



**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**  
**TESIS**  
**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO**  
**MECANISMO PARA VALORAR LA PRUEBA**  
**ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PERUANO.**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE**  
**ABOGADO**

**Autor(es):**

**Bach. Alarcón Soplapuco Edinson Noé**

**Bach. Yesquén Delgado, Gianmarco**

**Asesor:**

**Dra. Sotomayor Nunura, Gioconda Del Socorro**

**Línea de Investigación:**

**Derecho Penal**

**Pimentel – Perú**

**2015**

**El Principio de proporcionalidad como Mecanismo para Valorar la Prueba  
Ilícita en el Proceso Penal Peruano.**

**Aprobada por:**

---

**Dra. Mirian Elva bautista torres  
Presidente del Jurado**

---

**Mg. Elena Cecilia Arévalo Infante  
Secretario del Jurado**

---

**Abog. Jorge Abel Cabrejo Mejía  
Vocal del Jurado**

## **DEDICATORIA**

Dedicamos este trabajo principalmente a Dios, por habernos dado la vida, estar presente en nuestro triunfos y sobre todo en los momentos más difíciles que nos ha servido de enseñanza para valorar nuestra vida, y sobre todo permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A nuestros padres por ser el pilar más importante en nuestra vida educativa y por demostrarnos siempre su cariño y apoyo incondicional sin importar nuestras diferencias de opiniones.

A nuestra Universidad Señor de Sipan por haber puesto en nuestro camino a los mejores y significativos docentes en derecho, que gracias a sus enseñanzas y sabiduría nos ha otorgado los mejores conocimientos para nuestra carrera profesional de Derecho.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por darme la vida y la salud.

A la plana docente de la facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipan por la formación académica que me brindaron.

A mi asesora de tesis Dr. Sonia Beatriz Vera Esteves por su constante apoyo para la realización de esta tesis.

A mis amigos por las sugerencias y opiniones incondicionales que me brindaron.

## RESUMEN

La presente investigación pretende analizar el principio de Proporcionalidad como un mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal frente al control de acusación en los procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2014-2015; con respecto a un Marco Referencial que integre: Planteamientos teóricos, Normas, y Jurisprudencia Nacional; mediante un análisis cuanti-cualitativo con el apoyo de programas informáticos; con el propósito de identificar las causas de cada parte del problema; de tal manera que tenga base para fundamentar la necesidad de la aplicación del principio de proporcionalidad como un mecanismo para la admisión de prueba ilícita en el proceso penal, y a su vez para proponer lineamientos y recomendaciones sobre el tema de investigación para una mejor aplicación de la misma.

Respecto a la fundamentación práctica se obtendrá en base a un trabajo de campo mediante un instrumento denominado cuestionario, aplicado a los magistrados.

La metodología de la investigación utilizada fue descriptiva – explicativa, dadas las variables, que son cruzadas en las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se requirió aplicar o recurrir, a las siguientes:

La técnica que utilizaremos, como instrumentos de recolección de datos fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas, Jurisprudencia; además de la técnica de la encuesta, utilizando como instrumento un cuestionario; que tenga como informantes a personas afectadas a sus derechos fundamentales el cual aplicaremos para obtener los datos del dominio de las variables: empirismos aplicativos.

La Muestra tomada debido a que la población de informantes para el cuestionario son los, Jueces, Fiscales, Abogados, Docentes universitarios y personas afectadas la cual estará integrada por todos aquellos que tiene una relación directa con la problemática los cuestionarios se aplicaron a un número

150 informantes, cómo conclusión podemos decir que el resultado de la contrastación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formular la Conclusión General mediante el siguiente enunciado:

La prueba ilícita, en el control de acusación en los procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque período 2014-2015; es excluida del proceso por la falta de legalidad y el debido procedimiento cuando se obtiene ilícitamente la prueba, encontrándose afectada por las Discrepancias Teóricas y Empirismos normativos que están relacionados causalmente y se explican, por la falta de criterios unificados en los planteamientos teóricos, conceptos básicos y principios que generalmente en otras legislaciones ya han sido superadas.

**PALABRAS CLAVE:** prueba ilícita, excluida, principio de proporcionalidad, procesó

## ABSTRACT

This research analyzes the principle of proportionality as a mechanism to assess the illegal evidence in criminal proceedings against the accusation control the processes used in the Judicial District of Lambayeque period 2014-2015; with respect to a guiding framework that integrates: Theoretical approaches, standards, and jurisprudence; using a quantitative and qualitative analysis supported by software; in order to identify the causes of each part of the problem; so you have the basis to justify the need for application of the principle of proportionality as a mechanism for the admission of illegal evidence in criminal proceedings, and in turn to propose guidelines and recommendations on the subject of research for better implementation of the same.

Regarding the practical foundation is obtained based on fieldwork by an instrument called a questionnaire conducted with the judges.

The research methodology used was descriptive - explanatory, given the variables, which are crossed in the formulas of the sub-hypotheses for the data of your domains, it was required to apply or recourse to, the following: The technique you use, such as data collection instruments textual and summary records; having as sources books and documents of the institution; we use to get data from the domains of the variables: basic concepts, standards, Jurisprudence, besides the survey technique breaches; using as a questionnaire; as informants have affected their environmental rights which apply for domain data variables: empiricisms applications.

Sample taken because the population of respondents to the questionnaire are judges, prosecutors, lawyers, university professors and people affected which shall consist of all those who have a direct bearing on the issue questionnaires were applied to a number 150 informants, in conclusion we can say that the results of the testing of the Global Scenario gives us basis or foundation for formulating the overall conclusion by the following statement: Illegal evidence in the indictment control the processes used in the Judicial District of Lambayeque period 2014-2015; It is excluded from the process with the principle of proportionality but is affected by theoretical discrepancies and

regulatory empiricisms that are causally and explained, for the unified theoretical approaches criteria needed, basic concepts and principles that generally in other legislation and They have been overcome.

KEYWORDS: unlawfulevidenceexcluded, theprinciple of proportionality, processed



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTO.....	iv
RESUMEN .....	v
ABSTRACT .....	vii
INTRODUCCIÓN .....	14
<b>CAPÍTULO I</b> .....	16
<b>MARCO METODOLÓGICO</b> .....	16
<b>1.1. El Problema</b> .....	17
<b>1.1.1. Selección del Problema</b> .....	19
1.1.2. Antecedente del problema.....	20
<b>1.1.3. Formulación del problema</b> .....	26
1.1.3.1. Formulación interrogativa.....	27
<b>1.1.4. Justificación de la investigación</b> .....	27
<b>1.1.5. Limitaciones de la Investigación</b> .....	29
<b>1.2. Objetivos de la investigación</b> .....	29
1.2.1. Objetivo general.....	29
1.2.2. Objetivos Específicos:.....	30
<b>1.3. Hipótesis:</b> .....	31
<b>1.3.1. Hipótesis Global</b> .....	31
1.4. Variables .....	31
<b>1.4.3. Clasificación de las variables.</b> .....	34
1.5. Diseño de la Ejecución .....	35
<b>1.5.1. Universo</b> .....	35
<b>1.5.2. Selección de las Técnicas, Instrumentos e informantes o Fuentes.</b> ..	36
<b>1.5.3. Muestra</b> .....	36
<b>CAPÍTULO II</b> .....	38

<b>MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>38</b>
<b>SUB CAPITULO I: LA PRUEBA.....</b>	<b>39</b>
2.1.1. . ETIMOLOGÍA:.....	39
2.1.2. . DEFINICIÓN DE PRUEBA: .....	39
2.1.3. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA.....	40
2.1.4. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA .....	41
2.1.5. FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS PROBATORIOS .....	45
2.1.7. ACTIVIDAD PROBATORIA.....	46
2.1.8. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA .....	47
<b>2.2.-SUB CAPITULO II: LA PRUEBA ILÍCITA.....</b>	<b>47</b>
2.2.1. Precisiones Terminológicas.....	47
2.2.2. El Concepto de prueba ilícita en la doctrina. ....	48
2.2.3.- Fundamento de la prueba ilícita .....	54
2.2.3.1.- Violación de derechos fundamentales .....	54
2.2.4.- Supuestos de producción de una prueba ilícita.....	58
2.2.5.-Posición doctrinaria respecto a la validez o invalidez de la Prueba Ilícita.....	64
2.2.5.1.- Posturas a favor de la validez de la prueba ilícita .....	64
2.2.5.2.- Posturas en contra de la validez de la prueba Ilícita .....	68
2.2.5.3.- Posición Personal .....	71
2.2.6.-Situación actual de la Prueba Ilícita en nuestro ordenamiento .....	72
2.2.6.1.- Regulación en la Constitución.....	72
2.2.6.2.-Nuevo Código Procesal Penal .....	74
<b>2.3.- SUBCAPITULO III.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....</b>	<b>77</b>
2.3.1. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	77
2.3.1.1. Derecho fundamental y contenido constitucional .....	77
2.3.1.2. Teorías absolutas y teorías relativas .....	79

2.3.2. LA TEORÍA EXTERNA DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	80
<b>2.3.2.1. Los límites como realidades impuestas desde fuera del derecho mismo.....</b>	<b>80</b>
2.3.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	84
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>88</b>
<b>RESULTADOS.....</b>	<b>88</b>
<b>3.1.- Situación actual de la comunidad jurídica del principio de proporcionalidad como un mecanismo para la valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano. ....</b>	<b>89</b>
<b>3.2. Situación actual del principio de proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano,.....</b>	<b>97</b>
CAPITULO IV.....	101
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	101
<b>4.1.- ANALISIS DE LOS OPERADORES DEL DERECHO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA LA VALORACION DE LA PRUEBA ILICITA, REFERENTE A LOS PROCESOS SEGUIDOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE PERÍODO 2014-2015. ....</b>	<b>102</b>
4.1.1.- Análisis de los operadores del derecho del principio de proporcionalidad como mecanismo para la valoración de la prueba ilícita, referente a los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque período 2014-2015. ....	102
4.1.2.- Análisis de los operadores del derecho del principio de proporcionalidad como mecanismo para la valoración de la prueba ilícita, referente a los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque período 2014-2015, respecto a las normas. ....	104
4.1.3.- Análisis de la comunidad jurídica del principio de proporcionalidad como mecanismo para la valoración de la prueba ilícita, referente a los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque período 2014-2015, respecto a la legislación comparada. ....	107
CAPÍTULO V.....	112
CONCLUSIONES.....	112
<b>5.1.- RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS ....</b>	<b>113</b>
5.1.1.- Resumen de las discrepancias teóricas: .....	113

5.1.2.- Resumen de los Empirismos Normativos .....	113
<b>5.2.- CONCLUSIONES PARCIALES.</b> .....	<b>114</b>
5.2.1.- CONCLUSIÓN PARCIAL: .....	114
<b>5.3.- CONCLUSIÓN GENERAL.</b> .....	<b>118</b>
5.3.1.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GLOBAL. ....	118
5.3.2.- ENUNCIADO DE LA CONCLUSIÓN GENERAL. ....	119
CONCLUSIÓN GENERAL:.....	120
CAPITULO VI.....	121
RECOMENDACIONES .....	121
<b>6.1.- RECOMENDACIONES PARCIALES.</b> .....	<b>122</b>
<b>6.2.- RECOMENDACIÓN GENERAL</b> .....	<b>122</b>
CAPITULO VII .....	123
BIBLIOGRAFIA Y ANEXOS .....	123
REFERENCIAS .....	124
ANEXOS .....	127
<b>CRITERIOS DE SELECCIÓN</b> .....	<b>129</b>
<b>TOTAL</b> .....	<b>129</b>
<b>ANEXO Nº 3</b> .....	<b>130</b>

## INDICE DE FIGURAS

QUÉ FUNCIONES CREE USTED, CUMPLE LA PRUEBA ILÍCITA1.....	92
SUSTENTACION DE LA LEGITIMACION DE LA PRUEBA ILICITA2 .....	93
ETAPA DEL PROCESO PENAL EL ABOGADO PUEDE SOLICITAR LA EXCLUSION3 .....	94
CONSIDERA USTED QUE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ES4 .....	96
OPINION RESPECTO A LA REGLA DE EXCLUSION5 .....	97
Estadísticos De Expedientes Penales Del Distrito De Chiclayo En Los Que Se Ha Considerado La Prueba Ilicita 2014-20156 .....	98
SE EXCLUYE O INCLUYE LA PRUEBA ILÍCITA APLICANDO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD7 .....	99

## INTRODUCCIÓN

La vigencia del Código Procesal Penal, presupone la materialización efectiva del derecho al debido proceso del imputado, debidamente garantizado y reconocido por la Constitución y los Tratados Internacionales, así como nombrado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; pero, los defensores ¿aprovechamos realmente el ámbito de protección que nos ofrece éste modelo procesal?, que no es nuevo, si no que ya lleva décadas de aplicación tanto en Europa como en los Estados Unidos de América.

Consideramos que el tema propuesto es importante, porque una de las teorías en cuanto a la prueba ilícita es la ponderación con el bien jurídico, lo que no significa otra cosa que, sopesar la vulneración del debido proceso en la obtención de la evidencia, con el resultado alcanzado.

Consciente de los desafíos actuales, hemos considerado realizar un estudio minucioso e importante el cual es la elaboración de esta tesis, facilitando a los operadores de justicia valorar y admitir diferentes pruebas ilícitas aplicando el principio de proporcionalidad en los diferentes tipos de delito de nuestro código penal; más aún para que los autores de estos delitos no se burlen de la justicia y asuman su responsabilidad, y así no quede impune los derechos de las víctimas.

Desde este precedente proponemos que el Principio de proporcionalidad como principio general del derecho que nos lleva alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, es una alternativa para ser la herramienta o mecanismo que se pueda utilizar para darle cierta valoración en casos concretos a la prueba obtenida ilícitamente.

En nuestro país ante las diversas vulneraciones a los bienes jurídicos protegidos es también una exigencia plantear alternativas en el ámbito jurídico, las que deben adecuarse a la realidad, sin caer en extremos como el rechazo a las pruebas obtenidas ilícitamente, para dar paso a una alternativa como la aplicación del Principio de proporcionalidad cuyos subprincipios debe cumplirse en forma concurrente para ser admitida durante el control de acusación en el proceso penal.

Por estas razones se desarrolla en la presente tesis, la posibilidad de analizar el principio de proporcionalidad como un mecanismo para la valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano con respecto a un marco referencial que integre planteamientos teóricos, normas y jurisprudencia nacional, mediante un análisis descriptivo, cuanti-cualitativo con el propósito de identificar las causas del problema y adoptar criterios para su aplicación.

En el primer capítulo se expondrán los planteamientos metodológicos y la legislación comparada, en el segundo capítulo, se expondrá el marco teórico respecto a la prueba ilícita, derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, en el tercer capítulo se anotarán los resultados obtenidos, en el que se ha considerado una muestra aleatoria; luego de la aplicación de los instrumentos como la encuesta y la evaluación de expedientes del Distrito Judicial de Lambayeque, 2014-2015.

En el cuarto capítulo se podrá apreciar el análisis realizado considerando a los operadores del derecho y comunidad jurídica, respecto a los planteamientos teóricos, normas y legislación comparada.

En el quinto capítulo expondremos las conclusiones a las que se han podido deducir después de un minucioso análisis y finalmente en el sexto capítulo apreciaremos las recomendaciones respecto al tema tratado.

Esperando que ésta investigación constituya un aporte teórico con relevancia práctica a fin de brindar soluciones razonables y eficientes que alcancen a superar el problema encontrado, pasamos al desarrollo de la misma.

# **CAPÍTULO I**

## **MARCO METODOLÓGICO**



## PLAN DE INVESTIGACIÓN

### **1.1. El Problema**

El problema que es objeto de estudio en la presente investigación, es aquel que ha sido denominado como: **El principio de proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano**".

En nuestro sistema jurídico se ha podido evidenciar deficiencias respecto a la valoración de la prueba ilícita, como antecedente tenemos a los significativos casos juzgados por la Sala Penal Especial Nacional de Terrorismo en los que se ha alegado vulneración de derechos fundamentales en la obtención de fuentes de prueba, observándose en las investigaciones que los operadores procesales tuvieron la necesidad de recurrir a criterios concernientes a la prueba ilícita para evitar la impunidad, los mismo que no han sido plenamente desarrollados y que actualmente son inadvertidos en razón a la posición garantista.

Ello lleva a afirmar, que debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita en los procesos penales, los operadores procesales de justicia no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión del material probatorio donde se puede ver afectado los derechos fundamentales tanto de los procesados como de las víctimas. Estos criterios son hasta ahora pronunciamientos que obligan abusar alternativas valederas jurídicamente para tratar la admisión de la prueba ilícita en procesos en el que se debe considerar los derechos de la víctimas y el conocimiento de la verdad real, es así que en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita, que en muchos casos se ha constituido en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso y por ende generar la impunidad.

