionales y Derecho Comparado; con el propósito de identificar las causas directamente relacionadas con la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública.
- d) Comparar cuantitativa y cualitativamente, con el apoyo de programas Windows, Excel y Word, cada parte o variable en relación al problema planteado: La necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para los delitos contra la administración pública.
- e) Identificar y analizar las causas de Las Discrepancias Teóricas y Los Empirismos Normativos, con relación a la necesidad de regular la admisión

de prueba ilícita en el proceso penal para los delitos contra la administración pública.

- f) Proponer lineamientos y recomendaciones que justifiquen la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública, de tal manera que se superen las Discrepancias Teóricas y se corrijan los Empirismos Normativos, y de esta forma obtener una actualización y óptima aplicación de las normas en el derecho procesal penal peruano.

CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL

II. MARCO REFERENCIAL

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. En el mundo

A) Colombia:

En estudios anteriores semejantes a nuestro tema de tesis, hemos encontrado en Colombia, la investigación realizada por Gonzales, L., Arias, F. (2015) denominada: “EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CON TENDENCIA ACUSATORIA – LEY 906 DE 2004” para optar el grado de Especialista en Derecho Procesal Penal y Criminalística por la Universidad de San Buenaventura, el cual después de un estudio detallado, determinan que la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004 ha cambiado el esquema del proceso penal, sustituyendo el modelo inquisitivo por el acusatorio, introduciendo así, un cambio procesal que supone una nueva forma de persecución penal en el hallazgo de la verdad material.

Concluyen que en el proceso penal colombiano la existencia de pruebas ilícitas se encuentra supeditadas a la aplicación de la regla de exclusión probatoria, debido a que su Constitución ha previsto la “nulidad” para aquellas pruebas practicadas con desconocimiento del debido proceso. Sin embargo, argumentan que el mandato constitucional encuentra su límite en la regulación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria previstas por la Ley 906 del 2004, ley que contribuye a atenuar las ilicitudes cometidas por los entes de persecución penal y particulares.

Arguyen que la previsión legal de las excepciones a la regla de exclusión probatoria como: la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado, potencian sustancialmente el sistema de persecución penal y permiten la eficacia del Puniendi del Estado, ya que dichas excepciones permiten valorar pruebas ilícitas teniendo en cuenta características particulares en su forma de obtención, no permitiendo que en todos los casos se deseche material incriminatorio por causa del mandato constitucional.

Por último sustentan que, para la aplicación correcta de las excepciones antes mencionadas el juez cumple un rol importante, ya que además de ponderar los

derechos en juego como: el de la víctima a la protección de su derecho y resarcimiento, del victimario a ser sometido a un debido proceso y del Estado a sancionar efectivamente el delito en protección de la sociedad, tendrá que hacer uso de la sana crítica y las reglas de la experiencia para poder determinar: 1) si existe independencia entre la prueba ilícita y lícita, 2) si inevitablemente por medios regulares se hubiera obtenido de todas maneras el material probatorio incriminatorio y 3) determinar si el vínculo o nexo causal entre la prueba inicial vulneradora de derechos y la derivada se ha atenuado tanto que es casi inexistente y por lo tanto aprovechable en el proceso.

B) España:

En este país tenemos la tesis desarrollada por Alcaide, J. (2012) denominada: “LA EXCLUSIONARY RULE DE EE.UU. Y LA PRUEBA ILÍCITA PENAL DE ESPAÑA” para optar el grado de Doctor en Derecho Procesal por la Universidad Autónoma de Barcelona. En ella el autor concluye que en España el desarrollo jurisprudencial de la prueba ilícita llega recién con la STC. 114/1984 el cual se desarrolla en torno a un caso en materia laboral, precisando que en esta sentencia se advierte una clara influencia doctrinal del Tribunal Federal de Estados Unidos.

Sostiene que, la regla de exclusión probatoria en Estados Unidos no tiene regulación constitucional, ni norma expresa que desarrolle su contenido, siendo esta regla una creación jurisprudencial de sus tribunales, encontrando su fundamento principal para la exclusión, en el *deterrent effect* o efecto disuasorio, que prohíbe a los agentes policiales incurrir en actos inconstitucionales al momento de investigar el delito.

En España al igual que EE.UU. tal regla no cuenta con regulación constitucional, sin embargo, existe norma expresa sobre ello, así tenemos el art. 11.1. de la LOPJ que sanciona con ineficacia a las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales. Resalta que las excepciones a la regla de exclusión probatoria creadas en los años noventa por la jurisprudencia casi han dejado sin sentido y eficacia el contenido esencial del art. 11.1 de la LOPJ.

Precisa el autor, que el Tribunal Constitucional Español creó en 1998, en la STC 81/1998, la posibilidad de valorar prueba ilícita indirecta o derivada, mediante la aplicación de la teoría de la conexión de antijuricidad, la cual proporciona de valor

probatorio a aquellas pruebas que se desprenda de una inicialmente vulneradora de derechos fundamentales, por demostrarse su independencia jurídica o desconexión con la “ilícita”, debilitando de esta manera el efecto reflejo y flexibilizando la aplicación del artículo 11.1. de la LOPJ.

Argumenta que, en cuanto a las excepciones a la regla de exclusión probatoria para su desarrollo en España se ha seguido los mismos lineamientos establecidos por la jurisprudencia estadounidense. Ello ha traído como consecuencia que la aplicación de la regla de exclusión probatoria en España vaya perdiendo vigencia, ya que actualmente estas “excepciones” como: el tinte diluido, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable se vienen aplicando en ciertos casos en aras de admitir y valorar una prueba inválida para potenciar la protección de la sociedad frente al delito, lograr efectivo auxilio a las víctimas y por existir intereses superiores merecedores de tutela.

2.1.2. A nivel nacional

En nuestra Cultura Jurídica hemos encontrado la investigación realizada por el jurista Castro, H. (2008) denominada: “CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA” para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales. Sobre este tema el autor nos ilustra del escaso tratamiento que ha tenido en nuestro sistema penal la prueba ilícita, motivo que explica el incompleto desarrollo por parte de nuestros operadores del derecho de reglas para la expulsión y admisión de prueba obtenida conculcando garantías constitucionales.

Concluye que en el sistema jurídico nacional la primera sentencia y la más relevante que desarrolla este tema, es el caso “Rafael García Mendoza vs SERPOST S.A”, en ella se han establecido dos reglas primordiales: 1) El descubrimiento de la verdad y las actividades desplegadas en la investigación para la obtención de pruebas no deben realizarse a cualquier precio, pues ello encuentra sus límites en el respeto de las garantías fundamentales. 2) Aquella prueba obtenida o recabada vulnerando derechos constitucionales carece de valor probatorio.

Argumenta que en Perú a diferencia de EE.UU. la regla de exclusión probatoria no encuentra su fundamento en el efecto disuasorio de los órganos de persecución

penal, sino que su principal fundamento es servir como un instrumento que permita la plena vigencia de los derechos fundamentales, incluso agregamos que nuestro Tribunal Constitucional ha considerado a esta regla como un derecho fundamental en varias sentencias como en la STC del Exp. N° 00655-2010-PHC/TC.

Sostiene que, las excepciones a la regla de exclusión probatoria y su aplicación no deben dejarse al criterio libre del juzgador, sino que este debe ser objeto de regulación expresa por parte de nuestro legislador, por ser ello más razonable, por encajar y responder mejor a nuestra realidad jurídico – procesal. Así en base a la investigación realizada concluye que en nuestro sistema jurídico penal las excepciones a la regla de exclusión probatoria que pueden utilizarse sin complicaciones son: la infracción constitucional beneficiosa para el imputado (se encuentra regulado en el art. VIII. 3 del T.P. del C.P.P del 2004), la teoría de ponderación de derechos, la fuente independiente y la teoría de los campos abiertos.

Por último, hace la recomendación de modificar el artículo VIII. 2 del T.P. del C.P.P del 2004, ello con la finalidad de regular expresamente la posibilidad de que el juzgador penal pueda aplicar las excepciones a la regla de exclusión probatoria para resolver un caso donde se hallen entre las pruebas de cargo, material probatorio obtenido de manera ilícita.

2.1.3. A nivel regional

En la región Lambayeque, hemos encontrado la tesis desarrollada por Constantino, J. (2015) denominada: “LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PERUANO”, para optar el grado de Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. En este trabajo el autor concluye que en nuestro país en la era fujimorista, los Jueces Penales trabajaron a partir de la difusión de los “vladivideos” que dieron inicio a los procesos por corrupción de funcionarios y de lesa humanidad, el análisis dogmático y procesal de aquellas teorías que propugnan la validez jurídica y utilidad de una “prueba ilícita”, nos estamos refiriendo a las excepciones a la regla de exclusión probatoria, lo que sirvió para enjuiciar y otorgar condenas a varios funcionarios de este régimen.

Indica que, en todo proceso penal donde se pretenda aplicar las excepciones a la regla de exclusión probatoria para otorgar valor jurídico a una “prueba ilícita” existe una colisión de derechos en pugna, por un lado los del procesado a defender sus

intereses y por otro los del Estado a ejercer eficazmente el *Ius Puniendi*, por lo que resulta coherente ponderar ambas posiciones en aras proteger o limitar razonablemente los derechos fundamentales en juego, constitucionalizando así el proceso penal y alcanzando la verdad material.

Manifiesta que, actualmente no existe una posición uniforme en nuestra cultura jurídica penal sobre los criterios de admisibilidad y valoración de una “prueba prohibida”, razón por la cual los últimos esfuerzos por parte de nuestro Poder Judicial en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del año 2004 realizado en la ciudad de Trujillo y algunas sentencias del Tribunal Constitucional, resultan de vital importancia para unificar las posiciones contradictorias de nuestros Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica, agregaríamos nosotros, que ello contribuye además a una correcta flexibilización de la regla de exclusión probatoria en nuestro país.

Al igual que la tesis desarrollada por Hamilton Castro Trigoso, el autor recomienda la modificatoria del artículo VIII, inciso 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, ello con la finalidad de introducir en su contenido las teorías que propugnan la admisión de una prueba prohibida y sus derivadas (excepciones a la regla de exclusión probatoria), así esta modificación procesal permitiría al Juez Penal sustentar con mayores argumentos la responsabilidad penal del imputado, limitando correctamente la vigencia de sus derechos fundamentales otorgando una condena justa, logrando con ello un eficiente funcionamiento de la administración de justicia y una razonable intervención del *Ius Puniendi* del Estado.

2.2. TEORIAS RELACIONADAS AL TEMA

La cuestión que se trata en la presente investigación ha sido objeto de muy poco estudio, sin embargo, se pueden encontrar importantes pronunciamientos sobre ello en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional, existiendo juristas que han investigado, analizado y propuesto la admisión y validez de una prueba ilícita dentro del proceso penal, en aras de lograr la “verdad material” como propósito del proceso penal y de crear un mecanismo para la represión del crimen que tanto ha evolucionado en los últimos tiempos, pues la capacidad operativa de los delincuentes de épocas pasadas no es la misma que se presenta en nuestros tiempos, ahora tienen a su disposición muchos medios, como influencias en empresas estatales y

privadas, en el gobierno, en el poder judicial, en el ministerio público, abogados a disposición que orientan su actuar delictivo, países en los que existe “paraíso fiscal” otorgando seguridad al dinero mal habido, etc. lo que supera a las clásicas formas de operación delincencial. Por otro lado no debemos olvidar, que existe otro gran sector de estudiosos del derecho que, consideran que una prueba obtenida al margen de los derechos fundamentales (prueba ilícita), bajo ninguna circunstancia debe ser admitida en el proceso penal, pues ello sería contrario a los principios que emanan de un Estado Constitucional de Derecho, generando un debilitamiento del sistema, por lo que opinan que en la búsqueda de la verdad, al Estado se le tienen que imponer límites, no siendo admisible que esta “verdad” se investigue a cualquier precio.

En lo que respecta a esta tesis, es decir a los delitos contra la administración pública, los autores somos de la posición, que para este caso de ilícitos penales por afectarse la integridad del Estado y con ello derechos fundamentales de la sociedad en su conjunto, además de ser casos de alta gravedad en los que se debe asegurar con inmediatez las pruebas de cargo, es que debe una “prueba ilícita” admitirse y valorarse dentro del proceso penal, y no dejar impunes estas conductas que la sociedad misma ha reputado como indeseables, pues la corrupción puede considerarse como una “traición” a los intereses del Estado Constitucional de Derecho. Palabras más palabras menos, a continuación, veremos los argumentos que respaldan y rechazan la validez procesal de una prueba ilícita:

2.2.1. Teorías en contra de la admisión y valoración de una prueba ilícita:

- A) El Fundamento Ético:** Este argumento se sustenta en la siguiente hipótesis: *“El Estado y la Administración de Justicia, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos. En otras palabras, en el proceso penal subyace un imperativo moral que restringe la actuación del órgano jurisdiccional a la hora de investigar y reprimir el delito”.* (Lockhart, J. 2014. p. 9).

Así las cosas, para algunos estudiosos del derecho, resultaría antiético e inmoral que el Estado a través de la administración de justicia utilice una prueba ilícita para procesar o condenar a un individuo, convirtiéndose en el primer infractor de la ley, cuando unos de los principios éticos que derivan del pacto

social, es que este constituye el principal protector de los derechos de la sociedad, debiendo fomentar el respeto y cumplimiento de la ley.

Los autores no estamos de acuerdo con esta postura, como bien enseña Hairabedián, M. (2002), *“la cuestión moral y ética adolece de relatividad, pues valores de esta índole varían según época, lugar y situaciones”*. p. 198. Así, teniendo en cuenta que en los últimos tiempos las formas de delinquir han evolucionado vertiginosamente debilitando el sistema en general, este argumento resultaría incoherente porque uno de los fundamentos principales de esta hipótesis para negar la validez de esta clase de pruebas es que “el Estado debe velar porque las leyes sean cumplidas”, al respecto nos preguntamos es que acaso al dejar libre a los investigados por “delitos contra la administración pública”, aplicando la regla de exclusión probatoria, ¿no estaría impidiendo que las normas postestivas escritas que prohíben dicho actuar ilícito, cumplan con su fin preventivo y sancionador, con ello no se estaría fomentando igualmente el quebrantamiento de la ley? ¿Eso no sería entrar también en contradicción con los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho? Lo más lógico que resulta en estos casos, es decir cuando nos encontramos frente a una colisión de derechos, es realizar una ponderación de intereses, que es un principio general de derecho, el cual permite armonizar los intereses Estatales (colectivos) con los particulares (individuales).

Así mismo, el argumento más valioso de esta teoría es que, “este actuar, por parte del Estado sería antiético e inmoral por aprovecharse de un medio de prueba ilegal”, lo cual nos resulta también absurdo para el caso que estamos investigando, pues más inmoral y antitético sería que el Estado siga permitiendo, a algunos Funcionarios o Servidores Públicos, llevarse el dinero pertenecientes a las arcas del Estado, con el cual se puede impulsar el desarrollo económico del país, pues investigaciones han determinado que la cantidad que se pierde año tras año por esta clase de delitos es considerable, representando hasta el 3% del PBI, este dinero perdido, puede muy bien ser invertido en programas sociales y en la mejora de los servicios estatales, en aras de que la sociedad peruana viva en mejores condiciones de vida (dignidad humana).

B) El inevitable precio del sistema: el discurso que gira en torno a esta propuesta según Figueroa, J. (2008), es el siguiente: *“aun cuando el rechazo del elemento de prueba oriundo de la ilegalidad, conduzca a la impunidad de algún delito, este sería el precio que fatalmente se debe pagar en aras de tutelar intereses más valiosos que la represión del crimen”*. p.30.

En otras palabras, esta hipótesis nos dice que la aplicación rigurosa de la regla de exclusión probatoria resulta necesaria e imprescindible para proteger la vigencia de los derechos fundamentales sin importar que se genere impunidad.

Al respecto no coincidimos con esta idea, porque en síntesis lo que nos quiere decir es que: “El Estado debe quedarse atado de manos ante la presencia de estas situaciones donde se encuentra en juego la represión efectiva del delito y la protección de derechos fundamentales, favoreciendo la impunidad porque en interpretación de la hipótesis esbozada eso resultaría menos dañino en un Estado Constitucional de Derecho.

Debemos precisar que esta retórica no funciona para los casos de “delitos contra la administración pública”, por la siguiente razón: En la comisión de esta clase de delitos, lo que se afecta es el cabal funcionamiento de la administración pública, lo que entendido en su real alcance significa, que los Funcionarios o Servidores Públicos desempeñan una actividad pública en aras de que el Estado cumpla con su rol prestacional, al afectar su correcto funcionamiento no permitiría la realización de los fines del Estado, referidos al acceso de las personas a los servicios públicos (educación, salud, recursos básicos, etc.), en pocas palabras el adecuado funcionamiento de la administración pública significa la satisfacción plena de los derechos y libertades de la colectividad, en consecuencia el bien jurídico que se protege es un derecho colectivo, y resulta un derecho de mayor jerarquía que los derechos individuales del imputado. Ante tal situación lo que el Estado debe priorizar proteger, es el derecho de mayor valor, procediendo a castigar al autor de esta clase de ilícitos penales, esto se logrará, haciendo uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria que proponemos más adelante, ya que ello hace posible que el Estado no pague un “precio” que a todas luces es evitable mediante criterios razonables y justos.

C) La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada: Esta hipótesis enfoca el problema en una colisión de derechos, por un lado, el individuo y por el otro la sociedad, debiendo primar el derecho de mayor valor, prefiriéndose el sacrificio del derecho de menor jerarquía. *“En suma para esta visión “garantista”, la regla de exclusión no es sino el producto de interpretar la Constitución y los tratados a ella equiparados en su justa medida”*. (Figueroa, J. 2008. p. 32-33).

Este argumento en vez de convertirse en un argumento en contra para el tema que se investiga en la presente tesis, lo apreciamos más bien, como un argumento a favor, ¿Por qué motivo?, porque según este planteamiento, el derecho que debe primar es aquel de mayor jerarquía y como se adelantó en el comentario anterior, en los delitos contra la administración pública, nos encontramos ante una situación particular y que se condice con lo esgrimido por esta teoría, por un lado nos encontramos con el derecho del funcionario o servidor público, a la privacidad, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, frente a un derecho colectivo, el cabal funcionamiento de la administración pública, el interés social a la investigación y represión del crimen, siendo claro que el derecho que debe primar es el colectivo por encima del individual.

D) El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares: El razonamiento de esta propuesta se centra en que *“la regla de exclusión probatoria opera como un estímulo para desalentar la utilización o practica de medio ilegales durante la investigación de un delito, en la suposición que las pruebas logradas en ilegales circunstancias carecen de todo valor probatorio”*. (Lockhart, J 2014. p. 11-12).

Al respecto los autores no somos de la misma línea de pensamiento que esta teoría, porque si bien es cierto la regla de exclusión probatoria, puede tener un efecto persuasivo para desalentar los futuros procedimientos irregulares, no es menos cierto que el resultado de este efecto es muy negativo y para nada plausible (al menos para lograr sancionar los delitos contra la administración pública) porque mediante la extirpación de la prueba ilícita en el proceso penal,

lo que se hace es devolverle a la sociedad un delincuente listo para seguir infringiendo la ley, no es plausible el hecho de que la sociedad tenga que pagar altos costos por la vigencia de tecnicismos legales que a todas luces ya no responden a nuestra realidad social, somos de la opinión de que se debe potenciar la persecución penal e investigación del delito para los delitos contra la administración pública, mediante la admisión y valoración de una prueba ilícita, siempre bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

A mayor abundancia, actualmente no existe ningún tipo de estudio estadístico concreto que pruebe, que el uso de esta sanción repercuta en la psiquis de los investigadores o particulares que recolectan este tipo de pruebas. Determinando entonces que esta teoría “persuasiva” es pura intuición.

E) El derecho a la prueba no es absoluto: Según esta proposición *“la investigación de la “verdad” no es en el proceso penal un valor absoluto; antes bien, el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos del Estado”*. (Figueroa, J. 2008. p. 34-35).

Si bien es cierto el derecho a la prueba no es absoluto, también es sabido en el mundo jurídico, que tampoco los derechos fundamentales son absolutos, permitiendo la ley recortarlos o limitarlos, bajo ciertos criterios preestablecidos. Por este motivo en esta investigación propugnamos la regulación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, lo que permitiría limitar la vigencia de los derechos fundamentales de los investigados por esta clase de delitos, y así potenciar el derecho de mayor jerarquía, bajo los criterios que brinda la “teoría de la ponderación de derechos”, es decir para poder limitar tal derecho, es necesario que se realice un examen de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, este balance de intereses permitiría armonizar la admisión de una prueba ilícita con los principios que rigen todo Estado Constitucional de Derecho.

2.2.2. Teorías a favor de la admisión y utilización de una prueba ilícita:

Entre las posturas que resaltan los aspectos negativos de la aplicación rígida de la regla de exclusión probatoria tenemos los siguientes:

- A) La exclusión entorpece el accionar de la justicia:** Esta teoría sustenta que la posición rigurosa de expulsar una prueba ilícita del proceso bajo el argumento de respetar la plena vigencia de los derechos fundamentales, no hace más que afectar otros principios de primerísimo orden para un Estado Constitucional de Derecho, es decir la expulsión de esta clase de pruebas que demuestran la irrefutable culpabilidad del investigado solo dificulta el funcionamiento de la administración justicia, la persecución del delito y no permite que las normas potestativas escritas que prohíben un actuar ilícito cumplan con su finalidad preventiva y sancionadora.
- B) El delito cometido por el investigador no convierte en licito el delito investigado:** Esta teoría nos explica que si en la investigación de un delito ya sea por particulares o por personas autorizadas se comete alguna irregularidad que afecte los derechos fundamentales del investigado pero de la cual se ha obtenido material probatorio que demuestra a todas luces la culpabilidad del investigado, el actuar lógico que debe preferir la administración de justicia en este caso es aceptar como prueba de cargo válida dicho material incriminatorio para procesar al investigado, de igual manera iniciar un proceso a aquella persona que obtuvo el material probatorio de manera ilegal para que se le sancione conforme a ley. Actualmente lo que se hace ante este tipo de situaciones es sancionar únicamente a quien obtuvo la prueba de manera ilícita y liberar al autor del ilícito penal, lo cual no resulta lógico, pues pareciera que el actuar ilícito de algunos convierte en licito el actuar ilegal de otros.
- C) El alto costo social de la exclusión:** Esta teoría se ajusta al tema que investigamos en esta tesis, ella nos quiere decir que el criterio inflexible de extirpar del proceso una prueba obtenida al margen de los derechos fundamentales, solo trae consecuencias graves para la sociedad, por ejemplo: no permite que el tipo penal cumpla su rol sancionador, le permite al infractor de la ley seguir operando en la administración pública, fomenta la impunidad y por último las consecuencias más graves las paga la sociedad en su conjunto porque se roba a las arcas del Estado cuantiosas sumas de dinero dificultando el correcto funcionamiento de la administración pública, no permitiendo el crecimiento económico del país y con ello empeorando las condiciones de vida para los ciudadanos de una nación.

D) El falso efecto persuasivo: Esta posición nos aclara que hay una mala creencia en la doctrina y jurisprudencia de concebir que logramos frenar futuras investigaciones ilegales si proclamamos la expulsión de la prueba obtenida sin observancia de la ley, lo cual es errado porque el verdadero beneficiario de este efecto es el investigado, pues al extirparse del proceso una prueba ilícita lo único que logramos es que el autor del delito se libere de toda sanción legal, si realmente queremos lograr tal efecto persuasivo de futuras investigaciones ilegales debemos sancionar igualmente a quien obtuvo la prueba ilegal.

Los autores de la presente tesis, somos de la creencia que debido a los avances vertiginosos de las nuevas formas de delinquir, resulta necesario actualizar nuestras normas procesales que actualmente ya no responden a esta nueva realidad social suscitada en los últimos tiempo que lejos de convertirse en reglas para un buen funcionamiento de la administración de justicia se han convertido en artificios legales protectores e encubridores de delitos graves como es la corrupción de funcionarios afectando cruelmente a la sociedad, pues es esta quien tiene que pagar los efectos negativos de la aplicación rigurosa de la regla de exclusión probatoria, ya que un deficiente funcionamiento de la administración pública trae aparejada el truncamiento de otros derechos fundamentales de la sociedad, pues el robo de grandes cantidades de dinero al erario público no hace más que frenar el crecimiento económico del país ya que desincentiva la inversión privada, actuaciones que se ven traducidas en la mala calidad de educación pública, el escaso acceso al agua potable, deficiente servicio en el sector salud, carreteras e infraestructura en general mal construida, ello por negociarse bajo la mesa con el otorgamiento de la buena pro a empresas no calificadas, en general se juega con el disfrute una mejor calidad de vida para los ciudadanos de un país.

Después de analizar las teorías a favor y en contra que se han esgrimido respecto a este tema, a continuación, procederemos a estudiar las excepciones que se perfilan en la doctrina para hacer uso de la prueba ilícita en el proceso penal y así flexibilizar la regla de exclusión probatoria.

2.2.3. Excepciones a la regla de exclusión probatoria

Desde la época en que la jurisprudencia Estadounidense creó la afamada “Regla de Exclusión Probatoria” como garantía de la recolección de pruebas confiables que fomentaran en los agentes de persecución penal la realización de una investigación inmaculada del delito, ha pasado mucho tiempo, surgiendo a lo largo de este camino numerosa jurisprudencia y doctrina que han brindado a los operadores del derecho mayor experiencia y una visión más completa sobre los efectos beneficiosos que despliega la validez probatoria de una prueba ilícita, así con el transcurso de los años se ha ido flexibilizando la inicial aplicación rigurosa de esta regla que extirpaba en todas las circunstancias esta clase de pruebas.

Las críticas más relevantes que se han esbozado sobre el factor negativo de excluir prueba ilícita son los altos costos sociales, la impunidad de personas cuyos delitos están probados, obstrucción en la investigación criminal, indefensión de la sociedad frente al crimen y el deficiente funcionamiento de la administración de justicia en general.

En fin, se han elaborado muchas posiciones que explican las consecuencias negativas que trae consigo la “Regla de Exclusión Probatoria” y con el objetivo de subsanar estas cuestiones se han elaborado 11 excepciones que explican bajo situaciones particulares las razones del porque otorgar valor probatorio a una prueba ilícita dentro del proceso penal, a saber, son las siguientes:

- 1) **TEORÍA DE LA BUENA FE:** Esta excepción denominada en el lenguaje inglés como “good faith exception”, fue creación de la jurisprudencia norteamericana, desarrollada por primera vez en el caso US vs León de 1984 donde la Corte después de analizar el caso determinó que las pruebas obtenidas por los agentes policiales a partir de un allanamiento ilegal eran válidas por considerar que actuaron bajo la creencia que la autorización que poseían para irrumpir en el domicilio era totalmente legal, así ellos intuían que su actuación se encontraba respaldada conforme a ley.

Se puede advertir que esta excepción propone otorgar validez probatoria a una prueba ilícita obtenida por agentes de persecución penal, siempre que su actuación en la recolección de pruebas se encuentre fundamentada en la “Buena Fe”, es decir siempre que se pruebe que existió en el subconsciente de

estos agentes un estado de honradez al momento de desplegar las investigaciones sobre el delito.

Los autores somos de la posición que esta teoría no es del todo plausible, pues resulta poco racional que la validez probatoria de una prueba practicada al margen de los derechos fundamentales, dependa de una supuesta “Buena Fe” (convicción de actuar legítimamente) de quien la obtuvo, así esta situación en particular permitiría que una agente de persecución penal alegue siempre “buena fe” en la realización de las investigaciones con la finalidad de que la administración de justicia no invalide el material probatorio obtenido a partir de un procedimiento ilegal.

2) TEORÍA DEL RIESGO: Esta excepción fue desarrollada en el caso Lewis vs US de 1996, donde un agente estatal se hizo pasar por un comprador de estupefacientes, siendo invitado por el vendedor a su vivienda, donde este comenzó a contarle sin sospechar que era grabado sobre su negocio ilícito, posteriormente este alegaría vulneración al secreto de las comunicaciones, a la intimidad, etc. la Corte de los Estados Unidos determinó en este caso, que la prueba obtenida por el agente era totalmente válida, por la sencilla razón de que el agente policial no había visto ni escuchado nada que el acusado no hubiera previsto ni querido como parte del negocio. Graficado en palabras simples, el fundamento se basa en el razonamiento de que la justicia va a cuidar los derechos de los ciudadanos siempre y cuando estos estén interesados en su preservación.

Así esta teoría está diseñada para otorgar valor probatorio a las fuentes de pruebas (primordialmente confesiones extrajudiciales e injerencia domiciliaria) obtenidas por medio de mecanismos tecnológicos, como videocámaras, micrófonos, interceptación telefónica, etc. todas ellas llevadas a cabo sin autorización judicial, en los que se vulnera comúnmente derechos como: el secreto de las comunicaciones, a la intimidad personal y familiar, la propia imagen, a la voz, inviolabilidad del domicilio, etc. Este argumento encuadra perfectamente para los casos de investigación de delitos contra la administración pública, donde las pruebas en gran medida son obtenidas bajo estas circunstancias por particulares.

3) TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS: En el país norteamericano esta teoría es conocida como “*balancing test*”, desarrollada en el caso US vs Williams de 1980, la cual propone hacer valer una prueba ilícita bajo en fundamento de someterla a un análisis de ponderación de derechos teniendo en cuenta: *la intensidad de la infracción, la gravedad del delito investigado y el daño que ocasionaría la exclusión del material probatorio.*

Gonzales Cuellar Serrano citado por Castro, H. (2009), ha escrito que “*el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto*”. p. 117.

Al respecto tenemos que mencionar que esta excepción sería muy útil para darle valor probatorio a una prueba ilícita en los casos de delitos contra la administración pública, ya que en esos casos nos encontramos ante una colisión de derechos fundamentales, derecho al secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, a la propia imagen (derechos individuales de los investigados) y de manera paralela encontramos, el derecho a un correcto funcionamiento de la administración pública, ello implica la realización plena de los derechos fundamentales de la sociedad, interés público en la persecución y represión del delito (derechos colectivos) debiendo primar en estas situaciones, el derecho de mayor jerarquía.

Vale precisar además, que esta ponderación de derecho requiere a la vez de 3 sub – exámenes, a saber son: a) NECESIDAD: establecer si la medida estatal es estrictamente necesaria para lograr el fin perseguido y que este fin no se pueda lograr por otros medios alternativos, b) IDONEIDAD: establecer si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para alcanzar el fin que se pretende y c) PROPORCIONALIDAD: establecer si la limitación del derecho fundamental por parte del Estado es proporcional con el grado de realización del fin constitucional (STC, Exp. N° 0012 – 2006 – PI/TC. F. J 33).

Si estos 3 requisitos se cumplen entonces se habrá realizado una correcta ponderación de derechos y la medida que opte el juzgado será racional y fundamentada.

4) TEORÍA DE LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL BENEFICIOSA PARA EL

IMPUTADO: Esta teoría propugna la validez de una prueba ilícita, siempre y cuando beneficie o sea favorable a la situación jurídica en la que se encuentra el imputado. muchas legislaciones presentan dificultades para admitir su validación entre ellos España, Argentina, etc. sin embargo en nuestra legislación no ocurre lo mismo, ya que nuestro legislador ha optado por regular la admisión de una prueba que se ha obtenido al margen de la constitución siempre que sea beneficiosa para el procesado, este precepto lo encontramos positivizado en el artículo VIII.3 (legitimidad de la prueba) del T.P. del Código Procesal Penal, que a la letra establece: *“La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”*. (C.P.P., 2004). Así en nuestro ordenamiento jurídico nacional esta excepción no representa mayores problemas para su aplicación.

5) TEORIA DE LA DESTRUCCIÓN DE LA MENTIRA DEL IMPUTADO:

Esta teoría se desarrolla con el caso Walder vs US de 1954, la cual consiste en admitir al proceso prueba ilícita con la única finalidad de utilizarla como instrumento en juicio oral para demostrarle al juez que el acusado miente sobre su versión de los hechos. Es decir, lo que pretende esta teoría no es acreditar culpabilidad del acusado sino solo su falta de credibilidad en sus declaraciones. Sobre el tema Castro, H. (2009) lo explica con un ejemplo: *“una declaración efectuada por el acusado antes del juicio, sin la participación de su abogado y en la que admite los cargos, que luego el fiscal pretende reproducir en el juicio para desacreditar la versión exculpatoria del imputado y probar que está mintiendo”*. p. 130.

Esta teoría se encuentra llena de contradicciones, ya que pretende utilizar una prueba ilícita en el proceso solo para desacreditar la versión del procesado, sin embargo, menciona que no servirá para acreditar culpabilidad. Al introducirla al proceso para demostrar que el imputado miente lo que a la larga se quiere demostrar es su culpabilidad, es por ello que esta teoría resulta contradictoria, por lo que no pretendemos utilizar esta excepción para darle validez a una prueba ilícita en aras de sancionar los delitos contra la administración pública, por carecer de coherencia y lógica.

- 6) TEORÍA DE LA RENUNCIA DEL IMPUTADO:** Hairabedián, M (2002), cuenta *“que algunas pruebas obtenidas con violación a las garantías constitucionales, han sido valoradas a causa de la propia renuncia del interesado en la protección del derecho fundamental infringido”*. p. 120.

Este fundamento opera especialmente para los casos de allanamiento sin la respectiva autorización judicial, pero que, no obstante, a ello el titular del derecho autoriza el ingreso dándole validez plena a las pruebas allí encontradas, ya que el registro se efectuó previo consentimiento del propietario, morador, inquilino, etc. quien es titular del derecho que se afecta.

Esta teoría postula la validez de una prueba ilícita obtenida en la realización de un registro llevado a cabo sin el mandato judicial respectivo, pero consentido por el titular del derecho, esta excepción sería viable en aquellas legislaciones que no han previsto “el consentimiento”, como una de las formas válidas de ingreso al domicilio, en nuestra legislación esta discusión carece de sentido, ya que tal posibilidad la encontramos normada en la constitución, específicamente en el artículo 2° inciso 9.

- 7) TEORÍA DE LA “PLAIN VIEW DOCTRINE” Y DE LOS CAMPOS ABIERTOS:**

Esta teoría funciona cuando en la investigación de un determinado delito, ejemplo en el delito de Malversación de Fondos (artículo 389 del CP), se libra una autorización judicial con el fin de incautar determinados bienes, pero accidentalmente el agente policial se topa u observa a simple vista documentos y fotografías que prueban que el investigado es autor del delito de patrocinio ilegal (artículo 385 del CP), dicha incautación de cosas no se encuentra prevista en la orden judicial, por lo que incautarla sería considerado como prueba ilícita. Este postulado permitiría incautar, válidamente los objetos que no han sido previstos en la orden judicial, sin necesidad que se libere una nueva orden, pues el peligro de la demora traería como consecuencia que dicho material incriminatorio se pierda (el investigado lo desaparece). Esta doctrina la consideramos totalmente válida para justificar la admisión de una prueba ilícita, producto del secuestro excesivo por así decirse, con el objeto de sancionar los delitos contra la administración pública.

Ello resultaría muy útil porque frecuentemente en la realidad de los hechos se emite una orden de allanamiento con la finalidad de investigar la comisión de

un determinado delito, autorizando su diligenciamiento a la policía, una vez que el comisionado ha ingresado al domicilio, es común que se encuentre ante evidencias inesperadas, ya sea relacionados al hecho que se investiga en la causa que dio origen a la orden o a otra distinta, incluso vinculadas a un ilícito del que nunca se había tomado conocimiento.

- 8) TEORÍA DE LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL AJENA:** En Estado Unidos esta teoría ha sido denominada como *Standing*, que trae como consecuencia que se pueda utilizar prueba ilícita en contra de acusados distintos de aquel que fue perjudicado por la infracción ilegal o que también pueda aprovecharse en otros procesos. *“Esta regla forma parte de un antiguo principio estadounidense, en virtud del cual la protección constitucional solo poder reclamada por aquellas partes que pertenecen al grupo de personas cuyos derechos básicos han sido violados”*. (Hairabedián, M. 2002. p. 139).

En otras palabras el fundamento esgrimido por esta teoría consiste en hacer valer dentro de un proceso, aquella prueba que ha sido obtenida vulnerando derechos fundamentales de una persona distinta del investigado (contra quien se pretende hacer valer), según este postulado, ello sería totalmente válido porque en el proceso no se han afectado los derechos fundamentales del procesado, sino de una tercera persona, por lo que el acusado no sería el legitimado para solicitar la exclusión de dicha prueba del proceso, por no ser el titular y en consecuencia el legitimado para realizar tal acto.

Excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita:

- 9) TEORÍA DE LA FUENTE INDEPENDIENTE:** Castro, H. (2009) explica esta propuesta con el siguiente ejemplo *“tras una detención ilegal la autoridad policial toma las impresiones dactilares del sospechoso, las que son excluidas debido a su origen ilícito, mas no las que se encuentran en los archivos de la policía, porque estos últimos se obtuvieron por medios legales”*. p. 108.