Frente a la prueba ilícita en el sistema jurídico peruano no existe un criterio metodológico que pueda resolver el conflicto entre los derechos fundamentales; de la víctima y el imputado, y se evite el desconocimiento de la verdad procesal. La problemática concerniente a la prueba ilícita y las prohibiciones de valoración probatoria merece una atenta consideración,

tanto por la jurisprudencia como por la doctrina nacional en razón de la importancia de lo que está en juego. Hay situaciones en las que el operador de justicia se encuentra frente a una colisión entre dos derechos fundamentales, por un lado, el derecho del imputado a no autoincriminarse; y por otro lado, el deber del Estado de descubrir la verdad sobre un hecho criminal y los derechos fundamentales de la víctima. En tal sentido existen muchas interrogantes que ameritan ser resueltas, siempre que se produzca un conflicto entre los bienes jurídicos fundamentales, debiéndose realizar un examen para cada caso concreto que podría ser utilizado como un criterio metodológico para el operador que debe determinar el contenido de los derechos fundamentales para cada caso frente a la prueba ilícita.

El Principio de proporcionalidad no es aplicado en su verdadera dimensión y generalmente se invoca para fundamentar la exclusión de prueba ilícita. En el nuevo proceso penal, se asume la tesis extrema de rechazo o de la inutilización absoluta de las pruebas inconstitucionales, pues se cree que, podría resultar peligrosa, la teoría de la ponderación porque llevaría al juzgador a resolver de acuerdo a sus convicciones políticas o de otra índole; es decir a impregnarse de subjetividad, estos cuestionamientos de un sector importante de la doctrina respecto al principio de proporcionalidad, evitan que para cada caso concreto en la que exista una prueba ilícita y esté de por medio la verdad material y el alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto sea el Principio de proporcionalidad en su sentido estricto y amplio una alternativa para el operador jurídico.

Consciente de los desafíos actuales, hemos considerado realizar un estudio minucioso e importante el cual es la elaboración de este proyecto, facilitando a los operadores de justicia valorar y admitir diferentes pruebas ilícitas aplicando el principio de proporcionalidad en los delitos de los diferentes procesos penales; más aún para que los autores de estos delitos no se burlen de la justicia, asumiendo su responsabilidad y no quede impune los derechos de las víctimas.

Nuestro propósito es impulsar y mantener una línea de inspiración que coadyuve académicamente con las labores que vienen desempeñando los órganos vinculados al mencionado sistema, esto es: el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría Anticorrupción. Este estudio también se vincula con los aspectos complejos que contienen los delitos de la administración pública, con la prueba ilícita obtenida, para así aplicar el principio de proporcionalidad, dándole una valoración esencial al momento de calificar una prueba ilícita, determinando que no existe un aprovechamiento de la ilicitud, siempre que se cumplan dos condiciones: a) Solidez del razonamiento que conduce a sostener la inevitabilidad del descubrimiento de la prueba de forma independiente, y, b) salvaguardar las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado. Así estamos ante un claro ejemplo de la excepción que en los Estados Unidos se conoce como *Inevitable discovery exception*, en virtud de esta teoría los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la que la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos-inevitadamente-sería obtenido a través de una actividad regular y lícita. Se trata de admitir la validez de la prueba derivada de forma natural de otra inconstitucional en aquellos casos en los que se considere que, si no hubiese habido tal vulneración del derecho fundamental, la prueba habría terminado por ser inevitablemente adquirida de forma independiente durante el curso normal de la investigación.

Por lo que, es necesario aplicar el principio de proporcionalidad al momento de darle una esencial valoración a la prueba ilícita para que sea admitida referente a los diversos delitos de nuestro código penal; evitando que los sujetos activos que cometen diferentes delitos apliquen ciertos artificios para deslindar responsabilidades y así huir de la justicia, más aun cuando se trate de delitos contra la administración pública en el gobierno nacional, regional o local y estos queden desprotegidos; este mecanismo a emplear ayude a combatir actos de corrupción de funcionarios.

#### **1.1.1. Selección del Problema**

Este problema ha sido seleccionado teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) Se tienen acceso a los datos relacionados al problema.
- b) Su solución contribuiría a resolver otros problemas
- c) Presenta incidencia social.
- d) Su solución contribuiría al desarrollo personal del investigador.
- e) En su solución están interesados los responsables de dos o más áreas.

### **1.1.2. -Antecedentes de la Investigación**

#### **a) Nivel Internacional**

##### **España**

Gonzales García J. (2005), señala que“La evolución de la jurisprudencia constitucional ha conducido a la introducción en el Derecho español de criterios de flexibilización de la regla sobre prueba ilícita, en especial en el caso de la denominada "prueba derivada", esto es, de la practicada legítimamente a partir de hechos averiguados por medios ilícitos. Así, el Alto Tribunal ha construido la tesis de la "conexión de antijuridicidad", en cuya virtud no toda prueba derivada de una fuente de prueba ilícita es también ilícita, sino solo en determinadas condiciones”. Según esta doctrina, no existe dicha conexión, en todo caso, por el hecho de que la prueba de cargo inicial sea ilícita, sino que para ello es preciso efectuar un razonamiento lógico deductivo que permita establecer, primero, las características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria; segundo, cuál es su resultado, con el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella, y tercero, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del vulnerado exige. (Pag.187-211)

Por ello, en cuanto a la prueba ilícita se han desarrollado tres teorías en el sistema procesal penal: español:

##### **A. La fuente independiente.-**

La excepción de la fuente independiente funciona cuando al acto ilegal o sus consecuencias se pueden llegar por medios

probatorios legales presentes, que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir, que aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado se puede arribar igualmente a sus consecuencias.

Se refiere que no será procedente la exclusión cuando exista algún cause de investigación autónomo que con seguridad permita arribar al mismo elemento, y que dicha vía investigativa se encuentre comprobada.

#### B. El descubrimiento inevitable.-

Se aplica cuando la actividad ilícita y sus consecuencias se hubieran conocido por otros caminos que en el futuro, indefectiblemente se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho.

La diferencia entre ésta excepción y la desarrollada anteriormente ha sido caracterizada resaltando que en la fuente independiente se requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, en el descubrimiento inevitable que sea hipotéticamente factible. También que ésta última se distingue por no requerir una línea de investigación distinta actual y comprobada en el expediente, sino que basta una concatenación hipotética.

#### C. La buena fe.-

Es cuando la violación se ha efectuado por error, pero sin embargo existió buena fe de las autoridades que participaron en la diligencia o recojo de la evidencia

### **EE.UU.**

Pellegrini Grinover Ada (2000), señala que la línea jurisprudencial que se fija en la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, que modula la transferencia de los efectos de la prueba ilícita a la prueba derivada cuando hay inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que a todas luces aparecerían con vinculación lógico-causal, cuando el descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito hubiera sido inevitable y cuando

hubiera buena fe en la obtención de las pruebas directas. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la *buena fe*, que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fue realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia. (pág. 288)

El máximo tribunal norteamericano había aceptado implícitamente la excepción en distintos pronunciamientos, como el caso de "Adams vs Williams", en donde se discutía la validez de una incautación de droga efectuado en el marco de una requisita policial en la cual los policías sospechaban que el interceptado podía llevar armas, pero no estupefacientes. La admisión de la incautación se basó en el hecho de que de acuerdo con la doctrina sentada en "Terry vs Ohio" la policía puede revisar a un sujeto si sospecha que lleva armas. Como en el caso Adams la policía había hecho la requisita sospechando que tenía armas, se consideró válido el secuestro de la droga que resultó imprevistamente.

Asimismo, la mencionada doctrina señala que los derivados de las pruebas ilícitas pierden si "tinte" ilícito y por lo tanto pueden ser admitidos en el proceso. Por ejemplo, en el allanamiento ilegal de una local donde se acopia ilegalmente armas, son encontrados correos electrónicos impresos en papel señalando que un nuevo envío de armas sería recibido por un sujeto X, quien posteriormente fue interrogado por la Policía, en presencia de su abogado defensor, señalando que su proveedor es el sujeto Y quien finalmente guarda las armas en su domicilio, el que luego es allanado por disposición judicial. En esta secuencia de hechos, si bien el primer allanamiento es ilícito, constituyendo prueba ilícita y determinando la ilicitud del derivado (interrogatorio al sujeto Y), el allanamiento final de la casa de dicho sujeto resulta admisible debido a que la influencia de la raíz ilícita de este medio probatorio es distante. Asimismo, para el tratamiento de la prueba

ilícita se ha desarrollado el Principio de Proporcionalidad, el cual supedita la aplicación de la exclusión a la relación de importancia y gravedad que tenga el acto ilegal y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. Esta excepción busca ponderar los por una parte el interés social referido a la eficacia de la administración de justicia, y el derecho del procesado a no ser condenado sobre la base de una prueba ilícitamente obtenida. Líneas arriba señalábamos que esta es una tesis muy controvertida que ha llevado al Tribunal Federal de Alemania a aplicarla sólo en casos excepcionales.

### **La Doctrina de la conexión atenuada o del vínculo atenuado (attenuated connection principle)**

La jurisprudencia norteamericana ha fundado esta excepción en el sentido de que una prueba ilícitamente obtenida se va disipando o al mismo tiempo purgando ante el ingreso posterior de otros actos derivados de prueba que propagan el vicio principal, pues la causalidad entre la prueba ilícita principal y las pruebas derivadas posteriormente obtenidas se encuentra mitigada por la concurrencia de múltiples situaciones. El paradigma casuístico es *Wong Sun vs. United States* (1963) caso de drogas en el que se arresta en forma viciada e inconstitucional a una persona quien a la vez incrimina a otra detenida también en forma indebida, y ésta, la otra persona, sindicada e involucra a un tercero (Wong Sun) quien previo a la audiencia de juzgamiento confiesa voluntariamente admitiendo su responsabilidad penal.

**Principio de Proporcionalidad.-** Las excepciones a la regla de exclusión probatoria no solo que han sido una preocupación estadounidense, sino que guardan también su apogeo en Europa continental, en países como Alemania en donde la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se ve aminorada por la presencia del criterio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), razonamiento que es aplicado

por los tribunales de Alemania Federal siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, equilibrando la contraposición de valores fundamentales que se encuentren en tensión, la eficiencia y éxito de la administración de justicia por un lado, la garantía del acusado a no ser condenado en base a pruebas ilícitas, por el otro. La aplicación del principio de proporcionalidad, pese a dar admisibilidad a un medio de prueba inconstitucional, es el camino a seguir como medio de evitar peores desastres proporcionalmente mayores.

### **Suiza**

Se aplicó este principio en el caso de Pierre Schenk a quien se acusó de contratar a una persona para dar muerte a su esposa y mediante interceptación de llamada telefónica sin orden judicial, se obtuvo prueba contra él. El Tribunal que lo juzgó estimó que “el interés público en que la verdad fuese establecida respecto de un delito en que está implicada la muerte violenta de una persona, prevalecía frente al interés del señor Schenk al secreto de una conversación telefónica que no conllevaba de ninguna manera un ataque a la esfera íntima”.

### **Ecuador**

La legislación procesal penal ecuatoriana señala excepciones probatorias las cuales son aceptadas y entre las que tenemos:

**Doctrina de la Fuente Independiente ( independent source doctrine)** Que consiste en conferir valor probatorio a aquella prueba lícita, que se encuentra desvinculada causalmente de un medio de obtención de prueba ilícito, es decir cuando una prueba que es lícita no es “fruto” de la ilicitud o consecuencia inmediata de una prueba ilícita. Dicho medio de prueba además tiene que encontrarse consignado en el proceso, a tal punto que valiéndonos de una supresión hipotética del acto de prueba inconstitucional, igual se allegaría a las conclusiones de culpabilidad del acusado por otros medios probatorios lícitos. Este es un caso excepcional permitido también en nuestro



país, bajo la ordenanza procesal del Art. 80 del Código Procesal Penal Ecuatoriano.

**b) Nivel Nacional:**

Nuestro Nuevo Código Procesal Penal ha adoptado casi expresamente esta interpretación de la excepción bajo comentario. Ello se deduce del texto del inciso 3 del Artículo VIII (*Legitimidad de la Prueba*) del Título Preliminar del señalado texto legal: "La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio." *Contrario sensus* la violación de una regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado si podrá ser empleada a favor de este último.

Sánchez Velarde P. (2009), señala que la actividad probatoria se encuentra regulada por la Constitución Política del Estado y también por las leyes internacionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona. En los Pactos y Convenios Internacionales existe mención expresa a los derechos fundamentales y la actividad probatoria (pág. 226):

"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley" (Art. 14.2 Pacto de Nueva York; 8.2 Pacto de San José). "Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable" (Art. 14.3 g Pacto de Nueva York; 8.2 g Pacto de San José). "La confesión es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza" (Art. 8.3 Pacto de San José).

El Código Procesal Penal, a diferencia de la regulación anterior, consagra en su título preliminar que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (Art. VIII.2), lo que permite

contar con una amplia protección de los derechos fundamentales en materia probatoria.

### **c) En la Región**

No existen antecedentes en la investigación en las universidades de la región como la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Universidad de Chiclayo y Universidad Santo Toribio de Mogrovejo.

### **1.1.3. Formulación del Problema**

#### **1.1.3.1. Formulación Interrogativa del Problema**

El problema ha sido formulado interrogativamente mediante las siguientes preguntas:

##### **Primera Parte del Problema: (Discrepancias Teóricas)**

- a) ¿Cuáles son los planteamientos teóricos respecto al principio de proporcionalidad en la valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano(Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2014-2015)?
- b) ¿Para qué aplicar el principio de proporcionalidad frente a la prueba ilícita?
- c) ¿Se conocen y aplican bien esos planteamientos teóricos?
- d) ¿Existen Discrepancias Teóricas en lo relativo al Principio de Proporcionalidad frente a la prueba ilícita en el proceso penal peruano (Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2014-2015)?
- e) Si existen Discrepancias teóricas ¿Cuáles son?
- f) ¿Cuáles son las relaciones causales que explicarían esas Discrepancias Teóricas?

##### **Segunda parte del Problema (Empirismos Normativos)**

- a) ¿Qué importancia tiene el problema planteado?
- b) ¿Cuáles son los planteamientos teóricos y legislación comparada respecto al Principio de Proporcionalidad

como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano?

- c) ¿Se conocen y aplican bien esos planteamientos teóricos y legislación comparada?
- d) ¿Existen empirismos normativos respecto al Principio de Proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano?
- e) Si existen empirismos normativos, ¿Cuáles son?
- f) ¿Cuáles son las relaciones causales que explicarían esos empirismos normativos?

#### **1.1.5. Justificación de la investigación**

Actualmente en la doctrina y jurisprudencia procesal se tiene que afrontar un significativo problema cuando se pretende en un proceso penal admitir o no las pruebas ilícitas, aquellas que han sido obtenidas vulnerando los derechos fundamentales, plenamente reconocidos y garantizados por nuestra Carta Magna, más aún si en el Código Procesal Penal en el Título Preliminar, artículo VIII, se refiere a la legitimidad de la prueba y en el inciso 2°, precisa que “Carece de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”, esto nos dibuja un panorama legal en la que debemos adoptar una posición clara que resuelva en primer lugar la terminología que se utiliza la que no es uniforme, se emplean indistintamente términos como, “prueba prohibida o prohibiciones probatorias”, “prueba ilegal o ilegalmente obtenida”, “prueba ilegítimamente obtenida”, “prueba inconstitucional”, “prueba nula o prueba irregular” y “prueba ilícita” pero no solo se trata de adoptar una determinada terminología sino también respecto a su definición de prueba ilícita, pues existen variadas definiciones que sin duda nos llevaría adoptar una como la propuesta por el jurista Cubas Villanueva, quien sostiene que son aquellas obtenidas a través de la violación de los derechos fundamentales, pero que a su vez se complementa con la definición de FelixTasaycoal señalar que “prueba

ilícita es aquel medio y/o fuente de prueba que ha sido obtenido e incorporado al proceso con vulneración de derechos fundamentales reconocidos y amparados por la norma constitucional o infraconstitucional”, en estas diferencias jurídicas que abundan en torno a la prueba ilícita, sin duda se discute respecto a los valores y principios de alto rango constitucional, como la libertad, presunción de inocencia, advirtiéndose un enfrentamiento, pues en la teoría de la prueba ilícita está siempre en conflicto el de llegar a la verdad en el proceso penal y el defender los derechos fundamentales de las personas, por lo que ha surgido las reglas de exclusión las que han sido inspiradas en los últimos tiempos por la jurisprudencia y doctrina norteamericana, sin embargo en función de la casuística abundante respecto en la que se encuentra la prueba ilícita, existe la tendencia de admitir las prueba ilícitas, surgiendo tres posiciones doctrinarias como a) los que admiten los medios y/o fuentes de prueba ilícitamente obtenidos, independientemente de la sanción penal o administrativa que tenga lugar; b) los que rechazan los medios y/o fuentes de prueba, negándoles su eficacia en el proceso penal; c) los que consideran que debe ser el juez, quien en cada caso concreto, pondere los derechos, valores, intereses y se pronuncie motivadamente sobre la admisibilidad o rechazo de la prueba ilícitamente obtenida. Ante esta situación buscamos una alternativa, surgiendo el criterio de la ponderación o proporcionalidad, que en la Jurisprudencia Procesal Penal peruana N ° 342-2001- Lima, ha sido considerado, pese a que no se trata de un proceso penal, sino administrativo, se aplicó el Principio de Proporcionalidad, constituyéndose en una alternativa eficaz para el examen de los casos concretos considerando los tres niveles del Principio de Proporcionalidad que son los subprincipios de idoneidad, necesidad o de intervención mínima y proporcionalidad strictu sensu. Desde este precedente considero que el Principio de proporcionalidad como principio general del derecho que obliga al juzgador alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, es una alternativa para

ser la herramienta o mecanismo que se pueda utilizar para justificar en casos concretos, la admisibilidad de la prueba obtenida ilícitamente.