La teoría de la fuente independiente permite valorar una prueba derivada, que ha sido obtenida con independencia de una prueba originariamente ilícita, es decir entre estas dos pruebas no habría conexión, reputándose como independiente a la segunda de ellas.

Podemos advertir que en este caso no nos encontramos ante una autentica excepción a la regla de exclusión probatoria, pues la independencia de la segunda prueba la calificaría como totalmente lícita, al no haberse vulnerado en su obtención derecho alguno, al haber sido obtenida por medio regulares y lícitos.

10) TEORÍA DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE: Esta teoría es también conocida como *“inevitable discovery”* considerada por muchos juristas como una variante de la excepción de la “fuente independiente”. En virtud de dicha doctrina se admite la utilización de aquellos elementos probatorios obtenidos ilícitamente debido a que el mismo material probatorio se habrían obtenido inevitablemente por otros medios o vías legales lícitas.

Para entenderlo mejor lo explicaremos con el siguiente ejemplo: al funcionario “A” se le ha abierto una investigación por el presunto delito de colusión habiendo previsto el Ministerio Público solicitar que se libere una orden de allanamiento para incautar el material probatorio escondido en su vivienda, sin embargo, antes de iniciarse tal procedimiento un particular obtuvo primero el material incriminatorio el cual es proporcionado al fiscal para el inicio del procedimiento respectivo.

En ese estado según esta teoría dicha fuente de prueba ilícita sería aprovechable bajo el argumento *“de todas formas el mismo material incriminatorio hubiera podido ser obtenido por las personas legitimadas y por medios lícitos debido a que ya existía una investigación en su contra anticipadamente que apuntaba al mismo fin”*.

Por otro lado, debemos precisar que nosotros no consideramos esta teoría como una modalidad o variante de la excepción “fuente independiente”, ya que las circunstancias del aprovechamiento de una prueba ilícita son totalmente distintos.

En la fuente independiente podemos observar una concurrencia de 2 pruebas, una ilícita y otra lícita, la lícita no es consecuencia de la ilícita, mientras que, en la teoría del descubrimiento inevitable, existe una sola prueba y la cual es ilícita, pero debido a que esta hubiera sido obtenida igualmente por medios lícitos, es

aprovechable, sin embargo, debemos resaltar que su obtención por dichos medios lícitos nunca se presentó.

11) TEORÍA DEL NEXO CAUSAL ATENUADO O TINTE DILUIDO: El nexo causal atenuado, postula la posibilidad de hacer valer una prueba ilícita derivada, debido a que su ilicitud es casi inapreciable o inexistente porque entre el acto inicial oriundo de ilegalidad y la prueba derivada han concurrido causas de atenuación como: a) transcurso del tiempo, b) confesión espontánea o c) intervención de un tercero.

Es importante mencionar que en nuestro país “El pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 2004” llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, muestra la posición de una buena parte de nuestros operadores jurídicos en cuanto al tema de las excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Así en dicho conclave se acordó por mayoría admitir la excepción de la buena fe, solo en casos de flagrancia y que además para su apreciación se utilice las reglas de la experiencia, sobre la excepción de la infracción constitucional ajena se aprobó por mayoría su admisión, así mismo por mayoría se optó por utilizar en los procesos penales las excepciones de la destrucción de la mentira del imputado, la teoría del riesgo y la teoría de ponderación de derechos.

2.2.4. Sistemas de regulación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria

Resulta lógico, que al proponerse en la presente investigación la admisión y valoración de una prueba ilícita mediante el uso de excepciones a la regla de exclusión probatoria, corresponde dar explicación a la siguiente interrogante: ¿a quién le compete desarrollar la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, a la ley o a los jueces?

Sobre ello es importante resaltar que el día 11 de diciembre del año 2004 se llevó a cabo en la ciudad de Trujillo el “Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal” dicho conclave dio a conocer la postura respecto de este tema de una buena parte de nuestros Operadores del Derecho, acordando por mayoría que las mencionadas excepciones no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser aplicadas y desarrolladas por el juez, según su criterio y las máximas de la experiencia. Según

el entendimiento de los magistrados partícipes de esta reunión, ello garantizará razonablemente el desarrollo de un debido proceso, ya que les permitirá aplicar dichas teorías teniendo en cuenta la situación y circunstancias particulares de cada caso.

Sobre el tema existen dos sistemas de regulación de excepciones a la regla de exclusión probatoria, a saber, son:

A) Sistema Jurisprudencial: El argumento central de esta corriente consiste en la noción de que los jueces tienen la potestad de crear derecho, lo que les permite limitar derechos fundamentales analizando la situación particular y la gravedad del caso sometido a su competencia, quedando a criterio del juzgador cuando ordenar la expulsión de una prueba ilícita y en qué situaciones permitir su admisión y valoración mediante el uso de excepciones a la regla de exclusión. Como es de verse esta corriente es natural del derecho anglosajón “*Common Law*” lo que les permite rebasar a los jueces “el principio de reserva de ley”, teniendo como fuente principal a la jurisprudencia.

B) Sistema Reglado: Este sistema propone que bajo ninguna circunstancia los jueces pueden tomarse la atribución de aplicar las excepciones a la regla de exclusión probatoria, sino ha sido previsto taxativamente por el legislador en el código sustantivo, pues de ser así se estaría pasando por alto el principio de reserva de ley (el recorte de los derechos fundamentales solo se puede realizar, si ha sido regulado o previsto por la ley) característica propia de los sistemas jurídicos pertenecientes a la corriente romano – germánica o “*Civil Law*”, la vulneración o irrespeto de este principio permitiría que los jueces se tomen atribuciones propias del poder legislativo, lo cual resultaría inconstitucional e incompatible con un Estado Constitucional de Derecho.

C) Posición de los Autores: Nosotros somos de la posición de que dichas excepciones a la regla de exclusión probatoria, necesariamente tienen que ser positivizadas por el legislador, de manera que sea él quien establezca en qué casos se debe aplicar estas excepciones y en cuales no, pues es inconcebible que en un Estado Constitucional de Derecho tal injerencia a los derechos fundamentales no cuente con una norma potestativa escrita, de no ser así como bien explica Guariglia, se estaría pasando por alto el principio de reserva de

ley, al ser el juzgador quien cree normas para afectar de tal manera los derechos fundamentales. Por otra parte urge un sistema reglado de estas excepciones porque en el Perú el estudio de ellas ya ha comenzado a tener auge y podría aplicarse en un sin número de casos por delitos contra la administración pública, sin embargo al dejar esta aplicación a la decisión abierta del juez (sistema jurisprudencial), se corre el riesgo, y realmente es así, de que el juez decida siempre por cuestiones de simpatía política o de cualquier otra índole con un determinado procesado por delitos contra la administración pública. Es fundamental resaltar que se debe contar con una norma que regule la aplicación de estas excepciones para los casos de delitos contra la administración pública, pues al no hacerlo se crearía una inseguridad jurídica, ejemplo claro de ellos es el caso Kouri-Vladimiro montesinos, en donde sí se utilizó estas excepciones a la regla de exclusión probatoria, para poder darle valor a determinadas pruebas y condenar a los procesados, pero en el caso BTR se excluyó las pruebas ilícitas y no se hizo uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, absolviendo de todo cargo al señor Rómulo León Alegría en febrero del 2016, por lo que nos preguntamos ¿Por qué ante casos de la misma índole, a uno si se le aplicó y al otro no?, pues es peligroso dejar a la discreción del juez la aplicación de estas excepciones si una norma que lo obligue en todos los casos a tener en cuenta y analizar las excepciones a la regla de exclusión probatoria y evitar crear un ambiente de inseguridad e injusticia. En conclusión, resulta de vital importancia imponer un límite a la discrecionalidad del Juez respecto a la aplicación de una prueba ilícita.

2.3. CONCEPTOS RELACIONADOS CON EL TEMA

2.3.1. Primer Sub Capítulo: Origen y fundamento de la regla de exclusión probatoria.

Para poder determinar cuál es el origen y fundamento de la regla de exclusión probatoria, resulta necesario remitirnos a la jurisprudencia estadounidense, ya que fue en este país donde nació tal principio, así de esta manera nos será más fácil poder identificar si dichos fundamentos han influenciado en nuestro sistema jurídico penal para su positivización, o si por el contrario los motivos que sustentan su no admisión y valoración en nuestro país son distintos. Para los autores esta cuestión

es de suma importancia a efectos de proponer la regulación legal de excepciones a la regla de exclusión probatoria, en aras de potenciar dentro del proceso penal la utilización de una prueba prohibida, para así convertirla en un instrumento legal que haga posible la correcta y razonable intervención del *Ius Puniendi* del Estado en los casos de corrupción de funcionarios.

Sobre los primeros brotes u origen de la regla de exclusión probatoria, numerosos estudios jurídicos tanto nacionales como internacionales, son unánimes al señalar, que esta regla tuvo como cuna a la jurisprudencia norteamericana, indicando que el primer antecedente lo encontramos en el caso “Boyd vs US” (1886) donde la Corte estadounidense dejó sentado, que para declarar el rechazo de una prueba practicada al margen de la ley, o en otras palabras, el requisito indispensable para aplicar la regla de exclusión probatoria era, que se evidencie la vulneración o transgresión conjunta de las enmiendas IV (garantía contra las requisas, registros y secuestros irrazonables) y V (protección contra la autoincriminación involuntaria) o en su defecto solo de esta última, de tal manera que en los procesos donde no se advertía la violación conjunta de ambas enmiendas la Corte no estaba dispuesta a excluir el material probatorio ilícito, y así ocurrió en el caso “Adams vs New York” (1904) donde la Corte se tuvo que abstener de aplicar la regla de exclusión probatoria, por no encontrarse involucrada la vulneración de la V enmienda.

Posteriormente la posición y criterios establecidos en las sentencias antes descritas, serían modificadas en el caso “Weeks vs US” (1914), donde la Corte tomó la decisión y estableció, que dicha regla sería igualmente aplicable en los casos donde se advierta solo la vulneración de la IV enmienda, dejando en claro además que la regla de exclusión probatoria sería solo aprovechable para las actuaciones federales mas no estatales, lo que generaría problemas más adelante, debido a una mala práctica realizada por el agentes policiales federales y estatales, es decir los agentes estatales recolectaban pruebas al margen de los parámetros legales, para pasárselas a los agentes policiales federales y que estos las puedan aportar como pruebas de cargo en los procesos, del mismo modo los federales obtenían pruebas ilícitas y se las entregaban a los estatales con el mismo fin. Esto sería corregido a partir del caso “Mapp vs Ohio” (1961) donde se establece la aplicación de la regla de exclusión, además de los estados federales a todos los estados del país, vale

precisar que sus antecedentes inmediatos de esta decisión la encontramos en el caso “Rochin vs California” (1952) y “Elkins vs US” (1960).

El desarrollo de nuevos criterios o alcances de la exclusión, se producen con el caso “Silverthone Lumber vs US” (1920), donde se crea la teoría de los *“frutos del árbol envenenado”*, cuyos postulados establecen que la ilicitud advertida en una prueba, se extiende a las demás pruebas cuyo origen solo sea explicable a razón de estas (*prueba refleja*), ejemplo: una intervención telefónica realizada al funcionario “A” sin la autorización judicial correspondiente, es ilegal, y en dicha escucha telefónica, uno de los interlocutores releva el paradero del material probatorio incriminatorio en su domicilio, razón por la cual se libra la respectiva orden de allanamiento en observancia de los parámetros fijados por la ley, llegándose a incautar las pruebas que más adelante pretenderán utilizarse en el proceso, sin embargo bajo los lineamientos esbozados por la teoría antes mencionada, establecen que estas pruebas de cargo constituirían “pruebas reflejas” igualmente contaminadas con la ilicitud inicial, debido a que estas segundas pruebas jamás hubieran podido obtenerse de no haber sido por la escucha telefónica ilegal, siendo imposible su aprovechamiento probatorio en el proceso (*si la raíz del árbol se encuentra contaminada es lógico que transmitirá esta contaminación a sus frutos*).

En cuanto al fundamento de la regla de exclusión, se advierten en la doctrina 6 fundamentos, entre ellos: La promoción de resultados precisos, cuestión ética e integridad judicial, función preventiva, remedio contra las actividades incorrectamente realizadas, la reparación del perjudicado y la derivación implícita de las garantías constitucionales. Sin embargo, en el presente trabajo no desarrollaremos todos ellos, ya que el Tribunal estadounidense ha determinado en reiterada jurisprudencia que el fundamento central de la regla de exclusión probatoria es el *judicial integrity* y el *deterrent effect*:

- a) Cuestión Ética e Integridad Judicial:** Para entender este fundamento debemos partir del significado de la palabra “Integridad” del cual se entiende que es un estado intacto, puro, virgen, aquello que no ha sido contaminado por un mal, manteniendo su esencia impecable y original, así lo íntegro es aquello que mantiene su estructura completa sin contacto con algún daño o defecto. Partiendo de esta idea el fundamento de la cuestión ética e integridad judicial

sostiene que no es razonable admitir en el proceso una prueba ilícita debido a que ello conllevaría a una contaminación del sistema judicial, al otorgarle crédito a una prueba practicada sin la observancias o transgresión a las leyes, además que esta actuación no resulta ética para la administración de justicia. Según Hairabedián, M. (2002) este argumento fue utilizado en el caso “Olmstead vs US” (1928) en el cual el juez Brandeis señaló que:

“El Estado al igual que un litigante particular, debe tener vedado el acceso a la justicia si tiene las manos sucias, en virtud de que debe mantenerse el respeto a la ley, promover la confianza en la administración de justicia y preservar al proceso penal de la contaminación” p. 43.

En esencia, el argumento central de este fundamento es que resulta antiético y se advierte una conducta contradictoria con los principios o bases que edifican el Derecho, si la administración de justicia consiente la admisión y valoración de una prueba ilícita, porque indirectamente está incitando y estimulando la infracción de la ley.

b) Función Preventiva: Este es el fundamento principal de la exclusión probatoria en los Estado Unidos, en líneas precedentes se había dicho que existía una actuación generalizada por parte de los agentes federales y estatales a recolectar pruebas sin la observancia de los derechos establecidos en su constitución, generando así un actuar antiético, esto llevó a esgrimir los parámetros de esta teoría, según la cual la razón principal por la se excluye el material probatorio ilícito, es para disuadir y educar a los agentes policiales a investigar el crimen y recolectar pruebas bajo los parámetros establecidos por la ley, ya que ningún sentido tendría obtener pruebas de este tipo, cuando es sabido que los Órganos de Justicia no le otorgarían ningún valor probatorio. En palabras de Hairabedián, M. (2002) *“la disuasión es la motivación que deben causar las exclusiones probatorias en el ánimo de los funcionarios, de no violar derechos intencionalmente para conseguir la prueba, porque en ese supuesto se cierne la amenaza de su invalidación” p. 46.*

En nuestro país es más que evidente que ambos fundamentos no tiene aplicación práctica, es más, resulta importante resaltar que de la revisión del derecho comparado se ha podido advertir que el fundamento de la regla de exclusión

probatoria varía en cada sistema jurídico y no existe una posición unánime. Sin embargo, aquí nos corresponde señalar cual es el fundamento de tal regla en nuestro país, así según lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 00655-2010-PH/TC – Alberto Quimper Herrera, reconoce que los fundamentos que sustentan la exclusión probatoria son varios, entre ellos:

1) Principio de Presunción de inocencia: Consiste en la seguridad jurídica que tiene o de la cual goza toda persona que es sometida a un proceso penal, de no ser condenada mientras no exista en su contra prueba plena que demuestre su culpabilidad y destruya el estado o presunción de inocencia, es así que la única manera de condenar a un procesado es aportando al juicio prueba confiable (practicada bajo los parámetros de la ley) que pueda sustentar una sentencia condenatoria.

2) Derecho al Debido Proceso: Este es un derecho de carácter procesal, el cual permite que a toda persona que es sometida a un proceso judicial, se le respeten todos sus derechos fundamentales y los recaudos formales de trámite y procedimiento, es así que para constituir una prueba en su contra es necesario que ésta, para ser admitida en el juicio, haya sido recabada observando todos los requisitos formales que establece la ley para su validez.

3) Derecho a la Vida Privada, al Secreto y a la Inviolabilidad de las Comunicaciones y Documentos Privados: Este derecho protege la intromisión de terceros en la esfera jurídica personal, siendo la única forma de intervenir en ellos mediante una orden judicial debidamente motivada. Es así que mientras no exista este requisito previo, de ninguna manera se le podrá otorgar efecto legal a las pruebas así obtenidas.

Por último, cabe mencionar que en la misma sentencia se ha reconocido que la regla de exclusión probatoria constituye un verdadero derecho fundamental, implícito en nuestra constitución, bajo el siguiente argumento:

“(…) en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de

procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona” (STC del Expediente N° 00655-2010-PH/TC. F.J. 7).

Queda claro entonces que en nuestro sistema jurídico los fundamentos que sustentan la regla de exclusión probatoria no son los mismos que estableció la Jurisprudencia Norteamérica, es más varían en cada país, en el nuestro el Tribunal Constitucional ha resaltado 3: 1) Principio de presunción de inocencia, 2) Derecho al debido proceso y 3) Derecho a la vida privada, al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privadas, recociéndolo además como un derecho fundamental implícito.

2.3.2. Segundo Sub Capítulo: La regla de exclusión probatoria en el derecho comparado

A) Estados Unidos:

El país norteamericano es la cuna de la afamada “Regla de Exclusión Probatoria”, la cual se creó en base a la infracción de la IV y V enmienda de su constitución, en un principio la Corte estadounidense determinó que esta regla solo se aplicaba a aquellos casos donde se advertía una transgresión a ambas enmiendas (IV y V) no siendo aplicable por tanto a otros supuestos donde no se encontraran amenazados ambos derechos, o por lo menos el derecho contenido en la V enmienda (no autoincriminación) este argumento se expuso en el caso “Boyd vs US” de 1886, que era un caso de importaciones ilegales, donde el imputado fue obligado y/o forzado por los agentes federales a crear facturas falsas para autoincriminarse (V enmienda), excluyendo la corte el uso de aquella prueba por constituir una vulneración clara a sus derechos fundamentales de carácter procesal. Posteriormente el mismo argumento fue sostenido en el caso “Adams vs New York” de 1904, donde el imputado impugnó la sentencia porque esta le daba valor probatorio a los documentos privados que fueron obtenidos mediante un allanamiento ilegal, sin embargo, la Corte no excluyó el material probatorio, ratificando la posición sostenida en el caso Boyd vs US, es decir la prueba no amerita su exclusión del proceso por no conculcar el derecho contenido en la V enmienda.

Es en el caso “Weeks vs US” de 1914 donde se da un salto importante para la evolución de la “Regla de Exclusión Probatoria”, este caso se trataba de un registro realizado sin la respectiva autorización judicial, llegándose a incautar documentos

privados, lo cual constituida prueba ilícita, así los jueces estadounidenses determinaron que ello era una clara violación a la IV enmienda estadounidense (inviolabilidad del domicilio) invalidando el material probatorio. Hasta aquí debemos precisar que en los orígenes de esta regla, solo se procedía a excluir o expulsar del proceso aquella prueba que ha sido obtenida con infracción de ambas enmiendas, es decir la IV y la V o su defecto solo a la V, pero en 1914 la corte determina que también procede la exclusión del proceso de la prueba que haya sido practica con vulneración sólo a la IV enmienda, además debemos resaltar que hasta antes 1952 esta exclusión solo surtía efectos para las actuaciones federales mas no estatales, es recién con el caso “Rochin vs California” de 1952 donde los tribunales norteamericanos extienden la aplicación de la regla de exclusión probatoria a la vulneración de la XIV enmienda (debido proceso) reconociendo además con el caso “Mapp vs Ohio” de 1961 que esta no solo se limita a las actuaciones federales si no también estatales, ampliando su aplicación a todos los estado del país. Por último, es muy conocido también que la teoría de los frutos del árbol envenenado fue creación de la Jurisprudencia norteamericana, la cual extiende la ilicitud a las pruebas que se deriven de la primigeniamente declarada como ilegal (Silverthone Lumber vs US de 1920).

Con el transcurso de los años y a mayor experiencia, esta aplicación rígida de la regla de exclusión probatoria fue flexibilizándose, creándose un conjunto de excepciones, como la excepción de la buena fe, de la fuente independiente, el balancing test, el nexa causal atenuado o tinte diluido, la teoría del riesgo, descubrimiento inevitable, la destrucción de la mentira del imputado, la renuncia del interesado, etc. ello con la finalidad de dar valor probatorio a una prueba ilegal, al descubrir que hay valores superiores cuya protección debe primar sobre la vigencia de los derechos del acusado. Actualmente la tendencia de los Estados Unidos sobre este tema según Armenta, T. (2013): *“es la eliminación de la regla de exclusión, y reemplazarla por remedios civiles o disciplinarios adecuados, es decir que las pruebas ilícitas podrán valorarse, sin perjuicio de las acciones civiles y disciplinarias contra aquellos que obtuvieron las pruebas ilegales”* p. 373-374.

B) Alemania:

En el país Germánico, desde hace 114 años ya se hablaba de prueba ilícita en el proceso penal, “*este fue un tema que se comienza a trabajar en Alemania en 1903 como “Prohibiciones Probatorias” por Ernst Beling en su obra titulada DIE BEWEISVERBOTE*” (Castro, H. 2009), Beling al referirse al concepto de “Prohibiciones Probatorias” consideraba que en el proceso penal, las investigaciones que se desplegaran para demostrar la verdad material, debían considerar ciertos límites o parámetros, para que la injerencia Estatal en los derechos del procesado no sea arbitraria e ilimitada, ya que esto supondría abandonar la concepción de Estado de Derecho en donde se garantizan el pleno respeto por los derechos y garantías fundamentales. Beling consideraba que el acusado no era un mero instrumento u objeto del proceso, sino un sujeto activo al cual se le debían respetar todos sus derechos (fundamentales y procesales) a la hora de la investigación penal, estableciendo la intangibilidad e invulnerabilidad de sus garantías a un debido proceso. Con ello podemos advertir que el Estado en este contexto tenía un doble rol, el primero era fijar normas jurídicas claras que hicieran posible una efectiva persecución penal para que las normas prohibitivas (tipo penal) cumplan su finalidad sancionadora y el segundo rol era armonizar las normas de persecución penal con los derechos fundamentales del acusado, a fin de que estas tengan prioridad o prevalencia ante cualquier injerencia desmedida e ilegal, haciendo uso para ello de las “Prohibiciones Probatorias”, reglas que impedían el menoscabo de los derechos y garantías fundamentales, asegurando un debido proceso y por ende una sentencia justa.

En el Derecho Alemán es bastante aceptado distinguir 2 subtipos de prohibiciones dentro de las “Prohibiciones Probatorias”, así tenemos: las PROHIBICIONES DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA, que son aquellas que impiden o fijan un parámetro para la adquisición de fuentes de prueba (extra-proceso) y por otro lado tenemos las PROHIBICIONES DE UTILIZACIÓN DE PRUEBA, que son aquellas que restringen el uso o valoración dentro del proceso de la prueba ya obtenida.

Así mismo existen 3 subtipos adicionales dentro de las “PROHIBICIONES DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA”, que son las siguientes:

1) *PROHIBICIONES DE TEMAS PROBATORIOS*, las que están referidas a limitar la recolección de pruebas sobre ciertos temas, como por ejemplo antecedentes penales ya eliminados del Registro Central Federal, 2) *PROHIBICIONES DE MEDIOS PROBATORIOS*, que impiden utilizar algunos medios de prueba, como por ejemplo un testigo que ha hecho uso de su derecho a no declarar, 3) *PROHIBICIONES DE MÉTODOS PROBATORIOS*, que son los que impiden ciertas maneras de producción de la fuente de prueba, como por ejemplo hacer declarar al imputado haciendo uso de la tortura (Kai, A, 2009. p.3).

Además de la clasificación ya hecha, en la doctrina alemana también se habla de “PROHIBICIONES ESCRITAS” y “PROHIBICIONES NO ESCRITAS”, sobre las primeras se dice que son aquellas expresamente prohibidas por ley, es decir son las prohibiciones que se basan en una prescripción legal contenida en la ley de enjuiciamiento criminal alemán, así tenemos el § 136 a, que contiene métodos prohibidos de interrogatorio, acuerdos prohibidos de confesión, etc. el artículo § 161, que prohíbe interceptación de telecomunicaciones sin autorización, otras prohibiciones son las contenidas en los artículos § 88 a III sobre extracciones de sangre, § 81 c III frase 5 sobre intervenciones corporales y extracción de sangre realizadas a menores de edad , § 477 II sobre datos personales grabados por medios mecánicos, § 108 I y II, así como el § 477 II 2,3 referido a las informaciones obtenidas por un agente encubierto.

Sobre las “PROHIBICIONES NO ESCRITAS”, se dice que son aquellas prohibiciones que no tienen regulación expresa en la ley, pero que la prohibición se desprende o se basa de la interpretación teleológica y extensiva de la norma que contiene la práctica o procedimiento prohibido, pudiendo considerarse como una “ficción jurídica”, y para ello la jurisprudencia alemana ha elaborado la famosa “TEORÍA DEL ENTORNO JURÍDICO”, según la cual la prohibición depende, de si la violación o transgresión del derecho contenido en la norma, afecta el entorno jurídico o esfera de derechos del imputado, o si por el contrario no existe infracción alguna que genere un efecto procesal negativo para el imputado, ejemplo:

Al testigo Z, quien es pariente del acusado, no se le advierte sobre su derecho a negarse a declarar (§55 II), lo que plantea el problema de, si el §55 II únicamente sirve a la protección del testigo ante autoincriminaciones y la incriminación de

parientes, o si por el contrario también la norma tiene como finalidad la protección del imputado ante eventuales afirmaciones falsas del testigo, pretendiendo con ello proteger el ámbito de derechos del imputado (Kai, A. 2009. p.13).

De ello se desprende que necesariamente para este tipo de prohibiciones (no escritas) existe una norma de prohibición de producción de prueba, pero de la cual se infieren otras prohibiciones, haciendo uso de interpretaciones teleológicas y extensivas de la misma, a lo que podríamos denominarle como una ficción jurídica. Debemos mencionar que el Tribunal Alemán para aceptar este tipo de fundamentaciones materiales (prohibiciones no escritas) hace uso de la ponderación de derechos, con el cual realiza un balance de qué derechos deben primar (estatales o individuales) para admitir o rechazar una prueba que haya sido obtenida violando los derechos del imputado, analizando además la gravedad del delito investigado y la gravedad de la infracción procesal. Nótese que en el proceso alemán al igual que el estadounidense, no aplican de manera inflexible la regla de exclusión probatoria, sino que primero se realiza un análisis mediante la ponderación de derechos para determinar si se le da mérito o no a una prueba ilícita, ante la necesidad de proteger intereses superiores a los derechos del investigado.

En resumen, es unánime la posición de los juristas alemanes sobre que las “prohibiciones probatorias”, constituyen una garantía para los imputados a ser sometidos a un proceso donde se respeten todos sus derechos, generando así una adecuada investigación y recolección de pruebas por parte de las autoridades de persecución penal, respetando el Estado Constitucional de Derecho y garantizando en el proceso solo la utilización de pruebas confiables para descubrir la verdad material.

C) España:

En España tanto la jurisprudencia como la doctrina no son unánimes al tratar la conceptualización de la prueba ilícita, es así que un grupo de juristas emplean indistintamente los términos prueba ilícita, prueba prohibida, prueba ilegal, prueba irregular, prueba inconstitucional, etc. en la creencia que todas ellas se refieren a lo mismo, es decir aquella prueba en cuya obtención se han conculcado solo derechos fundamentales, lo que amerita su no valoración dentro del proceso, al no ser una

prueba practicada bajo los parámetros dictados por su legislación interna. Esta disparidad de conceptos la demostramos con la posición de dos reconocidos maestros del derecho en España:

Gimeno Sendra distingue entre prueba ilícita y prueba prohibida. Para este autor mientras la primera es la que infringe cualquier ley, la segunda es la que surge, con violación a las normas constitucionales. Distinta es la opinión de Picó Junio, para quien ambos términos son excluyentes, siendo este un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibidos que la prueba ilícita comporta, es decir, la prohibición de admisión y valoración (Giner, C. 2008. p.579).

Debemos resaltar que la doctrina española en su mayoría se inclina por una concepción restringida, estableciendo que la prueba ilícita o prohibida es aquella en cuya obtención se han vulnerado solo y únicamente derechos fundamentales, encontrando respaldo a su posición en la STC 114/1984, el Auto de la Sala 2ª T.S del 18 de junio de 1992 y en el Art. 11.1 de la LOPJ, en cuyos textos se habla de una transgresión a los derechos y libertades fundamentales. Por otro lado la doctrina también ha demarcado el significado de prueba irregular aclarando el panorama que por muchos años en este país se ha mantenido confuso, es así que los doctrinarios argumentan que la prueba irregular a diferencia de la ilícita y/o prohibida u inconstitucional, vulnera derechos de carácter ordinario, es decir en su obtención se ha vulnerado leyes infra-constitucionales, encontrando respaldo a esta definición en lo esgrimido por la Fiscalía General del Estado (Memoria de la Fiscalía General del Estado en 1996) quienes diferencian ambos conceptos de prueba prohibida e irregular, arguyendo que mientras la primera conculca solo derechos fundamentales la segunda vulnera normas de rango ordinario.

Dejando claro los diferentes conceptos que en España se le otorga a la prueba ilícita e irregular, ahora debemos referirnos a cómo nace la regla de exclusión probatoria en el país ibérico, debiendo señalar que hasta antes de noviembre de 1984 no existía norma legal o jurisprudencia alguna que hiciera referencia al tema de la “regla de exclusión probatoria” es así que en la STC 289/1984 del 16 de mayo, el tribunal español estableció que no existía impedimento alguno que permitiera a los jueces admitir y valorar una prueba ilícita dentro del proceso, debido que no existía en el ordenamiento jurídico español norma alguna que prohíba su uso.

El hito histórico en materia de prueba ilícita lo marca la STC 114/1984 del 29 de noviembre, este era un caso de materia laboral, donde el agraviado alegaba que era ilegal utilizar para justificar su despido, una grabación que contenía la conversación que este mantenía con un funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, esta conversación habría sido grabada sin el consentimiento del agraviado, vulnerando su derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que debería considerarse como prueba ilícita y en consecuencia no se podría valorar en el proceso, sin embargo el Tribunal consideró que la conducta del interlocutor no constituía transgresión alguna al derecho invocado por el agraviado (secreto de las comunicaciones) denegando el amparo, y estableciendo los parámetros del valor probatorio y los efectos que debían desplegar esta clase de pruebas.

Otra de las sentencias relevantes es la STC 81/1998 del 2 de abril, en la cual el Tribunal Español introduce la teoría de la “desconexión de antijuricidad” para darle valor probatorio a las pruebas ilícitas derivadas, es decir los jueces determinaron que sí se comprobaba que no existía conexión entre la prueba ilícita primigenia y la derivada, esta última podría valorarse al no estar contaminada de la ilicitud inicial. Este mismo fundamento fue plasmado en las STS 498/2003 del 24 de abril y 250/2004 del 26 de febrero, es decir toda prueba podrá valorarse siempre y cuando se demuestre la desconexión jurídica o independencia de la prueba ilícita inicial.

Actualmente la “regla de exclusión probatoria” se encuentra positivizada en el ordenamiento jurídico español, específicamente en el art. 11.1 de la LOPJ (1985), lo que demuestra que en el país ibérico la regla de exclusión probatoria no fue una mera importación del derecho comparado, sino producto de su propia experiencia, analizada en su jurisprudencia.

D) Argentina:

En Argentina al igual que en España también se puede advertir que no existe unanimidad a nivel doctrinario sobre lo que debe entenderse por “Prueba Prohibida” y “Prueba Ilícita”, es así que tomando en consideración la posición asumida por la mayoría de sus juristas nacionales, precisamos que “Prueba Prohibida” es aquella que ha sido recabada al margen de las normas legales que regulan los parámetros para su obtención (normas ordinarias), mientras que prueba ilícita comporta una

vulneración a normas de rango constitucional. Sobre ello Lockhart, J. (2014) precisa que: *“Mientras la prueba prohibida no ilícita configura un supuesto de ilegitimidad y, por tanto, entraña un acto nulo, la prueba ilícita propiamente dicha implica una hipótesis de ilicitud y por consiguiente, constituye un acto inexistente”* p.4.

Sobre el nacimiento de la regla de exclusión probatoria en Argentina, debemos precisar que el primer escenario donde se expone, es en la jurisprudencia, para ser más exactos, en el caso “Charles Hnos.” de 1891, posteriormente reafirmada en el caso “Montenegro” de 1981 y en “Monticelli de Prozillo” de 1984, por aquel entonces los Jueces Argentinos excluían la prueba ilícita y sus derivadas. Más adelante los tribunales argentinos también se inclinarían por la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, así lo corroboramos en los casos “Macri”, “Fiorentino”, “Gallo” y “Peryrou”.

Cabe resaltar que la forma de organización del Gobierno Argentino (Gobierno Republicano Federal, de acuerdo al art. 1° de su constitución nacional), según Castro, H. (2009) implica: *“una especial organización de la administración de justicia, es así que los fallos a los que arriba el sistema federal, no necesariamente coinciden con los fallos de las jurisdicciones federales”* p. 164.

Ello se debe a que cada provincia en Argentina cuenta con una Constitución y Código Procesal Penal propio, lo que amerita ciertas diferencias en la legislación interna de cada una de ellas. Para un mejor estudio de este tema hemos revisado la Constitución Nacional de Argentina de la cual hemos podido advertir que no existe norma legal alguna que haga referencia a la “regla de exclusión probatoria” pues no la describe en ninguno de sus artículos correspondientes al capítulo primero y segundo, referentes a las “Declaraciones, Derechos y Garantías”, contenidos en el art. 1° al 43°.

Sin embargo el código procesal nacional, Ley N° 23.984 del 21 de agosto de 1991, si hace mención implícita de la regla de exclusión probatoria, sancionando con nulidad la inobservancia de las disposiciones constitucionales, así tenemos el art. 167° en concordancia con el art. 168° referentes a las nulidades (nulidad de orden general y declaración), así mismo el artículo 218° bis (Obtención del ADN), art. 236° parte in fine (Intervención de comunicaciones telefónicas), art. 242° (prohibición de declarar) y art. 296° (libertad de declarar).

Así mismo, es importante resaltar que en los ordenamientos jurídicos como el de Córdoba, si existe norma expresa que hace alusión a la prueba ilícita, específicamente se trata del art. 41° de su Constitución, este mismo texto es reproducido por el art. 194° de su Código Procesal Penal. De igual manera el art. 211° del Código Procesal Penal de Buenos Aires, que sanciona con ineficacia aquella prueba que ha sido recabada transgrediendo garantías constitucionales, de igual modo lo establece el art. 148° del Código Procesal Penal de la provincia de Chebut. Por último, similar regla la encontramos plasmada en el Código Procesal Penal de Salta, específicamente en los artículos 285° (Prueba Pertinente), artículo 287° (Exclusiones Probatorias), artículo 288° (Técnicas Excluidas) y artículo 289° (Documentos Inadmisibles).

E) Chile:

En Estados Unidos, España, Alemania y Argentina, hemos podido advertir que fue primero la jurisprudencia la que se encargó de desarrollar y delimitar los alcances jurídicos de la regla de exclusión probatoria, sin embargo, en el país del sur es distinto, aquí fue la ley antes de la jurisprudencia, la pionera en desarrollar los efectos legales que debía desplegar la obtención de una prueba recabada al margen de las garantías constitucionales y las normas ordinarias.

Es así que en Chile la regla de exclusión probatoria la encontramos positivizada de manera implícita en un primer orden, en su Constitución Política de 1980: Art. 1°, Art. 5° parte in fine, Art. 7° apartado F, Art. 19° inciso 3, Art. 19° inciso 4 y Art. 19° inciso 5. De igual forma esta regla se encuentra plasmada en el Art. 276° del Código Procesal Penal Chileno (exclusión de pruebas para el juicio oral) el cual establece lo siguiente: “(...) *Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. (...)*” (C.P.P, 2000. art. 276).

Del artículo citado líneas arriba podemos advertir 2 hipótesis, la primera es que en el modelo procesal penal chileno se procederá a declarar la exclusión de una prueba, siempre que haya sido practicada transgrediendo las normas que regulan el procedimiento para su obtención (prueba irregular), siendo requisito indispensable

para su expulsión, que estas hayan sido declaradas nulas, y la segunda hipótesis es que igualmente se aplicará la regla de exclusión probatoria con aquellas pruebas en cuya recolección se hayan conculcado las garantías constitucionales (prueba ilícita). Sobre ello el jurista chileno Hernández opina lo siguiente:

La tarea se demuestra compleja cuando se advierte que si bien ambas alternativas se afincan en la ilicitud de la obtención de la prueba, lo hacen desde diversas perspectivas o niveles, una desde una perspectiva que podría calificarse como material, como es la exigencia no ya de una simple ilegalidad sino de la vulneración de una garantía fundamental, en tanto que la otra tiene como presupuesto un acto esencialmente formal, como es la declaración de nulidad de la actuación base (Hernández, H. 2005. p. 44).

En cuanto a las excepciones a la regla de exclusión probatoria, en el proceso penal chileno se le ha dado tratamiento legal a una de ellas, nos estamos refiriendo a la excepción del “plain view doctrine” o teoría de los “campos abiertos” el cual permite otorgar valor probatorio a aquellas pruebas que se han obtenido como consecuencia de una orden judicial de allanamiento para la investigación de un determinado delito, pero que durante el registro, de manera casual, el comisionado encontró evidencia inesperada que demuestra la culpabilidad de un delito distinto al investigado. En el sistema penal chileno esto sería posible, mediante una orden judicial posterior que ordene su incautación, según lo normado por el artículo 215° del Código Procesal Penal (objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado).

F) Colombia:

En Colombia, la regla de exclusión probatoria se encuentra positivizada desde su Constitución Política de 1991, concretamente en el art. 29° parte in fine, el cual sanciona con nulidad aquellas pruebas practicadas sin la observancia del debido proceso, entendiéndose por debido proceso, el cumplimiento de las formalidades y reglas previstas por su legislación interna, que aseguran al acusado el pleno respeto de sus derechos constitucionales y procesales, garantizándole un juicio sin arbitrariedades.

Debemos precisar que antes de la entrada en vigencia de su actual Código de Procedimientos Penales (Ley 906 del 2004), se promulgaron 2 Leyes de

Procedimientos Penales, los cuales regularon de manera implícita la regla de exclusión probatoria: El primero de ellos es el Decreto 2700 de 1991 el cual en su art. 253° (libertad probatoria) permitía emplear cualquier medio de prueba, siempre que esta no resulte violatoria de derechos fundamentales, así establecía lo siguiente: *“Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y **respetando siempre los derechos fundamentales**”*, su predecesor, Ley 600 del 2000, reproduce el mismo contenido legal en el art. 237°.

En la misma línea de idea el Decreto 2700 de 1991 consideró tal regla en el art. 250° (Rechazo de Pruebas) que disponía: *“No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido **obtenidas en forma ilegal para determinar responsabilidad. El funcionario rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces (...)**”*, y en el art. 314° (Intangibilidad de las Garantías Constitucionales) *“Las pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, por iniciativa propia o mediante comisión, **deberán ser efectuadas con acatamiento estricto de las garantías constitucionales y legales**”*, los textos jurídicos antes descritos, son reproducidos por los arts. 235° y 318° de la Ley 600 del 2000.

Recién con la entrada en vigencia de su actual Código de Procedimientos Penales Ley 906/2004 se regula de manera expresa dicho principio en su art. 23° (Cláusula de Exclusión), que refuerza el precepto constitucional, ordenando no solo la expulsión de las pruebas obtenidas con transgresión de los derechos fundamentales, sino que también hace correr la misma suerte aquellas pruebas denominadas reflejas o derivadas, sancionándolas con “nulidad” y ordenando su expulsión del proceso. De igual forma el art. 232° del mismo cuerpo normativo, dispone lo siguiente:

*La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependen **directa y exclusivamente** del registro carecerán de valor (...)* (Ley 906, 2004. Art. 232).

Esta norma fue declarada incompatible con el precepto constitucional, así lo dispuso la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-591 del 2005, al interpretar que la frase **“directa y exclusivamente”** no guardaba armonía con el art. 29° de su Constitución Política, que sanciona con **nulidad** TODAS las pruebas obtenidas al margen del debido proceso, es decir no solo se refiere aquellas que dependan directa y exclusivamente de las pruebas ilícitas primigenias, sino también a las pruebas indirectas cuya existencia se expliquen en razón de aquellas. De igual modo que el artículo anterior el legislador colombiano ha dispuesto la exclusión de prueba irregular o ilegal (aquella obtenida con transgresión a las normas ordinarias) en el art. 360° de la Ley N° 906 del 2004 – Código de Procedimientos Penales.

Por último, en cuanto a la flexibilización de la regla de exclusión probatoria tenemos el art. 455° el cual reza lo siguiente: *“para los efectos del art. 23° se deben considerar al respecto, los siguientes criterios: **el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley**”* (Ley 906, 2004. Art. 455). Sobre dicho precepto legal hubo críticas al considerar que dicha norma era contradictoria con los preceptos constitucionales ya que no permitía la adecuada aplicación de la “exclusión” ordenada por el art. 29° de la Constitución Política.

La Corte colombiana ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en la sentencia C-591 del 2005, declarando que el contenido legal descrito por el art. 455° de la Ley 906/2004 no es inconstitucional, ya que solo establece determinados criterios que el juez debe considerar para verificar si una prueba deriva realmente de otra, y en consecuencia constatar si se encuentra contaminada de la ilegalidad inicial, o por el contrario establecer si la prueba derivada proviene de una fuente independiente totalmente legal, si la conexión que la unía con la primera se ha debilitado tanto que es casi inexistente e inapreciable o si dicha prueba igualmente se hubiera podido obtener por medios regulares totalmente lícitos.

G) Perú:

El tratamiento que ha tenido la regla de exclusión probatoria en nuestro país a diferencia de otros y en similitud con Chile y Colombia, se ha desarrollado teniendo como primer escenario la ley, cuyos antecedentes de regulación son, en un primer orden la Constitución Política de 1834, específicamente el art. 156° contenido en el

título noveno referido a las “Garantías Constitucionales”, el cual reza: “*es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, **no producen efecto legal***” (Const.,1834).

Esta misma fórmula legal es reproducida por el art. 21° referido a las “Garantías Individuales” de la Constitución de 1856, así mismo por el art. 22° de la Constitución de 1860, art. 21° de la Constitución de 1867 y art. 32° de la Constitución de 1920 además esta última, introduce la ilegalidad de las confesiones obtenidas mediante violencia en el art. 26° el cual establece: “**no tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia (...)**”. (Const., 1920).

Siguiendo el mismo orden de ideas, la Constitución de 1933 regulaba tal regla en el art. 66° que establecía: “(...) *Las cartas y los papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados, sino por autoridad judicial, en los casos y en las formas establecidas por ley. **No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos***”. (Const., 1933).

En cuanto a la Constitución de 1979 tenemos las siguientes normas legales: art. 2° inciso 8, art. 2° inciso 20 apartado j), art. 233° inciso 12 y art. 234°, todos los preceptos constitucionales mencionados anteriormente regulaban de manera implícita la regla de exclusión probatoria.

Respecto a las normas procesales, debe precisarse que este principio no fue objeto de regulación por el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1919, ni tampoco lo consideró el cuerpo normativo que lo derogó, nos estamos refiriendo al Código de Procedimientos Penales de 1940. Recién en el Código Procesal Penal de 1991 que por cierto no entró en vigencia plena, salvo ciertas disposiciones que derogaron algunas de su antecesor de 1940, encontramos regulación implícita en el art. 195° segundo párrafo (todo medio de prueba debe ser obtenido por medios legítimos para ser valorado) y en el Proyecto del Código Procesal Penal de 1995 en el art. XI del T.P. segundo párrafo (los medios de prueba obtenidos por medio de violencia, violación del domicilio, comunicaciones, documentos u otros derechos constitucionales carecerán de valor probatorio). En la actualidad se encuentra en vigencia la Constitución Política de 1993 y el Código Procesal Penal del 2004, en cuanto a la carta magna esta prohíbe que en cualquier proceso se utilice la prueba

prohibida o ilícita, ello se desprende de la interpretación de las siguientes normas constitucionales:

Artículo 2º inciso 10: “Toda persona tiene derecho: Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas por la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”. (Const., 1993).

Artículo 2º inciso 24, literal h): “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos humillantes. (...). Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia (...)” (Const., 1993).

Artículo 139º inciso 3: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso”. (Const., 1993).

Sobre este último artículo debemos precisar, que el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias ha precisado que el derecho al “Debido Proceso” es un “Derecho Continente” por considerar dentro de su esfera jurídica múltiples derechos fundamentales y procesales que en su conjunto garantizan o aseguran al imputado un juicio con pleno respeto de las garantías otorgadas por las leyes nacionales e internacionales, comprendiendo entre ellos el derecho a la admisión de pruebas legítimas y confiables que puedan sustentar una sentencia sin arbitrariedades. El Código Procesal Penal del 2004 a diferencia de sus antecesores si regula de manera expresa la regla de exclusión probatoria, sobre ello tenemos las siguientes normas legales:

Artículo VIII.- Legitimidad de la Prueba:

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

Artículo 159º.- Utilización de la prueba: El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

Es preciso acotar, que en nuestra legislación penal cuando se trata de pruebas prohibidas o ilícitas, la sanción es la “exclusión del proceso” por lo tanto no surte ningún tipo de efecto legal al ser considerada en el plano jurídico como una prueba inexistente sin posibilidades de ser convalidada por ningún medio, *contrario sensu* al tratarse de una prueba irregular o defectuosa la sanción es la “nulidad” pudiendo ser objeto de subsanación, si se trata de una nulidad relativa (rectificando el error, renovando el acto o cumpliendo el acto omitido), ya que este tipo de pruebas son practicadas sin la observancia de las formalidades y reglas establecidas por las normas procesales, piénsese además en lo acotado por el art. 152° (convalidación) del Código Procesal Penal.

En nuestro país, el tema de la prueba prohibida o ilícita ha generado situaciones muy particulares sobre todo en la jurisprudencia, donde muchas veces los jueces penales se han pasado por alto los preceptos legales anteriormente descritos, que prohíben la admisión y valoración de una prueba recabada con desconocimiento de los derechos fundamentales, optando en algunos casos por apartarse de la regla de exclusión probatoria ante la necesidad de reprochar eficazmente el delito, de proteger y resarcir el daño a las víctimas, la gravedad del caso y la protección de intereses jurídicos superiores, generando así fallos contradictorios en nuestro sistema jurídico.

Entre las sentencias relevantes sobre la “Prueba Ilícita”, tenemos en primer lugar, el caso emblemático de la era fujimorista, nos estamos refiriendo al caso de “Vladimiro Montesinos – Alberto Kouri”, donde las imágenes difundidas el 14 de setiembre del año 2000, dieron a conocer a la población peruana, el grado de corrupción del gobierno de turno. En este video se apreciaba como el ex-jefe del SIN, Vladimiro Montesinos, le ofrecía al entonces congresista Alberto Kouri la suma de \$ 15 mil dólares a cambio de que éste se cambie a la bancada fujimorista, todo ello con la finalidad de que las decisiones tomadas por el entonces presidente de la República Alberto Fujimori fueran respaldadas por la mayoría del Congreso. Ante tan escandalosa noticia surgió la necesidad de procesarlos y para ello se utilizó como prueba de cargo las cintas de videos que Vladimiro Montesinos mantenía ocultos en su domicilio.

La legalidad de la prueba de cargo (vladivideos) fue cuestionada por la defensa técnica de Alberto Kouri y Vladimiro Montesinos, argumentando que ésta debía ser

excluida del proceso por constituir “PRUEBA ILÍCITA O PROHIBIDA”, ya que: 1) La filmación se realizó vulnerando su derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones, 2) Se grabó sin autorización de uno de los interlocutores y 3) La diligencia que permitió su obtención fue realizada sin las garantías de ley. Este cuestionamiento sobre la validez legal de los “vladivideos”, no fue óbice para que el Poder Judicial en el año 2003 lo condenara a 6 años de prisión y al pago de una reparación civil de S/. 500.000.00 nuevos soles, por los delitos de corrupción de funcionarios en la modalidad de cohecho pasivo propio y enriquecimiento ilícito, ordenando además abrir proceso penal contra Vladimiro Montesinos Torres y otros.

Vale resaltar que para lograr tal sentencia se tuvo que hacer uso de las denominadas “Excepciones a la Regla de Exclusión Probatoria”, así el colegiado determinó en la Sentencia del Expediente N° 017-2001 – Sala Penal “B” – Corte Superior de Lima que: 1) La grabación del video no enervaba su derecho a la privacidad y al secreto de las comunicaciones, toda vez que este derecho garantiza su protección frente a terceros extraños a la comunicación, mas no de los intervinientes en ella, que fue uno de ellos quien la consintió. 2) Agrega que dicha conversación no ocurrió en un ambiente privado, sino en instalaciones de propiedad del Estado y que el contenido del dialogo es de relevancia pública mas no privada. 3) Se argumentó además, que si bien la diligencia adolecía de formalidades establecidas por la ley, como es la falta de autoridad competente que garantice la legalidad de la diligencia y la consignación errónea del domicilio a allanar, afirman que no fue realizada por la autoridad designada, porque Alberto Fujimori aprovechándose de la emisión de la orden judicial debidamente motivada por juez competente, irrumpió en el domicilio de Vladimiro Montesinos Torres, posiblemente con la finalidad de: a) desaparecer el material probatorio o b) para posteriormente, en el proceso, alegar una causa de justificación para la exclusión del material incriminatorio, razón por la cual el colegiado decidió lo siguiente:

*Es menester resaltar que, no aceptándose por válida esta posición, debe tomarse en consideración que, dada la existencia de orden motivada por juez competente, salvo error del domicilio, **indefectiblemente, se hubiera allanado dicho domicilio lícitamente**, habiéndose incautado tales maletas conteniendo las cintas de video (Corte Superior de Lima, STC, Expediente N° 017-2001, F.J. 30).*

Nótese que el argumento **“indefectiblemente, se hubiera allanado dicho domicilio lícitamente”** corresponde al desarrollo de la Teoría del Descubrimiento Inevitable, el cual permite a los jueces, introducir y valorar en el proceso, material probatorio que ha sido obtenido ilícitamente, siempre y cuando esta prueba hubiera sido igualmente obtenida por medios lícitos o procedimiento regular de “manera inevitable”.

Otras de las excepciones a la regla de exclusión probatoria que podemos advertir en dicha sentencia es el siguiente:

*Asimismo, cabe agregar que además de los videos y sus respectivas actas de visualización, se realizaron a lo largo del proceso una serie de actos de investigación referidos a los hechos contenidos en los mimos, debiendo resaltarse que **la forma en que se cometieron estos hechos no solo no han sido negados por los procesados, sino que han sido reconocidos por estos y corroborados por sus propias declaraciones** (Corte Superior de Lima, STC, Expediente N° 017-2001, F.J. 31).*

Este último argumento corresponde claramente a la Teoría del Nexo Causal Atenuado o Tinte Diluido, cuyos postulados refieren que será válido la prueba ilícita derivada, debido a que el nexo que la unía con la inicialmente vulneradora de derechos, se ha desvanecido tanto ya sea por una **declaración espontanea**, trascurso del tiempo u intervención de un tercero, que la ilicitud en la prueba derivada es casi inexistente y por lo tanto puede ser aprovechada en el proceso.

La siguiente sentencia también referida a delitos contra la administración pública, colisiona o es contradictoria con la anteriormente descrita, nos referimos al caso BTR, caso en que se encontraba involucrado el señor Alberto Quimper, Rómulo León Alegría, Rafael Fortunato Canaán Fernández y otros. Las grabaciones telefónicas que fueron difundidas en el noticiero Cuarto Poder, en octubre del 2008, dio a conocer las irregularidades que se estaban cometiendo con la licitación de lotes petroleros, pues estos procesos se habían convertido en el negocio perfecto de los antes referidos, para enriquecerse ilícitamente, dicho proceso fue cuestionado porque no era concebible que una empresa estatal se confabule con una privada para obtener la explotación de hidrocarburos de PETROPERÚ. El Ministerio Público, al enterarse de la noticia, y por constituir delitos de persecución pública, procedió a

investigar de oficio y a recabar más pruebas incriminatorias, como los correos y USB encontrados en la casa del señor Rómulo León alegría, lo que sirvió para instaurar el proceso, sin embargo el Poder Judicial, determinó que dichas pruebas constituían “prueba ilícita” por haber vulnerado los derechos fundamentales del procesado y en consecuencia, estableció que los correos y USB al tener su origen en la inicial vulneraciones de derechos constitucionales (escuchas telefónicas ilegales), debían considerarse “pruebas ilícitas derivadas contaminadas con tal ilicitud” y por lo tanto también carecerían de valor probatorio, ordenando su expulsión del proceso, dando como resultado que en Febrero del 2016 el señor Rómulo León alegría sea absuelto de todo cargo. Al respecto nos preguntamos, ¿Por qué no se utilizó el mismo criterio que en el caso Alberto Kouri – Vladimiro Montesinos, donde no se aplicó rigurosamente la regla de exclusión probatoria y se echó mano a las excepciones de exclusión probatoria para fundamentar jurídicamente una sentencia condenatoria? ¿A qué se debe el tratamiento desigual entre ambos casos, si nos encontrábamos ante situaciones jurídicamente similares? ¿Acaso el hecho de no tener dichas excepciones reguladas en nuestro sistema procesal penal, es lo que ocasiona los fallos contradictorios?

Los casos antes relatados nos permiten evidenciar que el estudio de este tema en nuestro sistema jurídico penal, requiere de un análisis acucioso para poder aplicar de manera correcta la regla de exclusión probatoria sin excesos, ya que, de lo contrario, tal principio terminaría convirtiéndose en un escudo protector de impunidad.

2.3.3. Tercer Sub Capítulo: Concepto jurídico procesal de la prueba

Sobre este tema el jurista Miranda, M. (2003) señala que *“uno de los primeros errores que se cometen al abordar el estudio de la prueba en el proceso es tratar de analizar el fenómeno probatorio como si fuera exclusivo del derecho procesal”*. p. 16.

Así, reconocidos juristas como Devis Echandía, San Martín Castro y Carnelutti coinciden, en que el término “prueba” no se reduce exclusivamente al ámbito del derecho, ello debido a que tiene una multiplicidad de significados aplicables incluso a realidades extrajurídicas, encontrando en todos ellos como común denominador la acepción de “instrumento que sirve para corroborar la autenticidad o falsedad de una cosas o hipótesis”.

En doctrina se ha pretendido hacer una diferencia significativa sobre la “prueba procesal” y “prueba científica”, determinando así, que la primera de ellas recae sobre hechos que han ocurrido en el pasado, teniendo como objetivo formar la convicción del juez sobre los argumentos o afirmaciones que se han realizado en juicio sobre estos hechos, mientras que la prueba científica pretende refutar o modificar una teoría o hipótesis, aplicando el método científico y sobre conocimientos verificables y reproducibles, con la finalidad de crear una nueva teoría o modificar las ya establecidas. Además, cabe resaltar que también se ha hablado sobre la similitud que existe entre la “prueba procesal” y la “prueba de investigación histórica”, fue Calamandrei. P. (1961) el primero en hacer énfasis entre la similitud de ambos, es decir ambas pruebas recaen sobre hechos del pasado que deben ser corroborados sobre los datos preexistentes en la investigación, ambos pretenden reconstruir en la psiquis del jugador o el historiador, la forma en cómo ocurrieron los hechos, sin embargo la diferencia que los distancia una de otra es una muy clara, es decir el juez no selecciona los hechos sobre los que va a formar su juicio, sino que, son las mismas partes procesales las que determinan los hechos sobre los cuales deben recaer las pruebas y sobre los cuales se debe dictar sentencia, ello se desprende de sus argumentos vertidos en el proceso, mientras que el historiador en este aspecto tiene un poco más de libertad, ya que es él, quien determinará qué hechos decide investigar.

Con la diferencia realizada en el párrafo anterior resulta suficiente para comprender un poco mejor la diferencia de significado que tiene la prueba en un proceso judicial y la que se aplica en otras ciencias extrajurídicas, en este capítulo no pretendemos extendernos tanto analizando todos los conceptos que se le pueden atribuir al vocablo “prueba” en el campo metajurídico, pues ello resultaría poco productivo e inoficioso, en lo que aquí respecta, nos esforzaremos en tratar de explicar el real alcance de “prueba” en el sentido jurídico – procesal.

Así, Vílchez, M. (2014) citando a varios juristas, explica que para *“Eugenio Florián, prueba en el sentido jurídico, es todo aquello que en el proceso pueda conducir a la determinación de los elementos necesarios del juicio, para Claus Roxin prueba significa, todo aquello que sirva para convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho, así mismo Gomez de Liano, menciona que prueba significa,*

demostrar la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”. p. 24-25.

Teniendo en cuenta lo esgrimido por los estudiosos en la materia, podemos identificar que la prueba constituye un elemento o instrumento fundamental en la actividad probatoria, toda vez que resulta clave en el trámite de todo litigio, pues de ella depende que el juez forme su convencimiento sobre los hechos controvertidos, que es lo que finalmente se pretende probar, para que el juzgador reconozca o desestime las pretensiones planteadas por las partes procesales.

Debemos resaltar que, de la definición de “prueba” se desprenden términos que tienen relación pero un significado distinto uno de otros, y que se les vincula para elaborar el concepto de prueba, nos estamos refiriendo a los elementos del fenómeno probatorio que muchas veces son utilizados de manera incorrecta o equivocada, por lo que resulta de vital importancia en este capítulo realizar algunas precisiones sobre dichos términos, en aras de lograr o elaborar una definición correcta de lo que debe entenderse por prueba en el sentido jurídico - procesal.

Imitando al jurista Castro, H. (2009) los elementos del fenómeno probatorio son los siguientes:

- a) Objeto de Prueba:** *Es todo aquello que puede probarse, sea que se trate de hechos naturales, humanos, psicológicos o físicos. Sin embargo, en puridad, lo que se prueba o debe probarse en el proceso penal no son hechos en sí, que no son verdaderos ni falsos, sino enunciados o afirmaciones. No pueden ser objeto de prueba, las presunciones legales, los hechos notorios, las normas jurídicas nacionales.*
- b) Fuente de Prueba:** *Es todo hecho, fenómeno, cosa y actitud, que suministra al Juez un conocimiento originario sobre el hecho a probar y que tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio, ejemplo: Fotografías de una escena, narración de un testigo, etc.*
- c) Elemento de prueba:** *Es todo hecho o dato objetivo, que es incorporado legítimamente al proceso. Se diferencia de la fuente de prueba porque éste aún no ha ingresado al proceso, mientras que el elemento de prueba sí. Además de su objetividad y legalidad, debe también reunir las características de relevancia y pertinencia.*

- d) Medio de prueba:** Es el procedimiento preestablecido por la ley, para la incorporación de la fuente de prueba al proceso.
- e) Órgano de prueba:** Es la persona que introduce en el proceso el elemento de prueba para que pueda ser valorado por el juzgador, por ejemplo: testigo, perito o el mismo agraviado. p. 45-47.

Teniendo en consideración lo esgrimido anteriormente podemos afirmar que prueba en el sentido jurídico - procesal es toda cosa elaborada o fabricada a partir de un acontecimiento extraprocesal, que es incorporado o introducido al proceso por persona legítimamente autorizada siguiendo las reglas pre-establecidas por la ley procesal, para convertirse en un argumento probatorio válido que pueda dar respaldo confiable de las afirmaciones o enunciados vertidos en juicio y que finalmente permitan al juzgador elaborar una posición coherente sobre los hechos controvertidos que le permitan reconocer o desestimar las pretensiones planteadas.

2.3.4. Cuarto Sub Capítulo: Importancia de la prueba en el proceso penal

En el moderno proceso penal acusatorio cuya característica es la constitucionalización, la prueba tiene una innegable importancia, pues es la prueba el único camino legalmente autorizado para descubrir la verdad material, constituyendo además el único instrumento jurídico mediante el cual se puede destruir o conservar el estado de inocencia de aquella persona que se encuentra en el banquillo de los acusados. La doctrina resalta la importancia de la prueba en el siguiente aforismo *“si alguien tiene la razón, pero no la puede probar, es como si no la tuviera”*, esta idea concisa nos da a entender que en el mundo jurídico y sobre todo en el proceso penal, la prueba resulta elemental para proporcionar un respaldo confiable y creíble de nuestras afirmaciones o argumentos proporcionados en juicio.

Sobre este tema Echandia, D. (1974), sostiene que *“no hace falta mayor imaginación para comprender la importancia que tiene la prueba en la vida jurídica, sin ella los derechos subjetivos de las personas serían frente a los demás o el Estado, simples apariencias sin solidez y eficacia alguna”* p. 12.

Arrieta. M. (1978) resalta la importancia de la prueba en el proceso, partiendo de la idea de que los fines generales del proceso penal son: *“a) la realización de la justicia, b) La seguridad de las personas, de la familia, de la sociedad, del Estado, y aún de*

la comunidad internacional, y, c) El bienestar común o general de un pueblo jurídicamente organizado". p.19.

Teniendo en cuenta la idea precedente, se puede afirmar que cualquier miembro de una sociedad que pretenda la protección de sus derechos mediante el acceso a la justicia porque los considera en peligro o amenazados, resulta lógico que para ser merecedora de tutela jurídica, se encuentre acreditado o probado el derecho que le corresponde o peligro del interés jurídico invocado, pues en un Estado Constitucional de Derecho no se puede procesar a una persona por meras afirmaciones subjetivas, ya que en el proceso penal el Estado persigue la correcta aplicación del *Ius Puniendi*, por la que será necesario el desarrollo de una suficiente actividad probatoria que le permita al juzgador tener la plena convicción sobre la culpabilidad o inocencia del procesado. De ello podemos deducir sin temor a equivocarnos, que la prueba constituye la herramienta jurídica indispensable para la correcta aplicación de la ley penal sustantiva.

Debemos resaltar además que, la prueba en el derecho penal constituye una garantía tanto para la víctima como para el imputado, en el sentido de que mediante la prueba la víctima logrará acreditar la verdad de los hechos materiales, constatando la afectación de su bien jurídico y el imputado tendrá derecho a contradecir el argumento esgrimido en su contra, logrando mediante la aportación de sus elementos de prueba, demostrar su inocencia o en su defecto dejar entrever su culpabilidad, de esta manera el Estado no aplicara de manera arbitraria e ilimitada el *Ius Puniendi*. Su esencia e importancia la encontramos entonces, en que constituye un instrumento que repercute en la conciencia del juzgador, para entender la veracidad de los argumentos desarrollados en juicio, lo que le va a permitir fundamentar una sentencia razonada y justa, en base a la valoración conjunta de los elementos de prueba que se han aportado al proceso, todo ello con la finalidad de llegar a establecer en lo posible "La verdad Material", ello garantiza además, que el acusado no podrá ser condenado sin que existan en su contra pruebas suficientes para destruir su "Presunción de Inocencia", principio que es reconocido por nuestra Constitución en el artículo 2, inciso 24, apartado e) y en el artículo II del T.P. del Código Procesal Penal, siendo este una garantía procesal que asegura la libertad de todo procesado cuya acusación en su contra no ha sido debidamente probado (*nulla accusatio sine probatione*). Ello permitirá además lograr seguridad jurídica, pues se

les garantiza a los miembros de una sociedad que, nadie podrá ser condenado sin que exista previamente una actividad probatoria y que de ella han derivado elementos suficientes para castigarlo. La prueba permite resolver el dilema que todo juzgador tiene al inicio de todo proceso penal ¿Qué es lo que realmente ha sucedido?, permitiendo ésta establecer cómo ocurrieron los hechos extraprocesales.

Así la prueba en el proceso penal adquiere una importante connotación. Como bien afirmaba Castro, H. (2009) *“sin actividad probatoria no hay proceso válido o en el mejor de los casos, tratándose del proceso penal, sin prueba no puede haber condena”*. p. 48.

2.3.5. Quinto Sub Capítulo: El derecho de prueba en la constitución

El derecho de prueba es una de las garantías procesales que ofrece todo Estado Constitucional de Derecho para diseñar un proceso judicial ecuánime, así también se dice que el derecho a probar es un derecho subjetivo inherente a todo individuo que forma parte de una sociedad jurídicamente organizada, y que es utilizada para lograr acreditar los presupuestos fácticos del interés material perseguido en litigio. Sin embargo, si efectuamos una revisión general de nuestra constitución de 1993, podremos advertir que ésta no ha previsto una norma específica que regule a la prueba como un derecho autónomo. Ante ello nos preguntamos ¿no existe la prueba como un derecho fundamental? La respuesta a esta interrogante la ha querido brindar el máximo intérprete de la Constitución, así el TC en reiterada jurisprudencia ha establecido que:

“El derecho de prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva, ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos” (STC del Expediente N° 01557-2012-PHC/TC. F.J. 2).

Suponemos que la posición del Tribunal Constitucional sobre la idea de que el derecho de prueba se encuentra contenido en la “Tutela Jurisdiccional Efectiva” (Artículo 139, inciso 3 de la constitución) se deriva del siguiente razonamiento: El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en principio es un derecho fundamental de naturaleza procesal, mediante el cual toda persona se encuentra facultada para

recurrir al órgano jurisdiccional y ver satisfecho su petitorio, sin embargo siendo consecuente con ello, para que dicho petitorio sea tutelado, es necesario que acredite los argumentos vertidos en juicio, lo que únicamente se logrará aportando elementos de prueba, pero no cualquier elemento de prueba, sino únicamente aquellos que sean lícitos, pertinentes, conducentes y útiles.

Sin embargo, esta cuestión se torna más confusa aún, porque el Tribunal Constitucional ha precisado en su jurisprudencia que el “Derecho de Prueba” también se ubica dentro del “Derecho al Debido Proceso”, precisando lo siguiente.

“el debido proceso comprende un repertorio de derechos que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, entre ellos: el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la motivación de resoluciones, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones, etc. (STC del Expediente N° 00579-2013-PA/TC. F.J. 5.3.2.)

Del mismo parecer que el Tribunal Constitucional, es el jurista Landa, C. (2002) quien precisa que:

“el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar identificando las 4 etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”. Los cuales a su vez encierran otros tantos derechos como: el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de información, el derecho de defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a la libertad probatoria, el derecho a declarar libremente, el derecho a la certeza, indubio pro reo y el derecho a la cosa juzgada”. p. 3-5.

Como se puede advertir tanto el Tribunal Constitucional como el jurista Landa Arroyo ubican al “Derecho de Defensa” dentro el continente de derechos del “Debido Proceso”, lo cual consideramos una posición errada, ya que esta institución jurídica se encuentra separada del conjunto de derechos subsumidos en el “Debido Proceso”, pues nuestra Carta Magna lo ha establecido como derecho independiente, consagrado en el artículo 139, inciso 14, no siendo posible entonces, que se le pretenda ubicar bajo la sombra del “derecho al debido proceso”, de lo contrario resultaría absurdo que éste se encuentre regulado en un artículo independiente y autónomo.

La cuestión debatida en este apartado se encuentra dividida tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, sin embargo los autores no consideramos las posiciones antes precisadas del todo acertadas, pues como bien señaló San Martín Castro en su conferencia - La Prueba en los Procesos Judiciales en el Perú – *“cuando alguien quiera identificar los derechos procesales fundamentales, debe analizar su propio ordenamiento jurídico, porque la regulación de estos derechos en nuestra Constitución provienen de otros ordenamientos jurídicos, intercambiando así elementos y conceptos que pueden variar en cada territorio”*.

Reforzando esta idea Burgos, V. (2002) enseña que *“el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una institución procesal que la hemos copiado del derecho comparado, su origen se encuentra en el inciso 1 del artículo 24 de la Constitución Española de 1978”*. p. 52-53. Observando de primera mano que este derecho tiene un radio impreciso porque son tantos los aspectos que se han considerado amparados en ella, que podría decirse que el continente de derechos que abarca es casi infinito.

Los autores compartimos la posición asumida por San Martín Castro, considerando que el “derecho de prueba” se encuentra contenido en el “Derecho de Defensa” consagrado en el artículo 139°, inciso 14 de nuestra Constitución, pues este derecho implica que a todo justiciable se le debe proveer y garantizar una defensa eficaz, en otras palabras se le otorga el derecho a que pueda oponerse a la acusación que se le imputa (derecho de contradicción), objetivo que únicamente logrará mediante la aportación de pruebas que permitan respaldar la verosimilitud de los argumentos que constituyen su teoría del caso. Así también se ha dicho que el “Derecho de Defensa” comprende a su vez: 1) el derecho a ser informado del motivo de su detención por escrito, 2) el derecho a ser asistido por un abogado inmediatamente desde su detención y 3) el derecho a presentar sus argumentos que forman parte de su defensa técnica. En resumen, el “Derecho de Prueba” se encuentra subsumido dentro del “Derecho de Defensa”, ya que ésta se puede lograr solo y únicamente, mediante la aportación de pruebas que demuestren la culpabilidad o inocencia del procesado.

De lo analizado también podemos establecer, que el “Derecho de Prueba” comprende: a) el derecho a **OFRECER** fuentes de prueba que acrediten nuestro

petitorio, b) derecho a que estas fuentes de prueba se **ADMITAN** como elementos de prueba, siempre que estas cumplan con los requisitos establecidos por la ley, c) derecho a que se **ACTUEN** en el proceso y en la etapa correspondiente los elementos de prueba, y el d) derecho a que se **VALOREN** los elementos de prueba, a fin de obtener una debida motivación de la sentencia.

2.3.6. Sexto Sub Capítulo: Requisitos para la admisión y valoración de la prueba en el proceso penal

Como hemos advertido en capítulos anteriores, el proceso penal es una institución jurídica cuyo esquema de desarrollo se encuentra regulado por la ley para comprobar la veracidad de la imputación, esta idea nos lleva a determinar que el proceso penal es un depósito de afirmaciones o argumentos que pretenden explicar la certeza sobre la existencia de la comisión de una figura típica. Siendo consecuente con ello para lograr tal objetivo es necesario recurrir a la prueba como instrumento que va a permitir confirmar o desvirtuar la teoría del caso sobre los hechos materia de litis. De esta manera la prueba es considerada como el medio más confiable para comprobar o corroborar la verdad material, a la vez que constituye una garantía ante la posible aplicación arbitraria del *Ius Puniendi* (*facultad sancionadora del Estado*), recordemos además que en todo juicio se consideran como sucedidos únicamente aquellos hechos o circunstancias que han sido debidamente acreditados mediante prueba legítimamente incorporada al proceso, es así que conforme al sistema jurídico vigente en nuestro país, las partes no poseen total libertad para aportar un medio de prueba, este aspecto se encuentra limitado por la ley procesal permitiendo solo la admisión de determinados medios de prueba que cumplan con ciertos requisitos preestablecidos.

Cabe precisar que el principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema penal no implica que la prueba se pueda obtener de cualquier manera, para ello el ordenamiento jurídico ha impuesto parámetros derivados del respeto de la dignidad humana, si rebasan este límite, simplemente la prueba no podrá convertirse en un argumento válido que confirme la verosimilitud de nuestra teoría del caso, no pudiendo lograr el interés jurídico perseguido en juicio.

Teniendo en cuenta la idea precedente, podemos afirmar entonces que cuando las partes procesales quieren aportar pruebas al juicio, deben regirse por los principios del derecho probatorio. En ese contexto, debe tenerse presente que la actividad probatoria encuentra sus límites en principios básicos, como la legalidad, la licitud, la pertinencia, la oportunidad, la conducencia y la utilidad, aspectos que pasaremos a explicar para tener una mejor visión del tema:

- a) **Conducencia y Utilidad:** Cuando se habla de conducencia y utilidad, nos estamos refiriendo a que el medio de prueba que se pretende aportar, debe acreditar un hecho relevante e importante para resolver la causa o litis, pues la inutilidad de la prueba generaría un trabajo inoficioso y con la cual no se obtendría ningún resultado positivo para resolver el proceso.
- b) **Legalidad:** Según este principio, para que la fuente de prueba pueda ser considerada como elemento de prueba y en consecuencia admitida y valorada, es necesario cumplir con los requisitos preestablecidos por la ley sobre el modo de su incorporación, en pocas palabras se debe respetar y cumplir los rituales que la ley procesal ha establecido para este fin.
- c) **Licitud:** Para que el medio de prueba pueda ser considerado válido en el proceso es requisito indispensable que en su consecución no se hayan conculcado derechos fundamentales. Por ejemplo, una prueba ilícita, de la cual se infiere que en su obtención se ha vulnerado derechos fundamentales, no cumpliría con este requisito y la sanción inmediata que prevé nuestro sistema jurídico, es su exclusión o rechazo no pudiendo generar ningún tipo de efecto, considerándola en el plano jurídico como inexistente, a pesar de que aquella prueba contenga información valiosa sobre la comisión del hecho típico que se le imputa al procesado.
- d) **Oportunidad:** Una prueba no puede incorporarse o actuarse en cualquier estado del proceso, para ello la ley ha establecido etapas las cuales son preclusivas, es decir una vez concluidas se pierde una facultad procesal, por lo tanto es necesario que la prueba sea incorporada o actuada en la oportunidad correspondiente señalado por ley, ya que como se ha precisado anteriormente una vez concluido el plazo de estas etapas es imposible retrotraerse y regresar a la etapa oportuna para realizar la acción procesal.