En nuestro país ante los diversos vulneraciones a los bienes jurídicos protegidos es también una exigencia plantear alternativas en el ámbito jurídico, las que deben adecuarse a la realidad, sin caer extremos como el rechazo o admisión de las pruebas ilícitas, para dar paso a una alternativa como la aplicación del Principio de proporcionalidad cuyos subprincipios debe cumplirse en forma concurrente para ser admitida durante el control de acusación en el proceso penal.

#### **1.1.6. Limitaciones de la Investigación**

a) La presente investigación comprende sólo el análisis del Principio de Proporcionalidad para la valoración de la prueba ilícita en los procesos penal peruano.

b) La investigación revisará y analizará la problemática referida a Principio de Proporcionalidad para la valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano.

c) Los investigadores contaron con muy poco tiempo para la realización del presente trabajo.

d) Los investigadores tuvieron un espacio geográfico limitado para la investigación.

e) Los investigadores no tuvieron mucho acceso a la información por lo que no existe mucho material bibliográfico sobre esta materia.

### **1.2. Objetivos de la investigación**

#### **1.2.1. Objetivo general.**

Analizar el principio de Proporcionalidad como un mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano, como referente en los procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2014-2015; con respecto a un Marco Referencial que integre: Planteamientos teóricos, Normas, y Jurisprudencia Nacional; mediante un análisis cuanti-cualitativo con el apoyo de programas informáticos; con el propósito de identificar

las causas de cada parte del problema; de tal manera que tenga base para fundamentar la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad como un mecanismo para la admisión de prueba ilícita en el proceso penal, y a su vez para proponer lineamientos y recomendaciones sobre el tema de investigación para una mejor aplicación de la misma.

### **1.2.2. Objetivos Específicos:**

- a) Ubicar, seleccionar y resumir *Planteamientos Teóricos* directamente relacionados con el principio de Proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano, como referente en los procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2014-2015; tales como: *conceptos básicos, teorías, principios; Normas*, tales como: Constitución Política del Perú, Código Penal Peruano y *Legislación Comparada, tal como:* en Europa y Latinoamérica que integro como MARCO REFERENCIAL para el análisis.
- b) *Describir* el principio de Proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano; en sus partes y variables, tales como: *Operadores Jurídicos y Comunidad Jurídica.*
- c) Justificar la necesidad de considerar al principio de proporcionalidad como mecanismo para la admisión de la prueba ilícita en el proceso penal.
- d) Establecer si el Código Procesal Penal, regula dentro de su estructura normativa las reglas de excepción para la admisión de la prueba ilícita.
- e) *Comparar cuantitativa y cualitativamente*, con el apoyo de programas informáticos, cada parte o variable de principio de Proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano, con respecto a cada parte o variable del Marco Referencial, tomado como patrón comparativo suficiente.

- f) Proponer lineamientos y recomendaciones sobre el tema de investigación planteado; de tal manera que se corrijan los incumplimientos y empirismos aplicativos.
- g) Conocer los casos sobre la prueba ilícita y su admisión realizados durante la vigencia del Código Procesal Penal en el Distrito de Chiclayo

### **1.3. Hipótesis:**

#### **1.3.1. Hipótesis Global**

El principio de Proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano; se ve afectada por Discrepancias Teóricas, Empirismos normativos; que están relacionados causalmente y se explican, por el hecho de que no se conocía o no se ha aplicado bien algún **Planteamiento Teórico**, especialmente algún concepto básico, teoría y principio; o, por no haberse aprovechado la **Legislación comparada** de España, EE.UU y Ecuador.

La hipótesis llega a constituir una de las formas con que se manifiesta el progreso del conocimiento científico, y a través de ellas, además, se permite que la investigación científica se lleve a cabo en forma ordenada y se conduzca al descubrimiento de las leyes para búsqueda de alternativas para la admisión de la prueba ilícita en nuestro código procesal penal, en referencia a los diversos delitos del proceso penal peruano. Así, *“la investigación científica, particularmente en el ámbito de las ciencias jurídicas y especialmente en el ámbito procesal penal, no puede caminar a ciegas, ni al azar. Provisionalmente debe enfocar el problema planteado formulando algunas hipótesis que traten de describir y explicar la realidad de los casos o hechos que se pretenden estudiar.*

### **1.4. Variables**

#### **1.4.1. Identificación de las Variables**

En la presente investigación, para poder contrastarlas; se requerirá obtener los datos de los dominios de los siguientes valores:

A = Variables de la Realidad

A1 = Operadores del Derecho

A2 = Comunidad Jurídico – Social

-B = Variables del Marco Referencial

- B1 = Planteamientos Teóricos

- B2 = Normas

- B3 = Legislación Comparada

-X = Variables del Problema:

- X1 = Discrepancias Teóricas

- X2 = Empirismos Normativos

#### 1.4.2. Definición de Variables

A1 = Operadores del Derecho

Pertenecen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar lo referente al... *“las personas que deben llevar a cabo distintas acciones (planificar, organizar y ejecutar) para lograr un objetivo”...o también ...“persona(s) obligada(s) a cumplir ciertas tareas o asumir ciertas funciones para el logro de objetivos”...*

A2 = Comunidad Jurídica

h) Pertenecieron al dominio de esta variable *todos los datos que en común tienen los abogados, Jueces, doctrinarios que hacen un estudio sobre la teoría de la imputación objetiva en los delitos dolosos de resultado y su recepción en la jurisprudencia de la ciudad de Chiclayo en los años 2014 a 2015*

B1 = Planteamientos Teóricos

Pertenecen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar ... *“Una imagen mental de cualquier cosa que se forma mediante la generalización a partir de casos particulares como por ejemplo, una palabra o un término”...;* referidos a lo básico, es decir ...*“perteneciente a la base o bases sobre la que se sustenta algo fundamental” ...*

B2 = Normas



Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar... *“la norma o regla jurídica es un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en lugar y momento determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente”*

### B3 = Legislación Comparada

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar ...la... *“Ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países”*..; referido a legislación ... *“Se entiende por tal, según la definición de la Academia de la Lengua, “el conjunto o cuerpo de leyes por las cuales se gobierna un Estado o una entidad determinada, y también la ciencia de las leyes. Con un sentido amplio, debe entenderse por leyes todas las normas rectoras del Estado y de las personas a quienes afectan; dictadas por la autoridad a quien esté atribuida esa facultad. En consecuencia, y dentro de ese sentido extensivo, la legislación de un país estaría constituida, dentro de un régimen constitucional, no sólo por las normas establecidas por el organismo legislativo (Cámara de Diputados C- Representantes y Senado), sino también por las disposiciones (decretos, decretos- leyes, órdenes y resoluciones) dictadas por el poder administrador en todos sus grados y dentro de sus atribuciones específicas. Pero en un sentido restringido y más científico, la legislación sólo estaría representada por el conjunto o cuerpo de leyes propiamente dichas, o sea las que emanan del Poder legislativo. Claro es que todo esto está referido a los países de régimen constitucional y los Estados de derecho en que sus Poderes se encuentran separados y con funciones independientes y bien delimitadas.”*; referido a comparación, es decir, ... *“Acción y efecto de comparar. Símil, semejanza de ideas...”*; referido a Jurisprudencia, es decir, ..a la ... *“Ciencia del derecho”*. ... *“la interpretación que la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su*

*jurisdicción, así pues esta formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada”...*

X1 = Discrepancias Teóricas

*Pertenecieron al dominio de esta variable, el Conjunto de Investigaciones y consecuentemente enfoques dados por la Doctrina tanto nacional como extranjera sobre la figura jurídica a investigar.*

X2 = Empirismos Normativos

*Pertenecen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar ... si un investigador revisa las normas internas que deben cumplirse en esa parte de la realidad, entidad o empresa; y, ninguna de ellas difiere con ningún planteamiento teórico atingente conozca o recuerde; entonces no hay problema. Pero si alguna de esas normas difiere con algún planteamiento teórico, entonces hay problema; y, hemos identificado un tipo de problema al que denominamos: empirismos normativos”...*

**1.4.3. Clasificación de las variables.**

Variables	Clasificaciones						
	Por la relación causal	Por la cantidad	Por la jerarquía				
			4	3	2	1	0
A= De la Realidad							
A1= Comunidad Jurídica	Interviniente	Cantidad Discreta	—	—	—	—	—
A2= persona afectada	Interviniente	Cantidad Discreta	—	—	—	—	—
A3= Entidades Públicas	Interviniente	Cantidad Discreta	—	—	—	—	—

<p>B= Del Marco Referencial  -B1= Conceptos Básicos  -B2=Disposiciones Normativas.  -B3= Legislación Extranjera</p>	<p>Independiente  Independiente  Independiente</p>	<p>No cantidad  Cantidad Discreta  No cantidad</p>	<p>NA  —  T  Ap</p>	<p>PA  —  MAp</p>	<p>A  —  Ap</p>	<p>MA  —  P  Ap</p>	<p>TA  —  N  Ap</p>
<p>-X= Del Problema  -X1= Empirismos Aplicativos  -X2= Incumplimientos</p>	<p>Dependiente  Dependiente</p>	<p>Cantidad Discreta  Cantidad Discreta</p>	<p>—  —</p>	<p>—  —</p>	<p>—  —</p>	<p>—  —</p>	<p>—  —</p>

**Leyenda:**

T = Totalmente

M = Muy

P = Poco

N = Nada

Ex= Exitosas

A = Aplicables

C = Cumplidos

Ap. = Aprovechables

**1.5. Diseño de la Ejecución**

**1.5.1. Universo**

El universo de la presente investigación comprendió la sumatoria de todos los datos de los dominios de todas las variables que se han identificado en el anexo 4 sobre identificación de las variables las que son: Comunidad

Jurídica, Personas afectadas, responsables, empirismos aplicativos, incumplimientos y legislación comparada.

### **1.5.2. Selección de las Técnicas, Instrumentos e Informantes o Fuentes**

En esta investigación, dadas las variables, que son cruzadas en las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se requirió aplicar o recurrir, a las siguientes:

- a) **La técnica del análisis documental;** utilizaremos, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas, Jurisprudencia, incumplimientos.
- b) **La técnica de la encuesta;** utilizando como instrumento un cuestionario; que tenga como informantes a personas afectadas a sus derechos ambientales el cual aplicaremos para obtener los datos del dominio de las variables: empirismos aplicativos.

### **1.5.3. Muestra**

Debido a que la población de informantes para el cuestionario son los, Jueces, Fiscales, Abogados, Docentes universitarios y personas afectadas la cual estará integrada por todos aquellos que tiene una relación directa con la problemática los cuestionarios se aplicaron a un número 150 informantes.

Según el criterio de inclusión.- fueron considerados dentro del estudio todo los abogados que cumplieron con el siguiente criterio: que en su labor de trabajo participen en proceso de delitos ambientales especialmente los jueces penales.

Según el criterio de exclusión.- en principio serán excluidos todo los abogados que no cumplan con el criterio de inclusión además de: sin experiencia laboral, que no laboren en derecho civil y penal, que no laboren en la provincia de Chiclayo.

## **La investigación de nuestros informantes:**

### **Jueces Penales**

Será obtenido en imagen institucional de la corte superior de justicia; dado como resultado una cantidad de 02 salas penales, haciendo un total de seis (6) jueces en proceso penales en la ciudad de Chiclayo, debiendo encuestarse a todos.

### **Fiscales**

Será obtenido en imagen institucional del Ministerio Público; dando como resultado una cantidad de 05 fiscalías provinciales, en donde pretendemos encuestar a 05 fiscales adjuntos más la fiscal superior. Pretendemos encuestar un total de 15 fiscales provinciales en la ciudad de Chiclayo; la suma de los fiscales ara un total de 15 en la provincia de la ciudad de Chiclayo debiendo encuestarse a todos.

### **Abogados**

Será obtenido en el colegio de abogados de Lambayeque, dando como resultado una cantidad de seis mil ciento noventa y seis (6196), abogados en la ciudad de Chiclayo, y en la aplicación de la fórmula para el cálculo del tamaño de la muestra. Dando como resultados un total de 129 abogados.

# **CAPÍTULO II**

## **MARCO TEÓRICO**

## **SUB CAPITULO I: LA PRUEBA**

### **2.1.1. . ETIMOLOGÍA:**

Rosas Yataco J,(2009), señala que para conocer el significado de la noción de prueba, es preciso, como paso previo, determinar el sentido etimológico de esta palabra y citando a Sentís Melendo, citado por Manuel Miranda Estrampes (La mínima actividad probatoria en el proceso penal, p 15), enseña que prueba deriva del término latín probatorio, *probationis*, que a su vez procede del vocablo *probus* que significa *bueno*. Por tanto, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa( Pg. 701)

### **2.1.2. . DEFINICIÓN DE PRUEBA:**

Sánchez VelardeP,(2009) La prueba en materia judicial constituye una actividad preordenada por la ley, que se encuentra sometida al criterio de la autoridad judicial y mediante la cual se espera descubrir u obtener la verdad de un hecho controvertido

Según el jurista Sánchez Velarde, precisa que la prueba debe ser conceptualizada integralmente, es decir, como una actividad finalista, con resultado y consecuencia jurídicas, que le son inherentes; y que procesalmente, “La prueba consiste en una actividad cognoscitiva metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal”(Pg 225)

La prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso.

Roxin. C, Citado Por Cubas Villanueva. (2009), probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho. La

prueba penal, señala Cubas Villanueva, puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de los resultados(Pg. 264)

Por último con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido por el juez por los elementos de juicio antes aludidos o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.

En conclusión, podemos conceptuar a la prueba como la actividad de los sujetos procesales dirigida a la formación de la convicción del juzgador sobre la existencia o no existencia de los hechos imputados.

Ore Guardia. Citado Por Rosas, J. (2009), dice que la prueba puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el resultado conviccional de su valoración (Pg. 701).

### **2.1.3. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA**

La actividad probatoria se encuentra regulada por la Constitución Política del Estado y también por las leyes internacionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona. En los Pactos y Convenios Internacionales existe mención expresa a los derechos fundamentales y la actividad probatoria (Sanchez Velarde. P,Pg 226)

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley” (Art. 14.2 Pacto de Nueva York; 8.2 Pacto de San José). “Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable” (Art. 14.3 g Pacto de Nueva York; 8.2 g Pacto de San José). “La confesión es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” (Art. 8.3 Pacto de San José)



El Código Procesal Penal, a diferencia de la regulación anterior, consagra en su título preliminar que “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona” (Art. VIII.2), lo que permite contar con una amplia protección de los derechos fundamentales en materia probatoria.

#### **2.1.4. PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA**

Las normas constitucionales en materia probatoria se interpretan en relación directa a las normas internacionales que tienen plena vigencia en nuestro sistema jurídico. Por ello pueden ser alegadas y aplicadas en los procesos penales.

La actividad probatoria en el proceso penal se rige por determinados principios, basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones que condicionan su obtención, incorporación, valoración en el proceso penal. Dentro de los principios más importantes en materia de prueba se cita a los siguientes:

**2.1.4.1. Principio de Oficialidad:** Referido a que el Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal pública es el interesado en alcanzar la verdad material. Este principio se constituye en un deber del Ministerio Público para esclarecer los hechos. La actividad oficial está normada por la Constitución, los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Congreso y la ley expedida conforme a ellos. (Cubas V. 2010 Pg. 278-279)

**2.1.4.2. Principio de Libertad Probatoria:** En el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Esto significa que no se exige la utilización de un medio determinado y si bien se debe recurrir al que ofrece mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios. Se pueden emplear medios de prueba no reglamentados, siempre que sean adecuados para descubrir la verdad. En el proceso penal no se

tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos al estado civil o de ciudadanía de las personas.

La libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues éste se concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.

Sánchez VelardeP(2009), se refiere a este principio como uno de los más invocados en materia probatoria. La libertad de la prueba se sustenta en la regla de *que todo se puede probar y por cualquier medio*, salvo las prohibiciones y limitaciones que nacen de la Constitución y el respeto a los derechos de la persona que se consagran. En tal sentido, el fiscal y los defensores están en las condiciones de pedir u ofrecer las actuaciones de pruebas que favorezcan sus pretensiones; por ejemplo, para establecer la conducta que se atribuye ilícita o para descartarla; para establecer el grado de responsabilidad del imputado, o de su eximente; de las circunstancias que agravan o atenúan su conducta; o la naturaleza del perjuicio o daños causados; para desvirtuar las pruebas ofrecidas por la parte contraria. (Pg. 227-228)

**2.1.4.3. Principio de pertinencia.** Cubas Villanueva, indica que es la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello.