- e) **Pertinencia:** Este principio hace referencia a que tiene que existir una coherencia o conexión entre medio de prueba y la cuestión que se investiga. Ejemplo es impertinente un medio de prueba que pretende probar el grado de agresividad del investigado, cuando lo que se investiga es el delito de Enriquecimiento Ilícito.

2.3.7. Séptimo Sub Capítulo: Concepto de prueba ilícita e irregular

Sobre este tema se debe precisar y dejar en claro que la cuestión sobre la delimitación del concepto “Prueba Ilícita” y “Prueba Irregular” no es pacífica por existir en doctrina y jurisprudencia posiciones contradictorias sobre los alcances de sus verdaderos significados. Es así que existen juristas que confunden los términos prueba ilícita, prueba prohibida, prueba inconstitucional, prueba defectuosa, prueba ilegal y prueba irregular, para algunos estos 6 términos son indistintos pues su resultado es el mismo *“la exclusión de la prueba del proceso penal”*, mientras que otros marcan una clara diferencia entre ellos, teniendo en cuenta qué tipo de derechos se vulneran en su obtención.

Esta contraposición de fundamentos deja entrever que su delimitación conceptual no es una discusión meramente semántica, sino que da cuenta de una clara confusión en torno a qué es en el ámbito del derecho probatorio lo “ilícito”. La aclaración de esta discusión jurídica resulta fundamental para el desarrollo de la presente tesis porque a partir de la diferenciación conceptual se va a poder determinar en qué consiste la ilicitud probatoria, sus causas y efectos según el tratamiento legal que le otorga nuestro sistema jurídico penal vigente a aquellas pruebas que conculcan derechos fundamentales y las que vulneran normas de menor jerarquía. Este tema muchas veces ha sido resuelto por los Tribunales nacionales de manera insatisfactoria, por ello es menester aclarar este panorama.

Como primer punto vale precisar que existen dos vertientes sobre la conceptualización de “prueba ilícita”, así tenemos las siguientes:

- A) Concepción Amplia:** Esta concepción considera que prueba ilícita es aquella en cuya obtención o recolección se han vulnerado derechos de todo tipo, tanto constitucionales como cualquier otro derecho del ordenamiento jurídico.

B) Concepción Restringida: Esgrime que prueba ilícita es aquella que ha transgredido derechos solo y únicamente de carácter constitucional más no normas ordinarias.

Teniendo en consideración las concepciones antes esgrimidas, es que diversos juristas confunden las diferentes terminologías que existen en el derecho sobre este tema, para corroborar lo antes dicho citamos a los siguientes juristas:

Gimeno, V. (2001) considera que *“prueba ilícita es aquella que infringe cualquier ley, no necesariamente la Constitución, mientras que prueba prohibida sería aquella que para su obtención se ha vulnerado norma constitucional referida a derechos fundamentales”*. p. 370.

Sánchez, J. (2012) opta por una concepción amplia del significado prueba prohibida, refiriendo *“que es aquella que engloba tanto el contenido esencial de los derechos fundamentales, como aquellas que afectaron normas infra – constitucionales”*. p. 51.

Sobre el tema nuestro máximo intérprete de la constitución se inclina también por una concepción amplia, señalando que *“La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable”*. (STC del Expediente N°2053-2003-HC/TC. F. J. 3)

Así mismo vale precisar que el TC equipara los términos “prueba ilícita” y “prueba Prohibida” así lo dejó entrever en los fundamentos de la sentencia de octubre del 2010, del caso Alberto Quimper Herrera (Expediente N° 00655-2010-PHC/TC), es en ese sentido que manifestábamos que muchas veces este tema ha sido resuelto por los tribunales nacionales de manera confusa, no existiendo una posición clara y unánime sobre lo que debe entenderse por prueba ilícita.

Miranda, M. (2010) en una posición más acertada y clara, ha determinado que: *“por prueba ilícita es aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio sin afectación nuclear de derechos fundamentales”*. p. 133.

Para dar un mejor panorama del tema, los autores siguiendo los mismos lineamientos del jurista Miranda Estrampes y Castro Hamilton en su obra *“La prueba ilícita en el*

proceso penal peruano”, hemos optado por recurrir las consideraciones históricas sobre el tema en aras de poder establecer su verdadero concepto, pues si alguien quiere descubrir el verdadero significado de algo resulta imperioso recurrir a sus orígenes. Así las cosas en esta investigación ha quedado sentado que la prueba ilícita es producto de la jurisprudencia norteamericana, teniendo entre sus primeros desarrollos el caso *Boyd vs US* (1886) el cual se trataba de un caso de importaciones ilegales, donde el imputado fue obligado y/o forzado por los agentes federales a crear facturas falsas para auto-incriminarse, vulnerando así en la obtención de dicha prueba la V enmienda referida al derecho de no autoincriminación, posteriormente en el caso “*Weeks vs US*” (1914) la corte invalidó la prueba obtenida por los agentes federales al haberse obtenido documentos privados a partir de un allanamiento sin mandato judicial vulnerando la IV enmienda estadounidense referida a la inviolabilidad del domicilio, con el caso “*Rochin vs California*” de 1952 los tribunales norteamericanos extendieron la aplicación de la regla de exclusión para las pruebas obtenidas con transgresión a la XIV enmienda referida al derecho de un debido proceso.

Se advierte de lo esgrimido anteriormente, que en los tres casos citados la prueba ilícita obedecía a un patrón en común que era la vulneración de derechos fundamentales, el cual constituía un parámetro inviolable ante cualquier acción desplegada por la administración de justicia en la persecución penal, no encontrándose en ningún caso comprometidos derechos de carácter infra-constitucional.

Teniendo en cuenta la doctrina dominante sobre la cuestión debatida en este apartado y los orígenes históricos de la prueba ilícita, los autores hemos podido determinar que prueba ilícita es aquella practicada con desconocimiento de los derechos fundamentales, así mismo los términos “prueba prohibida” y “prueba inconstitucional” son utilizados en la doctrina como sinónimos del primero, así mismo debemos resaltar que este razonamiento es seguido por nuestro código procesal penal en los artículos VIII. 2 del T.P. y 159° al manifestar en sus enunciados “*no tienen efecto legal las pruebas obtenidas con vulneración del contenido esencial de derechos fundamentales*”.

Ahora queda una cuestión pendiente que debemos resolver a partir de la formulación de una interrogante. Habiéndose determinado que cuando se trata de la vulneración

de derechos de rango constitucional la prueba debe reputarse como ilícita, prohibida o inconstitucional, pero ¿Qué pasa cuando la prueba vulnera la legislación ordinaria? sobre esta interrogante juristas como Gaitán, J. (2013) han dado respuesta para explicar la infracción infra-constitucional, así ha determinado que: “*prueba irregular o ilegal es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas y cuyo desarrollo no se ajusta al procedimiento previsto por la ley*”. p. 1.

En el sentido arriba descrito, podemos determinar entonces que cuando se trata de una vulneración legal de normas ordinarias o infra-constitucionales estamos frente a una prueba irregular o ilegal, la cual no cumple con los requisitos preestablecidos por la ley (*medio de prueba*) para su correcta incorporación al juicio debiendo así en un acto nulo, así mismo en investigaciones como “*las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*” de López Barja a esta prueba también la ha denominado como “*prueba defectuosa*”.

Como manifestamos al inicio de este subcapítulo, esta cuestión es de suma importancia porque una prueba que ha sido practica al margen de los derechos fundamentales no tiene ningún efecto legal y no puede subsanarse o convalidarse por ningún medio debido a la preeminencia de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento jurídico en general, mientras que una prueba irregular si es susceptible de convalidación o subsanación, pues en este caso nos encontramos frente a una nulidad relativa que según lo dispuesto por el artículo 152° del NCPP puede ser materia de convalidación.

Por último reforzando lo expuesto en este sub-capítulo, debemos resaltar que en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 2004 que reunió a buena parte de nuestros vocales superiores de la República, se ha establecido que existe una clara diferencia entre “prueba ilícita” y “prueba irregular”, en tanto la primera constituye una vulneración de derechos fundamentales en la obtención de *fuentes de prueba*, mientras que la segunda constituye una vulneración o transgresión clara al *medio de prueba*, es decir al procedimiento regular que ha establecido la ley para la incorporación legítima de una prueba al proceso.

2.3.8. Octavo Sub Capítulo: Derechos afectados por la prueba ilícita

En la presente investigación ha quedado sentado, que una prueba ilícita es la obtenida o practicada sin observancia del contenido esencial de los derechos fundamentales, más no derechos de carácter ordinario o derechos infra-constitucionales, pues tal alcance le pertenece a la prueba irregular.

Sin embargo, como bien precisa Castro, H. (2009), “de inmediato surge la pregunta ¿Qué derechos fundamentales en particular son afectados por la actividad probatoria ilícita?” p. 76.

³ Siguiendo la misma línea de pensamiento que el jurista Castro Hamilton, se debe mencionar que al haberse establecido una relación o conexión entre la “prueba ilícita” y los “derechos fundamentales”, resulta lógico que aquellos derechos que se ven afectados por una prueba de esta categoría, son aquellos consagrados únicamente en la Constitución, específicamente los señalados en el Título I, Capítulo I, así tenemos por ejemplo: el respeto a la dignidad de la persona, derecho a la integridad moral, psíquica y física, al secreto de las comunicaciones y documentos privados, a la intimidad personal y familiar así como a la voz, etc. sin embargo a nivel doctrinario también se ha planteado la siguiente pregunta ¿y qué pasa con aquellas pruebas que han sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales de naturaleza procesal? ¿Al no estar consagrados dentro el Capítulo I no son objeto de vulneración por una prueba ilícita?

Aclarando esta interrogante Castro, H. (2009) enseña que *“el artículo 3° de la constitución, utilizando la técnica numerus apertus, permite elaborar un concepto más amplio de derechos fundamentales, independientemente de su previsión taxativa en el Capítulo I del Título I de la constitución”*. p. 81.

Así el artículo 3° reza lo siguiente: **“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre (...)”** (Const., 1993).

Conocido ello, podemos contestar ahora más claro las dos últimas interrogantes, argumentando que la prueba ilícita también comprende dentro de su radio de alcance aquellas pruebas que han sido obtenidas o recabadas transgrediendo derechos

fundamentales de naturaleza procesal, pues la fórmula legal utilizada en el artículo 3° de la carta magna permite considerar también como derechos fundamentales a aquellos que no se encuentran taxativamente encuadrados dentro del Capítulo I de dicho cuerpo normativo.

Así las cosas entre los derechos fundamentales de naturaleza procesal que pueden ser conculcados por una “prueba ilícita” también son los consagrados en el artículo 139° de la Constitución de 1993 como: motivación escrita de las resoluciones judiciales, el principio de no ser privado del derecho de defensa, derecho a contar con un abogado defensor desde la detención, el derecho a que se le comunique las razones de su detención, el derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, etc.

Sobre estos últimos derechos es decir: derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución, vale precisar que en su esfera de derechos contienen otros tantos de igual naturaleza, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, pudiendo encontrarse amparados en ellos derechos como, el derecho a no declarar contra sí mismo o contra familiares dentro del grado de consanguinidad establecido por ley, etc.:

“El derecho fundamental al debido proceso (...), es un derecho –por así decirlo– continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal (...). que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.” (STC del Expediente N°03433-2013-PA/TC. F. J. 3)

Habiendo establecido cuáles son los derechos afectados por una prueba ilícita, no hay que olvidar, que en los casos de corrupción de funcionarios, los derechos fundamentales que frecuentemente se vulneran en la recolección de las pruebas, son en mayor medida el derecho a la intimidad personal, familiar a la voz y la propia imagen, el secreto de las comunicaciones y documentos privados, la inviolabilidad del domicilio, etc. y cuando se afectan estos derechos nuestra administración de justicia se encuentra ante un dilema repetitivo de colisión de derechos, por un lado el derecho

individual del investigado (derecho al secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc.) y por otro lado el derecho colectivo de la sociedad (derecho a un correcto funcionamiento de la administración pública, el principio de investigación y averiguación de la verdad y el derecho de la sociedad a protegerse del crimen), primando en mayor medida el derecho individual del investigado, y ello viene ocurriendo por una mala aplicación rigurosa de los artículos VIII. 2 del T.P y 159 del Código Procesal Penal, que no le da otra opción al juez penal más que excluir del proceso una prueba ilícita que demuestra a todas luces la culpabilidad del procesado.

A juicio de los autores tal como se viene procediendo actualmente en los casos de delitos contra la administración pública, no es del todo razonable ni mucho menos justo, ya que con la exclusión de esta clase de pruebas se afecta derechos fundamentales de mayor jerarquía (derecho colectivo de la sociedad), no realizando el Operador Jurídico un balance justo de ambos derechos. Estas normas ya no necesitan ser aplicadas de manera rigurosa, pues las cuestiones sociales y morales han cambiado, siendo necesario que las normas referentes a la prueba sean actualizadas para crear un mecanismo de lucha anticorrupción, y así evitar crear un espacio de no punibilidad en el proceso penal peruano en cuanto a los delitos contra la administración pública.

Actualmente, los resultados de la aplicación rigurosa de la regla de exclusión probatoria son muy dañinas, no solo afecta la eficacia de la persecución penal y la represión del crimen, sino que además y principalmente se obstaculiza la realización plena de los derechos fundamentales de la sociedad peruana, así como el despliegue económico del país, pues es sabido que la corrupción genera grandes pérdidas a las arcas del Estado.

Culminamos este capítulo con un argumento muy acertado del profesor AMAR AKHIL, citado por Hairabedián, quien enseña lo siguiente: *“la regla de exclusión puede tener un efecto disuasorio, es decir frente a futuros procesos de investigación irregulares, pero lo hace de manera drásticamente negativa, pues en la mentalidad popular las garantías han perdido brillo y se han vuelto asociadas a las sonrisas de los delincuentes saliendo absueltos mediante artilugios miserables”*. (Hairabedián, M. 2002. p. 51).

2.3.9. Noveno Sub Capítulo: Efecto extensivo de la prueba ilícita

Otro de los asuntos más debatidos en la tesis de “prueba ilícita” es la cuestión sobre el radio de alcance de la ilicitud que despliega esta clase de pruebas, es decir, ¿la consecuencia jurídica de “inadmisibilidad” e “ineficacia probatoria” que afecta a una prueba ilícita también se extiende a las pruebas que deriven de ella (*prueba refleja*)?

Para dar respuesta a la interrogante planteada es necesario recurrir al análisis de nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, el Código Procesal Penal del 2004 hace referencia a esta cuestión en los siguientes artículos:

Artículo VIII. 2 del Título Preliminar: “Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, **directa o indirectamente**, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. (C.P.P., 2004).

Artículo 159: “El juez no podrá utilizar **directa o indirectamente**, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”. (C.P.P., 2004).

Al respecto, sobre estas dos fórmulas legales nos preguntamos ¿a qué se refieren con la alusión directa e indirectamente? Castro, H. (2009) explica que: “*en un inicio los términos “directo e indirecto”, fueron interpretados como una alusión al distinto momento en que se había producido la afectación del derecho fundamental, estableciéndose una relación con el diferente concepto de fuentes y medios de prueba*”. p. 93.

En otras palabras el término “directo” estaba relacionado con la afectación del derecho fundamental en la etapa extraprocesal, que es el momento en que se obtiene una fuente de prueba, mientras que el vocablo “indirecto” tenía relación con la etapa procesal, es decir la vulneración del derecho se producía en el momento en que la fuente de prueba era introducida al proceso como elemento de prueba, no cumpliendo con las reglas pre-establecidas por la ley procesal para su incorporación (*medio de prueba*).

Esta además decir que la interpretación inicial es errónea, así al referirnos a una prueba ilícita directa, estamos haciendo alusión a aquella prueba que ha sido obtenida afectando de manera inmediata algún derecho fundamental, por ejemplo: Persona “A”, intercepta telefónicamente las llamadas de un Funcionario Público “B”,

sin previa autorización judicial, descubriendo que dicho Funcionario es autor del delito de cohecho pasivo propio (art. 393 del C.P), dicha grabación así obtenida constituye "Prueba Ilícita Directa", ya que la afectación del derecho fundamental al "secreto de las comunicaciones" no depende de otro acto.

Por otro lado una "Prueba Ilícita Indirecta" o también llamada "Prueba Refleja", es aquella, cuyo origen ilícito radica en un acto inicialmente violatorio de derechos fundamentales, utilizando el ejemplo anterior ilustraremos de mejor manera la cuestión: Persona "A", intercepta telefónicamente las llamadas de un Funcionario Público "B", sin previa autorización judicial, descubriendo que dicho Funcionario es autor del delito de cohecho pasivo propio, sin embargo además de ello descubre que el Funcionario esconde material incriminatorio en la casa del Señor "C", lo que al poner en conocimiento de la Fiscalía Anticorrupción, estos proceden a allanar dicho domicilio, encontrando el material aludido, cabe resaltar entonces que estas segundas pruebas no hubieran podido ser obtenidas si no se hubiera realizado la inicial interceptación telefónica ilegal (transgresión originaria de derechos fundamentales), lo que al ser calificadas en el mundo jurídico como pruebas indirectas, también son alcanzadas por los efectos de la "Regla de Exclusión Probatoria", ya que según la doctrina autorizada sería contradictorio admitir la validez de una prueba refleja cuando se le ha negado tal efecto al acto que explica su origen, por lo tanto esta clase de pruebas no despliegan ningún tipo de efecto en el proceso, ordenándose su expulsión.

Por ultimo cabe resaltar que este tema fue una creación de la jurisprudencia estadounidense conocida como la *teoría de los frutos del árbol envenenado* desarrollado en los casos *Silverthorne Lumber Co vs. US* (1920) y *Brown vs. Illinois* (1975), en los que se planteó el siguiente argumento: *"la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (derivadas) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial"*. (Miranda, M. 2010. p. 139).

Esta cuestión de lo "directo e indirecto", es de suma importancia pues en doctrina como hemos mencionado inicialmente, también se planteó en algún momento la siguiente pregunta ¿la exclusión probatoria alcanza solo a aquellas pruebas que han sido fruto de la vulneración directa de derechos fundamentales, o si por el contrario

la regla de exclusión probatoria también alcanza a aquellas pruebas cuya existencia son consecuencia de la afectación de derechos constitucionales o fundamentales originaria y/o primigenia (*prueba refleja o indirecta*)? Interrogante que ya hemos esclarecido en este capítulo. Así mismo resulta relevante para el estudio de la presente tesis, porque la doctrina ha elaborado una serie de excepciones a la “regla de exclusión probatoria” las cuales se aplican o utilizan en diferentes casos o situaciones, teniendo en cuenta si una prueba ha sido obtenida manera directa o indirectamente, vulnerando derechos constitucionales. De las múltiples teorías elaboradas por la doctrina que fundamentan la validación y eficacia de una prueba ilícita directa e indirecta nos ocuparemos más adelante.

2.3.10. Décimo Sub Capítulo: Diferencias entre nulidad y regla de exclusión probatoria

En nuestro ordenamiento jurídico una prueba ilícita trae aparejada como consecuencia legal la “inadmisión” o “ineficacia probatoria” a eso se refiere el artículo VIII. 2 del Título Preliminar el Código Procesal Penal cuando expresa los términos “*crecen de efecto legal*” considerándose en el proceso “material probatorio inexistente” y por lo tanto inaprovechable, pero nos hacemos la pregunta ¿cómo lograr tal inadmisión o ineficacia de esta clase de pruebas?

En el derecho comparado se le ha dado distintas denominaciones a las sanciones procesales que tienen por finalidad extirpar del proceso una prueba ilícita, así tenemos que en Italia se utiliza la denominación “Inutilizabilidad”, en España “Exclusión y Nulidad”, en Francia “Nulidad”, en Alemania “Prohibición de Valoración o Prohibición de Aprovechamiento”, en Portugal “Nulidad”, en Colombia “Nulidad y Exclusión”, en Brasil “Inadmisibilidad”, en Chile “Exclusión”, en Argentina “Nulidad y Exclusión” y en EE.UU. “Exclusión”.

Respondiendo la interrogante antes planteada, debemos resaltar que si bien la regla de exclusión probatoria es el mecanismo legal generalizado en muchos países para declarar la invalidez de una prueba practicada al margen de los derechos fundamentales, no es menos cierto que en ordenamiento jurídicos como el nuestro, este no es el único instrumento jurídico existente para lograr tal “inadmisión” o “ineficacia probatoria” de una prueba ilícita, pues coexiste junto con ella otra

respuesta normativa que persigue los mismos fines procesales, nos estamos refiriendo a la “nulidad absoluta” previsto en el artículo 150° del C.P.P. del 2004.

Sin embargo, es importante dejar claro que “nulidad” y “regla de exclusión probatoria”, si bien es cierto persiguen el mismo fin, no se tratan de una misma institución jurídica, existen grandes diferencias entre ambos, las que detallaremos para tener un mejor panorama del tema.

Al respecto se debe mencionar que un acto es nulo cuando se ha inobservado o no se ha cumplido con las formas que ha establecido la ley para la realización de un acto procesal (la nulidad hace referencia a un acto dentro del proceso y para lo cual la ley ha establecidos formas que son de riguroso cumplimiento), sin embargo la regla de exclusión probatoria comprende un radio de alcance mucho más amplio ya que comprende no solo actos procesales sino también extraprocesales (recolección de fuentes de prueba por particulares).

Sobre ello Hairabedián. M. (2002) enseña que: *“la nulidad recae sobre actos procesales, mientras que la exclusión probatoria comprende no solo actos procesales sino también los cumplidos fuera de el y por personas que no son sujetos procesales”* p. 60.

Atendiendo a lo argumentado en línea precedentes podemos advertir entonces que existen dos niveles en los cuales se produce la ilicitud de la prueba, así esta se puede originar extraproceso e intraproceso, será extraproceso cuando se vulneran derechos de rango constitucional en la recolección de las fuentes de prueba, es decir antes de iniciarse el proceso penal propiamente dicho y cuyos actos son alcanzados por la “exclusión probatoria”. Será intraproceso cuando la violación de derechos fundamentales se produce dentro del proceso penal, cuyos actos procesales son alcanzados no solo por la “exclusión probatoria” sino también por la “nulidad”, por ejemplo, ordenar el allanamiento de un domicilio sin una autorización judicial debidamente motivada, no contar con abogado defensor en el trámite del proceso penal.

Hemos considerado conveniente citar al jurista Castro, H. (2008) quien enseña algo muy importante sobre esta cuestión, expresando que:

“no se debe ignorar que la “regla de exclusión probatoria” encuentra su fundamento principal en la preeminencia de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico nacional. Esta trascendencia iusfundamental, no se encuentra latente en la previsión legal de la “nulidad” que apunta más bien a irregularidades graves y menos graves acontecidos en el trámite del proceso. Es innegable que una de las causales de nulidad según nuestro ordenamiento jurídico penal es la vulneración de derechos fundamentales, lo que le otorga un matiz constitucional, sin embargo, no es su esencia. De allí que la nulidad se encuentre gobernada por el principio de taxatividad, es decir únicamente pueden ser invocadas si el acto viciado está previsto por esta, cuestión que no ocurre con la regla de exclusión probatoria, cuya aplicabilidad emana de la constitución y la protección de los derechos fundamentales, es por ello que no resulta necesario que dicha regla de encuentre prevista legalmente”. p.85.

De lo analizado podemos determinar con mejor claridad las diferencias que distancian una de otra y la similitud que los relaciona:

- a) La exclusión probatoria comprende no solo actos procesales sino también extraprocesales (recolección de fuentes de prueba por personas ajenas al proceso), mientras que la nulidad únicamente recae sobre actos procesales, es decir intraproceso (recolección de pruebas por personas autorizadas).
- b) La exclusión probatoria tiene su fundamento en la protección de los derechos fundamentales motivo por el cual no es necesaria su regulación legal, en cambio la nulidad no tiene su esencia en la protección de derechos fundamentales razón por la cual se encuentra gobernada por el principio de taxatividad.
- c) Tanto la “nulidad” como la “exclusión probatoria” persiguen el mismo fin procesal, es decir declarar la “inadmisión” o “ineficacia probatoria” de la prueba ilícita para que esta sea expulsada del proceso, no siendo posible su valoración o convalidación.

2.3.11. Décimo Primer Sub Capítulo: La corrupción y sus consecuencias económicas y sociales.

Hemos considerado conveniente explicar en este apartado el concepto de corrupción entendido como aquellos comportamientos o conductas reprimidas penalmente, para luego explicar cuáles son las consecuencias nefastas que trae aparejada este tipo de ilícitos penales y así determinar la razón por la cual resulta necesario crear políticas criminales adecuadas y racionales para hacerle frente a este fenómeno que cada vez se impregna más en las altas esferas del Estado sumiéndonos en subdesarrollo.

La corrupción en el sentido publicista implica aquella conducta orientada a obtener un beneficio económico o social ilegítimo, produciéndose entre actores del sector público y privado un intercambio ilícito en violación de las obligaciones del primero, abusando así de las funciones preestablecidas por ley en la ambición de obtener ventajas personales.

Sobre este tema se ha dicho que presenta una connotación moral y antiética en tanto que la persona que se encuentra al servicio del Estado orienta indebidamente sus obligaciones en perjuicio de la sociedad en su conjunto, desviando el cabal funcionamiento de la administración pública para convertirla en su fuente de enriquecimiento privado, notamos entonces en aquella conducta una falta de racionalidad y conciencia del interés público.

De lo esbozado anteriormente no podemos negar que la corrupción tiene un aspecto principalmente económico y social, dicho aspecto se presenta en la permuta de intereses que se produce entre dos personas en aras de llevar a cabo el acto corrupto, por un lado el funcionario o servidor público tiene el poder de disponer sobre los bienes o servicios a su cargo y por el otro el particular necesita del servicio del primero para ver satisfecho un interés, acción en la que se ven afectados intereses colectivos del Estado a cambio de una retribución económica ilegal.

Desde el punto de vista de los autores, consideramos que la corrupción conformada por múltiples comportamientos que afectan intereses del Estado, debe ser entendida como un comportamiento nocivo para la vigencia de los derechos fundamentales, ya que debido a este tipo de comportamientos la administración pública no puede

cumplir eficazmente su rol prestacional a la sociedad, ésta deficiencia de funciones menoscaba la calidad de vida de la población en su conjunto desviando o perdiendo los fondos para el desarrollo del país, afecta el cumplimiento y calidad de los servicios básicos agrandando las brechas sociales, así una sociedad corrupta permite el florecimiento de otros delitos como el terrorismo, criminalidad organizada, etc. que ponen en amenaza la vida humana. La corrupción desnaturaliza la institucionalidad del Estado ya que dispone el poder público al servicio de intereses particulares.

Debemos precisar que este fenómeno de la corrupción no es problema exclusivo del ámbito nacional, este problema se ha extendido a todos los países del mundo, algunos en mayor proporción que otros, tal es así que el FMI ha publicado recientemente un informe denominado “Corrupción: Costes y Estrategias de Mitigación”, donde explica que anualmente se pagan entre USD 1,5 billones y USD 2 billones de dólares solamente en sobornos, tanto en los países emergentes como desarrollados, lo que representa el 2% del PNB mundial solo como costos directos, porque los efectos indirectos, entre ellos el deterioro de la institucionalidad, la falta del cumplimiento de metas sociales y la desigualdad social son incalculables.

De acuerdo con el informe, el fenómeno de la corrupción trae aparejada altos costos sociales, económicos y ambientales. Este tipo de ilícitos penales da cabida a la evasión tributaria lo que genera deficiencia en el Estado para recaudar ingresos que le permitan cumplir con sus funciones, así se reducen los recursos económicos para la inversión pública agravando el problema de infraestructura y desarrollo del país, al reducirse el ingreso público los países se ven en la necesidad de solicitar financiamiento al banco central lo que genera aumento de la deuda pública y consecuentemente inflación. La reducción de las condiciones presupuestarias no permite el cumplimiento del rol prestacional del Estado lo que genera a la vez desigualdad, imposibilidad de ejecutar una política inclusiva, inestabilidad política y conflictos sociales. Vale precisar además que con el recortarse el gasto social, el ambiental también es recortado lo que trae como consecuencia que la normativa prevista en el sector ambiental no cumpla su finalidad, generando la extracción indiscriminada de los recursos naturales y con ello contaminación.

“Desde la PCM calculan que el costo de la corrupción en el Perú equivaldría al 2% del PBI. Pero, considerando que su presencia va en incremento, en “Proética” estiman que los efectos económicos negativos se ubicarían entre un 3% y 5% del

PBI, al año, es decir, hasta unos S/ 33.800 millones de soles. Por esa razón, su presidente Jorge Medina considera que esta problemática se ha convertido en un verdadero atentado contra los derechos humanos de los peruanos, especialmente de los más pobres, pues con esos recursos podríamos aliviar la pobreza enormemente. Y no se equivoca, porque si consideramos que el cálculo promedio representaría alrededor de S/ 21.700 millones, dicho dinero permitiría atender 27 veces el presupuesto designado este año para un programa como Pensión 65 (S/802 millones), o 58 veces lo establecido para Cuna Más, S/ 370 millones". (Vega, E. 2016).

Debemos resaltar que el impacto de la corrupción en una sociedad muchas veces es calculado en torno a la cantidad de dinero robado a las arcas del Estado, sin embargo, este cáncer tiene efectos negativos ocultos, que afecta igualmente el desarrollo económico de un país. Así al entregar concesiones o la buena pro para la construcción de una infraestructura a empresas que ofrecen por debajo de la mesa incentivos pecuniarios a cambio del favor, se está generando pérdidas cuantiosas al país, es decir no solo se le confió la construcción de un determinado puente o carretera a una empresa que no contaba con las condiciones adecuadas para realizar el trabajo, sino que además no escatimarán en ahorrar dinero en material y mano de obra para la construcción, lo que dará como resultado un proyecto con infraestructura deficiente que no perdurará en el tiempo, y que tendrá que ser construido nuevamente afectando el erario nacional y la desatención de otros servicios públicos. Estas conductas además afectan la inversión privada tanto nacional como extranjera, pues está comprobado que empresas serias no invierten en países donde el grado de corrupción es alto.

A la luz de lo expuesto, no debemos olvidar entonces que los costos que genera la corrupción son demasiados altos, pues no solo aumenta la brecha social impidiendo el desarrollo de políticas inclusivas, sino que también da pie al desarrollo y fortalecimiento de otros males, como el narcotráfico, trata de personas, etc. además desincentiva la inversión extranjera, actividad que para nuestro país es muy importante para el crecimiento económico y mejoras de las deficiencias sociales, sin mencionar los costos ocultos de este cáncer (corrupción), lo que no permite la realización plena de los derechos fundamentales de una sociedad, llevando a un Estado a la decadencia.

Ante esta problemática, resulta de vital importancia crear mecanismo que hagan frente a este mal que va en crecimiento, por estos motivos es que en la presente investigación proponemos una reforma procesal, en aras de hacer frente a los delitos de corrupción de funcionarios, desacelerar su crecimiento y evitar la impunidad.

Ante este tipo de ilícitos penales no se puede luchar con las mismas reglas generales que se aplican en los procesos por delitos comunes, pues es obvio que su *modus operandi* es muy distinto y más complejo que aquellos, resultando muchas veces una tarea titánica por parte de la administración de justicia lograr demostrar la culpabilidad de estos y dictar una condena para los autores de estos delitos. Somos de la posición que ante estos casos se deben fortalecer los mecanismos de persecución penal, priorizando en la protección de los derechos colectivos, por este motivo en la presente investigación proponemos aquellas tesis que propugnan la admisión y valoración de una prueba ilícita en el proceso penal, solo válidas para procesos de corrupción de funcionarios, nuestra meta es flexibilizar la aplicación de la regla de exclusión probatoria ya que ente este tipo de delitos no se puede luchar solo con principios garantistas.

2.3.12. Décimo Segundo Sub Capítulo: Prueba ilícita y los delitos contra la administración pública en el proceso penal

No debe olvidarse que, como lo afirmaba Hairabedián, M. (2002) *“la cuestión moral y ética adolece de relatividad, pues valores de esta índole varían según época, lugar y situaciones”*. p. 198., teniendo en cuenta ello, no hay que olvidar que desde la creación de la regla de exclusión han pasado muchos años, y que su nacimiento obedeció a contextos y situaciones particulares muy diferentes a los actuales, en donde el crimen se ha convertido en el actuar habitual de muchos funcionarios o servidores públicos, que lo único que buscan con la ostentación de su cargo es aprovecharse de la administración pública, haciendo de ella su mina de oro.

Por aquellas razones es que después de realizar el estudio respectivo sobre el tema, podemos decir que esta regla ha dejado de responder a una parte de nuestra realidad social, siendo necesario su flexibilización mas no su desaparición, con la finalidad de optimizar la administración de justicia, y de reprimir aquellos delitos de

alta gravedad que hundan en el pozo de la miseria e impunidad a nuestro país, como lo es la corrupción de funcionarios.

Es preciso explicar que, si bien los derechos humanos en la esfera del derecho penal, pretendían inicialmente fijar límites punitivos del Estado, protegiendo al implicado contra las injerencias arbitrarias, desmedidas o irrazonables, en la actualidad debe optimizar su actuar incluyendo también a la víctima del delito, quien por mucho tiempo ha sido relegada del proceso penal, siendo tomada como un mero instrumento probatorio. Los derechos humanos de las víctimas han impuesto al Estado la obligación de actuar para salvaguardar sus intereses.

Es en este contexto de ideas, y dada la crisis actual respecto a los delitos contra la administración pública, además de las grandes pérdidas no solo dinerarias que le genera al país, sino también el menoscabo que se produce a los derechos fundamentales de todos los peruanos, es que el Estado no solamente debe tener en cuenta los derechos del imputado sino también debe priorizar los derechos de las víctimas (Sociedad Peruana).

En la actualidad la víctima del delito es incluida como sujeto de derechos dentro del ejercicio del *ius puniendi*, circunstanciándola como ser humano al que hay que atender y considerar en la dinámica de la justicia penal, como un fin en sí misma y no como un medio para la realización de la justicia. Así las cosas, los derechos humanos que protegían con prioridad la dignidad del delincuente, hoy también contemplan la dignidad de la víctima, reconociéndole sus derechos esenciales, los cuales deben coexistir y materializarse dentro del proceso penal junto con los derechos del victimario, haciendo una suerte de balance, que le permita al juzgador tomar una decisión mucho más razonada. Si bien es cierto que entre las víctimas y victimario existen una serie de derechos que deben procurarse dentro del ámbito del proceso penal, también es cierto que la disparidad de intereses que se presentan entre ellos genera pugnas e incluso contrariedades en la efectividad y logro de sus derechos y objetivos, pues la realización de uno implica prácticamente el desconocimiento del otro, esto es lo que viene sucediendo actualmente con los procesados por delitos contra la administración pública, donde en muchos casos, la única prueba de su culpabilidad es una prueba obtenida ilícitamente, y en la pugna de derechos siempre ganan los intereses del imputado, desconociendo totalmente los derechos de las víctimas directas de aquel delito, que no es más que la sociedad

peruana, a ello no se le puede llamar justicia, encontrándose así los derechos de las víctimas opuestos a las restricciones generadas por los derechos humanos del victimario. Dentro de las variadas restricciones o enfrentamiento a los que se ven amenazados la realización de los derechos de las víctimas, se encuentran la regla de exclusión probatoria, máxime cuando en diversas oportunidades se presenta como única prueba de cargo dentro del proceso penal. (Sánchez, A. 2013. p.2).

Es muy importante resaltar, como lo hemos sostenido repetitivas veces, que el costo que genera la regla de exclusión probatoria en los delitos contra la administración pública, no es solo la impunidad si no también el drástico costos social que el país tiene que pagar, por la ineficacia de la administración de justicia en la persecución del delito, que se encuentra atada de manos, porque en nuestro sistema procesal penal existen normas que imposibilitan su utilización y hacen de aquella una regla rígida (Art. VIII. 2 del T.P. y 159 del Código Procesal Penal).

Un claro ejemplo de impunidad lo podemos observar en el caso BTR, en donde la Tercera Sala Penal Liquidadora de Lima declaró como pruebas "ilícitas" las grabaciones reveladas en el año 2008, lo que ha dado lugar a que en febrero de 2016 se absuelva de todo cargo al señor Rómulo León Alegría, tomando este caso como referencia, es que la sociedad pierde la confianza y desgasta la imagen institucional del Poder Judicial y Ministerio Público.

Por otro lado, se debe resaltar que, actualmente la Fiscalía Anticorrupción muy pocas veces procede a realizar su trabajo de oficio, en la mayoría de los casos procesa a determinados personajes gracias a las investigaciones realizadas por los medios de comunicación o de particulares, quienes aportan pruebas contundentes (audios o videos) de la culpabilidad y el mal manejo de la administración pública por parte de los funcionarios o servidores públicos. Se puede observar que, para la averiguación de esta clase de ilícitos penales, las formas más frecuentes de intervención de las comunicaciones e injerencia en la intimidad personal son las escuchas telefónicas y los videos, pues estos constituyen un método de investigación que resulta muy efectivo para determinar el delito cometido y a los sujetos de la comisión del delito.

La realidad de nuestro proceso penal en cuanto a los delitos contra la administración pública que es lo que aquí nos interesa explicar, es que cuando un medio de comunicación o particular procede a investigar la comisión de delitos de esta índole,

lo hace sin la autorización judicial correspondiente, obteniendo pruebas irrefutables de la culpabilidad del investigado. Posteriormente publican la noticia, y recién el Ministerio Público, más específicamente, la Fiscalía Anticorrupción procede a abrir proceso utilizando como únicas pruebas de cargo, las recabadas por los medios de comunicación, lo cierto es que en el mundo jurídico, al haber sido estas pruebas obtenidas sin la autorización de ley y por haber conculcado los derechos fundamentales del investigado, adquieren la calidad de “Pruebas Ilícitas” cuyos efectos dentro del proceso penal son dos, el primero es expulsar la prueba ilícita por haberse practicado al margen de los derechos fundamentales no pudiendo ser valorada ni convalidada por ningún medio, y el segundo efecto (reflejo) es que las pruebas cuyo origen provengan de las pruebas ilícitas directas tampoco deben ser valoradas, pues al negarse valor probatorio a las primeras resulta lógico que se les niegue el mismo efecto a aquellas cuyo origen solo se explican en razón de las primeras.

Estos efectos dan como resultado la absolución de la persona cuyo delito está probado y se sanciona a quien obtuvo dicha prueba por medios ilegales, el argumento utilizado es que en un Estado de Derecho es intolerable esta forma de actuar, pues no es ético ni moral, y porque existe un formalismo prescrito por los artículos VIII.2 del T.P y 159 del Código Procesal Penal, en cuanto a la utilización de pruebas así obtenidas, en pocas palabras se premia el delincuente y se castiga al que recabó la prueba.

Somos de la opinión que el derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad personal no son superiores al interés jurídico que se protege al sancionar los delitos contra la administración pública y por ende el Estado no debe priorizar su protección sobre los derechos fundamentales de la sociedad peruana (Correcto Funcionamiento de la Administración Pública), pues se trata de dos derechos distintos, un Derecho Personal vs un Derecho Colectivo, siendo clara la idea de qué derecho debe tener prioridad. No hay que perder de vista que el bien jurídico que se protege en los delitos contra la administración pública es “el correcto funcionamiento de la misma” siendo este un derecho supraindividual, cuyos titulares son los ciudadanos en su conjunto.

Es así que el Estado al proteger prioritariamente los derechos individuales del investigado por delitos de corrupción, aplicando la regla de exclusión probatoria, genera un peligro para la vigencia de los derechos fundamentales de la colectividad,

es decir le da prioridad al derecho individual por encima de un derecho colectivo, no realizando una correcta y razonada ponderación de derechos.

En base a estos argumentos es que resulta necesario y urgente evitar que la impunidad se perpetre en el ámbito del proceso penal, especialmente cuando hablamos de los casos de corrupción, que como ya hemos explicado en los inicios de este trabajo, muchas veces la única prueba de cargo en contra de los investigados por estos delitos es una prueba ilícita, ante ello se debe actuar con sumo cuidado al proponer una modificatoria a las normas procesales actuales, que hagan posible la admisión y valoración de esta clase de pruebas, ya que ello implica una injerencia en los derechos fundamentales. Lo que se quiere evitar es caer en formalismos y en la aplicación rígida de la regla de exclusión probatoria como hasta ahora se viene dando en nuestro sistema jurídico penal, que lo único que hace es crear un espacio de no punibilidad a quienes, en su calidad de funcionarios o servidores públicos, aprovechan el cargo para enriquecerse.

CAPÍTULO III: MÉTODO

III. MÉTODO

3.1. TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. Tipo de Investigación

La presente tesis es una investigación de tipo Descriptivo - Explicativo, debido a que se encargará de describir una parte reducida de nuestra realidad jurídico penal en relación al tema planteado y al mismo tiempo explicará las razones, causas y características de esta realidad jurídica que se pretende estudiar.

3.1.2. Tipo de Análisis

El tipo de análisis de nuestra investigación es Mixto (cualitativa y cuantitativa), porque tiene como finalidad describir a través de encuestas una realidad jurídica con relación a nuestro proceso penal peruano y la utilización de la prueba ilícita en los delitos contra la administración pública, para plasmar los resultados en números o porcentajes.

3.1.3. Diseño de la Ejecución

3.1.3.1. Universo de la Investigación

El universo de la presente tesis está conformado por la sumatoria de todos los datos de los dominios de las variables que se han identificado en el Anexo N° 04, las mismas que fueron: **Los Operadores del Derecho**, dentro de los cuales hemos considerado a los Jueces y Fiscales Penalistas, asimismo **Comunidad Jurídica**, entre los cuales se encuentran los Abogados Penalistas de la Región Lambayeque.

Tabla 01: Datos de los informantes según el cargo que desempeñan

Informantes	N	%
Jueces Penalistas	38	22%
Fiscales Penalistas	24	14%
Abogados Especialistas en Derecho Penal	110	64%
Total	172	100%

Fuente: Investigación Propia

3.2. VARIABLES, OPERACIONALIZACIÓN

3.2.1. Identificación de las variables

Una vez realizado los cruces de variables que formulan las sub-hipótesis en la presente tesis, para poder contrastarlas, se ha requerido obtener los datos de los siguientes dominios:

A = VARIABLES DE LA REALIDAD

A1 = Operadores del Derecho.

A2 = Comunidad Jurídica

B = VARIABLES DEL MARCO REFERENCIAL

- B1 = Planteamientos Teóricos. (Conceptos Básicos)

- B2 = Normas Nacionales.

- B3 = Derecho Comparado.

3.2.2. Definición de variables

A1 = OPERADORES DEL DERECHO.

Competen al dominio de esta variable, todos los datos que tienen la propiedad de ilustrar sobre el significado de Operador del Derecho, siendo ello así, se dice que: *“Es aquella persona que, contando con título habilitante, profesa la ciencia del derecho, aplicando la ley, jurisprudencia y doctrina jurídica, con la finalidad de impartir justicia”*. (Ossorio, M. 2010).

A2 = COMUNIDAD JURÍDICA.

Conciernen al dominio de esta variable, todos los datos que tienen la propiedad de ilustrar sobre el significado de Comunidad Jurídica, siendo ello así, se dice que: *“Es una congregación o sociedad organizada de persona con un interés común, en este caso jueces, fiscales, abogados litigantes, profesores y estudiantes de derecho, los cuales tienen un interés referido o enfocado a lo jurídico o que atañe al derecho”*. (Ossorio, M. 2010).

B1 = PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS.

Corresponden al dominio de esta variable, todos los datos que tienen la propiedad de explicar el significado de Planteamientos Teóricos, siendo ello así, se dice que: *“Es una ciencia o conjunto de conocimientos provisoriamente establecidos y sistematizados por la humanidad, como teorías, conceptos, leyes científicas, principios, técnicas, axiomas, sistemas, procedimientos, etc. que los encontramos en libros, publicaciones especializadas, informes de eventos, redes informáticas o investigaciones científicas”*. (Caballero, A. 2014. p. 162).

B2 = NORMAS NACIONALES.

Competen al dominio de esta variable, todos los datos que tienen la capacidad de explicar el significado de Normas Nacionales, siendo ello así, se dice que: *“Es un conjunto de reglas elaboradas e instituidas por un Estado, para regular y organizar la conducta o convivencia humana en un tiempo determinado y de aplicación solo en su territorio, condicionando a los individuos a determinados deberes y facultades, fijando una sanción en caso de incumplimiento de dichas reglas”*. (Ossorio, M. 2010).

B3 = DERECHO COMPARADO.

Conciernen al dominio de esta variable, todos los datos que tienen la propiedad de ilustrar sobre el significado de Derecho Comparado, siendo ello así, se dice que: *“Es la ciencia o técnica que se encarga del estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países, con la finalidad de mejorar un determinado sistema jurídico, incorporando e imitando los avances jurídicos de otro”*. (Ossorio, M. 2010. p. 317).

X1 = DISCREPANCIAS TEÓRICAS.

Corresponden al dominio de esta variable, todos los datos que tienen la propiedad de explicar el significado de Discrepancias Teóricas, siendo ello así, se dice que: *“Nos encontramos frente a una discrepancia teórica cuando un conjunto de pensadores, juristas o personas especializadas en un tema determinado, propugnan la aplicación de una teoría (A), mientras que otro grupo propone la aplicación de una teoría (B) totalmente opuesta”*. (Caballero, A. 2014).

X2 = EMPIRISMOS NORMATIVOS.

Conciernen al dominio de esta variable, todos los datos que tienen la propiedad de ilustrar el significado de Empirismos Normativos, siendo ello así, se dice que: *“Existen empirismos normativos cuando alguna norma interna que rige en una realidad o determinado territorio, no considera en su enunciado, se encuentra desactualizado o no ha incorporado a su contenido, un planteamiento teórico directamente relacionado con el tema objeto de regulación”*. (Caballero, A. 2014. p. 124).

3.2.3. Clasificación de las variables

Variables	Clasificaciones						
	Por la relación causal	Por la cantidad	Por la jerarquía				
			4	3	2	1	0
A=Variables de la realidad A1= Operadores del Derecho A2= Comunidad Jurídica	Interviniente Interviniente	Cantidad discreta No cantidad	\overline{TE} x	\overline{ME} x	— E x	\overline{PE} x	\overline{NE} x
B= Variables del Marco Referencial -B1= Conceptos Básicos. -B2= Normas Nacionales. -B3= Legislación comparada.	Independiente Independiente Independiente	No cantidad Cantidad Discreta Cantidad Discreta	TA \overline{TA} p	MA \overline{MA} p	A — A p	PA — PA p	NA \overline{NA} p
-X= Variables del Problema -X1= Discrepancias Teóricas -X2= Empirismos Normativos	Dependiente Dependiente	Cantidad Discreta Cantidad Discreta	— —	— —	— — — —	— —	— —

Leyenda:

T =Totalmente	N = Nada	C = Cumplidos
M = Muy	Ex = Exitosas	Ap = Aprovechable
P = Poco	A = Aplicables	

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

La muestra de la población de informantes para aplicar las encuestas, fueron Jueces, Fiscales y Abogados Penalistas, que son alrededor de 172 personas, se les aplicaran las guías a todos ellos. Este resultado se utilizará para analizar y así poder determinar la recomendación que conlleve a la solución del problema sobre “Las Discrepancias Teóricas y los Empirismos Normativos con relación a la necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública”.

- A. Jueces Penalistas (38)
- B. Fiscales Penalistas (24)
- C. Debido a que la población profesional de abogados, son un total de 7,776 de los cuales solo el 4% son especialistas en la rama del derecho penal, siendo la cantidad de 311, se utilizará la siguiente formula:

Fórmula:

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

Donde:

n = Muestra

(N) = 311 “Población total”

(p)(q) = 0.25 “Proporción máxima que puede afectar a la muestra”

Z = 1.96 “El 95% de confianza de nuestro estudio”

E = 0.05 “Margen de error”

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (311) (0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.05)^2 (311-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(311) (0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.0025) (310)} \Rightarrow n = \frac{298.68}{(0.9604) + (0.775)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{298.68}{1.7354} \Rightarrow n = \Rightarrow n = 110$$

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

En esta investigación, dadas las variables, que fueron cruzadas según las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se requirió aplicar o recurrir a lo siguiente:

Técnicas e Instrumentos: De conformidad con las variables consignadas en la presente tesis, y teniendo en cuenta el cruce de los mismos para la obtención de las Sub-Hipótesis, se requerirá emplear las siguientes técnicas de recolección:

- a) **La técnica del análisis documental:** Utilizaremos como herramienta de recolección de datos, fichas textuales y resumen, considerando como fuentes libros y revistas, que usaremos para adquirir datos de los dominios de las variables como: Planteamientos Teóricos, Normas Nacionales y Derecho Comparado.
- b) **La técnica de la encuesta:** Emplearemos como herramienta un cuestionario, que consignará como informantes a los jueces y fiscales penales, así como abogados especialistas en la rama del derecho penal, que aplicaremos para obtener los datos del dominio de las variables: Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica.
- c) **El fichaje:** Es una herramienta que nos va a permitir fijar información extraída de fuentes primarias y secundarias. Sus instrumentos son los siguientes:
 1. **Registro:** Permite consignar los datos generales de los textos consultados. Lo empleamos para extraer las referencias bibliográficas o electrónicas.
 2. **Resumen:** Esta herramienta se utilizará para resumir y plasmar el contenido medular de las fuentes primarias y secundarias, que han servido para construir el marco teórico de la investigación.
 3. **Textuales:** Se utiliza para plasmar literalmente conceptos e ideas puntuales de otras investigaciones, como: planteamientos teóricos, normas nacionales y derecho comparado.

4. **Comentario:** Revela el aporte jurídico de los investigadores de la presente tesis. Lo emplearemos para implementar, criticar y corregir algunos conceptos y teorías tradicionalistas, así como los cuadros estadísticos y resultados. Está construido por ideas propias de los autores a partir del análisis conjunto del material jurídico utilizado.

3.4. MÉTODOS DE ANÁLISIS DE LOS DATOS

Los datos obtenidos a través de la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes antes descritos, serán considerados e ingresados al programa computarizado Microsoft Excel, y con ello se realizarán los cruces que consideran las sub-hipótesis a través de precisiones porcentuales, ordenándolos de mayor a menor y cronológicamente, con la finalidad de ser presentados como informaciones a manera de cuadros, gráficos, etc.

3.4.1. Forma de análisis de las informaciones

En cuanto a las informaciones mostradas como resúmenes, gráficos, cuadros, etc. se plantearán sobre ello apreciaciones objetivas. Del mismo modo las apreciaciones resultantes de las informaciones del dominio de variable que han sido cruzadas en una determinada sub-hipótesis, serán presentadas como premisas, con la finalidad de contrastar esa sub-hipótesis. El resultado que se obtenga de la corroboración o comprobación de cada sub-hipótesis (que puede ser prueba total, prueba y disprueba parciales o disprueba total) nos dará sustento para construir la conclusión parcial (es decir que tendremos tantas conclusiones parciales como sub-hipótesis hayamos planteado).

Las conclusiones parciales se utilizarán como premisas para corroborar o comprobar la hipótesis global. Así mismo el resultado de la contrastación de la hipótesis global (que también puede ser prueba total, prueba y disprueba parciales o disprueba total) nos dará fundamentos para plantear la conclusión general de la tesis. De esta manera las apreciaciones y conclusiones que hemos obtenido a partir del análisis en la presente investigación, sustentarán cada propuesta de solución al problema que habíamos planteado al inicio de la tesis.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

IV. RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN ACTUAL DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A LA NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

4.1.1. Resultado de los Operadores del Derecho que no consideran y que consideran los Planteamientos Teóricos referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

A. El promedio de los porcentajes de los planteamientos teóricos que **No Consideran** en opinión de los Operadores del Derecho es de **75%**.

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla Nº 02: Planteamientos teóricos que **No Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	42	68%
B) Argumentos en Contra.	27	44%
C) Teoría Extensiva.	57	92%
D) Teoría Restringida.	60	97%
Total	186	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **Consideran** en opinión de los Operadores del Derecho es de **25%**.

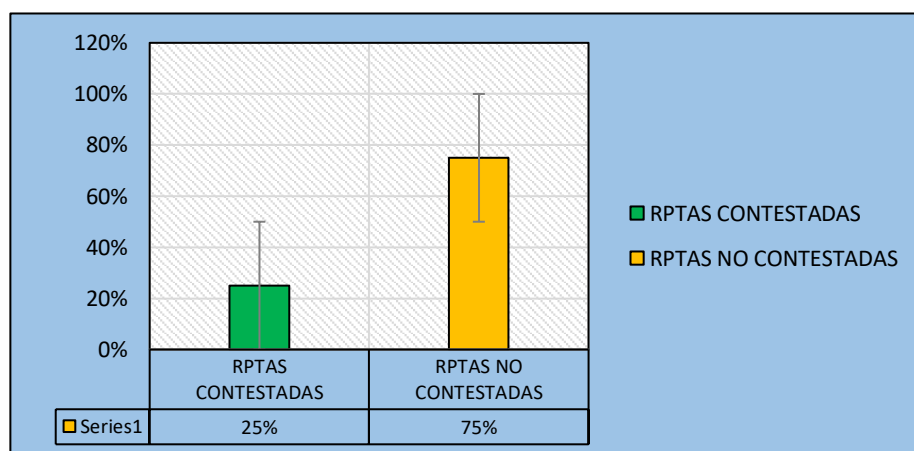
La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 03: Planteamientos teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	20	32%
B) Argumentos en Contra.	35	56%
C) Teoría Extensiva.	5	8%
D) Teoría Restringida.	2	3%
Total	62	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

Figura 01: Nivel de planteamientos Teóricos que Consideran y que No Consideran.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **25%** de los Operadores del Derecho opinan que Consideran los planteamientos teóricos, mientras que un **75%** opina que No los Consideran.

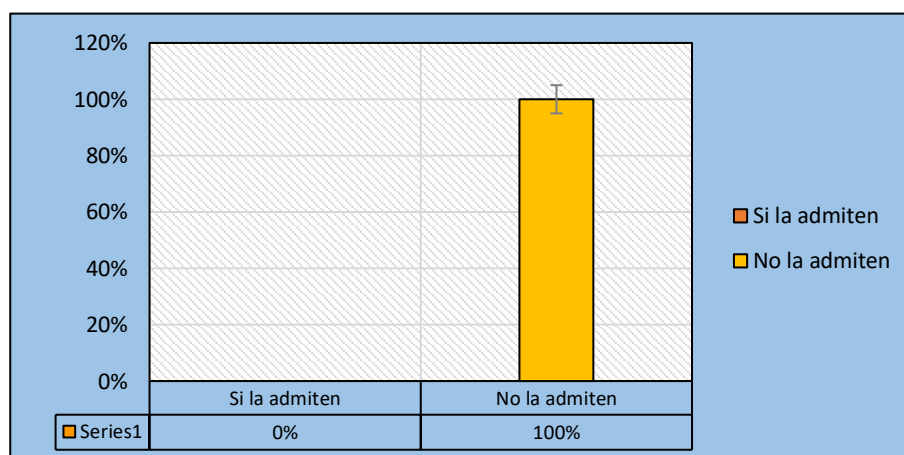
4.1.2. Resultado de los Operadores del Derecho que no consideran y que consideran los Planteamientos Teóricos referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 04: Planteamientos teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si la admiten	0	0%
B) No la admiten	62	100%
Total	62	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

Figura 02: Nivel de planteamientos Teóricos que Consideran los Operadores del Derecho.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **0%** de los Operadores del Derecho opinan que, Si admiten una prueba ilícita en el proceso penal para Delitos contra la Administración Pública, mientras que un **100%** opinan que No la admite.

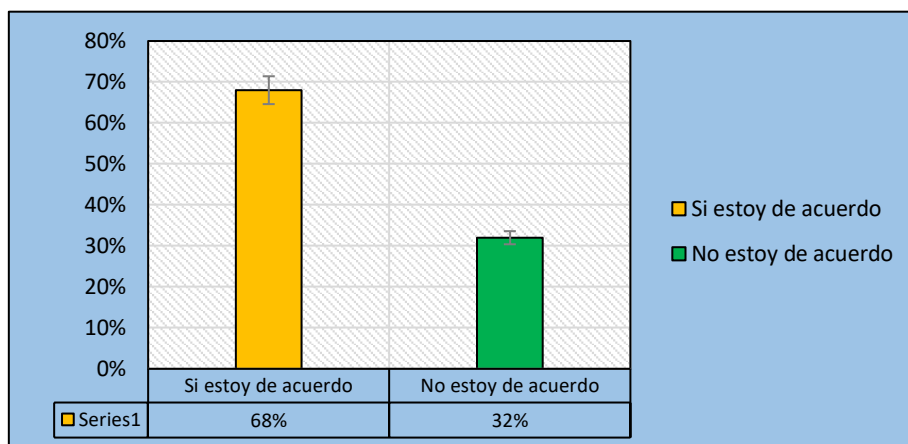
4.1.3. Resultado de los Operadores del Derecho en relación a las Planteamientos Teóricos referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 05: Planteamientos Teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si estoy de acuerdo	42	68%
B) No estoy de acuerdo	20	32%
Total	62	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

Figura 03: Nivel de Planteamientos Teóricos que Consideran los Operadores del Derecho.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **68%** de los Operadores del Derecho opinan que Si están de acuerdo con que el artículo VIII.2 del T.P. art. y el art. 159° del código procesal penal, referentes a la eficacia probatoria, no se encuentran actualizados por no considerar los planteamientos teóricos relacionados la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, mientras un **32%** opinan que No están de acuerdo.

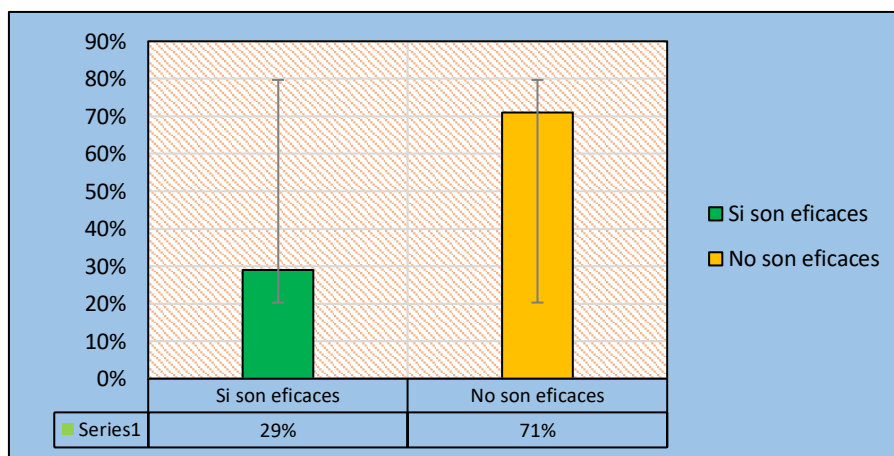
4.1.4. Resultado de los Operadores del Derecho en relación a las Planteamientos Teóricos referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 06: Planteamientos Teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si son eficaces	18	29%
B) No son eficaces	44	71%
Total	62	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

Figura 04: Nivel de Normas Nacionales que Consideran los Operadores del Derecho.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **29%** de los Operadores opinan que el artículo VIII.2 del T.P. y el art. 159° del código procesal penal, referentes a la eficacia probatoria, Si son Eficaces para sancionar los delitos contra la administración pública, mientras que un **71%** opina que No son Eficaces.

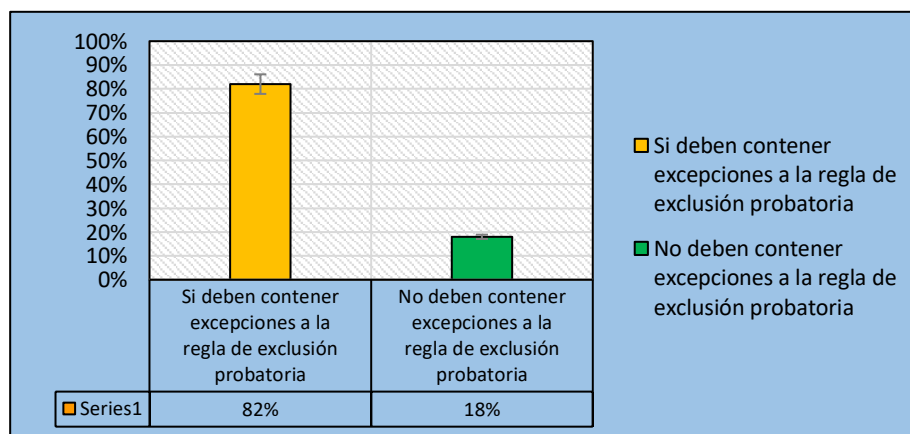
4.1.5. Resultados de los Operadores del Derecho en relación a las Normas Nacionales referente la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 07: Normas Nacionales que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.	51	82%
B) No deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.	11	18%
Total	62	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

Figura 05: Nivel de Normas Nacionales que Consideran los Operadores del Derecho.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **82%** de los Operadores del Derecho opinan que el art. VIII.2 del T.P. y 159° del CPP, referentes a la eficacia probatoria, Si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria para poder admitir y utilizar una prueba ilícita, solo para delitos contra la Administración Pública, mientras que un **18%** opina que No deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.

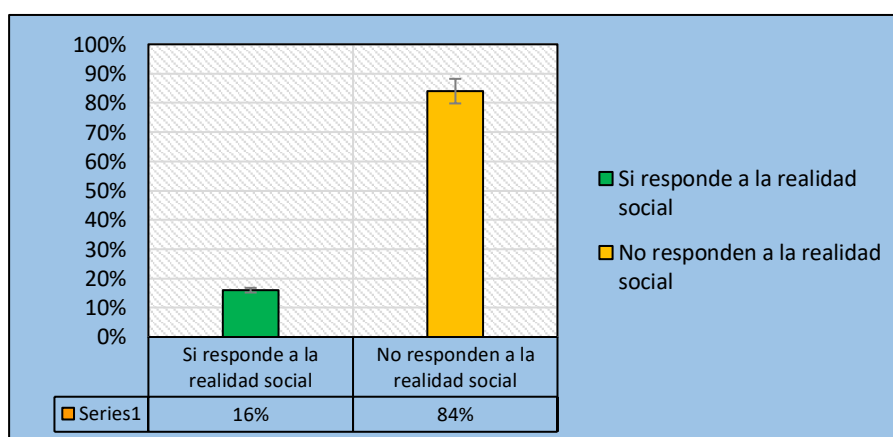
4.1.6. Resultados de los Operadores del Derecho en relación a las Normas Nacionales referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla Nº 8: Normas Nacionales que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la Administración Pública.	10	16%
B) No responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la Administración Pública.	52	84%
Total	62	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

Figura 06: Nivel de Normas Nacionales que Consideran los Operadores del Derecho.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **16%** de los Operadores del Derecho opinan que el artículo VIII.2 del T.P. y el art. 159 del código procesal penal, Si responde a la realidad social para sancionar los delitos contra la administración pública, mientras que un **84%** opina que No responde a la realidad social.

4.2. DESCRIPCIÓN ACTUAL DE LA COMUNIDAD JURÍDICA RESPECTO A LA NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

4.2.1. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación a Planteamientos Teóricos referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

A. El promedio de los porcentajes de los planteamientos teóricos que **No Consideran** en opinión de los Operadores del Derecho es de **75%**.

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 09: Planteamientos teóricos referentes a la Utilización de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal que **No Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS NO CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	20	18%
B) Argumentos en Contra.	102	93%
C) Teoría Extensiva.	103	94%
D) Teoría Restringida.	105	95%
Total	330	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **Consideran** en opinión de la Comunidad Jurídica es de **25%**.

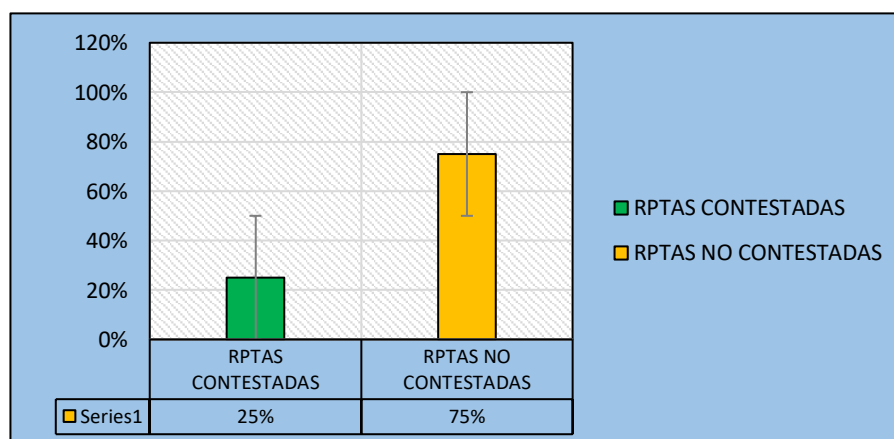
La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 10: Planteamientos teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	90	82%
B) Argumentos en Contra.	8	7%
C) Teoría Extensiva.	7	6%
D) Teoría Restringida.	5	5%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 07: Nivel de planteamientos Teóricos que **Consideran** y que **No Consideran**.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **25%** de la Comunidad Jurídica opinan que **Consideran** los planteamientos teóricos, mientras que un **75%** opina que **No se Consideran**.

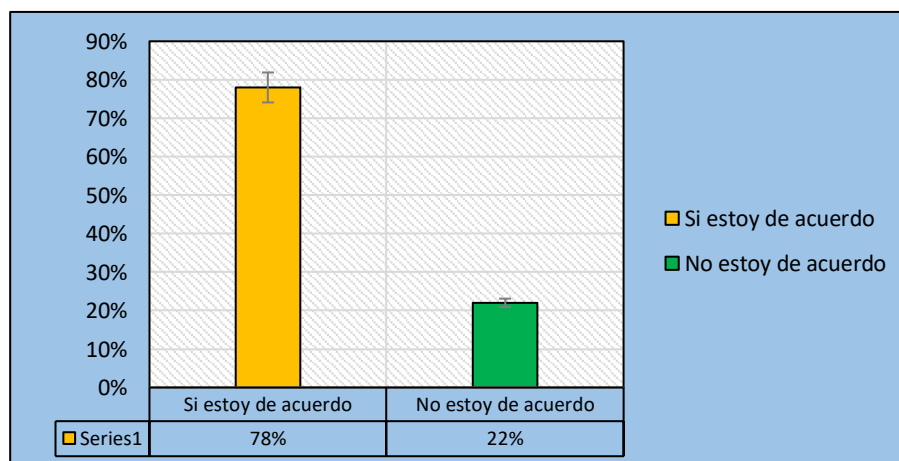
4.2.2. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación a Planteamientos Teóricos referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos Contra la Administración Pública.

Tabla Nº 11: Planteamientos teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si estoy de acuerdo	86	78%
B) No estoy de acuerdo	24	22%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 08: Nivel de planteamientos Teóricos que Considera la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **78%** de la Comunidad Jurídica opinan que, Si están de acuerdo con que los jueces penales deben admitir una prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública, mientras que un **22%** opina que No están de acuerdo.

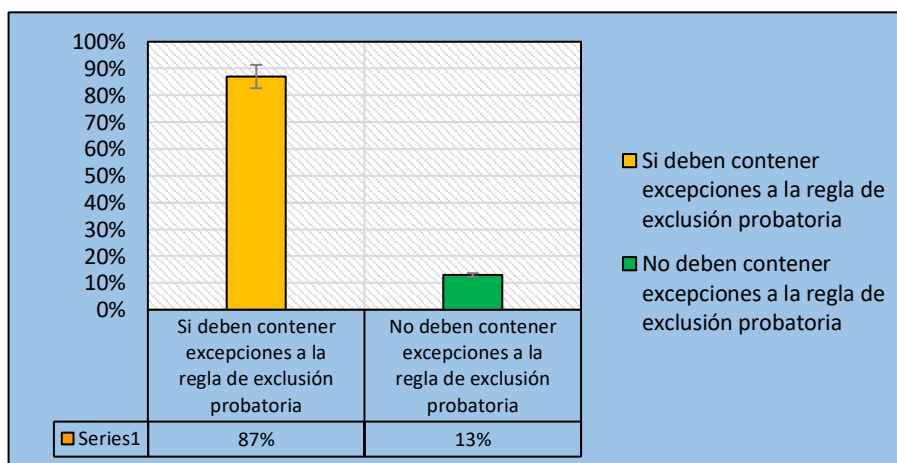
4.2.3. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación a los Planteamientos Teóricos referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla Nº 12: Planteamientos Teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.	96	87%
B) No deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.	14	13%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 9: Nivel de Planteamientos Teóricos que Considera la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **87%** de la Comunidad Jurídica opina que el artículo VIII.2 del T.P. y 159 del código procesal penal Si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria para poder admitir y utilizar una prueba ilícita, solo para delitos contra la administración pública, mientras que un **13%** opina que No están de acuerdo.

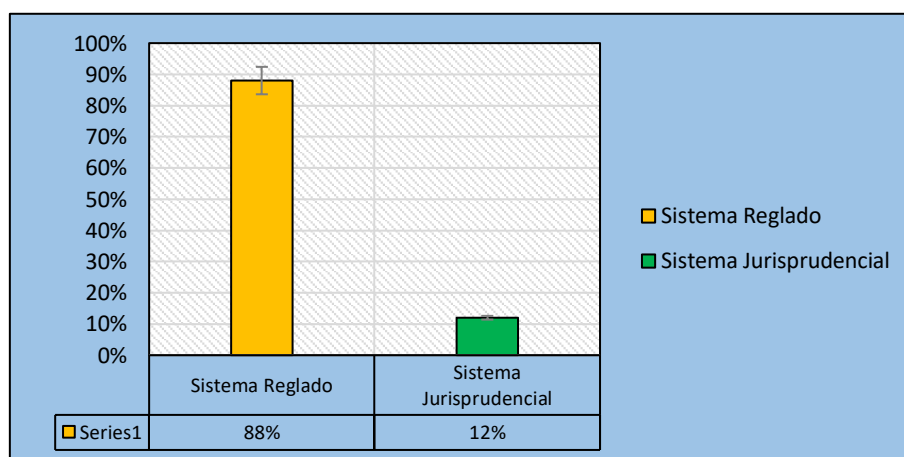
4.2.4. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación a los Planteamientos Teóricos referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 13: Planteamientos Teóricos que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Sistema Reglado	97	88%
B) Sistema Jurisprudencial	13	12%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 10: Nivel de Planteamientos Teóricos que Consideran la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **88%** de la Comunidad Jurídica Consideran al Sistema Reglado como forma de regulación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, mientras que un **12%** Consideran al Sistema Jurisprudencial como respuesta.

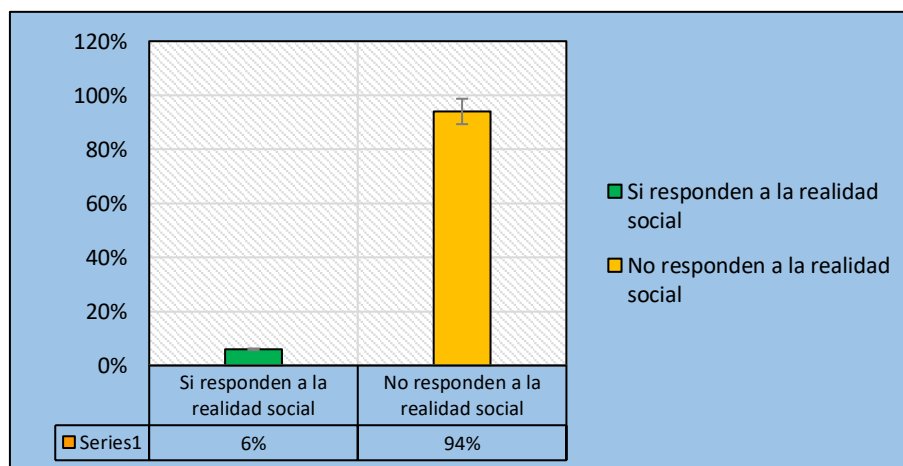
4.2.5. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación a las Normas Nacionales referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 14: Normas Nacionales que **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la administración pública.	7	6%
B) No responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la administración pública.	103	94%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 11: Nivel de Normas Nacionales que Considera la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **6%** de la Comunidad Jurídica opinan que el artículo VIII.2 del T.P. y el art. 159 del código procesal penal Si responde a la realidad social para delitos contra la administración pública, mientras que un **94%** opina que No responde a la realidad social.

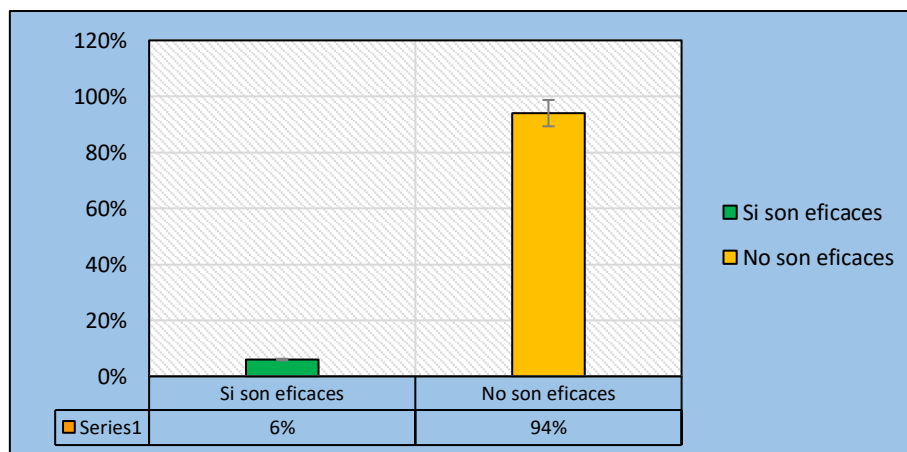
4.2.6. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación a las Normas Nacionales referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 15: Normas Nacionales que se **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS CONTESTADAS	%
A) Si son eficaces	7	6%
B) No son eficaces	103	94%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 12: Nivel de Normas Nacionales que Considera la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **6%** de la Comunidad Jurídica Consideran que el artículo VIII.2 del T.P. y el art. 159 del código procesal penal Si son eficaces para delitos contra la administración pública, mientras que un **94%** Considera que No son eficaces.