Sánchez Velarde, P. (2009) Las pruebas que se soliciten o se ofrezcan o se actúen en el proceso penal deben guardar pertinencia con los fines del proceso y en especial, con lo que es objeto de prueba. En tal sentido, el juez no admitirá las pruebas que sean impertinentes o como establece la ley “podrá excluir las que no sean pertinentes”. Las pruebas deben de conducir a establecer la verdad sobre los hechos investigados. (.Pg. 229)

**2.1.4.4. Principio de la comunidad y/o unidad de la Prueba:**

Cubas, V. (2009) También llamado de adquisición procesal de la prueba, en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando

o negando un hecho o circunstancia. Puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció. Consiste este principio que las pruebas se valoren en su conjunto, bien sea que se hayan practicado a petición de alguno de los sujetos procesales o por disposición oficiosa del juez. (Pg. 280)

Dentro de la vigencia de la sana crítica y en el marco de un proceso guiado por los principios inquisitivo en la etapa de la investigación y de la oficiosidad que busca la verdad real, es obvio que las pruebas sean patrimonio del proceso que tenga mérito a favor o en contra de quien las haya solicitado y que constituyan un solo haz para ser sometidas al proceso lógico del análisis y síntesis

El esclarecimiento de la verdad en el proceso penal exige que todos los elementos de prueba existentes en a causa penal, sin atender a que sujeto procesal los propuso u ofreció, debe ser de conocimiento común de todos los sujetos procesales. Ello significa que las pruebas ofrecidas por la defensa del procesado o del Fiscal, no son de conocimiento exclusivo de la autoridad jurisdiccional, sino que también de aquella que no lo ha ofrecido.

De esta manera se busca el equilibrio o igualdad que debe existir en el proceso penal : las partes deben tener las mismas posibilidades de ataque y defensa, sobre todo, tratándose de las pruebas que se incorporan al proceso; de tal manera que una parte carece de facultad para evitar que la contraria o distinta a ella la conozca y la valore en el proceso pues, precisamente, en ello radica la importancia de la prueba, pues la actividad probatoria constituye un todo dentro del proceso, aun cuando se obtenga en distintos momentos. La relación jurídico-procesal es una sola y cualquier actividad postulatoria sobre prueba repercute en la otra parte.

**2.1.4.5. Principio de conducencia y utilidad:** Según este principio se podrá hablar de conducencia y utilidad de la prueba cuando los medios

de prueba se empelan para acreditar hechos que son relevantes o útiles para resolver el caso particular y concreto.

**2.1.4.6. Principio de Inmediación:** Este principio significa el conocimiento inmediato, directo y simultáneo de la prueba por el juez con intervención de los sujetos procesales. El conocimiento directo de la prueba (objeto u órgano) es fundamental en el proceso penal y en tal sentido la oralidad juega un rol también importante, así como de los objetos materiales del delito. La intermediación, la oralidad y concentración de la actividad probatoria dinamizan el nuevo proceso penal, lo hacen más ágil y permiten mayor seguridad al juzgador.

**2.1.4.7. Principio de Legitimidad:** Un medio de prueba será legítimo indica Cubas Villanueva, si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir a la certeza; cuando no es contrario a la ética, ni a la dignidad e integridad de las personas. (Cubas, V. Pg. 280)

Sánchez Velarde P,(2009).La legitimidad de la prueba se refiere, a que la obtención, recepción, valoración de la prueba debe realizarse de conformidad con lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico. El Art. VIII del Título Preliminar del CPP 2004 acoge este principio al prescribir que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; asimismo, establece que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

**2.1.4.8. Principio de la Publicidad del Debate:** La publicidad como principio rige el juicio oral y en tal sentido, comprende la actuación de la prueba con la posibilidad de que la colectividad pueda conocer de su actuación y debate así como la forma de que es valorada en la

sentencia por los magistrados. La prueba se analiza y se discute en el juicio de manera pública, salvo los casos exceptuados por la propia ley empero, siempre será pública cuando se trate del juzgamiento de un funcionario público.

**2.1.4.9. Principio de prueba de oficio como caso excepcional:** En rigor la actividad probatoria la realizan el fiscal y las partes intervinientes en el proceso. El juez analiza las pruebas para tomar decisiones y se admite, por excepción, pruebas de oficio, es decir, dispuestas por la autoridad juzgadora. El Art. 155.3 establece que “la ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio”. Ciertamente, en un modelo procesal penal de corte acusatorio no es de admitirse una actuación jurisdiccional de oficio, pues, se deja a las partes, la intervención, ofrecimiento y debate sobre la prueba, sin embargo, nuestro legislador ha considerado que en determinados casos – debe ser muy excepcional con fines de esclarecimiento debido, podrá actuarlas. Esta facultad puede ser considerada como un rezago del sistema anterior.

## **2.1.5. FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS PROBATORIOS**

Rosas , J.(2009).Durante el fragor de la práctica es necesario tener presente las importantes funciones que tienen los principios jurídicos y discernir cuidadosamente los de extensión general de los de ámbito de aplicación particular; así como no olvidar las relaciones múltiples que existen entre ellos . El jurista Mixán Mass, citado por Rosas Yataco, señala que los principios jurídicos tienen funciones preeminentes y permanentes, destacando tres. (Pg. 724-725)

**2.1.5.1. Función cognoscente:** Los principios jurídicos formulados o sustituidos por la ciencia jurídica. Pero, a su turno, ellos tienen función directriz en el desarrollo de la propia Ciencia Jurídica y en la formulación y desarrollo del derecho positivo. La fuente de esa formulación está en la necesidad de encausar y regular de modo

racional y normativamente el complejo desarrollo social en una determinada etapa histórica.

El sujeto cognoscente que, por excelencia, asume el rol de fundamentar y formular los principios jurídicos es el jurista (el científico del derecho).

**2.1.5.2. Función práctica:** Estos principios, debido a que constituyen categorías del conocimiento jurídico, poseen una aptitud orientadora en la actividad práctica: “iluminan” para la aplicación eficiente del derecho positivo, sirven para subsanar las deficiencias de éste o para resolver las incompatibilidades de la ley o para solucionar jurídicamente casos no regulados (el silencio, “las lagunas de la ley”). En su concreción práctica, los principios jurídicos asumen la función de “regla fundamental de conducta” del “operador del derecho”.

La práctica es la que permite demostrar o refutar la coherencia entre el principio y la realidad normada, así como conocer qué condiciones son necesarias para la concreción eficaz de los principios jurídicos.

**2.1.5.3. Función orientadora de la política legislativa:** Los principios son muy útiles para la orientación eficiente de la política o función legislativa. También el legislador, inspirado en la política del Estado, puede concretizar una positivización de nuevos principios jurídicos, por eso, es conveniente que el legislador tenga el asesoramiento de juristas y especialistas.

## **2.1.7. ACTIVIDAD PROBATORIA**

Es el conjunto de actos procesales que despliegan los sujetos procesales destinados a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba. La actividad probatoria en el procedimiento penal tiene como finalidad específica indagar y verificar las afirmaciones constitutivas de la imputación sobre el objeto de prueba en el caso singular. *“En síntesis la finalidad de la actividad probatoria en el procedimiento penal es buscar la verdad concreta sobre la imputación.”* Esta actividad está a cargo principalmente del Ministerio

Público. El imputado, actor civil y tercero civil aportan y tratarán de introducir en el proceso, solamente los elementos probatorios que les sean útiles.

### **2.1.8. MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA**

Se distinguen tres momentos en la actividad probatoria:

**1) Proposición o producción:** Cualquiera de los sujetos procesales puede indicar o requerir, la introducción en el proceso penal, de un medio de prueba. Por ejemplo, que el inculpado solicite se reciba la declaración testimonial de una persona a quien considera como testigo de descargo.

Estos actos de aportación de pruebas permiten que vayan incorporando al proceso de manera que se dilucide el objeto de la prueba y el juzgador tenga una decisión del mismo.

**2) Recepción:** Consiste, en tomar conocimiento del elemento de prueba introducido mediante la forma permitida por la ley.

La admisión de la prueba no es otra cosa que pronunciarse sobre la admisibilidad del elemento de prueba. Así siguiendo el ejemplo anterior, el testigo ofrecido por el encausado, merecerá un pronunciamiento por el Juez, admitiendo o rechazando se reciba la declaración testimonial.

**3) Valoración:** Ello connota realzar un análisis crítico y lógico que le corresponde al juzgador sobre los elementos de prueba actuados en el proceso penal, constituyéndose así en una operación intelectual del Juez quien la va a ponderar y finalmente resolver.

## **2.2.-SUB CAPITULO II: LA PRUEBA ILÍCITA**

### **2.2.1. Precisiones Terminológicas**

Jimeno, V. Con Moreno C Y Cortés D.(2010) La terminología que se viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dista bastante

de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina. Señala el autor que cabe destacar que, en algunas ocasiones, estas diferencias terminológicas implican, también, verdaderas divergencias conceptuales. En la doctrina, Gimeno Sendra, distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Para este autor mientras la primera es la que infringe cualquier Ley (no solo la fundamental, sino también la legislación ordinaria), la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales, tuteladoras de los derechos fundamentales.(Pg. 16)

Pico , J. citado por Miranda, M.(2010) Distinta es la opinión mantenida, para quien los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.(Pg. 16.)

Miranda Estrampes (2010), señala que el término a utilizar es el de prueba ilícita no sólo por el de mayor aceptación, sino, principalmente, por ser, en nuestra opinión, el que mejor sirve para delimitar su concepto, sin perjuicio de distinguir diferentes clases o modalidades atendiendo a la causa o causas que motivan su ilicitud.

### **2.2.2. El Concepto de prueba ilícita en la doctrina.**

Señala Guariglia, que el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal. El primer problema que se presenta es el abordar el estudio y análisis de su concepto. Precisa que no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita.



Para un primer sector doctrinal la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana. La importancia y trascendencia de esta última está fuera de toda discusión. A tal efecto, el artículo 10.1 del Texto Constitucional español proclama la dignidad de las personas y los derechos individuales que le sean inherentes como fundamento del orden político y de la paz social.

Monton, A. Citado Por Miranda, M.(2010), considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”. (.Pg. 18.)

Otro grupo de autores, partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea de violación de la norma o contrario a Derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no) o, incluso de disposiciones o principios generales. Por otro lado, no siempre el concepto de ilicitud en el ámbito probatorio se identifica con el de hecho punible. Para que una prueba sea calificada de ilícita no es necesario que la conducta encaminada a su obtención sea constitutiva de infracción penal. Se opta por una concepción amplia de prueba ilícita.

Frente a la generalidad del término infracción del ordenamiento jurídico, algunos autores tratan de introducir una serie de precisiones que sirvan para concretar el concepto genérico de prueba ilícita. Desde esta orientación se consideran como pruebas ilícitas aquellas que violan normas de rango legal, especialmente de rango constitucional. En este

sentido DENTI define las pruebas ilícitas como aquellas que se obtuvieron mediante violación de derechos tutelados por normas diversas y, en primer lugar, por normas constitucionales. Se considera que prueba ilícita es aquella obtenida no sólo mediante la infracción de normas constitucionales sino también mediante la vulneración de normas con simple rango de ley.

Algunos autores, partiendo de la tesis mantenida en la doctrina italiana por CONSO, según la cual todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiéndose considerar toda su disciplina como un instrumento de defensa para el imputado, sostienen que toda infracción de las normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

**2.2.2.1.- Definición legal.-** El concepto de prueba ilícita se ha ido expandiendo en los últimos años, sin embargo hasta el día de hoy la definición que se le dé viene ligada a la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales que ocurre en el momento de su configuración como tal.

La cuestión de la prueba ilícita se ubica, desde la perspectiva jurídica, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio; y desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a los derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación.

Así, en el nuevo Código procesal penal el legislador hace referencia a este tipo de prueba en el sentido de que no será admisible aquella prueba que haya sido obtenida tras la vulneración de un derecho fundamental. Por lo pronto sólo dejaremos enunciado lo anterior, ya que considero pertinente

desarrollar este punto en un capítulo posterior dedicado al tratamiento legal de la prueba ilícita.

**2.2.2.2.- Análisis del concepto.-** Picó, J .(2008)La prueba ilícita podría estar definida por un conjunto de supuestos en donde la prueba es inadmisibile, y generalmente lo es por las irregularidades en su constitución. La ilicitud de la prueba es un límite extrínseco del derecho constitucional a la prueba; de esta forma algunos autores hacen referencia a ella como aquella fuente probatoria que está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental ( Pg. 408.)

Asencio M, (2008).indica dos realidades: en cuanto a sus efectos, implica una limitación de los datos que pueden ser susceptibles de investigación preservando ciertos aspectos que forman parte de la intimidad, entendiendo que lo íntimo no es equivalente a lo privado u oculto; y, por otra parte, la denominación de prueba ilícita llevará a la prohibición de utilizar medios desproporcionados, buscando siempre no vulnerar los derechos fundamentales. (Pg. 33. )

A partir de la premisa anterior podríamos aplicar el término prueba prohibida haciendo referencia a que está fuera del ordenamiento el utilizar ciertos medios que nos lleven a obtener una prueba de modo perjudicial para el ejercicio de los derechos fundamentales de los sujetos implicados; estos derechos protegidos a través de este tipo de prueba son los derechos recogidos en la Constitución ya que la vulneración de los derechos no recogidos en la norma suprema devendría en una agresión infra constitucional, que no es protegida por el concepto tratado.

Asencio M, (2008).Concatenando ideas podríamos decir que la prueba ilícita es aquella prueba que ha sido obtenida con la

violación de algún derecho fundamental, de este modo la prueba que vulnere un derecho no constitucional probablemente pueda ser cuestionada con otras categorías procesales, en todo caso deberá verse siempre el caso concreto. Al hablar de ilicitud probatoria necesariamente tenemos que unir tanto la actividad probatoria u obtención de la prueba y el menoscabo de un derecho fundamental sin olvidar que tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos. (Pg. 36.)

Sin embargo si nos quedamos con esta definición podemos tener una gran incógnita: ¿Todas las pruebas que vulneren los derechos fundamentales son ilícitas? Para responder a la cuestión será necesario recurrir a dos condiciones adicionales que sirven para delimitar este concepto, éstas son la proporcionalidad de los sacrificios, y la finalidad de este tipo de prueba; aunque cabe citar una tercera condición que la jurisprudencia adiciona y que es la extensión de los efectos de la prueba ilícita. Debemos entonces hacer una breve referencia a estos conceptos antes citados:

a) Respecto al Principio de Proporcionalidad.- En este caso su aplicación será directamente caso por caso ya que no podrá llegarse a soluciones idénticas debido a la diferencia de circunstancias como lo son la condición de los sujetos intervinientes, los hechos, la capacidad de investigación y la configuración del delito en general.

La proporcionalidad es sinónimo de particularidad y relatividad ya que se busca hacer eficaces la libertad individual y la seguridad colectiva. Respecto a la proporcionalidad de los sacrificios, éstos serán diferentes en cada sujeto, por ejemplo no es igual el sacrificio de un capo de la droga que el de un micro comercializador, si fueran idénticamente iguales estos sacrificios sin duda alguna muchos sujetos quedarían impunes.

b) De la finalidad de la prueba ilícita.- La autolimitación del Estado en la investigación penal, es decir el Estado ya no podrá hacer uso de poderes absolutos en el control del proceso penal. Además tiene una finalidad que considero fundamental, ésta es la obtención de la verdad, la que probablemente no podrá alcanzarse con la utilización de instrumentos viciados por la agresión a derechos fundamentales; pero entonces en este panorama nos preguntaríamos si los derechos referidos son absolutos, y la respuesta inmediata será que no, y lo mismo será aplicable para su limitación, por lo tanto los derechos podrán y deberán ceder en el curso de la investigación penal en orden a la consecución de fines legítimos, por lo que cabrá analizar la finalidad de la prueba ilícita para poder de alguna manera admitir su validez, por lo tanto cabe afirmar que debe impedirse la supremacía de un derecho sobre otro aplicando conjuntamente el principio de proporcionalidad.

Se podrá hablar de pruebas ilícitas propiamente cuando sea el Estado o sus órganos de investigación los que vulneren los derechos en el curso de un proceso, o incluso de modo extraprocesal, esto debido a la autolimitación al Estado que se busca con este tipo de pruebas y, extraordinariamente podrá considerarse prueba ilícita cuando la vulneración provenga de los particulares de manera extraprocesal.

Asencio M, (2008), En este sentido considera que esta afectación a los derechos fundamentales debe provenir del Estado, y más concretamente de los órganos de persecución penal, y sólo excepcionalmente puede ampliarse el alcance de la prueba ilícita a los casos en los que la afectación venga de particulares.(Pg. 37.)

c) Respecto a la extensión de sus efectos.- El tercer concepto configurador de una prueba ilícita es la extensión de sus efectos, llamado también “Teoría del fruto del árbol ponzoñoso”, conforme

a la cual las pruebas derivadas indirectamente de una prueba obtenidas con infracción de los derechos fundamentales son igualmente ilícitas; este tema será tratado más adelante por constituir un elemento muy importante en la determinación de este tipo de pruebas.

### **2.2.3.- Fundamento de la prueba ilícita**

#### **2.2.3.1.- Violación de derechos fundamentales**

En nuestro país, y en otros ordenamientos como el español y el italiano, la fundamentación constitucional de la exclusión de la prueba ilícita se encuentra en el valor supremo que la Constitución concede a los derechos fundamentales, es decir toda prueba obtenida directa o indirectamente violentando derechos fundamentales no surtirá efectos en el proceso, aparentemente ni siquiera deberán ser admitidas.