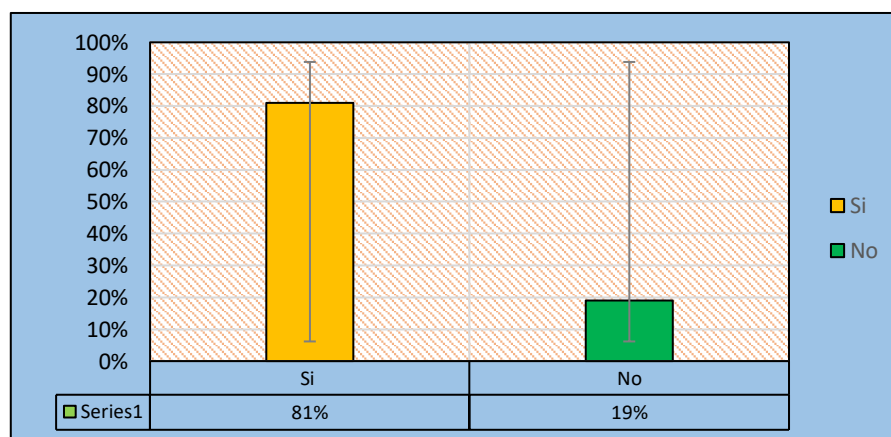
4.2.7. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación al Derecho Comparado referente a la utilización de excepciones a la regla de exclusión probatoria para calcular la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla Nº 16: Derecho Comparado que se **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

DERECHO COMPARADO	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si	89	81%
B) No	21	19%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 13: Nivel del Derecho Comparado que Consideran la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **81%** de la Comunidad Jurídica Consideran que, en el derecho comparado, tales como Estados Unidos de Norteamérica y España, Si se viene evidenciando una posición mayoritaria por parte de los jueces en admitir una prueba ilícita en el proceso penal, mientras que un **19%** Consideran que No.

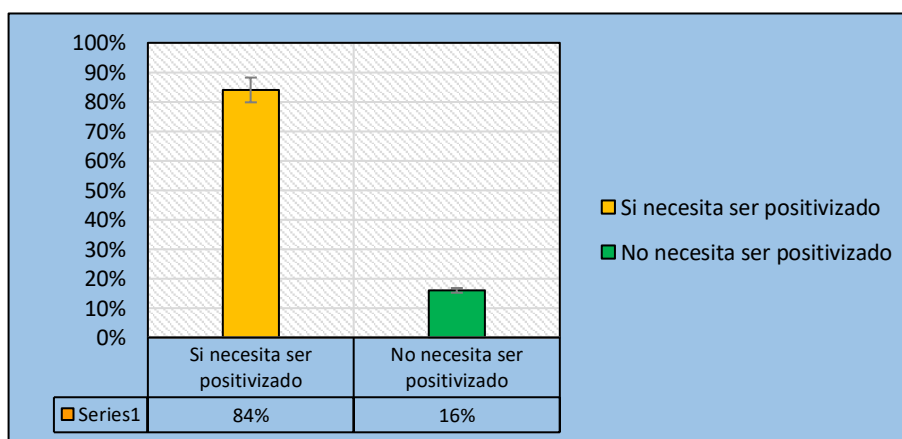
4.2.8. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación al Derecho Comparado referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 17: Derecho Comparado que se **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

DERECHO COMPARADO	RPTAS CONTESTADAS	%
A) Si necesita ser positivizado	92	84%
B) No necesita ser positivizado	18	16%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 14: Nivel del Derecho Comparado que Considera la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **84%** de la Comunidad Jurídica Considera que las excepciones a la regla de exclusión probatoria que se viene desarrollando en el derecho comparado como Estado Unidos de Norteamérica y España, Si necesitan ser positivizadas para no vulnerar el principio de reserva de ley, mientras que un **16%** Consideran que No necesita ser positivizado.

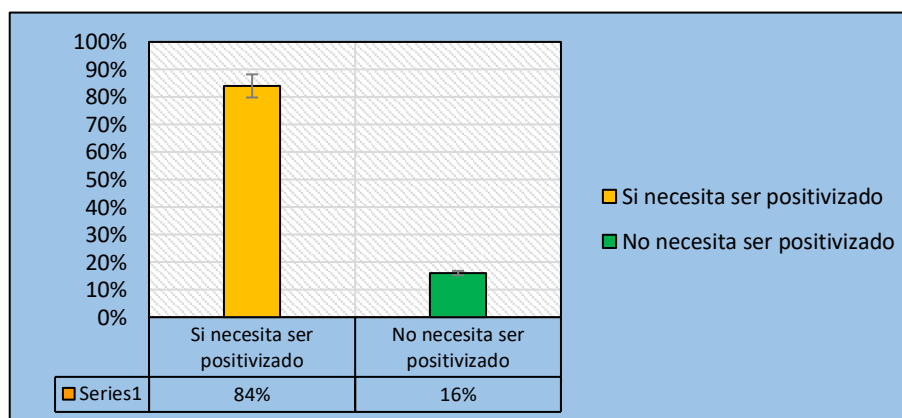
4.2.9. Resultados de la Comunidad Jurídica en relación al Derecho Comparado referente a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

Tabla N° 18: Derecho Comparado que se **Consideran** en relación a La Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal Para Delitos contra la Administración Pública.

DERECHO COMPARADO	RPTAS. CONTESTADAS	%
C) Si necesita ser positivizada	92	84%
D) No necesita ser positivizada	18	16%
Total	110	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Figura 15: Nivel del Derecho Comparado que Considera la Comunidad Jurídica.



Fuente: Investigación Propia

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el **84%** de la Comunidad Jurídica Consideran que, Si están de acuerdo con respecto a pregunta planteada de Derecho Comparado, mientras que un **16%** Consideran que No están de acuerdo.

CAPÍTULO V: DISCUSIÓN

V. DISCUSIÓN

5.1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ENCONTRADA EN LOS OPERADORES DEL DERECHO Y COMUNIDAD JURIDICA RESPECTO A LA NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

5.1.1. Análisis de los Operadores del Derecho en relación a los Planteamientos Teóricos respecto de la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Teóricamente se proyecta que, entre planteamientos teóricos que deben conocer los Operadores del Derecho son los siguientes:

A) Argumentos a Favor:

- **La verdad material como fin del proceso penal:** Para los partidarios de esta postura, la prueba obtenida ilícitamente debe admitirse en el proceso y puede ser objeto de apreciación por el juez en aras al descubrimiento de la verdad. El fin enarbólese la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez que la fuente de prueba es incorporada al proceso resulta intrascendente su forma de adquisición. Lo verdaderamente importante es su disponibilidad por el magistrado para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos.
- **La exclusión entorpece la acción de justicia:** Esta teoría aduce que, la regla de exclusión probatoria, no hace sino entorpecer la acción de la justicia, dificultando la investigación y represión del crimen, al declarar inadmisibles pruebas- categóricas y concluyentes- de la comisión de un delito. Por ende, lo que corresponde es admitir la prueba, preconizándose la sanción (penal, civil o administrativa) del responsable del hecho ilícito.
- **El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado:** Por aplicación de esta idea, se ha sostenido que si, por ejemplo, un domicilio es allanado ilegalmente, o si las grabaciones

contenidas en una cinta magnetofónica o de video se han logrado a través de interceptación ilícita de comunicaciones telefónicas o mediante la violación a la intimidad del inculpado, ante tales circunstancias debe investigarse la conducta de los responsables del allanamiento ilegítimo o de las interceptaciones espurias, pero los abusos de unos no vuelven lícitos los delitos de los otros ni dejan de lado una realidad tangible, como la existencia de material demostrativo de la responsabilidad criminal del imputado.

- **El alto costo social de la exclusión:** Se menciona que la sociedad, amén de quedar aventurada a la merced de peligrosos asesinos y delincuentes, paga un altísimo costo por el drástico remedio. Que, mediante su empleo, se privaría de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, ya que no sólo el delincuente no recibiría castigo, sino que además, la pena perdería la finalidad preventiva.

B) Argumentos en Contra:

- **El fundamento ético:** La especulación que gira en torno de este argumento parte de una premisa: que el Estado, y por ende, a la Administración de Justicia, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos. En otras palabras, que en el proceso penal subyace un imperativo moral que restringe la actuación del órgano jurisdiccional a la hora de investigar y reprimir el delito. Esta idea es susceptible de ser explicada de dos maneras según el cristal por donde se observe. Desde un primer punto de vista, el aprovechamiento por el Estado de un medio de prueba ilegal comporta una actitud inmoral: la Justicia no puede aprovecharse de ningún contrario a la ley sin incurrir en contradicción fundamental. Desde otro enfoque -que se incorpora a la misma línea argumental- la no aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal implica un adecuado comportamiento ético de parte del estado.
- **El inevitable precio del sistema:** Esta teoría sostiene que, aun cuando el descarte del medio de prueba oriundo de la ilegalidad conduzca a la impunidad de algún delito, éste sería el precio que, fatalmente, se debe pagar para tutelar intereses más valiosos que el castigo del ilícito.

- **El derecho a la prueba no es absoluto:** El derecho a la prueba no se encuentra definido en términos absolutos, sino que más bien ha de reconocerse la existencia de límites con respecto a él. Son ejemplos de estas restricciones los impedimentos para deponer a las personas que, en razón de su función, ministerio, oficio o profesión, deben guardar secreto; o la negativa a declarar consentida a los parientes y afines del acusado, etcétera. Por ello, la investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto; antes bien, el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos del Estado.
- **El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares:** Este razonamiento se ha denominado en doctrina “efecto persuasivo o correctivo” y consiste en excluir de un proceso la prueba ilegalmente conseguida, de manera tal que con ello se ejerce un notable efecto disuasivo respecto de futuros procedimientos irregulares.
- **La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada:** Esta teoría argumenta que, la admisión o inadmisión de la prueba obtenida por medios ilegítimos, supone un conflicto de supremacía o subordinación entre valores: la impostergable necesidad de preservar los derechos y garantías fundamentales del imputado y el imperioso interés social en la investigación y represión de los delitos. Y que el concurso de disputas axiológicas se tiene que resolver privilegiando el axioma de mayor valor, sacrificándose con la selección al postulado de inferior graduación.

C) Teoría extensiva: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida, prueba irregular, prueba ilícita, se refieren a lo mismo, es decir aquella prueba que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales como derechos de inferior jerarquía.

D) Teoría restringida: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida y prueba irregular son distintos, prueba prohibida solo es aquella que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales, mientras que prueba irregular es aquella que ha utilizada vulnerando normas procesales, es decir de inferior jerarquía.

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según la **FIGURA N° 01 y FIGURA N° 02** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** los Planteamientos Teóricos en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **88%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dichos Planteamientos Teóricos en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **12%**, con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** los planteamientos teóricos en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **88%**, con un total de 248 respuestas no contestadas, que lo interpretamos como: **Discrepancias Teóricas.**

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 19: Los Planteamientos Teóricos que **no son considerados** por parte de los Operadores del Derecho referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	42	68%
B) Argumentos en Contra.	27	44%
C) Teoría Extensiva.	57	92%
D) Teoría Restringida.	60	97%
E) No estoy de acuerdo.	62	100%
Total	248	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

B.- El promedio de los porcentajes que **Considera** los planteamientos teóricos en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración

Pública es de es de **12%**, con un total de 62 respuestas contestadas, que lo interpretamos como: **Logros**.

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 20: Los Planteamientos Teóricos que **son considerados** por parte de los Operadores del Derecho referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	20	32%
B) Argumentos en Contra.	35	56%
C) Teoría Extensiva.	5	8%
D) Teoría Restringida.	2	3%
E) Si estoy de acuerdo.	0	0%
Total	62	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

5.1.1.1. **Apreciaciones resultantes del análisis de los Operadores del Derecho respecto de los planteamientos teóricos.**

A. Discrepancias Teóricas en los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos.

88% de Discrepancias Teóricas en los Operadores del Derecho respecto a los planteamientos teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 100% No la admiten, 97% de Teoría Restringida; el 92% de Teoría Extensiva; el 68% de Argumentos a favor y 44% de Argumentos en contra.

B. Logros en los Operadores del Derecho, respecto a los Planteamientos Teóricos.

12% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 0% Si la admiten, 3% de Teoría Restringida; el 8% de Teoría Extensiva; el 32% de argumentos a favor, y el 56% de argumentos en contra.

5.1.2. Análisis de la Comunidad Jurídica en relación a los Planteamientos Teóricos respecto de la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Teóricamente se proyecta que, entre planteamientos teóricos que deben conocer La Comunidad Jurídica son los siguientes:

A) Argumentos a Favor:

- **La verdad material como fin del proceso penal:** Para los partidarios de esta postura, la prueba obtenida ilícitamente debe admitirse en el proceso y puede ser objeto de apreciación por el juez en aras al descubrimiento de la verdad. El fin enarbólese la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez que la fuente de prueba es incorporada al proceso resulta intrascendente su forma de adquisición. Lo verdaderamente importante es su disponibilidad por el magistrado para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos.
- **La exclusión entorpece la acción de justicia:** Esta teoría aduce que, la regla de exclusión probatoria, no hace sino entorpecer la acción de la justicia, dificultando la investigación y represión del crimen, al declarar inadmisibles pruebas- categóricas y concluyentes- de la comisión de un delito. Por ende, lo que corresponde es admitir la prueba, preconizándose la sanción (penal, civil o administrativa) del responsable del hecho ilícito.
- **El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado:** Por aplicación de esta idea, se ha sostenido que si, por ejemplo, un domicilio es allanado ilegalmente, o si las grabaciones contenidas en una cinta magnetofónica o de video se han logrado a través de interceptación ilícita de comunicaciones telefónicas o mediante la violación a la intimidad del inculpado, ante tales circunstancias debe

investigarse la conducta de los responsables del allanamiento ilegítimo o de las interceptaciones espurias, pero los abusos de unos no vuelven lícitos los delitos de los otros ni dejan de lado una realidad tangible, como la existencia de material demostrativo de la responsabilidad criminal del imputado.

- **El alto costo social de la exclusión:** Se menciona que la sociedad, amén de quedar aventurada a la merced de peligrosos asesinos y delincuentes, paga un altísimo costo por el drástico remedio. Que mediante su empleo, se privaría de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, ya que no sólo el delincuente no recibirá castigo, sino que además, la pena perdería la finalidad preventiva.

B) Argumentos en Contra:

- **El fundamento ético:** La especulación que gira en torno de este argumento parte de una premisa: que el Estado, y por ende, a la Administración de Justicia, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos. En otras palabras, que en el proceso penal subyace un imperativo moral que restringe la actuación del órgano jurisdiccional a la hora de investigar y reprimir el delito. Esta idea es susceptible de ser explicada de dos maneras según el cristal por donde se observe. Desde un primer punto de vista, el aprovechamiento por el Estado de un medio de prueba ilegal comporta una actitud inmoral: la Justicia no puede aprovecharse de ningún contrario a la ley sin incurrir en contradicción fundamental. Desde otro enfoque -que se incorpora a la misma línea argumental- la no aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal implica un adecuado comportamiento ético de parte del estado.
- **El inevitable precio del sistema:** Esta teoría sostiene que, aun cuando el descarte del medio de prueba oriundo de la ilegalidad conduzca a la impunidad de algún delito, éste sería el precio que, fatalmente, se debe pagar para tutelar intereses más valiosos que el castigo del ilícito.
- **El derecho a la prueba no es absoluto:** El derecho a la prueba no se encuentra definido en términos absolutos, sino que más bien ha de

reconocerse la existencia de límites con respecto a él. Son ejemplos de estas restricciones los impedimentos para deponer a las personas que, en razón de su función, ministerio, oficio o profesión, deben guardar secreto; o la negativa a declarar consentida a los parientes y afines del acusado, etcétera. Por ello, la investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto; antes bien, el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos del Estado.

- **El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares:** Este razonamiento se ha denominado en doctrina “efecto persuasivo o correctivo” y consiste en excluir de un proceso la prueba ilegalmente conseguida, de manera tal que con ello se ejerce un notable efecto disuasivo respecto de futuros procedimientos irregulares.
- **La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada:** Esta teoría argumenta que, la admisión o inadmisión de la prueba obtenida por medios ilegítimos, supone un conflicto de supremacía o subordinación entre valores: la impostergable necesidad de preservar los derechos y garantías fundamentales del imputado y el imperioso interés social en la investigación y represión de los delitos. Y que el concurso de disputas axiológicas se tiene que resolver privilegiando el axioma de mayor valor, sacrificándose con la selección al postulado de inferior graduación.

C) Teoría extensiva: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida, prueba irregular, prueba ilícita, se refieren a lo mismo, es decir aquella prueba que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales como derechos de inferior jerarquía.

D) Teoría restringida: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida y prueba irregular son distintos, prueba prohibida solo es aquella que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales, mientras que prueba irregular es aquella que ha utilizada vulnerando normas procesales, es decir de inferior jerarquía.

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según la **FIGURA N° 07 y FIGURA N° 08** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** los Planteamientos Teóricos en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **49%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dichos Planteamientos Teóricos en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **51%**, con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

- A.** El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** los planteamientos teóricos en opinión de La Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **49%**, con un total de 354 respuestas no contestadas, que lo interpretamos como: **Discrepancias Teóricas.**

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 21: Los Planteamientos Teóricos que **no son considerados** por parte de los La Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	20	18%
B) Argumentos en Contra.	102	93%
C) Teoría Extensiva.	103	94%
D) Teoría Restringida.	105	95%
E) No estoy de acuerdo.	24	22%
Total	354	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

- B.** El promedio de los porcentajes que **Considera** los planteamientos teóricos en opinión de los La Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la

Administración Pública es de **51%**, con un total de 196 respuestas contestadas; que lo interpretamos como: **Logros**.

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 22: Los Planteamientos Teóricos que son considerados por parte de los La Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Argumentos a Favor.	90	82%
B) Argumentos en Contra.	8	7%
C) Teoría Extensiva.	7	6%
D) Teoría Restringida.	5	5%
E) Si estoy de acuerdo.	86	78%
Total	196	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

5.1.2.1. **Apreciaciones resultantes del análisis de La Comunidad Jurídica respecto de los planteamientos teóricos.**

A. Discrepancias Teóricas en los La Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos.

49% de Discrepancias Teóricas en La Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de los La Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 95% de Teoría Restringida, 94% de Teoría Extensiva; 93 % de argumentos en contra, 22% no están de acuerdo, y 18% de argumentos a favor.

B. Logros en los La Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos.

51% de Logros de los La Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de los La Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 5% de Teoría Restringida, 6% de Teoría Extensiva; 7 % de argumentos en contra, 78% si están de acuerdo, y 82% de argumentos a favor.

5.1.3. Análisis de la Comunidad Jurídica en relación al Derecho Comparado respecto de la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Jurídicamente se plantea que, entre los planteamientos teóricos que deben conocer y aplicar bien los Operadores del Derecho (Jueces Penales), para resolver los casos de corrupción de funcionarios, son las teorías desarrolladas en la jurisprudencia del derecho comparado, que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, las sentencias que deben tener en cuenta son las siguientes:

- a) Derecho Comparado de Estados Unidos de Norteamérica:** Schmerber vs California 1966, Hoffa vs US 1966, Nix vs US 1974, US vs Salvucci 1980.
- b) Derecho Comparado de España:** STC 136/2006, STC 1093/2003.

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según la **FIGURA N° 15** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** al Derecho Comparado en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **16%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dicho Derecho Comparado en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **84%**, con una prelación individual para cada Derecho Comparado como a continuación veremos:

- A.** El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** al Derecho Comparado en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **16%**, con un total de 18 respuestas no contestadas; y lo interpretamos como: **Discrepancias Teóricas.**

La prelación individual para cada Derecho Comparado como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 23: El Derecho Comparado que **no son considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

DERECHO COMPARADO	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) Si necesita ser positivizado	0	0%
B) No necesita ser positivizado	18	16%
Total	18	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

- B.** El promedio de los porcentajes que **Considera** al Derecho Comparado en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **84%**, con un total de 92 respuestas contestadas; y lo interpretamos como: **Logros.**

La prelación individual para cada Derecho Comparado respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 24: El Derecho Comparado que **son considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

DERECHO COMPARADO	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) Si necesita ser positivizado	92	84%
B) No necesita ser positivizado	0	0%
Total	92	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

5.1.3.1. Apreciaciones resultantes del análisis de la Comunidad Jurídica respecto del Derecho Comparado.

- A.** Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

16% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: 0% si necesita ser positivizado; y 16% no necesita ser positivizado.

- B.** Logros en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

84% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: el 0% no necesita ser positivizado; y el 84% si necesita ser positivizado.

5.1.4. Apreciaciones resultantes del análisis de la Comunidad Jurídica respecto de los Planteamientos Teóricos integrado con el Derecho Comparado.

Discrepancias Teóricas por parte de la Comunidad Jurídica respecto de los Planteamientos Teóricos integrado con el Derecho Comparado.

- A.** Discrepancias Teóricas de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos.

49% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 95% de Teoría Restringida, 94% de Teoría Extensiva; 93 % de argumentos en contra, 22% no están de acuerdo, y 18% de argumentos a favor.

- B.** Discrepancias Teóricas de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

16% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: 0% Si necesita ser positivizado; y 16% no necesita ser positivizado.

33% integrando porcentajes de Discrepancias Teóricas de la Comunidad Jurídica entre los Planteamientos Teóricos y el Derecho Comparado en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Logros de la Comunidad Jurídica respecto de los Planteamientos Teóricos integrado con el Derecho Comparado.

- A.** Logros de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos.

51% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 5% de Teoría Restringida, 6% de Teoría Extensiva; 7 % de argumentos en contra, 78% si están de acuerdo, y 82% de argumentos a favor.

- B.** Logros de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

84% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: 84% si necesita ser positivizado y 0% no necesita ser positivizado.

67% es el porcentaje integrando de Logros de la Comunidad Jurídica, entre los Planteamientos Teóricos y el Derecho Comparado en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

5.2. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ENCONTRADA EN LOS OPERADORES Y EN LA COMUNIDAD JURÍDICA RESPECTO A LA NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Teóricamente se proyecta que, entre planteamientos teóricos que deben conocer los Operadores del Derecho son los siguientes:

- a) **Artículo VIII. 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal:** Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).
- b) **Artículo 159° del Código Procesal Penal:** El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según la **FIGURA N° 03 y FIGURA N° 04** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** los Planteamientos Teóricos en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **52%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dichos Planteamientos Teóricos en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **48%**, con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

- A. El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** los planteamientos teóricos en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **52%**, con un total de 64 respuestas no contestadas, que lo interpretamos como: **Empirismos Normativos.**

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 25: Los planteamientos teóricos que **no son considerados** por parte de los Operadores del Derecho referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) Si estoy de acuerdo	0	0%
B) No estoy de acuerdo	20	32%
C) Si son eficaces	0	0%
D) No son eficaces	44	71%
Total	64	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

- B.** El promedio de los porcentajes que **Considera** los planteamientos teóricos en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **48%**, con un total de 60 respuestas contestadas; que lo interpretamos como: **Logros**.

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 26: Los planteamientos teóricos que **son considerados** por parte de los Operadores del Derecho referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si estoy de acuerdo	42	68%
B) No estoy de acuerdo	0	0%
C) Si son eficaces	18	29%
D) No son eficaces	0	0%
Total	60	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

5.2.1. Apreciaciones resultantes del análisis de los Operadores del Derecho respecto de los planteamientos teóricos.

- A. Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos.

52% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a los planteamientos teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 71% no son eficaces; el 32% no están de acuerdo.

- B. Logros en los Operadores del Derecho, respecto a los Planteamientos Teóricos.

48% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: el 29% si son eficaces, y el 68% si están de acuerdo.

5.2.2. Análisis de los Operadores del Derecho en relación a las Normas Nacionales respecto de la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Las normas nacionales que se debe considerar en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública, en los Operadores de Derecho, son los siguientes:

A) Artículo VIII. 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal:

Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

- B) Artículo 159 del Código Procesal Penal:** El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según la **FIGURA N° 05 y FIGURA N° 06** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** las Normas Nacionales en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **51%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dichas Normas Nacionales en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **49%**, con una prelación individual para cada Norma Nacional como a continuación veremos:

- A.** El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** las normas nacionales en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **51%**, con un total de 63 respuestas no contestadas, que interpretamos como negativo: **Empirismos Normativos**.

La prelación individual para cada Normas Nacionales como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 27: Las Normas Nacionales que **No son Considerados** por parte de los Operadores del Derecho referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) No deben contener excepciones	11	18%
B) No responden a la realidad social	52	84%
Total	63	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

- B.** El promedio de los porcentajes que **Considera** las normas nacionales en opinión de los Operadores del Derecho en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **49%**, con un total de 61 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo: **Logros**.

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 28: Las Normas Nacionales que **son Considerados** por parte de los Operadores del Derecho referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS CONTESTADAS	%
A) Si deben contener excepciones	51	82%
C) Si responden a la realidad social	10	16%
Total	66	
Informantes	62	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

5.2.2.1. **Apreciaciones resultantes del análisis de los Operadores del Derecho respecto de las normas nacionales.**

- A. Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales.

51% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: el 84% no responden a la realidad social para los Delitos contra la Administración Pública; y 18% no deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.

- B. Logros en los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales.

49% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales, es de: el 16% si responden a la realidad social y el 82% si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.

5.2.2.2. Apreciaciones resultantes del análisis de los Operadores del Derecho respecto de los Planteamientos Teóricos integrando Normas Nacionales.

Empirismos Normativos por parte de los Operadores del Derecho respecto de los Planteamientos Teóricos integrando Normas Nacionales.

- A. Empirismos Normativos de Los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos.

52% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a los planteamientos teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 71% no son eficaces; el 32% no están de acuerdo.

- B. Empirismos Normativos de Los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales.

51% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: el 84% no responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la Administración Pública; 18% no deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.

52% es el porcentaje integrando de Empirismos Normativos de los Operadores del Derecho entre los Planteamientos Teóricos y las Normas Nacionales en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para los Delitos contra la Administración Pública.

Logros de los Operadores del Derecho respecto de los Planteamientos Teóricos integrando Normas Nacionales.

- A. Logros de Los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos.

48% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: el 29% si son eficaces, y el 68% si están de acuerdo.

B. Logros de Los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales.

49% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales, es de: el 16 % si responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la Administración Pública y el 82% si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria.

48% es el porcentaje integrando de Logros de los Operadores del Derecho entre los Planteamientos Teóricos y las Normas Nacionales en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para los Delitos contra la Administración Pública.

5.2.3. Análisis de la Comunidad Jurídica en relación a los Planteamientos Teóricos respecto de la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Teóricamente se proyecta que, entre planteamientos teóricos que deben conocer la Comunidad Jurídica son los siguientes:

a) Artículo VIII. 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal:

Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

b) Artículo 159 del Código Procesal Penal: El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con

vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

c) Excepciones a la regla de exclusión probatoria: Son teorías que bajo diversas situaciones admiten la validez de una prueba ilícita en el proceso penal, entre ellos tenemos los siguientes: Teoría de la buena fe, Teoría de la ponderación de derechos, Teoría del riesgo, Teoría del descubrimiento inevitable, Teoría del nexo causal atenuado, Teoría de la fuente independiente, Teoría de la destrucción de la mentira del imputado, Teoría de los capos abiertos, Teoría de la infracción constitucional ajena, Teoría de la renuncia del imputado y Teoría de la infracción constitucional beneficiosa para el imputado.

d) Sistema Reglado: Este sistema propone que las excepciones a la regla de exclusión probatoria deben necesariamente positivizarse para evitar que se vulnere el principio de reserva de ley, y que tal injerencia a los derechos fundamentales no quede sujeto al libre albedrío de los jueces penales.

e) Sistema Jurisprudencial: Este sistema propone que, las excepciones a la regla de exclusión probatoria, no debe estar positivizada, solo se debe desarrollar a nivel jurisprudencial, lo que le va a permitir al juez analizar en qué casos utilizar y no utilizar dichas excepciones.

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según la **FIGURA N° 9 y FIGURA N° 10** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** los Planteamientos Teóricos en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **13%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dichos Planteamientos Teóricos en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **87%**, con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** los planteamientos teóricos en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra

la Administración Pública es de **13%**, con un total de 27 respuestas no contestadas; y lo interpretamos como: **Empirismos Normativos**.

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 29: Los Planteamientos Teóricos que **No son Considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) No deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria	14	13%
B) Sistema Jurisprudencial	13	12%
Total	27	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

- B.** El promedio de los porcentajes que **Considera** los planteamientos teóricos en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **87%**, con un total de 193 respuestas contestadas; y lo interpretamos como: **Logros**.

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 30: Los planteamientos teóricos que **son considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

PLANTEAMIENTO TEÓRICOS	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria	96	87%
B) Sistema Reglado	97	88%
Total	193	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

5.2.3.1. Apreciaciones resultantes del análisis de la Comunidad Jurídica respecto de los planteamientos teóricos.

- A.** Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos.

13% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 13% no deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria; y el 12% el sistema jurisprudencial.

- B.** Logros en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos.

87% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de: el 87% si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria; y de 88% el sistema reglado.

5.2.4. Análisis de la Comunidad Jurídica en relación a las Normas Nacionales respecto de la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Las normas nacionales que se debe considerar en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública, en la Comunidad Jurídica, son los siguientes:

- A) Artículo VIII. 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal:** Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

B) Artículo 159 del Código Procesal Penal: El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. (C.P.P., 2004).

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según la **FIGURA N°11 y FIGURA N° 12** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** las Normas Nacionales en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **94%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dichas Normas Nacionales en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **6%**, con una prelación individual para cada Norma Nacional como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** las normas nacionales en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **94%**, con un total de 206 respuestas no contestadas; y lo interpretamos como: **Empirismos Normativos**.

La prelación individual para cada Normas Nacionales como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 31: Las normas nacionales que **no son considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) No responden a la realidad social	103	94%
B) No son eficaces	103	94%
Total	206	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

- B.** El promedio de los porcentajes que **Considera** las normas nacionales en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **6%**, con un total de 14 respuestas contestadas; y lo interpretamos como: **Logros.**

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 32: Las normas nacionales que **son considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

NORMAS NACIONALES	RPTAS. CONTESTADAS	%
A) Si responden a la realidad social	7	6%
B) Si son eficaces	7	6%
Total	14	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

Apreciaciones resultantes del análisis de la Comunidad Jurídica del Derecho respecto de las normas nacionales.

- A.** Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales.

94% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales, es de: el 94% no responden a la realidad social; y el 94% no son eficaces.

- B.** Logros en la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales.

6% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales, es de: 6% si responden a la realidad social; y 6% si son eficaces.

5.2.5. Análisis de la Comunidad Jurídica en relación al Derecho Comparado respecto de la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Jurídicamente se plantea que, entre los planteamientos teóricos que deben conocer la Comunidad Jurídica, para proponer una solución a fin de resolver los casos delitos contra la administración pública, son las teorías desarrolladas en la jurisprudencia del derecho comparado, que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, las sentencias que deben tener en cuenta son las siguientes:

A) Derecho Comparado de Estados Unidos de Norteamérica:

Schmerber vs California 1966, Hoffa vs US 1996, Nix vs US 1984, US vs Salvucci 1980, Coolidge vs Hampshire (1971).

B) Derecho Comparado de España: STC 136/2006.

En la realidad, de acuerdo a los datos obtenidos de los informantes se puede establecer, según **la FIGURA N° 13 y FIGURA N° 14** que: el promedio de los porcentajes que **No Consideran** al Derecho Comparado en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **17%**, en tanto que el promedio de los porcentajes que **Consideran** dicho Derecho Comparado en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **83%**, con una prelación individual para cada Derecho Comparado como a continuación veremos:

- A.** El promedio de los porcentajes teóricos que **No Consideran** al Derecho Comparado en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **17%**, con un total de 39 respuestas no contestadas, que interpretamos como negativo; y lo interpretamos como: **Empirismos Normativos.**

La prelación individual para cada Derecho Comparado como en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 33: El Derecho Comparado que **no son considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

DERECHO COMPARADO	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) No se evidencia	21	19%
B) No necesita ser positivizado	18	16%
Total	39	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho Penal.

- B.** El promedio de los porcentajes que **Considera** al Derecho Comparado en opinión de la Comunidad Jurídica en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública es de **83%**, con un total de 181 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros.**

La prelación individual para cada Derecho Comparado respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla N° 34: El Derecho Comparado que **son considerados** por parte de la Comunidad Jurídica referentes a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

DERECHO COMPARADO	RPTAS. NO CONTESTADAS	%
A) Si se evidencia	89	81%
B) Si necesita ser positivizado	92	84%
Total	181	
Informantes	110	

Fuente: cuestionario aplicado a Jueces y Fiscales del Departamento de Lambayeque.

5.2.5.1. Apreciaciones resultantes del análisis de la Comunidad Jurídica respecto del Derecho Comparado.

- A.** Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

17% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: 19% no se evidencia; y 16% no necesita ser positivizado.

- B.** Logros en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

83% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: el 81% si se evidencia; y el 84% si necesita ser positivizado.

5.2.6. Apreciaciones resultantes del análisis de la Comunidad Jurídica respecto de los Planteamientos Teóricos integrando Normas Nacionales y Derecho Comparado.

Empirismos Normativos por arte de la Comunidad Jurídica respecto de los Planteamientos Teóricos integrando Normas Nacionales y Derecho Comparado.

- A.** Empirismos Normativos de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos.

13% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de: 13% no deben contener excepciones; y de 12% el sistema jurisprudencial.

- B.** Empirismos Normativos de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales.

94% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales, es de: el 94% no responde a la realidad social; y el 94% no son eficaces.

- C.** Empirismos Normativos de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

17% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: 19% no es evidente; y 16% no necesita ser positivizado.

41% es el porcentaje integrando de Empirismos Normativos de la Comunidad Jurídica entre los Planteamientos Teóricos, las Normas Nacionales y el Derecho Comparado en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

Logros de la Comunidad Jurídica respecto de los Planteamientos Teóricos integrando Normas Nacionales y Derecho Comparado.

- A.** Logros de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos.

87% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de: el 87% si deben contener excepciones a la regla de exclusión; y de 88 % el sistema reglado.

- B.** Logros de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales.

6% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales, es de: 6% si responden a la realidad social; y 6% si son eficaces.

- C. Empirismos Normativos de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.

83% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de: el 81% si es evidencia; y el 84% si necesita ser positivizado.

59% es el porcentaje integrando de Logros de la Comunidad Jurídica entre los Planteamientos Teóricos, las Normas Nacionales y el Derecho Comparado en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

VI. CONCLUSIONES

6. CONCLUSIONES RESPECTO DE LA DE LA NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

6.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS.

6.1.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANÁLISIS, RESPECTO A LAS PARTES O VARIABLES DEL PROBLEMA.

6.1.1.1. Resumen de Discrepancias Teóricas.

A. Discrepancias Teóricas de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.

- El promedio de promedios integrados de Discrepancias Teóricas respecto a los planteamientos teóricos por los Operadores del Derecho es de **12%**, en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

La prelación individual de porcentajes de **Discrepancias Teóricas** respectos de los **Operadores del Derecho**, respecto a los **Planteamientos Teóricos**, es de:

- 100% no la admiten,
- 97% Teoría Restringida,
- 92% Teorías Extensiva;
- 68% argumentos a favor;
- 44% de argumentos en contra.

B. Discrepancias Teóricas de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos y el Derecho Comparado.

- El promedio de promedios integrados de Discrepancias Teóricas respecto a los planteamientos teóricos y el derecho comparado por la Comunidad Jurídica es de **33%**, en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

➤ **49% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 95% Teoría Restrictiva;
- 94 % Teoría Extensiva;
- 93% Argumentos en contra;
- 22% no están de acuerdo;
- 18% Argumentos a favor.

➤ **16% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 0% Si es necesario;
- 16% no es necesario.

6.1.1.2. Resumen de Empirismos Normativos.

A. Empirismos Normativos de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos y Normas Nacionales.

- El promedio de promedios integrados de Empirismos Normativos respecto a los planteamientos teóricos y las normas nacionales por los Operadores del Derecho es de **52%**, en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

➤ **52% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a los planteamientos teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 71% no son eficaces;
- 32% no están de acuerdo;
- 0% si son eficaces,
- 0% si están de acuerdo.

➤ **51% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 76% no responden;
- 29% no estoy de acuerdo;
- 0% si responden a la realidad social;
- 0% si estoy de acuerdo.