¿Pero qué derechos son susceptibles de afectación con la obtención de la prueba ilícita?

Castro, H. (2009) En principio debe entenderse que se brinda protección a todos los derechos constitucionalmente protegidos, pero que en este marco cabe una mayor afectación al derecho a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad de domicilio, el secreto a las comunicaciones y autodeterminación informativa en relación al uso de la informática, sin embargo, frente a esta lista de derechos enunciados muchos autores se han cuestionado acerca de la posición de otros derechos como la propiedad, el derecho a la salud, entre otros, que a mi parecer por ser derechos constitucionalmente protegidos no pueden quedar fuera del ámbito de protección del ordenamiento. (Pg. 77.)

Ante la incuestionable importancia y protección de los derechos fundamentales cabe la cuestión acerca de si esta protección es absoluta o al contrario puede verse limitada con la finalidad de investigar la comisión de un hecho delictivo. Frente a la cuestión planteada, se diría

que el proceso penal se vería limitado por una barrera infranqueable que le haría un inútil especialmente en la búsqueda de la verdad, característica del proceso penal. Así lo más acertado parece ser el considerar que en nuestro ordenamiento todos los derechos constitucionales tienen el mismo nivel jerárquico y que por lo tanto no puede optarse la postura de darles un trato diferenciado; sin embargo es importante aquí la cuestión de la posible existencia de un conflicto de derechos.

Por lo expuesto anteriormente, la exclusión de la prueba ilícita por afectar derechos fundamentales son la consecuencia de un proceso equitativo, y además de considerar que tal vez éstas pruebas fueron obtenidas basadas en la violencia, la astucia o el engaño, pero cabe la posibilidad de que la ilicitud de estas pruebas pueda ser contrarrestada por la existencia de pruebas lícitas que deberán valorarse conjuntamente considerando además la importancia del principio de proporcionalidad al momento de la valoración de las pruebas ilícitas, entendiendo que la restricción a estos derechos fundamentales pueden entenderse como primordiales para la finalidad legítima perseguida, en este caso la comprobación del hecho delictivo realizado por el sujeto acusado.

**2.2.3.1.1.- Presunción de Inocencia.**-Se define la presunción de inocencia como un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible, del que está investida toda persona física acusada de un delito y consistente en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de la prueba de los hechos de la acusación viniendo obligado el órgano jurisdiccional a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar, en este sentido la presunción de inocencia funciona como una verdad temporal que se admite sin más y que sólo podrá ser desvirtuada mediante prueba en contrario. El derecho a la presunción de la inocencia implica la inversión de la carga de la prueba sobre la parte acusadora y como consecuencia la inocencia como verdad provisional que ampara a todo acusado de modo que la falta de prueba de su

culpabilidad se deberá emitir una sentencia absolutoria. Por otro lado, el carácter constitucional de la presunción de inocencia extiende su vigencia más allá de la sola fase probatoria e, incluso del juicio oral; por lo tanto debido a que es en todo el proceso en el cual se puede dar la vulneración a los derechos fundamentales este derecho tendrá vigencia desde la etapa de la investigación hasta el fin del proceso. En relación con la prueba ilícita, debemos entender que la mínima actividad probatoria debe ser producida con todas las garantías procesales y que sea de cargo y que por lo tanto sólo podrán ser utilizadas en el proceso verdaderas pruebas debiendo dejarse de lado la utilización de pruebas obtenidas mediante infracción, ni aquella que no se aporta al juicio y se discute en forma contradictoria. A pesar de lo expuesto, cabe decir que en un proceso penal no es aplicable propiamente la carga de la prueba por varias razones, tales como la obligación impuesta al órgano jurisdiccional de llevar a cabo la investigación y complementación de la actividad necesaria para el esclarecimiento de los hechos, esta obligación recaída sobre el Ministerio Público hará que el fiscal sustente objetivamente su teoría del caso al momento de formular acusación, debido a que si no cuenta con estos medios probatorios tendrá que sobreseer la causa, sin embargo esto no es tan absoluto como parece, ya que será el juez quien valorará los hechos alegados por el fiscal y los sostenidos por la defensa del acusado, con esta idea se definiría la idea de que si bien no existe una carga de la prueba en sentido formal si existe en sentido material, por la necesidad que tiene el juez de dar soluciones en situaciones de incertidumbre en el sentido de que la norma manda en caso de duda absolver al acusado, ya que se originaría un mayor daño condenar a un inocente que la absolución de un culpable.

El derecho a la presunción de inocencia implica la producción de un desplazamiento de la carga de la prueba en la parte acusadora



en el proceso penal, ya que será el fiscal quien deba aportar la mínima actividad probatoria referida a los hechos constitutivos de la acción penal en caso de acusación, esta carga del Ministerio Público tiene como fundamento que el imputado, antes de iniciada la investigación, es considerado inocente; como consecuencia de esto corresponderá al acusado probar los atenuantes o eximentes del hecho que se le imputa ya que no se verían protegidos por el derecho de presunción de inocencia.

**1.2.3.1.2.- Derecho de defensa:** La finalidad de este derecho es asegurar la igualdad de las partes, en este sentido no podrán tomarse en cuenta las pruebas obtenidas con irregularidades procesales, es decir cuando se produce una indefensión efectiva. La indefensión probablemente será el último fundamento de todos los derechos fundamentales, porque cualquier alegación que se haga en defensa de la tutela efectiva del proceso, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, también en defensa de la presunción de inocencia, busca, en definitiva, “que el justiciable no se encuentre en situación de indefensión para legítimamente actuar ante la justicia” Este derecho tiene gran importancia en la admisión de la prueba en el íter procesal, así únicamente la denegación a la admisión de una prueba pertinente originaría la indefensión porque se privaría al solicitante de un medio de defensa necesario para probar sus alegaciones; a partir de la premisa anterior cabría preguntarse cómo puede circunscribirse el tema de la prueba ilícita, entonces llegaríamos a la conclusión de que una prueba puede considerarse ilícita en la medida que su obtención haya originado indefensión en el imputado, pero esta indefensión debido a la afectación de sus derechos constitucionales y no simplemente porque él no tenga una contraprueba para la prueba planteada. Sería cuestionable el sustento de la vulneración a este derecho teniendo en cuenta que en el proceso penal la ilicitud probatoria tiene lugar,

habitualmente, en el procedimiento preliminar, actuaciones que se desarrollan con la finalidad de obtener fuentes de prueba que luego podrán ser consideradas dentro del proceso como medios de prueba. Este procedimiento preliminar podrá tener naturaleza procesal o no, puede tratarse de una actuación policial en el momento de las diligencias preliminares propiamente dicha, o una actuación del Ministerio Público al momento de la Investigación preparatoria cuando el juez, por ejemplo, por medio de un auto, sin indicios suficientes, ordena cualquier tipo de registro. Se trata, casi siempre, de conductas llevadas a cabo en la fase de investigación, ya que en la mayoría de los casos la vulneración de los derechos se da extraprocesalmente aunque no se debe olvidar que la lesión puede también darse dentro de un proceso; en este último caso deberá analizarse bien el caso ya que no necesariamente la afectación de un derecho fundamental en la etapa probatoria implica la existencia de prueba ilícita sino que mas bien puede darse el caso de afectación a principios que rigen la actividad probatoria dentro de un proceso, así se hablaría de la afectación al principio de contradicción, de inmediación, o de defensa propiamente dicho, todos estos principios dentro del gran eje llamado: Debido proceso.

#### **2.2.4.- Supuestos de producción de una prueba ilícita**

Antes de citar los supuestos más importantes conocidos como prueba ilícita debe dejarse muy claro que el concepto de prueba ilícita es muy distinto al de prueba ilegal. Así, la prueba ilegalestaría comprendida por aquellos supuestos en los que la prueba se caracteriza por la afectación al principio de legalidad, no podrá admitirse ningún tipo de prueba que vaya contra la ley, de alguna manera lo que se busca al sancionar es que el juez está obligado a hacer cumplir las normas referentes al procedimiento probatorio , por lo que se deberá denegar toda aquella prueba que suponga infracción de ese procedimiento, este sería el caso

de querer aportar extemporáneamente un documento o un dictamen pericial privado sin que exista una norma de cobertura que lo permita.

Teniendo claras las diferencias entre estos tipos de prueba, estudiaremos los supuestos de la prueba ilícita. Picó ,J.(2008).

**2.2.4.1.-Intervenciones telefónicas.-** La intervención telefónica puede definirse como todo acto de investigación, limitativo de derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Investigación preparatoria, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante resolución motivada, que por la policía se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación del autor. Para entender la configuración de este caso como un supuesto de prueba ilícita debe tenerse en cuenta que nuestra CP en el artículo 2º inciso 10 establece lo siguiente:

Artículo 2º.-Toda persona tiene derecho: 10.-Al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con la violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativo están sujetos a la inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial. En la persecución de formas de criminalidad organizada la interceptación de comunicaciones privadas, especialmente las telefónicas, han tenido un significado fundamental, ya que, de

acuerdo con las posibilidades técnicas de cada época, se han establecido limitaciones al derecho a la intimidad. Un ejemplo de limitación a este derecho es la regulada en el artículo 230º del NCPP en el cual el legislador le da facultad al fiscal de intervenir, grabar o registrar comunicaciones telefónicas u otras formas de comunicación siempre que.1) Existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad, y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones. 2) Lo haya solicitado al Juez de la Investigación preparatoria previamente. 3) Esté dirigido contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación. 4) La interceptación no puede durar más de 30 días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.

Urbano Torres, M. (2000). A partir de lo expuesto se puede afirmar que en nuestro ordenamiento está permitida la utilización de informaciones obtenidas en un proceso en el que fue ordenada la Interceptación o intervención telefónica; quedando descartada la posibilidad de introducir al proceso una prueba obtenida por interceptación telefónica no ordenada por la autoridad competente, infiriendo que este tipo de prueba es considerada ilícita. El juez puede disponer que la intervención telefónica se de en diferentes supuestos. (Pg.189).

a) Recuento, caracterizado por la utilización de un mecanismo que registra los números, marcados y la identidad de los interlocutores, además de la hora y duración de la llamada, sin captar el contenido de la conversación; b) conocimiento íntegro de la conversación mantenida y, en su caso grabación de la misma.

Además, debe entenderse que las intervenciones telefónicas pueden darse de diferente manera; así puede diferenciarse entre la interceptación y grabación de una comunicación practicada por un tercero ajena a la misma y aquella grabación efectuada por uno de los que interviene en la propia comunicación; en el primer caso puede hablarse de una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones pero en el segundo no, más bien podría darse una vulneración del derecho a la intimidad en el sentido que pueden interceptarse conversaciones íntimas que al ser divulgadas afectan dicho derecho del comunicante. Por otro lado, no puede negarse importancia al fundamental papel que ejerce este tipo de pruebas en los casos de delitos de criminalidad organizada como el tráfico de drogas, lavado de activos, contrabando, trata de personas, pornografía infantil, tráfico ilícito de migrantes, extorsión, robo agravado, etc; además de que su eficacia depende de las fuertes limitaciones a los derechos señalados anteriormente.

Mellado, J. (2010). Pero la aplicación de este tipo de pruebas no se reduce a estos delitos, sino que también va a estar de cierto modo permitido su ejercicio en los casos de corrupción de funcionarios por lo que - los políticos estarán obligados a tolerar mayores intromisiones en el ámbito de sus derechos que el resto de personas, pues mayor es su poder, su capacidad de ocultación de las conductas, y su responsabilidad de responder frente a los ciudadanos; aunque esta es una postura que algunos doctrinarios rechazan. (.Pg.25).

**2.2.4.2.-Prueba de videos** Al igual que el supuesto anterior la prueba de videos está también regulada por el NCPP en el Título III del Libro II, en el artículo 207<sup>o</sup> y ha sido denominado por el legislador como Videovigilancia, la cual procederá en las investigaciones por delitos violentos graves o contra organizaciones delictivas.

La prueba de videos puede consistir en: a) Realizar toma fotográfica y registro de imágenes; y, b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado. Y debe darse de manera excepcional, es decir sólo cuando resulte indispensable para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultara menos provechosa o se vería seriamente afectada por otros medios.(Art. 207 del Nuevo Código Procesal Penal,2004).

Debe realizarse por el fiscal, a iniciativa propia o a pedido de la policía, y sin conocimiento del afectado.

A diferencia de las intervenciones telefónicas que exigen una resolución motivada del juez para su ejecución, en el caso de la video vigilancia sólo se necesitará esta autorización judicial cuando este tipo de investigación se realice en el interior de un inmueble o en lugares cerrados, por lo que se entiende que en lugares abiertos no será necesaria la autorización judicial. Por lo que contrario sensu si no se lleva a cabo esta exigencia en estos casos podríamos situarnos en el supuesto de prueba ilícita; en este caso, la filmación de imágenes producidas al interior de un lugar están prohibidas y se necesitará una autorización judicial, sin importar que el equipo técnico se encuentre en el interior o fuera del lugar de los hechos; a partir de este enunciado cabe señalar la regla de inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 2. 9 de la CP, que señala lo siguiente: Art. 2º.- Toda persona tiene derecho a: 9.- A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

La necesidad de una autorización judicial para la obtención de información y búsqueda de la verdad a través de este medio exigirá que se apliquen los mismos requisitos dados al supuesto de las intervenciones telefónicas para su utilización dentro del proceso. Me refiero a la existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave, imposibilidad o gran dificultad de la averiguación de la infracción por otra vía, control judicial de la intervención, y fijación por el juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo la filmación. La filmación efectuada por los particulares debe ser admitida con tal de que se acredite su autenticidad e integridad, y que sea ocasional, ya que es el principio de necesidad informador del sistema procesal penal y la aspiración del proceso penal de hacer constar la verdad material lo que debe primar frente a la casualidad o lo circunstancial de la grabación. A mi parecer la ilicitud de la videovigilancia estará configurada cuando no se haya realizado con la diligencia prevista por el ordenamiento, y que por lo tanto, al ser dejadas de lado originen la vulneración al derecho a la inviolabilidad de domicilio o al derecho a la intimidad sin ningún fundamento que pueda darles validez; pero no habrá tal vulneración cuando el que realiza la grabación en video es el destinatario de los actos y manifestaciones grabadas.

#### **2.2.4.3.- Intervención de Comunicaciones Electrónicas.-**

Aunque la comunicación vía electrónica hoy está muy en boga, el legislador peruano no se ha expresado abiertamente al respecto, tal como si lo ha hecho respecto a las intervenciones telefónicas y video vigilancia antes estudiados. En este punto la doctrina española entiende que la validez y autenticidad de un documento electrónico podrá ser obtenida por medio de la firma digitalizada, ya que constituye un grado de seguridad alcanzable en la transmisión de documentos y que además podría convertir los sistemas informáticos de comunicaciones en el cauce ordinario

del tráfico jurídico entre particulares y entre éstos y los poderes públicos. Desde mi punto de vista, serán aplicables los requisitos de admisión necesarios para las intervenciones telefónicas entendido como un supuesto dentro de otras formas de comunicación previstas en el artículo 230º del NCPP, al igual que en éstas se verá afectado el derecho al secreto de las comunicaciones sino se cumple con los requisitos de autorización judicial para su intervención, y por lo tanto se constituirá como prueba ilícita en el caso concreto.

### **2.2.5.-Posición doctrinaria respecto a la validez o invalidez de la Prueba Ilícita**

El tema tratado ha sido causa de muchos pronunciamientos por diferentes sectores de la doctrina, así algunos defienden con argumentos muy sólidos la validez de la prueba ilícita, y por tanto creen que sea posible la admisión y valoración de este tipo de prueba en un proceso; sin embargo, no debemos olvidar que otro gran sector doctrinario opina que la obtención de una prueba por medio de la vulneración de un derecho fundamental de ninguna manera puede ser considerada una prueba pasible de ser admitida y mucho menos valorada por el órgano jurisdiccional.

#### **2.2.5.1.- Posturas a favor de la validez de la prueba ilícita**

##### **2.2.5.1.1.- Descubrimiento inevitable.-**

Castro, H.(2009).Estamos ante la excepción que en los Estados Unidos se conoce como Inevitable discoveryexception. En virtud de esta teoría los jueces admiten y valoran un dato probatorio que ha sido obtenido ilícitamente a través de una hipótesis sobre la que la probabilidad de que ese mismo dato de todos modos-inevitavelmente-sería obtenido a través de una actividad regular y lícita(Pg. 90)

Díaz, J. Martín, R.(2001). Se trata de admitir la validez de la prueba derivada de forma natural de otra inconstitucional en



aquellos casos en los que se considere que, si no hubiese habido tal vulneración del derecho fundamental, la prueba habría terminado por ser inevitablemente adquirida de forma independiente durante el curso normal de la investigación (.Pg 88.).

Por ejemplo, en un proceso por evasión tributaria se obtienen las declaraciones juradas del procesado sin el correspondiente levantamiento del secreto tributario.