B. Empirismos Normativos de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos, Normas Nacionales y Derecho Comparado.

- El promedio de promedios integrados de Empirismos Normativos respecto a los planteamientos teóricos, las normas nacionales y el derecho comparado por la Comunidad Jurídica es de **41%**, en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

➤ **13% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 13% los que no están de acuerdo;
- 12% el sistema jurisprudencial;
- 0% los que sí están de acuerdo;
- 0% el sistema reglado.

➤ **94% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales, es de:

- 94% no están de acuerdo;
- 94% no son eficaces;
- 0% si están de acuerdo;
- 0% si son eficaces.

➤ **17% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 19% no se evidencia;
- 16% no es necesario;
- 0% si se evidencia;
- 0% si es necesario.

6.1.2. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANÁLISIS, RESPECTO A LOS LOGROS COMO COMPLEMENTOS DE LAS PARTES O VARIABLES DEL PROBLEMA.

6.1.2.1. Resumen de Logros.

A. Logros de los Operadores del Derecho respecto las Discrepancias Teóricas en referencia a los Planteamientos Teóricos.

- El promedio de promedios integrados de Logros respecto a los planteamientos teóricos por los Operadores del Derecho es de **12%**, en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

➤ **12% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respectos de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 56% Argumentos en contra;
- 32 % Argumentos a favor;
- 8% Teoría Extensiva;
- 3% Teoría Restringida;
- 0% si están de acuerdo.

B. Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las Discrepancias Teóricas en referencia a los Planteamientos y el Derecho Comparado.

➤ **51% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respectos de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 82% Argumentos a favor;
- 78 % si están de acuerdo;
- 7% Argumentos en contra;
- 6% Teoría Extensiva;
- 5% Teoría Restringsida.

➤ **84% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respectos de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 84% si es necesario;
- 0%no es necesario.

C. Logros de los Operadores del Derecho respecto las Empirismo Normativo en referencia a los Planteamientos Teóricos y Normas Nacionales.

- El promedio de promedios integrados de Logros respecto a los planteamientos teóricos y normas nacionales por los Operadores del Derecho es de **49%**, en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

➤ **48% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respectos de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 0% no son eficaces;

- 0% no están de acuerdo;
- 18% si son eficaces,
- 42% si están de acuerdo.

➤ **49% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respectos de los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales, es de:

- 0% no responden,
- 0% no estoy de acuerdo;
- 24% si responden;
- 82% si estoy de acuerdo.

D. Logros de la Comunidad Jurídica respecto a Los Empirismos Normativos en referencia a los Planteamientos Teóricos, Normas Nacionales y Derecho Comparado.

- El promedio de promedios integrados de Logros respecto a los planteamientos teóricos, normas nacionales y derecho comparado por la Comunidad Jurídica es de **59%**, en relación a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública.

➤ **87% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respectos de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 0% los que no están de acuerdo;
- 0% el sistema jurisprudencial;
- 96% los que sí están de acuerdo;
- 97% el sistema reglado.

➤ **6% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las normas nacionales.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales, es de:

- 0% no están de acuerdo;
- 0% no son eficaces;
- 6% si están de acuerdo;
- 6% si son eficaces.

➤ **83% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 0% no es evidente;
- 0% no es necesario;
- 81% si es evidente;
- 84% si es necesario.

6.2. CONCLUSIONES PARCIALES.

6.2.1. CONCLUSIÓN PARCIAL N° 1

6.2.1.1. Contrastación de la sub hipótesis “a”

En el sub numeral 1.3.2. a), planteamos las sub-hipótesis “a”, mediante el siguiente enunciado:

- Se aprecian Discrepancias Teóricas por parte de los Operadores del Derecho en cuanto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública, debido a que no se toma en cuenta los planteamientos teóricos (Conceptos Básicos).

- **Fórmula:** -X1; A1;-B1
- **Arreglo :** -A; -B; -X

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.2.1), que directamente se relacionan con esta sub-hipótesis “a”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta sub-hipótesis “a” cruza, como:

a) Logros.

➤ **12% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Discrepancias Teóricas** en cuanto a los **Operadores del Derecho**, respecto a los **planteamientos teóricos**, es de:

- 56% Argumentos en contra;
- 32 % Argumentos a favor;
- 8% Teoría Extensiva;
- 3% Teoría Restringida;
- 0% si están de acuerdo.

b) Discrepancias Teóricas.

➤ **88% de Discrepancias Teóricas de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Discrepancias Teóricas** en cuanto a los **Operadores del Derecho**, respecto a los **Planteamientos Teóricos**, es de:

- 44% Argumentos en contra;
- 68 % Argumentos a favor;
- 92% Teoría Extensiva;
- 97% Teoría Restringida;
- 100% no están de acuerdo.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “a”.

La sub-hipótesis “a” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados en promedio arrojan un **88% de Discrepancias Teóricas** y, simultáneamente, la sub-hipótesis “a”, se disprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un **12% de Logros**.

6.2.1.2. Enunciado Conclusión Parcial 1

El resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “a”, nos da base o fundamento para formular la conclusión parcial 1, mediante el siguiente enunciado: La necesidad de regular la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal para Delitos contra la Administración Pública adolece de un 88% de Discrepancias Teóricas, debido a que los Operadores del Derecho no toman en cuenta o no consideran aquellos Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal mediante la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, consecuentemente el 12% si considera los planteamientos teóricos directamente relacionados a la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal.

6.2.2. CONCLUSIÓN PARCIAL N° 2.

6.2.2.1. Contrastación de la sub hipótesis “b”

En el sub numeral 1.3.2. b), planteamos las sub-hipótesis “b”, mediante el siguiente enunciado:

- Se aprecian Discrepancias Teóricas por parte de la Comunidad Jurídica en cuanto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública, debido a que no se toma en cuenta los planteamientos teóricos (Conceptos Básicos) ni el Derecho Comparado.

- **Fórmula:** -X1; A2;-B1;-B3
- **Arreglo:** -X; -A; -B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.2.1), que directamente se relacionan con esta sub-hipótesis “b”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta sub-hipótesis “b” cruza, como:

a) Logros.

➤ **51% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 82% Argumentos a favor;
- 78 % si están de acuerdo;
- 7% Argumentos en contra;
- 6% Teoría Extensiva;
- 5% Teoría Restringida.

➤ **84% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 84% si es necesario;
- 0%no es necesario.

b) Discrepancias Teóricas.

➤ **49% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 18% Argumentos a favor;
- 22 % no están de acuerdo;
- 93% Argumentos en contra;
- 94% Teoría Extensiva;
- 95% Teoría Restringida.

➤ **16% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 0% Si es necesario;
- 16% no es necesario.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “b”.

La sub-hipótesis “b” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados en promedio arrojan un **33% de Discrepancias Teóricas** y, simultáneamente, la sub-hipótesis “a”, se disprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un **67% de Logros**.

6.2.2.2. ENUNCIADO DE LA CONCLUSIÓN PARCIAL 2

El resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “b”, nos da base o fundamento para formular la conclusión parcial 2, mediante el siguiente enunciado: La necesidad de regular la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal para Delitos contra la Administración Pública adolece de un 33% de Discrepancias Teóricas por parte de la Comunidad Jurídica, debido a que no tienen en cuenta aquellos Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, mediante la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, así como tampoco tienen en cuenta la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado

(EE.UU y España) sobre la utilización de los Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba prohibida, consecuentemente el 67% si tienen en cuenta los Planteamientos Teóricos y la jurisprudencia del Derecho Comparado directamente relacionados con la admisión de una prueba prohibida en el proceso penal.

6.2.3. CONCLUSIÓN PARCIAL N° 3.

6.2.3.1. Contratación de la sub hipótesis “c”

En el sub numeral 1.3.2. c), planteamos las sub-hipótesis “c”, mediante el siguiente enunciado:

- Se aprecian Empirismos Normativos por parte de los Operadores del Derecho en cuanto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública, debido a que no se toma en cuenta los Planteamientos teóricos (estudios de expertos), para poder realizar una mejor y mayor implementación de las Normas de nuestra Legislación Nacional.

- **Fórmula:** -X2; A1;-B1;-B2
- **Arreglo:** A; -X; -B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.2.1), que directamente se relacionan con esta sub-hipótesis “c”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta sub-hipótesis “c” cruza, como:

a) Logros.

➤ 48% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 0% no son eficaces;
- 0% no están de acuerdo;
- 18% si son eficaces,
- 42% si están de acuerdo.

➤ **49% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales, es de:

- 0% no responden,
- 0% no estoy de acuerdo;
- 24% si responden;
- 82% si estoy de acuerdo.

b) Empirismos Normativos.

➤ **52% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a los planteamientos teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 71% no son eficaces;
- 32% no están de acuerdo;
- 0% si son eficaces,
- 0% si están de acuerdo.

➤ **51% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 76% no responden;
- 29% no estoy de acuerdo;
- 0% si responden;
- 0% si estoy de acuerdo.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “c”.

La sub-hipótesis “c” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados en promedio arrojan un **52% de Empirismos Normativos** y, simultáneamente, la sub-hipótesis “c”, se disprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un **48% de Logros**.

6.2.3.2. ENUNCIADO DE LA CONCLUSIÓN PARCIAL 3

El resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “c”, nos da base o fundamento para formular la conclusión parcial 3, mediante el siguiente enunciado: Existen Empirismos Normativos por parte de nuestros Operadores del Derecho en un 52%, en razón que no consideran aquellos Planteamientos Teóricos que proponen la admisión y utilización de una prueba ilícita en el proceso penal, por tal motivo es que se aprecia que las normas nacionales, específicamente el artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal no se encuentran actualizadas en su contenido y resultan ineficaces para sancionar los delitos contra la administración pública, consecuentemente un 48% si los consideran y opinan que estos Planteamientos Teóricos directamente relacionados con la admisión de una prueba ilícita sean incluidos en el artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal, ya que de no hacerlo así resultarían obsoletos para sancionar los delitos contra la administración pública, generando impunidad.

6.2.4. CONCLUSIÓN PARCIAL N° 4.

6.2.4.1. Contrastación de la sub hipótesis “d”

En el sub numeral 1.3.2. d), planteamos las sub-hipótesis “d”, mediante el siguiente enunciado:

- Se aprecian Empirismos Normativos por parte de la Comunidad Jurídica en cuanto a la Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública, debido a que no se toma en cuenta los Planteamientos teóricos (estudios de expertos), no se analiza las Normas Nacionales ni el Derecho Comparado.

- **Fórmula:** -X2; A2;-B1;-B2;-B3

- **Arreglo:** A; -B; -X

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.2.1), que directamente se relacionan con esta sub-hipótesis “d”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta sub-hipótesis “d” cruza, como:

a) Logros.

➤ 87% de Logros de los Operadores del Derecho respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 0% los que no están de acuerdo;
- 0% el sistema jurisprudencial;
- 96% los que sí están de acuerdo;
- 97% el sistema reglado.

➤ 6% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las normas nacionales.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de los Operadores del Derecho, respecto a las normas nacionales, es de:

- 0% no están de acuerdo.

- 0% no son eficaces.
- 6% si están de acuerdo.
- 6% si son eficaces.

➤ **83% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 0% no se evidencia;
- 0% no es necesario;
- 81% si se evidencia;
- 84% si es necesario.

b) Empirismos Normativos.

➤ **13% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, es de:

- 13% los que no están de acuerdo;
- 12% el sistema jurisprudencial;
- 0% los que sí están de acuerdo;
- 0% el sistema reglado.

➤ **94% de Empirismos Normativos en los Operadores del Derecho respecto a las normas nacionales.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto a las normas nacionales, es de:

- 94% no están de acuerdo;

- 94% no son eficaces;
- 0% si están de acuerdo;
- 0% si son eficaces.

➤ **17% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos respecto de la Comunidad Jurídica, respecto al Derecho Comparado, es de:

- 19% no es evidente;
- 16% no es necesario;
- 0% si es evidente;
- 0% si es necesario.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “d”.

La sub-hipótesis “d” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados en promedio arrojan un **59% de Logros** y, simultáneamente, la sub-hipótesis “d”, se disprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un **41% de Empirismos Normativos**.

6.2.4.2. ENUNCIADO DE LA CONCLUSIÓN PARCIAL 4

El resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “d”, nos da base o fundamento para formular la conclusión parcial 4, mediante el siguiente enunciado: Se aprecian Empirismos Normativos por parte de nuestra Comunidad Jurídica en un 41%, en razón que no tienen en cuenta los Planteamientos Teóricos que proponen la admisión y utilización de una prueba ilícita en el proceso penal, haciendo uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, así mismo no tienen en cuenta y no analizan la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado (EE.UU y España) en donde se emplea y desarrolla a fondo tales Planteamientos Teórico, motivo por el cual las norma nacionales, específicamente en el artículo VIII.2 del Título Preliminar y el artículo 159 del Código Procesal Penal, se encuentran desfasadas en su contenido por no considerar los Planteamientos Teóricos que promueven la admisión y utilización de

una prueba prohibida en el proceso penal, resultando ineficaces para sancionar efectivamente los delitos contra la Administración Pública, consecuentemente el 59% si tiene en cuenta aquellos Planteamientos Teóricos, así como la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado (EE.UU y España), por lo que opinan que las Normas Nacionales referentes la legitimidad y utilización de la prueba reguladas en nuestro Código Procesal Penal deben ser modificadas incluyendo dichos Planteamientos Teóricos, con la finalidad de sancionar los delitos contra la Administración Pública, proscribiendo la impunidad que actualmente se vienen suscitando con los procesados por este tipo de delitos.

6.3. CONCLUSIÓN GENERAL

6.3.1. Contrastación de la Hipótesis Global

El problema en que se centró la investigación, es aquel al que se le denominó: **“NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”**, el cual se ve afectado de Discrepancias Teóricas y Empirismos Normativos. Discrepancias Teóricas debido a que gran parte de los Operadores del Derecho y la Comunidad Jurídica al resolver los casos de corrupción de funcionarios, no tienen en consideración aquellos Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, mediante el uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable y la Teoría de la Ponderación de Derechos, opinando que tales Planteamientos Teóricos significan una grave afectación a los derechos fundamentales de los investigados, mientras que otra parte de los Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica si tienen en consideración los Planteamientos Teóricos directamente relacionados con la admisión de una prueba prohibida en el proceso penal, opinando que al momento de resolver los casos de delitos contra la administración pública se deben tener en cuenta dichas teorías, priorizando los derechos fundamentales de las víctimas (Sociedad Peruana), creando una herramienta que ayude a proscribir la impunidad que se viene suscitando en nuestro país respecto a los procesados por delitos esta índole. Empirismos Normativos, porque tanto Operadores del Derecho como Comunidad

Jurídica, sostiene que las Normas Nacionales actuales referentes a la legitimidad y utilización de la prueba en el proceso penal (artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal) no se encuentran actualizados debido a que en su contenido no consideran aquellos Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, mediante el uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable, Teoría del Nexo Causal Atenuado y la Teoría de la Ponderación de Derechos, no respondiendo a la realidad social actual, siendo por lo tanto dichas normas, ineficaces para sancionar los delitos contra la administración pública, y considerada dicha situación como una grave amenaza para el crecimiento económico del país, así como a los derechos fundamentales de los peruanos, ya que al darse prioridad a la protección de los derechos fundamentales de los investigados por esta clase de delitos (derecho al secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, derecho a intimidad personal así como la voz e imagen propia) los Operadores del Derecho desconocen el derecho de la sociedad peruana a un correcto funcionamiento de la administración pública como medio de realización plena de sus derechos constitucionales, generando un ambiente de injusticia e impunidad.

CONCLUSIÓN PARCIAL	PRUEBA	DISPRUEBA	TOTAL
Conclusión Parcial 1	88%	12%	100.00%
Conclusión Parcial 2	67%	33%	100.00%
Conclusión Parcial 3	52%	48%	100.00%
Conclusión Parcial 4	59%	41%	100.00%
Promedio Global	67%	33%	100.00%

Fuente: Investigación Propia

Podemos establecer el resultado de la contrastación de la Hipótesis Global:

La Hipótesis Global se prueba en un 67% y se disprueba en un 33%.

6.3.2. Enunciado de la Conclusión General

Tomando como premisas las conclusiones parciales podemos formular la conclusión general:

Enunciado de la Conclusión Parcial 1:

La necesidad de regular la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal peruano para sancionar los delitos de corrupción de funcionarios adolece de un 88% de Discrepancias Teóricas, debido a que los Operadores del Derecho no toman en cuenta o no consideran aquellos Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal mediante la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, consecuentemente el 12% si considera los planteamientos teóricos directamente relacionados a la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal.

Enunciado de la Conclusión Parcial 2:

La necesidad de regular la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal peruano para sancionar los delitos de corrupción de funcionarios adolece de un 33% de Discrepancias Teóricas por parte de la Comunidad Jurídica, debido a que no tienen en cuenta aquellos Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, mediante la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, así como tampoco tienen en cuenta la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado (EE.UU y España) sobre la utilización de los Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba prohibida, consecuentemente el 67% si tienen en cuenta los Planteamientos Teóricos y la jurisprudencia del Derecho Comparado directamente relacionados con la admisión de una prueba prohibida en el proceso penal.

Enunciado de la Conclusión Parcial 3:

Existen Empirismos Normativos por parte de nuestros Operadores del Derecho en un 52%, en razón que no consideran aquellos Planteamientos Teóricos que proponen la admisión y utilización de una prueba ilícita en el proceso penal, por tal motivo es que se aprecia que las normas nacionales, específicamente el artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal no se encuentran actualizadas en su contenido y resultan ineficaces para sancionar los delitos contra la administración pública, consecuentemente un 48% si los consideran y opinan que estos Planteamientos Teóricos directamente relacionados con la admisión de una prueba ilícita sean incluidos en el artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal, ya que de no hacerlo así resultarían obsoletos para sancionar los delitos contra la administración pública, generando impunidad.

Enunciado de la Conclusión Parcial 4:

Se aprecian Empirismos Normativos en un porcentaje de 41% por parte de nuestra Comunidad Jurídica, en razón que no tienen en cuenta los Planteamientos Teóricos que proponen la admisión y utilización de una prueba ilícita en el proceso penal, haciendo uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, así mismo no tienen en cuenta y no analizan la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado (EE.UU y España) en donde se emplea y desarrolla a fondo tales Planteamientos Teórico, motivo por el cual las norma nacionales, específicamente en los artículos VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal, se encuentran desfasadas en su contenido por no considerar los Planteamientos Teóricos que promueven la admisión y utilización de una prueba prohibida en el proceso penal, resultando ineficaces para sancionar efectivamente los delitos de corrupción de funcionarios, consecuentemente el 59% si tiene en cuenta aquellos Planteamientos Teóricos, así como la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado (EE.UU y España), por lo que opinan que las Normas Nacionales referentes la legitimidad y utilización de la prueba reguladas en nuestro Código Procesal Penal deben ser modificas incluyendo dichos Planteamientos Teóricos, con la finalidad de sancionar los delitos contra la administración pública, proscribiendo la impunidad que actualmente se viene suscitando con los procesados por este tipo de delitos.

Desde el criterio analítico y perspectiva de los investigadores y teniendo en cuenta todo lo desarrollado en la presente tesis con respecto a la “Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública”, sostenemos lo siguiente:

En la actualidad, en nuestro ámbito jurídico penal se viene suscitando el problema de la admisión y valoración de una prueba ilícita en el proceso penal peruano para sancionar los delitos contra la administración pública, lo que ha generado posiciones contrarias entre nuestros Operadores del Derecho y Comunidad Jurídica, debido a que unos sostienen y proponen la admisión de una prueba prohibida mediante el uso de excepciones a la regla de exclusión probatoria, en aras de priorizar los derechos constitucionales de la Sociedad Peruana, mientras que otros proponen y defienden su rechazo, debido a que tales Planteamientos Teóricos significarían un claro atentado

contra los derechos fundamentales del imputado y un debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho.

Así mismo entre los que proponen su admisión y utilización, está en discusión si dichas excepciones a la regla de exclusión probatoria deben ser positivizadas (Sistema Reglado) ya que tal injerencia a los Derechos Fundamentales deben estar necesariamente previstas por una norma, evitando así pasarse por alto el “principio de reserva de ley”, mientras que otros sostienen que las excepciones a la regla de exclusión probatoria no deben positivizarse, si no únicamente desarrollarse a nivel jurisprudencial (Sistema Jurisprudencial), para que sea el juez, quien analizando caso por caso, decida que excepciones a la regla de exclusión probatoria utilizar y bajo qué circunstancias.

Lo cierto es que hoy en día en nuestro proceso penal, al resolver los casos delitos contra la administración pública, muchas veces la única prueba de cargo en contra de los imputados por tales delitos, es una prueba ilícita, generando de inmediato dos efectos dentro del proceso, el primero es excluir la prueba obtenida ilícitamente, es decir, impedir su admisión, no llegando por tanto a efectuar valoración alguna de la misma, y el segundo efecto (indirecto o reflejo), es que las pruebas que provengan directamente de una obtenida ilegalmente, tampoco deben ser utilizadas, ya que se encontrarían contaminadas en su origen, dando como resultado la absolución de la persona cuyo delito está probado y en consecuencia se sanciona a quien obtuvo dicha prueba por medios ilegales, el argumento utilizado es que en un Estado de Derecho es intolerable esta forma de actuar, pues no es ético ni moral, y porque existe un formalismo prescrito por el artículo VIII.2 del T.P y 159 del CPP, en cuanto a la legitimidad y utilización de las pruebas así obtenidas, en otras palabras se premia al delincuente y se castiga a quien recabó la prueba. Dando a entender, que liberar al que se enriquece de las arcas del Estado, afectado el correcto funcionamiento de la administración pública y por ende vulnerando y obstaculizando la realización plena de los derechos fundamentales del Comunidad Peruana es más ético y moral que castigar al culpable.

Es cierto que en esta clase de procesos, existen una serie de derechos que deben procurarse dentro del ámbito del proceso penal, entre víctima y victimario, pero también es cierto que la disparidad de intereses que se presentan entre ellos genera pugnas e incluso contrariedades en la efectividad y logro de sus derechos y objetivos,

pues la realización de uno implica prácticamente el desconocimiento del otro, esto es lo que viene sucediendo actualmente con los procesados por delitos contra la administración pública, en donde en la pugna de derechos siempre ganan los intereses del imputado, desconociendo totalmente los derechos de las víctimas directas de aquel delito (Sociedad Peruana), a ello no se le puede llamar justicia, encontrándose así los derechos de las víctimas opuestos a las restricciones generadas por los derechos humanos del victimario. Dentro de las variadas restricciones o enfrentamiento a los que se ven amenazados la realización de los derechos de las víctimas, se encuentran la regla de exclusión probatoria.

En base a estos argumentos es que resulta necesario y urgente, evitar que la impunidad se perpetre en el ámbito del proceso penal como hasta ahora se viene sucediendo, ejemplo claro de ello es el caso BTR, en donde las grabaciones reveladas en el año 2008, no pudieron ser valoradas dentro proceso por ser “pruebas ilícitas”, lo que ha dado lugar a que en febrero de este año se absuelva al señor Rómulo León Alegría.

De acuerdo a los datos obtenidos en el análisis de la presente tesis se ha podido establecer que el **Artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal** han dejado de responder a nuestra realidad social, por lo que urge su flexibilización mediante la **modificación**, incluyendo aquellos Planteamientos Teóricos que promueven la utilización de una prueba ilícita en el proceso penal para sancionar los delitos contra la administración pública, optando por el Sistema Reglado como forma de regular las excepciones a la regla de exclusión probatoria, pues así se evitará transgredir el principio de reserva de ley, limitar razonada y proporcionalmente los derechos fundamentales de los imputados, y no generar fallos contradictorios e inseguridad jurídica como ocurre en la actualidad, ejemplo de ellos es el caso “Vladimiro Montesinos-Kouri” y caso “BTR”. Todo ello en aras de evitar caer en formalismo y en la aplicación rígida de la regla de exclusión probatoria, que lo único que hace es crear un espacio de no punibilidad a quienes en su calidad de funcionarios se aprovechan del cargo para enriquecerse.

CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES

VII. RECOMENDACIONES

7.1. RECOMENDACIONES PARCIALES

Cada recomendación parcial se fundamenta o se basa, en una conclusión parcial, la que a su vez se obtuvo de contrastar una sub-hipótesis.

La orientación básica de las recomendaciones es que, **los logros** se deben consolidar y de ser posible, mejorar o superar, en tal sentido ante la “Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública”, debe tenerse en cuenta los Planteamientos Teóricos, Normas Nacionales y Jurisprudencia del Derecho Comparado, con el propósito de superar las Discrepancias Teóricas y erradicar los Empirismos Normativos.

Para redactar las recomendaciones parciales hay que considerar el resultado de la contrastación de la Sub Hipótesis – Conclusión Parcial, por tanto, la recomendación parcial se realizará de acuerdo a cada sub-hipótesis parciales y conclusiones parciales:

7.1.1. Recomendación Parcial 1

Teniendo en cuenta el resultado de la primera formulación hipotética parcial, junto con la conclusión parcial 1, se puede evidenciar que existe un 88% de Discrepancias Teóricas y complementariamente un 12% de logros, es decir es mayor la no consideración por parte de los Operadores del Derecho de aquellos Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública, mediante la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, tales como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable, Teoría del Nexo Causal Atenuado y la Teoría de la Ponderación de Derechos, por lo que se **RECOMIENDA**: que los operadores del derecho reciban capacitaciones gratuitas por parte del Colegio de Abogados, debido a que estos al resolver los casos contra la administración pública, no consideran los Planteamientos Teóricos directamente relacionados con la admisión y utilización de una prueba ilícita y en muchos casos se debe al desconocimiento de las teorías que

proponen el empleo de las excepciones la regla de exclusión probatoria en el proceso penal.

7.1.2. Recomendación Parcial 2

Teniendo en cuenta el resultado de la segunda formulación hipotética parcial, junto con la conclusión parcial 2, se aprecia que existe 33% de Discrepancias Teóricas y complementariamente un 67% de logros, es decir es mayor la consideración por parte de la Comunidad Jurídica, en cuanto a los Planteamientos Teóricos que promueven la admisión y utilización de una prueba prohibida en el proceso penal para delitos contra la administración pública, haciendo uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria tales como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable, Teoría del Nexo Causal Atenuado y la Teoría de la Ponderación de Derechos, así como la consideración de la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado (EE.UU y España), lo que demuestra que gran parte de la Comunidad Jurídica conoce y opina que estos Planteamientos Jurídicos directamente relacionados con la admisión de una prueba ilícita, deben ser utilizados por los Operadores del Derecho al momento de resolver los casos contra la administración pública, por lo que se **RECOMIENDA:** que los Planteamientos Teóricos que proponen excepciones a la regla de exclusión probatoria, para la admisión de una prueba ilícita, deben ser considerados por las Normas Nacionales que regulan la legitimidad y utilización de la prueba en el proceso penal, para resolver con mejor razonamiento o criterio los casos contra la administración pública.

7.1.3. Recomendación Parcial 3

Considerando los resultados de la sub hipótesis “c”, junto con la conclusión parcial 3, me ha permitido indicar que dicha hipótesis se prueba en un 52%, es decir se evidencian Empirismos Normativos por parte de los Operadores del Derecho, respecto a la necesidad de regular la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal peruano para sancionar los delitos contra la administración pública, en razón que no consideran los Planteamientos Teóricos ni la jurisprudencia desarrollada por el Derecho Comparado (EE.UU y España), que proponen las excepciones a la regla de exclusión probatoria para admitir una prueba ilícita en el proceso penal, por lo que se

RECOMIENDA: que exista congresos o diplomados dirigido a los Operadores del Derecho, con la finalidad de que estos conozcan las excepciones a la regla de exclusión probatoria, que propugnan la admisión y utilización de una prueba prohibida en el proceso penal, tales como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable, Teoría del Nexo Causal Atenuado y la Teoría de la Ponderación de Derechos, y que así mismo conozcan la jurisprudencia del Derecho Comparado que viene aplicando tales teorías.

7.1.4. Recomendación Parcial 4

Considerando los resultados de la sub hipótesis “d”, junto con la conclusión parcial 4, se aprecia que existe un 41% de Empirismos Normativos y complementariamente un 59% de logros, es decir es mayor la consideración por parte de la Comunidad Jurídica, en cuanto a los Planteamientos Teóricos que propugnan la admisión de una prueba prohibida, mediante la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria tales como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable, Teoría del Nexo Causal Atenuado y la Teoría de la Ponderación de Derechos, así mismo también consideran y conocen en mayor número la jurisprudencia desarrollada en el Derecho Comparado (EE.UU y España) respecto a la aplicación de los Planteamientos Teóricos directamente relacionados con la admisión de una prueba ilícita en el proceso penal, en consecuencia opinan o consideran que las Normas Nacionales, específicamente en el Artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal no se encuentran actualizados en su contenido, por no considerar las excepciones a la regla de exclusión probatoria que promueven la admisión y utilización de una prueba prohibida, por lo que dichas normas procesales no responden a la realidad social y son ineficaces para sancionar los delitos contra la administración pública, por lo que se **RECOMIENDA:** que se modifique el Artículo VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal, debiendo considerar en su contenido las excepciones a la regla de exclusión probatoria, optando porque dichas excepciones sean positivizadas por el legislador (Sistema Reglado), con la finalidad de contar con una norma, que obligue a Operadores del Derecho, al resolver los casos contra la administración pública, hacer uso de las excepciones a la regla de exclusión

probatoria tales como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable, Teoría del Nexo Causal Atenuado y la Teoría de la Ponderación de Derechos, y así admitir una prueba ilícita en el proceso penal sancionando efectivamente los delitos contra la administración pública, proscribiendo la impunidad que se viene suscitando en la actualidad sobre esta clase de delitos y priorizando la realización plena de los derechos fundamentales de la Sociedad Peruana.

7.2. ENUNCIADO DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL

Sostenemos que la problemática planteada en esta investigación está determinada por Discrepancias Teóricas e Empirismos Normativos, referentes a la “Necesidad de Regular la Admisión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal para Delitos contra la Administración Pública”, en ese sentido, como se ha demostrado en esta tesis, los Operadores del Derecho al resolver los casos delitos contra la administración pública, no consideran los Planteamientos Teóricos que propugnan el empleo de excepciones a la regla de exclusión probatoria para la admisión y valoración de una prueba ilícita en el proceso penal, como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable y la Teoría de la Ponderación de Derechos, prefiriendo o apoyando aquellas teorías que optan por la aplicación rígida de la regla de exclusión probatoria, como: El fundamento ético, El inevitable precio del sistema, El derecho a la prueba no es absoluto, El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares, etc. Teorías, que traen como consecuencia la no valoración y exclusión en el proceso penal de una prueba ilícita, y al ser en muchos casos la única prueba de cargo contra el acusado por delitos de tal índole, los Operadores del Derecho proceden a dar libertad al imputado, pese a que existe una prueba irrefutable de su actuar delictivo, y castiga a quien recabó la prueba, creando así un espacio de no punibilidad a quienes en su calidad de funcionarios, aprovechan el cargo para enriquecerse, generando la obstrucción del desarrollo económico del país, que como se ha demostrado a lo largo de la presente tesis, las pérdidas a las arcas del Estado por el crecimiento de este cáncer de la corrupción son cuantiosas, además que obstaculiza el desarrollo pleno de los derechos fundamentales de la Sociedad Peruana, pues el deficiente funcionamiento de la administración pública hace posible que miles de peruanos no

cuenten con los recursos más básicos como electricidad, agua, desagüe, educación de calidad, poco acceso a los centros de salud, etc. lo que desgasta su dignidad como personas.

Por otro lado, se ha podido comprobar también que la Comunidad Jurídica conoce en mayor cantidad los Planteamientos Teóricos que promueven la admisión de una prueba prohibida en el proceso penal, además conocen también la jurisprudencia del Derecho Comparado, donde se vienen aplicando exitosamente tales teorías, siendo de la opinión que nuestras normas procesales necesitan ser actualizadas.

No se debe dejar de mencionar también que existe un grupo reducido de Operadores del Derecho que opinan lo mismo que la Comunidad Jurídica, es decir estas excepciones a la regla de exclusión probatoria deben ser incluidas en nuestro ordenamiento jurídico y utilizadas para sancionar eficazmente los delitos de corrupción de funcionarios, esta postura se ve reflejada en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal 2004 llevado a cabo en la Ciudad de Trujillo.

En consecuencia, teniendo en cuenta las posiciones que se han podido probar en esta tesis, se **RECOMIENDA:** modificar nuestra norma procesal, específicamente el art VIII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal, referentes a la legitimidad y utilización de la prueba respectivamente, para que en su contenido comprendan las excepciones a la regla de exclusión probatoria, como: La Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable y la Teoría de la Ponderación de Derechos, con la finalidad de que, cuando los Operadores del Derecho al encontrarse frente a un caso contra la administración pública y al tener como única prueba de cargo una “prueba ilícita”, no la excluyan, sino que la admitan y valoren para comprobar el actuar ilícito del acusado y por ende se castigue por los delitos que se le imputan, dejando a salvo la sanción que le corresponde conforme a ley a quien recabó la prueba vulnerando derechos fundamentales.

Así mismo Recomendamos que el Sistema que se debe prever para la regulación de las excepciones a la regla de exclusión probatoria debe ser el Sistema Reglado y no Jurisprudencial, es decir que dichas teorías deben ser previstas en una norma por el legislador y no dejar al libre albedrío o a la discreción del juez la aplicación o no de tales excepciones, para de esta manera evitar vulnerar el principio de reserva de ley

y no generar inseguridad jurídica en el país con fallos contradictorios, como ha ocurrido en nuestro ámbito jurídico, ejemplo de ello es el caso “Vladimiro Montesinos-Kouri” y caso “BTR”, además que tales injerencias a los derechos fundamentales de las personas, deben ser limitadas por una norma que establezca bajo qué criterios se deben limitar, creando de esta manera un mecanismo para proscribir la impunidad y la crisis de valores institucionalizada que se suscita en nuestra realidad social.

VIII. REFERENCIA

- Alcaide, J. (2012). *La Exclusionary Rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España*. (Tesis para optar el grado de doctor). Universidad Autónoma de Barcelona. Rescatado de: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/97362/jmag1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Arias, N., Gutiérrez, J., Osorio, J. (2007). *La prueba ilícita en el sistema acusatorio colombiano*. (Tesis para optar el título de abogado). Universidad de Manizales. Rescatado de: http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/388/140_Arias_Orozco_Norma_Lucia_2007.pdf?sequence=1
- Arrieta, M. (1978). *El proceso penal en primera instancia*. (2° edición). El Salvador. Editorial Jurídica Salvadoreña.
- Armenta, T. (2013). *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. Revista *Ius Et Praxis*. Rescatado de: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art14.pdf>
- Asencio, J. (2011). *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*. Rescatado de: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf
- Barrera, R. (2010). *La prueba en materia penal*. Universidad de Cuenca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Escuela de Derecho. Recuperado de: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2923/1/td4301.pdf>
- Bayona, M. (2012). *¿Es siempre inválida la prueba ilícita en un proceso penal?* Revista *Ita Ius Esto*. Recuperado de: http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/4_11-Bayona-Flores.pdf

Burgos, V. (2002). *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*. Recuperado de: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/burgos_m_v/cap3.htm

Caballero, A (2014). *Metodología integral innovadora para planes y tesis*. (1° edición). México. Editorial CENGAGE.

Carhuajulca, J. (2009). *Algunos Apuntes Sobre Prueba Ilícita y su Tratamiento en la Jurisprudencia Peruana*. Recuperado de: <http://www.bibliotekevirtual.org/revistas/UCB/RVMD/v03n01/v03n01a03.pdf>

Caro, D. (2015). *La prueba ilícita*, por Dino Carlos Caro Coria. Recuperado de: <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/prueba-ilicita-dino-carlos-caro-coria-noticia-1841875>

Castro, H. (2009). *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*. (1° edición). Lima-Perú: Jurista Editores.

Castro, H. (2008). *Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana* (Tesis Para Optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Con mención en Ciencias Penales). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado de: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/203/1/Castro_th.pdf

Constantino, J. (2015). *“La Prueba Ilícita En El Proceso Penal Peruano”*.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004. Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Darío, Jorge, óscar y Daly (2015). *La corrupción en el Perú: Visión del ejecutivo peruano*. CENTRUM Graduate Business School Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de:

http://centrumwebs.pucp.edu.pe/investigacion/wps/pdf/CERES_WP2015-07-0007.pdf

Delgado, L. (2013). *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*.

Recuperado de:
http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf

Echandia, D. (1974) *Teoría general de la prueba judicial*. (3° edición). Tomo I. Buenos Aires. Víctor P. de Zavalía Editor.

Ferrer, J. Gascón, M. Gonzales, D. Taruffo, M. (2006). *Estudios sobre la prueba*. (1° edición). México. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Figueroa, Juan. (2008). “*Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales*”. Universidad de Chile, Facultad de Derecho Depto. de Derecho Procesal. Recuperado de:
http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-luengo_t/pdfAmont/de-luengo_t.pdf

Gimeno, V. (2001). *Lecciones de derecho procesal penal*. (1° edición). Madrid. Editorial Colex.