El conocimiento del contenido de las declaraciones juradas es inevitable porque pese a suprimir tal hecho, en un delito de esta naturaleza, el juez de la causa va pedir el levantamiento del referido secreto como una de las diligencias ordinarias.

Gálvez, L. la excepción del descubrimiento inevitable será admitida, en virtud del principio de proporcionalidad, pues no hay un aprovechamiento de la ilicitud, siempre que se cumplan dos condiciones: a) Solidez del razonamiento que conduce a sostener la inevitabilidad del descubrimiento de la prueba de forma independiente, y, b) salvaguarda de las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado. (.Pg 197)

Se habla de una solidez en la argumentación relativa a la razonabilidad fáctica de la inevitabilidad del descubrimiento y a la existencia de la buena fe en el sujeto infractor y siempre que, además, no se comprometan de ninguna otra manera las necesidades esenciales de tutela del derecho vulnerado.

Esta teoría ha sido muy criticada, debido a que la ilicitud adherida a este tipo de pruebas no puede ser desechada tan fácilmente, ya que los autores de esta tesis- para algunos doctrinarios-se basan sólo en hechos hipotéticos que no necesariamente llegarán a concretarse siempre por diversas circunstancias. Desde este punto de vista, no siempre el descubrimiento de ciertos delitos será inevitable, por lo que puede haber una agresión a los

derechos fundamentales por el simple hecho de creer en una construcción hipotética, considerando que puede ser real o verdadero algo que tal vez está lejos de serlo.

**2.2.5.1.2.-Nexo Causal atenuado.-** Esta excepción llamada también del Tinte diluido o del PurgetTaint considera que la ilicitud inicial de una prueba obtenida se ha atenuado tanto, debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero o a una confesión espontánea que es casi inexistente en la prueba derivada, y por lo tanto esta prueba puede ser admitida y valorada. Blanca Pastor dice que para considerar contaminada la actividad de recogida de una fuente de prueba por haberse basado en una información obtenida con la vulneración de derechos fundamentales, se requiere que el segundo acto sea único y exclusivamente consecuencia del primero, es decir que será ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros razonamientos. A diferencia del descubrimiento inevitable aquí la prueba no se habría obtenido de no haberse producido la afectación del derecho fundamental. Se exige a consecuencia de esto una cierta diferenciación entre la lesión del derecho y la obtención de la prueba derivada. Por ejemplo, en el allanamiento ilegal de una local donde de acopia ilegalmente armas, son encontrados correos electrónicos impresos en papel señalando que un nuevo envío de armas sería recibido por un sujeto X, quien posteriormente fue interrogado por la Policía, en presencia de su abogado defensor, señalando que su proveedor es el sujeto Y quien finalmente guarda las armas en su domicilio, el que luego es allanado por disposición judicial.

Castro, H. (2009). En esta secuencia de hechos, si bien el primer allanamiento es ilícito, constituyendo prueba ilícita y determinando la ilicitud del derivado (interrogatorio al sujeto Y), el allanamiento

final de la casa de dicho sujeto resulta admisible debido a que la influencia de la raíz ilícita de este medio probatorio es distante. Aunque debe entenderse que por más atenuado que esté el nexo causal, éste siempre subsistirá( Pg127).

Este argumento sostendrán algunos doctrinarios que consideran que la lesión del derecho fundamental persistirá y esto no puede tolerarse por quienes decimos vivir en un Estado Constitucional de Derecho, donde prevalece de forma primigenia el respeto a los derechos fundamentales. De esta manera, no es menos cierto que esa posible distancia temporal entre la lesión del derecho fundamental y la prueba derivada de ella quede minimizada, si se comprende que, habitualmente la inicial lesión del derecho fundamental es seguida de posteriores conculcaciones de otros derechos fundamentales y que la obtención de la fuente de prueba puede ser consecuencia inmediata de esas lesiones posteriores. Por otro lado, también será cuestionable el contenido de lo que se entiende como atenuación, hasta donde puede reducirse el nexo causal, y por tanto cual es el grado de afectación que será permitido en la obtención de una prueba. Al respecto, este sector doctrinario ha omitido pronunciarse por lo que su tesis quedaría debilitada si no se da respuesta a las controversias antes planteadas.

**c) Buena fe.-** Considerada una de las excepciones más relevantes de la regla de exclusión probatoria; esta excepción propone la valoración de prueba directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales por considerarse que en su obtención quienes la consiguieron actuaron en la creencia que lo hacían bajo una cobertura de legitimidad y validez, convencidos que procedían correctamente, es decir de buena fe. Es una prueba ilícita directa y ya no indirecta o derivada como el planteamiento de las excepciones anteriores. Claro ejemplo de la aplicación de esta excepción, es la actividad de un policía que realiza un

allanamiento con orden judicial que ellos consideran válida pero que en realidad no lo es. Otro ejemplo, si un juez autoriza la interceptación telefónica de un ciudadano sin fundamentar su resolución y la interceptación es afectivamente realizada, dicho medio probatorio - de acuerdo a la presente excepción – debería ser admitido en el proceso pese a la grave afectación al debido proceso se habría producido.

Castro, H. 2009 Así en nuestro país, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004 realizado en Trujillo se acordó por mayoría admitir la excepción de buena fe para los casos de obtención ilícita en supuestos de flagrancia, siempre que esté bajo el control de la Fiscalía o el Juez penal.(Pg.116. )

Por lo tanto podía entenderse que el pensamiento del especialista va por esa línea.

Los críticos de esta tesis indicarán que un medio probatorio no deja de ser menos lesivo a los derechos fundamentales del procesado por el hecho que su ilicitud proviene de actos aparentemente lícitos y por lo tanto considerarán que este tipo de pruebas no deben ser admitidos en un proceso penal.

#### **2.2.5.2.- Posturas en contra de la validez de la prueba ilícita**

Así como hay autores que consideran a la prueba ilícita como prueba válida, habrán sujetos que se opongan a ellos, y como ya hemos adelantado cada una de las tesis o excepciones posibles de aplicar tienen sus detractores. Además de la oposición a los planteamientos anteriores, han surgido en el panorama actual dos corrientes de manera casi uniforme en la doctrina; así tenemos: a) la conexión de antijuridicidad y, b) la teoría del árbol ponzoñoso.

**1.2.5.2.1.-Conexión de antijuridicidad.-** Esta tesis surge en contraposición a las excepciones de buena fe, descubrimiento

inevitable y nexo causal atenuado; en virtud de que si no pueden comprobarse los requisitos previstos para la procedencia de estas excepciones se considerara la prueba obtenida como ineficaz. En esta postura cobra importancia la consideración de la prueba ilícita como independiente o como prueba refleja de la obtenida con la agresión de derechos fundamentales, por lo que será muy importante tratar el tema de la conexión entre la prueba obtenida ilícitamente y la posterior a ella. La transferencia del carácter ilícito de una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales a otra posterior, requiere la presencia tanto de una conexión causal llamada también conexión natural como de una conexión jurídica. La conexión natural es un requisito necesario pero no suficiente, para extender el efecto invalidante de la violación de derechos fundamentales, ya que se necesitará la conexión jurídica de manera obligatoria, de otro modo se entendería contaminada y debería, por esto, ser ineficaz. Para poder llegar a la conclusión acerca de la existencia o no de conexión de antijuridicidad en el caso concreto será preciso.( Gálvez, L. Pg183)

Examinar la índole y las características de la vulneración del Derecho fundamental que en cada caso se trate, así como el resultado de esta lesión con el fin de determinar si hay algún elemento fáctico que permita romper la relación de causalidad entre la prueba ilícita y la conectada con ella, y por lo tanto estimar su eficacia o ineficacia, 2) Debe valorarse la intencionalidad de la violación originaria, la existencia de negligencia grave y la importancia objetiva de dicha violación. La consecuencia de este procedimiento será: Si se considera que en el caso concreto se ha producido algún hecho en el que pueda sustentarse de forma más o menos independiente el resultado probatorio en cuestión; y si además se llega al convencimiento de que la valoración de la prueba no conlleva a nuevas lesiones del

derecho fundamental vulnerado, debe considerarse que esta prueba es independiente jurídicamente y por tanto apta para la valoración procesal, pero si no se cumple lo anterior tendríamos que hablar de una prueba que es ineficaz por ser considerada como refleja.

**2.2.5.2.2.-Teoría del fruto del árbol envenenado.-** Desde mi punto de vista, ésta teoría es el punto de inicio para la calificación de una prueba como ilícita y frente a su existencia la aplicación de ciertas excepciones a las reglas de exclusión, con el fin de que las pruebas ilícitamente obtenidas sean sujetas a valoración judicial. Ésta teoría, también conocida como la teoría de la ineficacia refleja o *Thefruit of thepoisonoustree*, es reconocida en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos que proclaman la regla de la exclusión de la prueba ilícita.

Al referirse a pruebas directas el legislador hace referencia a aquellas obtenidas con la vulneración de un derecho fundamental; y al mencionar las pruebas indirectas se refiere a las pruebas que deriva o que es consecuencia de la anterior; en este caso es muy discutible que en los supuestos de menoscabo de un derecho fundamental y posteriores actuaciones derivadas de ella sólo exista una lesión del derecho fundamental al comienzo. La prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales es una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmación de condición de inviolables.

Como crítica a esta teoría se dice que la teoría de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y el derecho a la prueba; que puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo una intolerable desprotección social; además se dice que esta teoría fomenta las actuaciones fraudulentas por parte del sujeto investigado, quien podría provocar actuaciones ilícitas con

el fin de conseguir su inmunidad; y finalmente que la vía sancionadora penal, civil o administrativa constituye suficiente vía de defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, debe considerarse que si bien es cierto esta teoría ha significado la anulación de muchos actos de investigación, lo más trascendental en un ordenamiento como el nuestro es la protección a los derechos fundamentales.

Finalmente, podemos observar que hoy por hoy se han consolidado límites específicos a la consideración de invalidez de la prueba refleja, límites del efecto contaminante de una prueba ilícita a la posterior derivada de ella, tales como el descubrimiento inevitable, el nexo de causalidad atenuado y la excepción de buena fe; todas estas figuras con requisitos cada vez más aceptados por la doctrina. (Díaz, J. Martín, R. 2001.Pg 82)

#### **2.2.5.3.- Posición Personal**

Después de un estudio acerca de las diferentes posturas doctrinarias considero que todo absolutismo es negativo, me refiero a que no pueden cerrarse las puertas a múltiples posibilidades referentes a las pruebas consideradas ilícitas. De este modo, creo que todo derecho fundamental que si bien es cierto es inviolable, muchas veces es necesario aplicar ciertas limitaciones con el fin de perseguir un fin social común; por lo tanto considero que en aras de la verdad procesal lo que debe prevalecer es la valoración de éste tipo de pruebas pero no siempre, sino de modo excepcional; quiero decir que no puede dejarse de lado el fin último de nuestra CP, el respeto de la dignidad humana y sus derechos. Dentro de la ponderación que debe realizar el juez, debe analizar cuál de los dos bienes en conflicto debe prevalecer. Si el interés de la sociedad en el descubrimiento de la verdad, la realización del valor justicia, o por el contrario, el derecho de la personalidad individual. No puedo dejar de mencionar que el principio de proporcionalidad supone la

graduación de la naturaleza del delito, su gravedad, factibilidad de descubrimiento por otros medios y valoración, siempre bajo la inspiración de que sólo los delitos graves o de gran trascendencia social pueden dar lugar a la vulneración de un derecho fundamental, una interceptación telefónica, por ejemplo.

A la última premisa podemos agregar, que existe un tratamiento diferenciado para los diferentes tipos de delito, afirmar que existe la posibilidad de aplicar un Derecho Penal del Enemigo para quienes forman parte de organizaciones terroristas o realizan actividades de Narcotráfico o análogas a ellas y, por otra parte, el Derecho Penal Común que será aplicable a sujetos de peligrosidad común. Cito esto en la medida que, en el caso de Terroristas el reconocimiento y respeto a sus derechos fundamentales no va a ser tan exigible como en el caso de cualquier otro imputado, por lo tanto cabría decirse a mí entender que la admisión y valoración de la prueba ilícitamente obtenida en estos casos es realmente aceptable. Finalmente, me parece acertado que no se destierre la posibilidad de admisión de una prueba ilícita en procesos donde realmente es necesaria para la obtención de la verdad y protección del bien social.

#### **2.2.6.-Situación actual de la Prueba Ilícita en nuestro ordenamiento**

Tratamiento Positivo.- Es importante determinar el tratamiento que nuestro ordenamiento le da al tema bajo estudio, ya que será dentro de éstos parámetros en los que se desenvolverá el juez para la admisión y valoración de la prueba ilícita. Constituyen fuente fundamental de regulación, tanto la Constitución Política del Estado de 1993 como el Nuevo Código Procesal Penal.

##### **2.2.6.1.- Regulación en la Constitución**

Aunque la Constitución no hace referencia expresa, podemos deducir de su contenido que establece ciertos límites a la actividad



probatoria. En este sentido, primero debe citarse el artículo 1 de la norma suprema que establece el respeto de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado. La naturaleza ejecutiva y la auto operatividad de los derechos fundamentales no requieren de una norma legal de segundo orden (ley, reglamento) para hacer ineficaz la prueba obtenida con lesión de los derechos constitucionales.

Artículo 2º Toda persona tiene derecho: 7.- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propia. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. 9.- A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley. 10.- Al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con la violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativo están sujetos a la inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

Claro está que la enunciación de éstos derechos está destinada a prohibir la utilización de pruebas ilícitas como la interceptación de comunicaciones telefónicas o electrónicas, así como la llamada videovigilancia, temas que ya hemos tratado.

Art.2.24<sup>o</sup>.- A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. f) Nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (...)

Art. 139<sup>o</sup>.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. 5.- La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta.

La constitución en estos artículos busca proteger al inculpado frente a detenciones arbitrarias o sin orden judicial que pueden llevar a confesiones que vulneren los derechos fundamentales del sujeto implicado. Para finalizar con este apartado, el desconocimiento de éstos límites llevarán a considerar la prueba obtenida tras la afectación de los derechos protegidos por estos preceptos, como ineficaz y por lo tanto inútil al proceso.

#### **2.2.6.2.-Nuevo Código Procesal Penal**

El NCPP a diferencia de la constitución si establece abiertamente en el Artículo VIII del Título preliminar las exigencias para la admisión de la prueba en un proceso penal; así en el primer inciso, se indica que sólo será valorada la prueba si es que ha sido obtenida e incorporada al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. De este inciso se deduce que será casi imposible la admisión de medios probatorios que han sido obtenidos fuera del procedimiento regular, sin una autorización judicial o al margen de la autoridad competente. Por otra parte, el segundo inciso de la referida norma, niega todo efecto legal

a aquellas pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; al respecto no es inútil recordar que el legislador hace mención a la prueba ilícita obtenida directamente de la lesión de un derecho fundamental y , a la prueba indirecta, reflejo de la primera o derivada de ella. Después de saber qué establece la norma VIII del TP del NCPP, cabe hacer un análisis acerca de la posibilidad de no aplicar una interpretación literal restrictiva a este artículo y más bien considerar la opción de que en algunos casos pueda ser admisible este tipo de prueba; y por consiguiente ser valorada por el juez.

La inutilizabilidad de este tipo de pruebas puede desplegar efectos en dos momentos procesales distintos: el primero de ellos es la etapa de la admisión del medio de prueba y el segundo, cuando la prueba por algún motivo haya sido incorporada al proceso, en el momento de su valoración o apreciación por el juez; por lo tanto, las pruebas contrarias a derechos fundamentales no deben ser admitidas en el proceso y, en el caso sean admitidas, no deben por ningún motivo ser valoradas.

La importancia de desterrar la prueba ilícita desde el momento de la admisión que con ello se garantiza la exclusión de pruebas inconstitucionales que pueden influir psicológicamente en el juzgador; además de la importancia en el tema de economía procesal, ya que el dejar de lado la prueba ilícita desde la admisión evitará la realización de actos procesales basados en una prueba inconstitucional, que hará que estos actos sean declarados posteriormente nulos. (Gálvez M Pg 217)

Debe entenderse que cualquiera sea el momento en el que se declare la ineficacia de una prueba debe admitirse la posibilidad de un debate contradictorio entre las partes, con la finalidad de que las partes realicen determinadas actividades que adviertan su licitud o ilicitud. Otra referencia que el NCPP hace respecto al tema de las pruebas, está en el artículo 155 del NCPP (inc.1 y 2).- 1.- La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados

y ratificados por el Perú y por este código. 2.- Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrán excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución. incisos 1 y 2 que claramente establecen un límite a la actividad probatoria indicando que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código; y además dando la posibilidad al juez de excluir las pruebas que no sean pertinentes y prohibidas por la ley, tal precepto también se deriva del artículo 159 del NCPP.<sup>23</sup> 23 Artº 159 del NCPP.-1 “El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

No cabe duda que el NCPP se pronuncia claramente en contra de la validez y eficacia de la prueba ilícita; sin embargo cabe señalar la existencia de un Pleno del Tribunal Superior de Trujillo (Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores Acta de la Sesión del Pleno- "Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria, La Prueba ilícita y la prueba prohibida Trujillo, 11 de Diciembre 2004. Pg10).

Que admite de alguna manera la existencia de excepciones en estos casos, tales como la ponderación de intereses, la buena fe entre otras con el fin de darle validez a este tipo de pruebas, recalcando siempre el respeto a los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

Por otro parte, la alusión del legislador a que esta prueba no surtirá efectos comprende también el momento de la admisión de la prueba, es decir tampoco se hace referencia expresa a si en el momento de la etapa intermedia se deba tratar este tema. El tema más controversial, a mi parecer, es el momento de la investigación

preparatoria; la doctrina dice que aquí si se pueden excluir, nada impide esto teniendo en cuenta que el juez penal es un juez de garantías y que el partir de una prueba ilícita puede llevar al peligro de obtener otras fuentes de prueba igualmente viciadas.

Finalmente, parece claro que la validez de la prueba ilícita puede ser cuestionada durante todo el proceso penal actual.

### **2.3.- SUBCAPITULO III.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

#### **2.3.1. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

##### **2.3.1.1. Derecho fundamental y contenido constitucional**

De modo general puede afirmarse que todo derecho subjetivo tiene un contenido jurídico que faculta a su titular a realizar sólo las acciones que tal contenido le otorga. Así, el derecho subjetivo significará y tendrá el alcance que su contenido jurídico le ha previsto. En la medida que se parte del hecho de que es posible saber a qué se tiene derecho, está permitido concluir que es viable conocer el contenido jurídico del derecho, es decir, es posible reconocer y determinar las posiciones jurídicas que el derecho depara a su titular. A los derechos fundamentales, por ser derechos subjetivos, le es aplicable igualmente esta categoría del contenido jurídico, de modo que es posible hablar del contenido jurídico de un derecho fundamental. Este contenido puede tener naturaleza constitucional o naturaleza infra constitucional. La primera conforma el contenido jurídico ex Constitutione, y la segunda – principalmente aunque no exclusivamente– conforma el contenido jurídico ex Lege.

Aquí interesará hacer referencia sólo al primero, al menos por las siguientes razones. Primera, porque el contenido legal de un derecho fundamental será jurídicamente válido en tanto sea un contenido

ajustado al mandato constitucional, es decir, en la medida que no contravenga el contenido constitucional del derecho fundamental. Por lo que no será posible sostener la validez del contenido legal de un derecho sin antes conocer el contenido constitucional del mismo. Y segundo, porque cuando se habla de limitaciones del contenido de un derecho fundamental, ellas se plantean y justifican desde la Constitución misma. Así, desde la Constitución preguntarse, por ejemplo, qué es el derecho a la libertad de tránsito, significa preguntarse por el contenido constitucionalmente reconocido y protegido de ese derecho fundamental.

No existe dificultad en admitir que el objeto de protección cuando se habla de derechos fundamentales, por ejemplo a través de los procesos constitucionales, es el contenido constitucional de cada derecho. La protección del contenido constitucional de un derecho fundamental es la garantía de su incolumidad: todo derecho fundamental tiene un contenido constitucional que vincula y exige ser respetado. En este sentido, en la doctrina constitucional se habla de la “garantía del contenido esencial”(Wesensgehaltgarantie) de los derechos fundamentales para hacer referencia al contenido constitucional vinculante y exigible que trae consigo cada derecho fundamental. “El “contenido constitucional” o “contenido esencial” de cada derecho fundamental así entendido será vinculante no sólo respecto del legislador –que es de quien normalmente se predica la vinculación– sino también del Ejecutivo y del Judicial como órganos del poder público, e incluso respecto de los particulares.

Sin embargo, si bien en este punto puede hallarse consenso, no ocurre lo mismo cuando se pretende establecer cuál es o cómo determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental en concreto. Para resolver esta cuestión, sin duda una de las de mayor trascendencia a la hora de hablar de los derechos fundamentales, de su exigibilidad y de su protección, doctrinalmente se han planteado varias teorías. De entre ellas se han de destacar las llamadas teorías absolutas y las llamadas teorías relativas.

### **2.3.1.2. Teorías absolutas y teorías relativas**

Proponer y admitir como jurídicamente posible la restricción (del contenido) de derechos constitucionales o fundamentales tiene su punto de partida en las llamadas “teorías absolutas” (Gavara J.1994.Pg 226-271)

En buena cuenta estas teorías proponen que el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho fundamental cuenta con dos facetas relacionadas una con la otra al modo de dos círculos concéntricos. El círculo interior contiene la parte esencial del derecho fundamental; mientras que el círculo exterior vendría a dibujar su parte no esencial.

La parte nuclear o contenido esencial del derecho es absoluta, esto quiere decir que no puede ser dispuesta (limitada, restringida o sacrificada) por el Legislador (y con él por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares) en ningún momento y bajo ninguna circunstancia. Se trata de un límite absoluto (absoluteGrenze), el cual de ser cruzado genera automática y necesariamente la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental. Mientras que la parte no esencial, accidental o periférica del derecho vincula al legislador solo relativamente, de manera que el legislador podrá afectar (limitar, restringir, sacrificar) la parte no esencial siempre y cuando exista una justificación para ello.

La justificación, en estos casos, sólo puede consistir en la necesidad de salvar otro derecho constitucional u otro bien jurídico constitucional. La necesidad de sacrificio de un derecho fundamental en su parte no esencial así como la magnitud del mismo, podrá ser determinado a través del principio de proporcionalidad, entendido como uno de los límites de los límites (Schranken-schranken) de los derechos fundamentales, en particular, a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto o también llamado ponderación, al que se aludirá más adelante.(Bernal C.20013.Pg 405)

Algo semejante, aunque no exactamente igual ocurre con las llamadas teorías relativas de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Para estas teorías, en buena cuenta, el contenido constitucional del derecho fundamental no está dividido en dos partes, una esencial y otra no esencial, como lo proponía las teorías absolutas. El contenido es uno solo, y –digámoslo así– todo él puede ser limitado, restringido o sacrificado por el legislador (y con él, por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares), siempre y cuando la medida que limita, restringe o sacrifica el contenido del derecho fundamental haya pasado el test de proporcionalidad, en particular, las exigencias de la ponderación. Como se ha dicho “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”( Alexy, R. 1993 .Pg 288)

### **2.3.2. LA TEORÍA EXTERNA DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **2.3.2.1. Los límites como realidades impuestas desde fuera del derecho mismo**

“Ambas clases de teorías siendo distintas coinciden, sin embargo, en la concepción de la naturaleza jurídica del contenido normativo de los derechos fundamentales y de la posición jurídica del poder político frente a ellos. Así, los derechos fundamentales pueden ser restringidos, debido a que su contenido no es absoluto, sino que esencialmente es un contenido disponible (totalmente según las teorías relativas, y parcialmente en las absolutas) precisamente para formular la restricción o incluso la suspensión –como ocurre en los llamados regímenes de excepción– en el caso concreto” (Castillo L.2004.Pg 991-1020)

Esto que se acaba de decir permite formular las siguientes dos consecuencias. La primera es que el contenido jurídico constitucional de un derecho fundamental no vincula de modo absoluto al poder político, sino que éste –a través del Legislador, el Juez o la propia Administración– podría válidamente desconocer una exigencia propia del contenido del derecho. Y la segunda es que este desconocimiento sólo



será posible si es que así lo exige la salvación de otro derecho o bien jurídico constitucional, lo cual se determinaría siempre a través del principio de proporcionalidad.

## **1. Los derechos fundamentales como principios**

En referencia a la primera de las dos mencionadas consecuencias, hoy en día es común la afirmación de que el poder político (en todas sus manifestaciones) puede restringir o suspender derechos fundamentales. La justificación de esta afirmación es que ello es posible debido a que los derechos fundamentales, primero, "tienen la calidad de principios" (Borowski M .2000.Pg 56) , por lo que –segundo– "no sólo tienen reconocido un peso específico" (Dworkin R.1980.Pg 92), sino que además –tercero– "son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados e intensidades distintas" (Alex R.2004. Pg 86)

Por lo que es posible atribuir pesos a los derechos fundamentales .y dependiendo del peso atribuido el derecho alcanzará un grado de optimización u otro cuando ambos concurren en las circunstancias del caso concreto.( Alex R.2004. Pg 67)

Ciertamente, el reconocimiento de un peso a los derechos fundamentales como principios no es un peso abstracto que haga posible hablar de jerarquías generales e inamovibles entre ellos, pues "no existen jerarquías internas en la Constitución" (Prieto L. 2003. Pg. 191). Por el contrario debido a que los derechos fundamentales contienen un mandato de optimización por el que se ordena "que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas" (Prieto L. 2003. Pg. 191).La optimización tendrá lugar siempre en las concretas circunstancias del caso, de modo que lo que llega a construirse es una jerarquía móvil de derechos (Prieto L. 2003. Pg. 191)

La solución del conflicto entre principios, definido como "dos normas .que aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico

contradictorio”.( Alex R.2004. Pg87), se obtiene precisamente estableciendo cuál de los dos principios en colisión tiene mayor peso en el caso concreto. Y es que, “el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos” al caso concreto.

En efecto, teniendo en cuenta que “la colisión de principios –cómo sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”, la solución de la colisión pasa por determinar cuál de los dos derechos (principios) en colisión tiene el mayor peso y cual el menor. En el caso concreto, el primero será el derecho vencedor, y por ello precederá al segundo que es el derecho vencido. La consecuencia necesaria es que, siempre en el caso concreto, el derecho vencedor podrá ser optimizado a costa del derecho vencido.

## **2. Contenido prima facie y contenido definitivo de los derechos**

Mientras que en referencia a la segunda de las dos mencionadas consecuencias, tanto la categoría de conflicto entendido como choque, como la solución del mismo entendido como prevalencia del derecho fundamental (principio) que tiene mayor peso en el conflicto concreto, solo son posibles de ser formuladas y ejecutadas con base en la distinción entre contenido constitucional prima facie o también llamado «ámbito de protección inicial» (Bernal P. 2003. Pg 461). O «contenido constitucionalmente protegido ab initio»( Medina G. 1996.Pg 153.) , y contenido constitucional definitivo del derecho fundamental como principio. En efecto, si los derechos fundamentales son considerados principios, y el principio es definido como un mandato de optimización, entonces los derechos fundamentales tal y como son recogidos en la Constitución «no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie»

Este carácter prima facie de los derechos fundamentales considerados como principios, configura el ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Se trata de un ámbito caracterizado por su

prácticamente ilimitada amplitud, pues queda «conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución» (Bernal P. 2003. Pg 460).

Esta adscripción prima facie se lleva a cabo con criterios muy laxos, pues «basta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamentales, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita prima facie»(Bernal P. 2003. Pg 460).

No se ha de reparar si la norma o posición adscrita «pueden dañar o afectar algún derecho de terceros o los intereses generales de la comunidad»( Medina G. 1996.Pg 61-62).

En definitiva, se trata de «la amplia esfera de libertad natural»( Medina G. 1996.Pg 61-62).

Debido a que si se piensa un derecho fundamental con un contenido tan amplio como el referido convierte al derecho en una realidad impracticable y —por ello— imposible de ser protegido jurídicamente ya que su ámbito normativo se extendería casi ilimitadamente, entonces se hace necesario restringir el ampuloso alcance prima facie del derecho para reducirlo a lo prácticamente posible y a lo jurídicamente aceptable. De modo que con la restricción el contenido prima facie se convierte en un contenido definitivo: «una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva, o en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un contenido efectivamente garantizado» (Bernal P. 2003. Pg 461).. Consecuentemente, la restricción de los derechos fundamentales puede ser definida como «normas que restringen la realización de principios iusfundamentales».( Alex R.2004. Pg 276)

### **3. Teoría externa de los límites**

En este contexto, los derechos fundamentales no podrán existir nunca en armonía pues prima facie chocan y se contradicen, y luego definitivamente cuando —con base en el principio de proporcionalidad— se ha resuelto el choque lo que existe es un derecho vencedor y un derecho vencido, es decir, un contenido constitucional con su alcance amplio, y otro derecho fundamental mutilado en su contenido constitucional. Utilizando la terminología propia de la teoría de los derechos fundamentales entendidos como principios se diría que «un principio únicamente puede realizarse a costa del otro».( Alex R.2004. Pg 276)

En la base de toda esta propuesta dogmática se encuentra la teoría externa de los límites de los derechos fundamentales. Según esta teoría los límites .de los derechos fundamentales son siempre imposiciones externas, que vienen generadas e instituidas desde fuera del derecho mismo, son, por tanto, una realidad externa y distinta al contenido constitucional del derecho. La imposición la sufrirá el derecho vencido con un alcance proporcional al grado de optimización que se haya reconocido al derecho vencedor

#### **2.3.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

##### **2.3.3.1. Derechos fundamentales como mandatos de optimización y proporcionalidad**

Este modo de ver las cosas empuja necesariamente a la aceptación de que los derechos fundamentales pueden entrar en verdadero conflicto entre sí o contra otros bienes jurídicos constitucionales. Si todos los derechos fundamentales inicialmente tienen un ámbito de protección que se expande casi ilimitadamente, entonces no hay modo de evitar que choquen entre sí. La Constitución sería prima facie un hervidero de derechos en constante e infinito choque y contradicción y en descarnada pugna por imponerse unos sobre otros a fin de lograr la requerida optimización.

Como el derecho sí pretende algún grado de eficacia debe ser constatado en su utilidad para regular y ordenar las relaciones humanas en la realidad, entonces se hace imprescindible encontrar la manera de determinar cuál de los dos contenidos ampulosos y contradictorios entre sí deberá prevalecer. Optar por la maximización de un principio o derecho fundamental en lugar de su contrario depende de que sea posible dar mayores y mejores razones para establecer cuál derecho deberá prevalecer y cuál deberá ser postergado. Un principio o derecho fundamental «es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor». Estas razones que definen cuál derecho fundamental deberá beneficiarse de la maximización porque tiene un mayor peso, y .cuál deberá quedar rezagado, soslayado e incluso lesionado por su menor peso, se definirían principalmente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Como se ha escrito respecto del legislador, aseveración fácilmente extendible a la administración o al juzgador, «una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo».

De esta manera, el principio de proporcionalidad dentro de las teorías absolutas, relativas y externas, tiene la misión de sopesar el contenido *prima facie* de dos derechos fundamentales a fin de establecer cuál de ellos tiene un mayor peso en las circunstancias del caso concreto a fin de hacerlo prevalecer sobre el otro derecho fundamental. De esta manera, el principio de proporcionalidad se convierte en la figura decisiva para la determinación y diferenciación de posiciones jurídicas vencedoras y vencidas en los casos concretos.

### **2.3.3.2. Fundamentación del principio de proporcionalidad**

#### **A. Similitud entre el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad**

El TC ha interpretado que el principio de proporcionalidad equivale al principio de razonabilidad. Ha dicho el TC que «si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable». En este sentido, continuará diciendo el mencionado Tribunal, «el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios». Y es que «más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad»

## **B. Un principio del entero ordenamiento jurídico**

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las constituciones alemana y española, se ha previsto expresamente en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo expresamente a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción (último párrafo del art. 200 Const.). Ha sido este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el entero ordenamiento jurídico peruano. El mencionado tribunal, luego de mostrar una postura más bien imprecisa y ambivalente en este asunto, actualmente tiene asentado el criterio jurisprudencial de reconocer el principio de proporcionalidad como un principio que informa el entero ordenamiento jurídico peruano: «el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en

cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del art. 200 de la Constitución»

### **C. El Estado de derecho como base del principio de proporcionalidad**

Pero no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el TC, sino que este también lo funda en la cláusula del Estado de derecho, complementariamente, en el valor justicia. Así, «en la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material»

Una medida que afecta un derecho fundamental, como puede ser una sanción, puede llegar a ser desproporcionada o irrazonable cuando aparece como manifiestamente injusta. En estos casos se habla adicionalmente de la violación del debido proceso en su dimensión material. En efecto, la violación del debido proceso «no solo ocurre cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino también cuando no se observa un mínimo criterio de justicia, es decir, un criterio objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad». Se parte, entonces, del entendido de que la razonabilidad, «en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia»

# **CAPÍTULO III**

## **RESULTADOS**

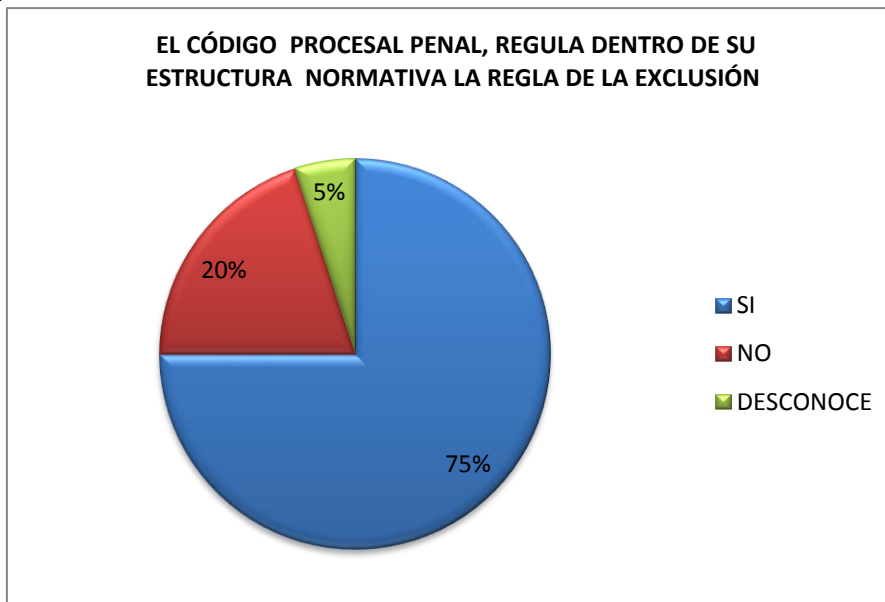


**3.1.- Situación actual de la comunidad jurídica del principio de proporcionalidad como un mecanismo para la valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano.**