Giner, C. (2008). *La prueba prohibida y prueba ilícita*. Revista Anales de Derecho N° 26. Recuperado de:
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113751/107781>

Gómez, J. (1985). *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. (2° edición). Barcelona. Editorial Bosch.

Gonzales, L., Arias, F. (2015). “*Excepciones a la Regla De Exclusión de Prueba Ilícita en el Sistema Procesal Penal Con Tendencia Acusatoria – Ley 906 De 2004*”

Hairabedián, M. (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. (1° edición). Buenos Aires: AD-HOC Villela Editor.

Hernández, H. (2005). *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. (2° edición). Santiago de Chile: Editorial Universidad Jesuita Alberto Hurtado.

Jiménez, C. (2004). *Corrupción y crecimiento económico: un análisis para México, a nivel de Estados*. Universidad de las Américas Puebla. Recuperado de: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lec/jimenez_m_c/portada.html

Kai, A, (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000100001

La República (2016). *El costo de la Corrupción*. Recuperado de: <http://larepublica.pe/impresia/editorial/767539-el-costo-de-la-corrupcion>

Lockhart, J (2014). *La “prueba ilícita” en el proceso penal*. Revista Intercambios N° 16. Recuperado de: http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/nro_16/ap/AP_Lockhart_La_prueba_ilicita.pdf

Landa, C. (2002). *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

Macera, D. (2015). *¿Cuál es el costo de la corrupción en el Perú?* Recuperado de: <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/cual-costo-corrupcion-peru-informe-noticia-1820300>

Mariluz, O. (2016). *El costo de la corrupción*. Las recetas del FMI. Recuperado de: <http://larepublica.pe/impresia/editorial/767539-el-costo-de-la-corrupcion>

- Miranda, M. (2010). *La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguridad Pública. Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>
- Miranda, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. (2° edición). Barcelona. J.M. Bosch Editor.
- Miranda, M. (2003). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. (1° edición). Barcelona. J.M. Bosch Editor.
- Monsalve, S (2010). *La prueba ilícita en el proceso penal colombiano a partir de la constitución de 1991*. Revista Facultad de derecho y ciencias políticas. Vol. N° 40. Recuperado de: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/1041/939>
- Orrego, J. (2011). *Teoría de la Prueba*. Recuperado de: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Teor%C3%ADa%20de%20la%20Prueba.pdf>
- Ortiz, M. (2013). *Los antecedentes más antiguos de la prueba*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2013/11/15/los-antecedentes-mas-antiguos-de-la-prueba/>
- Ossorio, M (2010). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (29° edición). Buenos Aires. Editorial Heliasta.
- Ovalle, J. (2001). *Teoría general del proceso*. (5° edición). México. Editorial Oxford.
- Pisfil, D. (2015): *Algunas reflexiones sobre la eficacia de la prueba ilícitamente obtenida por particulares*. Gaceta Penal N° 78.

Pleno Penal Jurisdiccional Nacional 2004 – Trujillo. Recuperado de:
http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Nacional_Penal_2004.pdf

Ramón, J. (2014). *Corrupción, Ética y Función Pública en el Perú*. Vol. N° 22. Lima-Perú. “Quipukamayoc” Revista de la Facultad de Ciencias Contables de la Universidad Mayor de San Marcos.

Reátegui, J. (2010). *Derecho Penal: parte especial*. (1° edición). Lima-Perú. Jurista Editores.

Rodríguez, L. (2011). *Clásicos de la Criminología*. (2° edición). México. UBIJUS editores.

Ruiz, J. (2012). *El principio de proporcionalidad frente a la prueba ilícita en el control de acusación en los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque periodo 2010-2011* (Tesis para optar el Título Profesional de Abogado). Universidad Señor de Sipán. Chiclayo. Recuperado desde la Biblioteca de la Universidad Señor de Sipán.

Sánchez, A. (2013). *Criterios de valoración de las pruebas en el sistema interamericano*. Recuperado de: <http://www.jdsupra.com/legalnews/criterios-de-valoracin-de-las-pruebas-e-10033/>

Sánchez, J. (2012). *Bases para entender a la prueba prohibida como nulidad procesal*. Gaceta Penal N° 42.

Sánchez, M. (1998). *La llamada prueba ilícita y sus consecuencias procesales*. Madrid. Actualidad Penal.

STC, recaída en el Exp. N.º 03433-2013-PA/TC. Recuperado de:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03433-2013-AA.html>

STC, Exp. N° 0012 – 2006 – PI/TC. Recuperado de:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

STC, Exp. N° 01557-2012-PHC/TC. Recuperado de:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01557-2012-HC.html>

STC, Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Recuperado de:
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

STC, Exp. N° 00579-2013-PA/TC. Recuperado de:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00579-2013-AA.html>

Sentencia, *Hoffa vs US* (1996). Recuperado de:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/293/case.html>

Sentencia, *Nix vs Williams* (1984). Recuperado desde:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>

Sentencia, *Schmerber vs California* (1996). Recuperado de:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html>

Sentencia, *US vs Salvucci* (1980). Recuperado de:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/83/>

Sentencia N° 136/2006, Recuperado de:
<https://www.boe.es/boe/dias/2006/06/08/pdfs/T00004-00015.pdf>

Sentencia N° 1093/2003, Recuperado de: <http://supremo.vlex.es/vid/falsedad-estafa-16124140>

Terzano, M. (2006). *Corrupción: concepto, realidad y reflexiones*. Pontificia Universidad Católica de Argentina. Recuperado de:

<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo3/vc/files/segunda%20parte/03-Terzano.pdf>

Vílchez, M (2014). *Obtención de la prueba ilícita en el ordenamiento procesal penal peruano y la vulneración a los derechos fundamentales* (Tesis Para Optar el Grado Académico de Magíster en Derecho). Recuperado desde la Biblioteca de Post-Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Vega, E. (2016). *Corrupción hace perder al Perú unos S/. 33.800 millones al año*. El comercio. Recuperado de: <http://elcomercio.pe/economia/dia-1/corrupcion-hace-perder-al-peru-s33800-millones-al-ano-noticia-1907067>

IX. ANEXOS

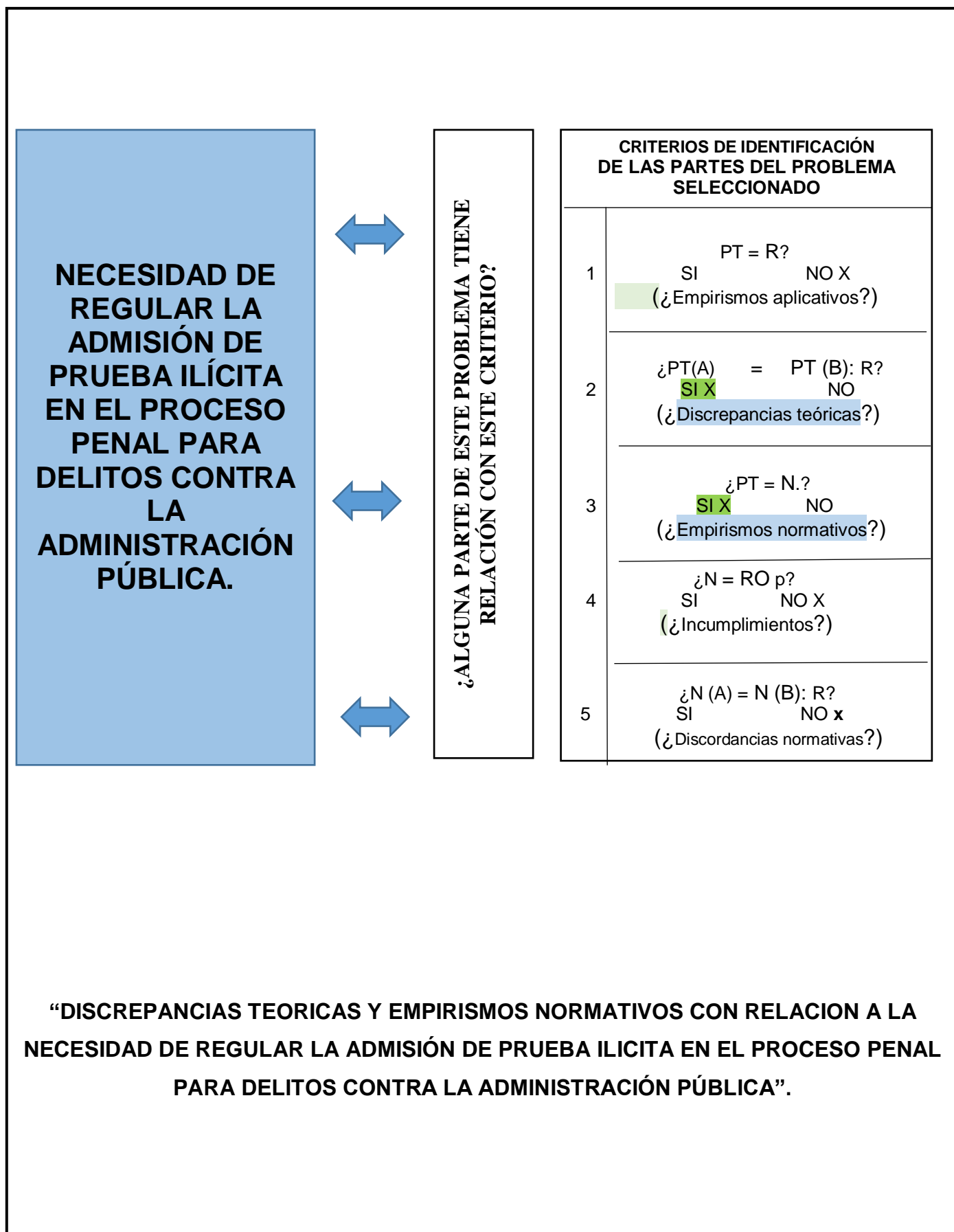
ANEXO Nº 1

SELECCIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

<u>PROBLEMÁTICA</u>	<u>CRITERIOS DE SELECCIÓN</u>					<u>TOTAL DE CRITERIOS CON SI</u>	<u>P R I O R I D A D</u>
	<u>Se tiene acceso a los datos</u> a)	<u>Su solución Contribuiría a solución de otros problemas</u> b)	<u>Es uno de los que más se repite.</u> c)	<u>Afecta Negativamente la imagen de la sociedad peruana.</u> d)	<u>En su solución están interesados los responsables de dos o más sectores</u> e)		
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA REGIÓN LAMBAYEQUE 2014-2015.	SI	SI	NO	NO	SI	3	4
FACTORES DE LA INSPECCIÓN CRIMINALÍSTICA QUE DETERMINAN LA CALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN DE LA ESCENA DEL CRIMEN Y SU IMPORTANCIA EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL PERUANO.	SI	SI	SI	NO	SI	4	3
PRINCIPALES FACTORES QUE INFLUYEN EN LA MAYOR APLICACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LA REGIÓN LAMBAYEQUE 2011-2012	SI	SI	SI	NO	SI	4	2
NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	SI	SI	SI	SI	SI	5	1
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS JUECES EN LA REGIÓN LAMBAYEQUE 2014-2015.	NO	NO	SI	NO	SI	2	5
NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	SI	SI	SI	SI	SI	5	Problema integrado que ha sido Seleccionado

ANEXO Nº 2

IDENTIFICACIÓN DEL NÚMERO DE PARTES DE UN PROBLEMA



ANEXO N° 3

PRIORIZACIÓN DE LAS PARTES DE UN PROBLEMA

<i>Criterios de identificación con las partes del problema</i>	CRITERIOS DE SELECCIÓN USADOS COMO CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN					Suma parcial	Prioridad de las partes del problema
	<u>Se tiene acceso o a los datos relacionados al problema.</u>	<u>Su solución Contribuiría a solución de otros problemas.</u>	<u>Guarda relación con los conocimientos previos de los investigadores.</u>	<u>Afecta negativamente la imagen de los Operadores del Derecho y la Comunidad Jurídica</u>	<u>Su solución puede contribuir al desarrollo personal de los investigadores</u>		
(1) Discrepancias Teóricas	1	1	1	2	2	7	1
(2) Empirismos Normativos	2	2	2	1	1	8	2

ENUNCIADO DEL PROBLEMA

“DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS CON RELACION A LA NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

ANEXO N°4:

MATRIZ PARA PLANTEAR LAS SUB-HIPÓTESIS Y LA HIPÓTESIS GLOBAL

Problema o Factor X DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS	Realidad o Factor A DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS CON RELACION A LA NECESIDAD DE REGULAR LA ADMISIÓN DE PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO PENAL PARA DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	Marco Referencial o Factor B			Fórmulas de Sub-hipótesis
		Planeamientos Teóricos	Normas	Derecho comparado	
		- B1	- B2	- B3	
-X1 = Discrepancias Teóricas	A1= Operadores de Derecho	X			a-) -X1;A1;-B1
-X1 = Discrepancias Teóricas	A2= Comunidad jurídica	X		X	b-) -X1;A2;-B1;B3
-X2 = Empirismos Normativos	A1= Operadores de Derecho	X	X		c-) -X2;A1;-B1,-B2,
-X2 = Empirismos Normativos	A2= Comunidad jurídica	X	X	X	d-) -X2;A2;-B1,-B2,-B3
	Total Cruces Sub-factores	4	2	2	
	Prioridad por Sub-factores	1	2	3	

Leyenda: (Variables del Marco Referencial)

Planteamientos Teóricos:

Normas:

Derecho

Teorías a favor y en contra de la admisión de una prueba ilícita y las excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Normas Nacionales Como: Código Procesal Penal: Artículo VIII.2 del T.P. y el artículo 159º del Código Procesal Penal.

Derecho Comparado: (España): STC 136/2006, STC 1093/2003. (Estados Unidos): Schmerber vs California 1966, Hoffa vs US 1996, Nix vs Williams 1984, US vs Salvucci 1980.

ANEXO N° 5

**MATRIZ PARA LA SELECCIÓN DE TÉCNICAS, INSTRUMENTOS E INFORMANTES
O FUENTES PARA RECOLECTAR DATOS**

(x) Fórmulas de Sub-hipótesis	Nombre de las Variables consideradas en cada fórmula (sin repetición y sólo las de A y B)	Técnicas de Recolección con más ventajas y menos desventajas para cada variable	Instrumento de Recolección con más ventajas y menos ventajas para cada variable.	Informante o Fuente que corresponde al instrumento de cada técnica
a) -X1; A1;, -B1	A1= Operadores de Derecho	Análisis Documental	Fichas Textuales	Informantes: Magistrados y Fiscales.
	B1= Conceptos Básicos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas de resumen	Fuente: Libros y textos
b) - X1; A2; -B1, -B3	A2= Comunidad Jurídica	Análisis Documental	Fichas Textuales	Informantes: Abogados
	B1= Conceptos Básicos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas de resumen	Fuente: Libros y textos
	B3= Legislación Comparada	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas de resumen	Derecho Comparado: (España): STC 136/2006, STC 1093/2003. (Estados Unidos): Schmerber vs California 1966,

				Hoffa vs US 1996, Nix vs Williams 1984, US vs Salvucci 1980.
c) - X2; A1; - B1, -B2	A1= Operadores de Derecho	Análisis Documental	Fichas Textuales	Informantes: Magistrados y Fiscales.
	B1= Conceptos Básicos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas de resumen	Fuente: Libros y textos
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas de resumen	Fuente: El Código Procesal Penal: Artículo VIII.2 del T.P. Legitimidad de la Prueba y el artículo 159º del Código Procesal Penal.
d) -X2; A2; -B1, -B2, -B3	A2= Comunidad Jurídica	Análisis Documental	Fichas Textuales	Informantes: Abogados
	B1= Conceptos Básicos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros y textos
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas de resumen	Fuente: El Código Procesal Penal: Artículo VIII.2 del T.P. Legitimidad de la Prueba y el artículo 159º del Código Procesal Penal.

	B3= Legislación Comparada	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas de resumen	Derecho Comparado: (España): STC 136/2006, STC 1093/2003. (Estados Unidos): Schmerber vs California 1966, Hoffa vs US 1996, Nix vs Williams 1984, US vs Salvucci 1980.
--	---------------------------	---------------------	---------------------------------------	--

ANEXO N°6
CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

ACTIVIDADES	TIEMPO (MESES)																				
	semanas		semanas		semanas		semanas		semanas		semanas		semanas		semanas						
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
Elaboración del plan de investigación	x	x	x	x	x	x	x	x													
Elaboración y prueba de los instrumentos							x	x													
Recolección de los datos									x	x	x	x									
Tratamiento de datos										x	x	x	x	x	x						
Análisis de las informaciones											x	x	x	x	x	x					
Contrastación de hipótesis y formulación de conclusiones.												x	x	x	x	x	x				
Formulación de propuesta de solución.													x	x	x	x	x	x			
Elaboración del informe final.							x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	
Correcciones al informe final.									x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	
Presentación																				x	x
Revisión de la tesis																				x	x
Sustentación																				x	x

ANEXO N° 7

CUESTIONARIO N° 01

**DIRIGIDO A JUECES Y FISCALES DEL DEPARTAMENTO DE
LAMBAYEQUE.**

Le agradeceremos responder el siguiente cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar las causas sobre la necesidad de regular la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública. A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I- Operadores del derecho.

1.1. ¿Con qué planteamientos teóricos referentes al tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal, está usted de acuerdo, para sancionar los delitos contra la administración pública?

A. Argumentos a favor: La verdad material como fin del proceso penal, La exclusión entorpece la acción de justicia, El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado, El alto costo social de la exclusión.

B. Argumentos con contra: El fundamento ético, El inevitable precio del sistema, El derecho a la prueba no es absoluto, El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares, La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada.

C. Teoría extensiva: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida, prueba irregular, prueba ilícita, se refieren a lo mismo, es decir aquella prueba que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales como derechos de inferior jerarquía.

D. Teoría restringida: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida y prueba irregular son distintos, prueba prohibida solo es aquella que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales, mientras que prueba irregular es aquella que ha utilizada vulnerando normas procesales, es decir de inferior jerarquía.

1.2. ¿Los jueces penales al resolver los casos contra la administración pública admiten una prueba ilícita?

A) Si la admiten

B) No la admiten

1.3. ¿Está usted de acuerdo con que el art. VIII.2 del T.P. y 159° del código procesal penal, referentes a la eficacia probatoria, no se encuentran actualizados por no considerar los planteamientos teóricos relacionados con la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal?

A) Si estoy de acuerdo

B) no estoy de acuerdo

1.4. ¿Considera que el art. VIII.2 del T.P. y 159° del código procesal penal, referentes a la eficacia probatoria, son eficaces para sancionar los delitos contra la administración pública y proscribir la impunidad respecto a la comisión de estos delitos?

A) Si son eficaces

B) no son eficaces

1.5. ¿Considera que el art. VIII.2 del T.P. y 159° del código procesal penal, referentes a la eficacia probatoria, deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria para poder admitir y utilizar una prueba ilícita, solo para sancionar los delitos contra la administración pública, ya que se tratan de delitos especiales?

- A)** Si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria
- B)** No deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria

1.6. ¿los arts. VIII.2 del T.P. y 159° del código procesal penal, responden a la realidad social de nuestro país para sancionar los delitos contra la administración pública?

- A)** Si responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la administración pública.
- B)** No responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la administración pública.

Agradecemos su amable colaboración.

CUESTIONARIO N° 02

DIRIGIDO A ABOGADOS PENALISTAS, DOCENTES DE DERECHO PENAL Y ESTUDIANTES DE DERECHO DEL DEPARTAMENTO DE LAMBAYEQUE.

Le agradeceremos responder el siguiente cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar las causas sobre la necesidad de regular la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública. A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I. Comunidad Jurídica.

1.1. ¿Con qué planteamientos teóricos referentes al tratamiento de la prueba ilícita en el proceso penal, está usted de acuerdo, para sancionar los delitos contra la administración pública?

A. Argumentos a favor: La verdad material como fin del proceso penal, La exclusión entorpece la acción de justicia, El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado, El alto costo social de la exclusión.

B. Argumentos con contra: El fundamento ético, El inevitable precio del sistema, El derecho a la prueba no es absoluto, El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares, La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada.

C. Teoría extensiva: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida, prueba irregular, prueba ilícita, se refieren a lo mismo, es decir aquella prueba que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales como derechos de inferior jerarquía.

D. Teoría restringida: Esta teoría propugna que los términos prueba prohibida y prueba irregular son distintos, prueba prohibida solo es aquella que ha sido obtenida vulnerando derechos constitucionales, mientras que prueba irregular es aquella que ha utilizada vulnerando normas procesales, es decir de inferior jerarquía.

1.2. ¿Está de acuerdo con que los jueces penales deben admitir y utilizar las pruebas ilícitas con la finalidad de sancionar los delitos contra la administración pública?

- A) Si estoy de acuerdo
- B) No estoy de acuerdo

1.3. ¿Considera que el art. VIII.2 del T.P. y el art. 159° del código procesal penal, referentes a la eficacia probatoria, deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria para poder admitir y utilizar una prueba ilícita, solo para sancionar los delitos contra la administración pública, ya que se tratan de delitos especiales?

- A) Si deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria
- B) No deben contener excepciones a la regla de exclusión probatoria

1.4. ¿con que sistema de regulación de las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita está usted de acuerdo?

- A) **Sistema reglado:** este sistema propone que las excepciones para la admisión y utilización de la prueba ilícita debe estar contenida en una norma y debe ser el legislador quien establezca en qué casos

se debe utilizar una prueba ilícita en el proceso penal, salvaguardando el principio de reserva de ley.

B) Sistema Jurisprudencial: este sistema propone que no es necesario que dichas excepciones sean positivizadas pues debe ser el juzgador quien analice caso por caso y establezca en qué circunstancias debe ser usada dichas excepciones para darle validez a una prueba ilícita.

1.5. ¿El art. VIII.2 del T.P. y el art. 159° del código procesal penal, responden a la realidad social de nuestro país para sancionar los delitos contra la administración pública?

A) Si responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la administración pública.

B) No responden a la realidad social para sancionar los delitos contra la administración pública.

1.6. ¿Considera que el art. VIII.2 del T.P. y 159° del código procesal penal, referentes a la eficacia probatoria, son eficaces para sancionar los delitos contra la administración pública y proscribir la impunidad respecto a la comisión de estos delitos?

A) Si son eficaces

B) no son eficaces

1.7. ¿Considera que en el derecho comparado, tales como Estados Unidos de América y España, a nivel jurisprudencial se viene evidenciando una posición mayoritaria por parte de los jueces, de la necesidad de utilizar las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita para resolver y sancionar eficazmente los casos sometidos a su conocimiento?

- A) Si**
- B) No**

1.8. ¿Considera que las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita que viene siendo desarrollado a nivel jurisprudencial en el derecho comparado como Estados Unidos de América y España, necesita ser perfeccionado mediante la positivización de dichas excepciones y evitar vulnerar el principio de reserva de ley?

- A) Si necesita ser positivizado**
- B) No necesita ser positivizado**

2.9. ¿Considera que las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita que viene siendo desarrollados en el derecho comparado como Estados Unidos de América y España, necesita ser positivados en nuestro país para sancionar los delitos contra la administración pública y proscribir la impunidad respecto a la comisión de estos delitos?

- A) Si necesita ser positivizado**
- B) No necesita ser positivizado**

Agradecemos su amable colaboración.

ANEXO N° 08

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO VIII. 2 DEL TÍTULO PRELIMINAR Y ARTÍCULO 159 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO LEGISLATIVO N° 957 DEL 2004

1. IDENTIDAD DE LOS AUTORES

Los autores que suscriben, **PINGLO CAPUÑAY LUIS FELIPE Y ORTIZ RAMIREZ PAOLA ELIZABETH**, estudiantes del XI ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán – Chiclayo, en ejercicio del derecho de Iniciativa Legislativa, que nos confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, presentamos el siguiente proyecto de ley:

2. EXPOSICION DE MOTIVOS

El Perú, actualmente viene sufriendo los estragos que trae consigo el cáncer de la corrupción, pues como es sabido, este delito desgasta el crecimiento económico de nuestro país y afecta muy cruelmente a la población de bajos recursos. Es preciso resaltar que a la fecha no existe un real compromiso por parte de nuestras autoridades de generar políticas que hagan frente a este fenómeno de la corrupción y al mismo tiempo proscribir la impunidad. Este mal no ha disminuido, por el contrario ha ido en crecimiento con el devenir de los años, esto se demuestra con los diversos informes emitidos en los últimos años por la Procuraduría Anticorrupción, en donde en uno de ellos precisaba que el 92% de los alcaldes del país, es decir casi 1.700 de 1.841, están siendo investigados por presuntos actos de corrupción vinculados a los delitos de peculado de uso, malversación de fondos, colusión, negociación incompatible, entre otros delitos contra la administración pública¹. Así mismo, el Fondo Monetario Internacional, en su investigación denominada “Corrupción: Costes y

¹ Sitio web: Macera, Diego. 2015 “¿Cuál es el costo de la corrupción en el Perú”. Diario El Comercio: <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/cual-costo-corrupcion-peru-informe-noticia-1820300>

Estrategias de Mitigación”, precisaba que anualmente se pagan entre 1,500 y 2,000 millones de dólares en sobornos, tanto en los países emergentes como desarrollados, que significa el 2% del PNBI mundial, ello solo como costos directos, porque los efectos indirectos, como el deterioro de la institucionalidad, la falta del cumplimiento de metas sociales y la desigualdad social son incalculables. De acuerdo con el informe, la corrupción es el inicio de una larga cadena de daños a la economía de los países y a la ética de sus sociedades, que empieza con el aumento ilegal del costo de la contratación pública, la disminución de la cantidad y de la calidad del gasto público, la pérdida de la capacidad recaudadora de los estados, la evasión fiscal, y el incremento de la deuda pública y la inflación. Así, los recursos presupuestarios destinados al gasto social y ambiental son recortados². Además, según la PCM, afirmaba que el costo de la corrupción en el Perú, era equivalente al 2% del PBI, pero teniendo en cuenta que este problema social va creciendo, se estima que sus efectos económicos estarían en un 3% y 5% cada año, es decir unos S/33.800 millones de soles. Lo que es un claro atentado contra los derechos fundamentales de los peruanos, ya que con estas cifras se podría crear programas sociales que ayuden a disminuir considerablemente los índices de pobreza, asimismo se podría brindar una mejor calidad de vida a muchos peruanos, sin embargo, el aumento de este problema – la corrupción- lo impide, robándole a las arcas del estado millones de soles para beneficios particulares.

Es preciso explicar que, si bien los derechos humanos en la esfera del derecho penal pretendía inicialmente fijar límites punitivos del Estado, protegiendo al implicado contra las injerencias arbitrarias, desmedidas o irrazonables, en la actualidad ha optimizado su actuar incluyendo también a la víctima del delito, quien por mucho tiempo ha sido relegada del proceso penal, siendo tomada como un mero instrumento probatorio. Los derechos humanos de las víctimas ha impuesto al Estado la obligación de actuar para salvaguardar sus intereses.³ Es en este contexto de ideas, y dada la crisis actual respecto a los delitos de corrupción de funcionarios, además de las grandes pérdidas no solo dinerarias que le genera al país, sino también el menoscabo que se produce a los derechos

² Sitio web: <http://larepublica.pe/impresia/editorial/767539-el-costode-la-corrupcion>

³ Sánchez Kalbermatten, Alejandro. 2013, pág. 1 “Criterios de valoración de las pruebas en el sistema interamericano”:<http://www.jdsupra.com/legalnews/criterios-de-valoracin-de-las-pruebas-e-10033/>

fundamentales de todos los peruanos, es que el Estado no solamente debe tener en cuenta los derechos del imputado sino también debe priorizar los derechos de las víctimas (Sociedad Peruana). En la actualidad la víctima del delito es incluida como sujeto de derechos dentro del ejercicio del *ius puniendi*, circunstanciándola como ser humano al que hay que atender y considerar en la dinámica de la justicia penal, como un fin en sí misma y no como un medio para la realización de la justicia. Así las cosas, el proceso penal que protegía con prioridad la dignidad del delincuente, hoy también contempla la dignidad de la víctima, reconociéndole sus derechos esenciales, los cuales deben coexistir y materializarse junto con los derechos del victimario, haciendo una suerte de balance, que le permita al juzgador tomar una decisión muchos más razonada. Si bien es cierto que entre las víctimas y victimario existen una serie de derechos que deben procurarse dentro del ámbito del proceso penal, también es cierto que la disparidad de intereses que se presentan entre ellos genera pugnas e incluso contrariedades en la efectividad y logro de sus derechos y objetivos, pues la realización de uno implica prácticamente el desconocimiento del otro⁴, esto es lo que viene sucediendo actualmente con los procesos por delitos de corrupción de funcionarios, donde en muchos casos, la única prueba de su culpabilidad es una prueba obtenida ilícitamente, pues la realidad de este contexto es que en muchos procesos por delitos de corrupción de funcionarios, el Ministerio Público toma conocimiento del hecho criminal, gracias a las investigaciones de los medios de comunicación o de particulares, realizadas sin las autorizaciones judiciales correspondientes, transgrediendo los derechos fundamentales de los imputados, por lo que dichas pruebas son consideradas por nuestra legislación como “pruebas prohibidas”, y al ser la única prueba de cargo en su contra, la administración de justicia procede a absolverlos. Este es un claro ejemplo en donde en la pugna de derechos siempre ganan los intereses del imputado, desconociendo totalmente los derechos de las víctimas directas de aquel delito, que no es más que la sociedad peruana - a ello no se le puede llamar justicia - encontrándose así los derechos de las víctimas opuestos a las restricciones generadas por los derechos humanos del victimario.

4 Sánchez Kalbermatten, Alejandro. 2013, pág. 2, “Criterios de valoración de las pruebas en el sistema interamericano”:<http://www.jdsupra.com/legalnews/criterios-de-valoracin-de-las-pruebas-e-10033/>

En nuestro país no hay una posición unánime respecto a la aplicación de la regla de exclusión probatoria y sus excepciones, más aún si en el sistema jurídico peruano existen normas que imposibilitan su admisión y valoración, haciendo de aquella una regla rígida (art. VIII. 2 del T.P. y 159° del Código Procesal Penal), lo que ha acarreado no solo impunidad respecto a esta clase de delitos, si no también inseguridad jurídica, un claro ejemplo de ello es el caso “Vladimiro Montesinos – Kouri”, en donde sí se admitió una prueba ilícita, haciendo uso el juzgador de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, sin embargo en el caso “BTR” se excluyó las pruebas del delito, al declarar la Tercera Sala Penal Liquidadora de Lima como “Pruebas Ilícitas” las grabaciones reveladas en el año 2008, emitidas por el noticiero Cuarto Poder, y en el que la población peruana escuchó y conoció, los actos de corrupción en la licitación de lotes petroleros. Así mismo el 15 de setiembre, la misma sala emitió otra resolución en la que dispone que ninguno de los correos electrónicos hallados en la computadora de Rómulo León Alegría, sean admitidos en el proceso, por considerarse "ilícitas". Es decir, los medios probatorios imprescindibles para resolver el caso, no podían valorarse en el proceso, lo que ha dado lugar a que en febrero de este año se absuelva de todo cargo al señor Rómulo León Alegría.

Esta falta de consenso en el ámbito jurídico respecto a este tema “La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, lo que deja además de impunidad, son pronunciamientos contradictorios. Somos de la posición, de que ante esta problemática, resulta necesario modificar las normas de nuestro Código Procesal Penal y ajustarlas a la realidad actual, flexibilizando su aplicación, mas no su desaparición, dándole la posibilidad al Juzgador, que ante esta clase de pruebas, pueda hacer uso de las excepciones a la regla de exclusión probatoria, para poder admitir y valorar dentro del proceso una prueba ilícita en aras de sancionar los delitos de corrupción de funcionarios, facilitando la persecución del delito, la verdad como fin del proceso penal y optimizar la administración de justicia en beneficio del país.

3. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación de la modificación de los artículos VIII.2 del Título Preliminar y 159° del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, no contraviene la Constitución Política de 1993, en cuanto su aplicación no es absoluta, sino que solamente se restringe a 17 delitos contra la administración pública, además es bien sabido que los derechos fundamentales no son absolutos, y se permite restringirlos bajo ciertos criterios y requisitos que están previstos actualmente por nuestra legislación nacional, es decir que tal afectación a los derechos fundamentales estén debidamente fundamentados por el juez, además la presente propuesta no promueve la valoración de aquellas pruebas que hayan sido obtenidas mediante violencia o tratos inhumanos (art. 2, inciso 24, literal h). Pero ante la situación actual de nuestra realidad social, es decir, que en innumerables casos la investigación y conocimiento de esta clase de delitos (Corrupción de Funcionarios) se produce a través de los medios de comunicación o de particulares, es que mediante el presente proyecto de ley se prevé la admisión y valoración de pruebas ilícitas o prohibidas obtenidos por estos, proveyéndole al juez del mecanismo necesario para que bajo el análisis de las excepciones a la regla de exclusión probatoria pueda sopesar los derechos fundamentales en conflicto que genera una prueba ilícita y darle valor probatorio para sancionar eficazmente los delitos de corrupción de funcionarios.

4. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

Este Proyecto de Ley no generará costo alguno a las arcas del Estado, por el contrario, con este mecanismo de Lucha Anticorrupción, el Estado Peruano se ahorrará la pérdida de millones de soles, al sancionar efectivamente a los responsables por los delitos de corrupción de funcionarios, lo cual no permite el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Con la presente modificatoria se pretende disminuir los índices de impunidad en cuanto a los delitos de corrupción de funcionarios, y que los autores de estos ilícitos penales resarzan el daño y así asegurar la buena inversión del dinero en beneficio de la población peruana.

Los efectos que generará la presente propuesta en beneficio de la población peruana serán los siguientes:

EFFECTOS MONETARIOS

BENEFICIADOS	NO BENEFICIADOS
La población peruana se verá beneficiada con el correcto funcionamiento de la Administración pública, pues el dinero será destinado al cumplimiento de metas sociales, se aumentará la cantidad y calidad del gasto público, y se optimizará la capacidad recaudadora del Estado.	Los condenados por delitos contra la administración pública, pues tendrán que resarcir el daño causado a la población peruana mediante la devolución del dinero obtenido ilegítimamente.
La administración de justicia, al admitir pruebas prohibidas que demuestran de manera fehaciente el actuar ilícito de los imputados, se resolverá con mucha más prontitud este tipo de casos, lo cual generará un ahorro económico al Estado en la persecución del delito.	-----

EFFECTOS NO MONETARIOS

BENEFICIADOS	NO BENEFICIADOS
La imagen institucional del Poder Judicial y Ministerio Público se verá favorecida, pues mediante la efectiva represión del crimen, la ciudadanía volverá a recuperar la confianza en estas instituciones del Estado.	-----
Se disminuirá la crisis de valores del personal de las instituciones jurisdiccionales del Estado, pues mediante la implementación de este proyecto de ley, los funcionarios y servidores públicos procuraran actuar acorde a la ley sin desviación a las atribuciones que le ha conferido el Estado Peruano.	-----

FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO VIII. 2 DEL TÍTULO PRELIMINAR Y ARTÍCULO 159 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DECRETO LEGISLATIVO N° 957 DEL 2004

Artículo 1.- Objeto y Alcance

Modifíquese los artículos VIII. 2 del Título Preliminar y artículo 159° del Código Procesal penal – Decreto Legislativo N° 957 del 2004, los que tendrán el siguiente texto:

Artículo VIII.- Legitimidad de la prueba

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, **salvo las excepciones contenidas en el artículo 159, referente a la utilización de la prueba.**
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Artículo 159.- Utilización de la prueba

El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. **Excepcionalmente el juez podrá admitir y valorar, una prueba ilícita, para sancionar los siguientes delitos: 382, 383, 384, 385, 387, 388, 389, 393, 393 - A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, para tal fin el juzgador podrá utilizar las siguientes excepciones a la regla de exclusión probatoria: Teoría del Riego, Teoría de los Campos Abiertos, Teoría de la Infracción Constitucional Ajena, Teoría del Descubrimiento Inevitable y la Teoría de la Ponderación de Derechos. La admisión**

de una prueba ilícita, no exime de las responsabilidades que, de acuerdo a ley, corresponda a quien lesionó derechos fundamentales en su obtención.

Artículo 2.- Vigencia

En virtud de que la presente ley tiene su incidencia en una norma procesal, su vigencia se produce al siguiente día de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo su aplicación inmediata en los procesos que se tramiten con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Chiclayo, a los cinco días del mes de octubre de dos mil dieciséis.

Luz Filomena Salgado Rubianes de Paredes

Presidente del Congreso de la República

Rosa María Bartra Barriga

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA POR
TANTO:

Pedro Pablo Kuczynski Godard

Presidente Constitucional de la República

Fernando Martín Zavala Lombardi

Presidente del Consejo de Ministros