**TablaN° 01**

EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, REGULA DENTRO DE SU ESTRUCTURA NORMATIVA LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN1	RESPUESTAS CONTESTADAS	PORCENTAJES
SI	112	75%
NO	30	20%
DESCONOCE	8	5%
TOTAL	150	100%

**Figura1:**



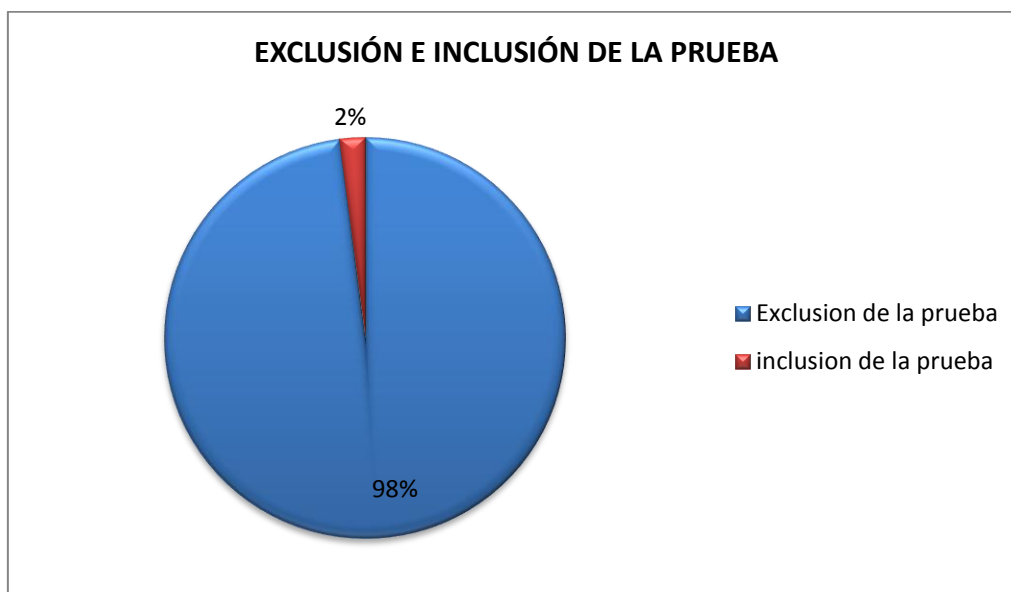
FUENTE: PROPIA ELABORACION

**INTERPRETACIÓN:** La tabla y figura N° 01, reflejan que de los 150 abogados y magistrados encuestados, el 75% consideran que el Código Procesal Penal, **si** regula dentro de su estructura normativa la regla de la exclusión de la Prueba Ilícita y el Principio de Proporcionalidad en materia probatoria, que equivale a 112 abogados y 30 encuestados, señalan que **no**; equivalente al 20% de la muestra.

TablaN° 02

EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN DE LA PRUEBA	RESPUESTAS CONTESTADAS	PORCENTAJES
Exclusión de la prueba	147	98%
Inclusión de la prueba	03	2%
Total	150	100%

Figura N°2:



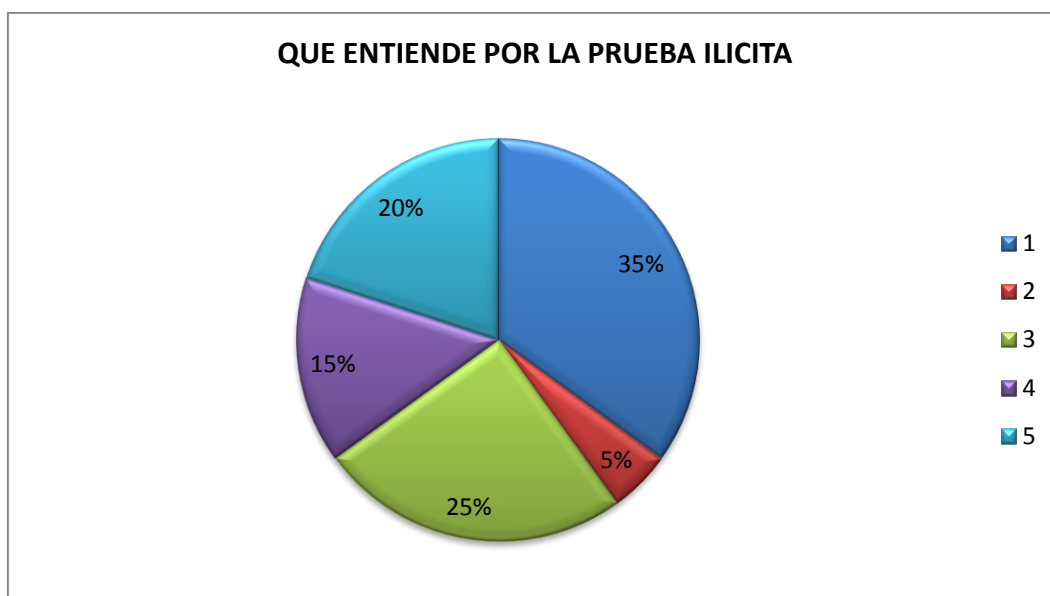
FUENTE: PROPIA ELABORACION

INTERPRETACIÓN: La tabla y figura N°02, refleja que de los encuestados respondieron la mayoría ellos, equivalente al 98%, cree que lo dispuesto en el Código Procesal Penal, Art. VIII de su Título Preliminar que prescribe "Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo", "Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" es una cláusula de exclusión de la prueba ilícita y solo el 2% cree lo contrario.

Tabla N° 03

<b>QUE ENTIENDE POR LA PRUEBA ILICITA</b>	<b>RESPUESTAS CONTESTADAS</b>	<b>PORCENTAJES</b>
Aquella que viola normas sustantivas, incluso la constitucional, y tiene como efectos el carecer de valor, por tanto no se puede fundar en ésta una decisión, no puede ser utilizada, exhibida o publicada y produce la declaratoria de nulidad por el Juez.	52	35%
Es aquella que infringe cualquier ley, no solo la fundamental, sino también la legislación ordinaria	8	05%
Es aquella que infringe cualquier ley, no solo la fundamental, sino también la legislación ordinaria.	37	25%
Es la que surge con violación de las normas constitucionales, tuteladoras de los derechos fundamentales	23	15%
<i>es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales</i>	30	20%

Figura N°03



FUENTE: PROPIA ELABORACION

INTERPRETACIÓN: En la tabla y figura N°03, se han obtenido los siguientes resultados:

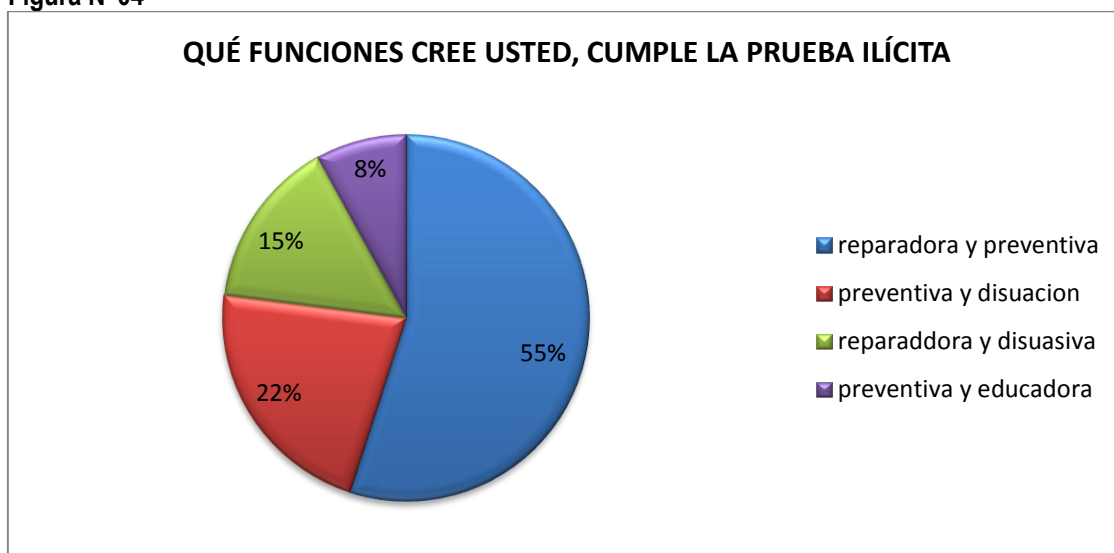
- ✓ 52 encuestados, equivalente al 35% entienden por prueba ilícita es aquella que viola normas sustantivas, incluso la constitucional, y tiene como efectos el carecer de valor, por tanto no se puede fundar en ésta una decisión, no puede ser utilizada, exhibida o publicada y produce la declaratoria de nulidad por el Juez.

- ✓ 30 encuestados, equivalente al 20% respondieron que es aquella *prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales.*
- ✓ 23 encuestados, equivalente al 15 % , señalaron que es aquella que infringe cualquier ley, no solo la fundamental, sino también la legislación ordinaria.
- ✓ 23 encuestados, equivalente al 15%, indicaron que es la que surge con violación de las normas constitucionales, tuteladoras de los derechos fundamentales.
- ✓ 08 encuestados, equivalente al 5%, precisaron que *prueba ilícita* es aquella obtenida por medios ilícitos.

**TablaN° 04**

<b>QUÉ FUNCIONES CREE USTED, CUMPLE LA PRUEBA ILÍCITA</b>	<b>RESPUESTAS CONTESTADAS</b>	<b>PORCENTAJES</b>
Reparadora y Preventiva	82	55%
Preventiva y Disuasión	33	22%
Reparadora y Disuasiva	23	15%
Preventiva y Educadora	12	08%
<b>Total</b>	<b>150</b>	<b>100%</b>

**Figura N°04**



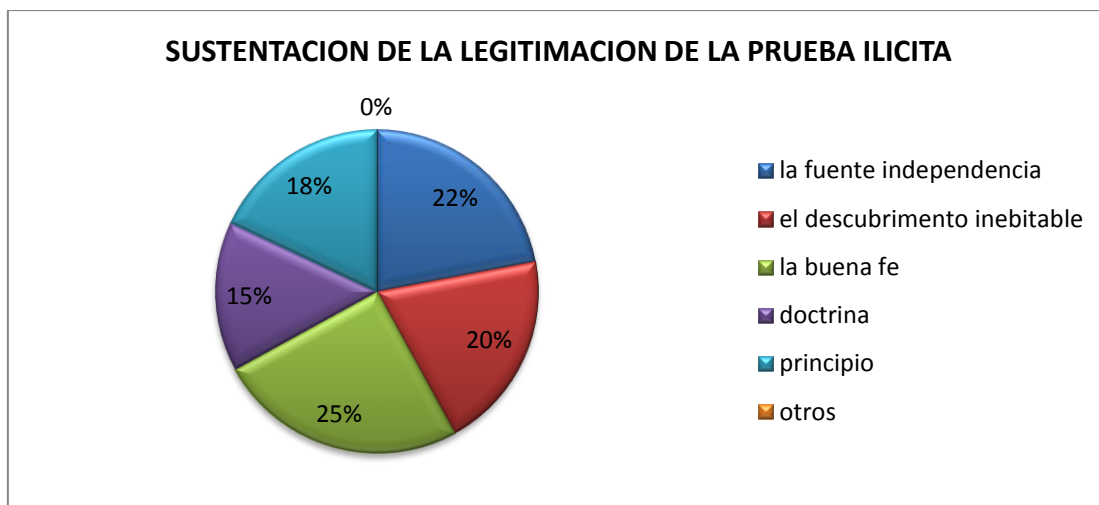
FUENTE: PROPIA ELABORACION

INTERPRETACIÓN: En La tabla y figura N° 04, se aprecia que el 55 % de encuestados considera que la prueba ilícita cumple con las funciones reparadora y preventiva. El 22 % considera las funciones preventiva y de disuasión. El 15%, precisa que son las funciones preventiva y educadora y el 08 % señaló que son las funciones preventiva y educadora.

Tabla N°5

SUSTENTACION DE LA LEGITIMACION DE LA PRUEBA ILICITA	RESPUESTAS CONTESTADAS	PORCENTAJES
La fuente independiente	33	22%
El descubrimiento inevitable	30	20%
La buena fe	37	25%
Doctrina "puegedtaint" o del tinte diluido	23	15%
Principio de proporcionalidad	27	18%
Otros indique....	00	00%
<b>TOTAL</b>	<b>150</b>	<b>100%</b>

Figura N°05



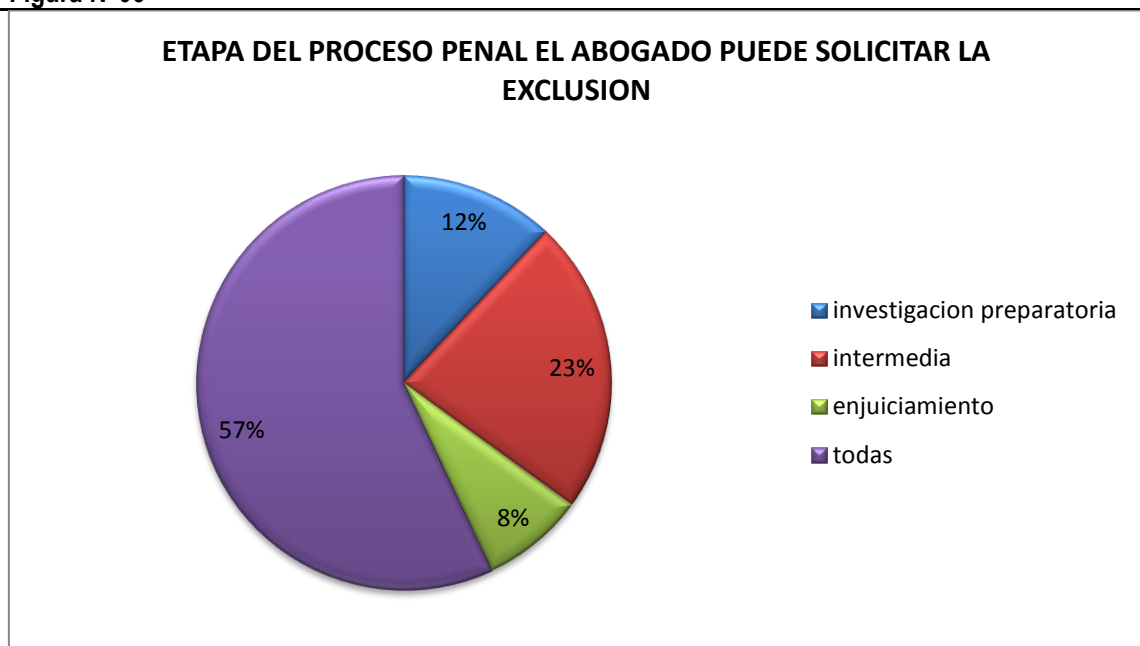
**FUENTE: PROPIA ELABORACION**

INTERPRETACIÓN: En la figura N° 05 se aprecia que los encuestados consideran que para la legitimación de la prueba ilícita se aplican con mayor frecuencia en los procesos penales diversas teorías. El 25 % indica que es la teoría de la fuente independiente, el 20 % precisa que el descubrimiento inevitable, el 25% considera a la teoría de la buena fe, así como el 18% señala que es el principio de proporcionalidad y el 15% ha precisado que es la doctrina "puegedtaint" o del tinte diluido.

Tabla N° 06

ETAPA DEL PROCESO PENAL EL ABOGADO PUEDE SOLICITAR LA EXCLUSION	RESPUESTAS CONTESTADAS	PORCENTAJES
Investigación preparatoria	18	12%
Intermedia	35	23%
Enjuiciamiento	12	08%
Todas	85	57%
TOTAL	150	100%

Figura N°06



FUENTE: PROPIA ELABORACION

INTERPRETACIÓN: EnLa tabla y figura N° 06, los encuestados han precisado que el abogado defensor en el proceso penal puede solicitar la exclusión de la prueba ilícita, un 60% considera que lo puede hacer en todas las etapas del proceso , un 25% ha señalado que en la etapa intermedia, un 10% en la investigación preparatoria y un 5% durante el enjuiciamiento.

**Tabla N° 07**

<i>Durante la investigación preliminar se puede solicitar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente</i>	<b>RESPUESTAS CONTESTADAS</b>	<b>PORCENTAJES</b>
<b>SI</b>	98	65%
<b>NO</b>	52	35%
<b>TOTAL</b>	150	100%

**Figura N°07**



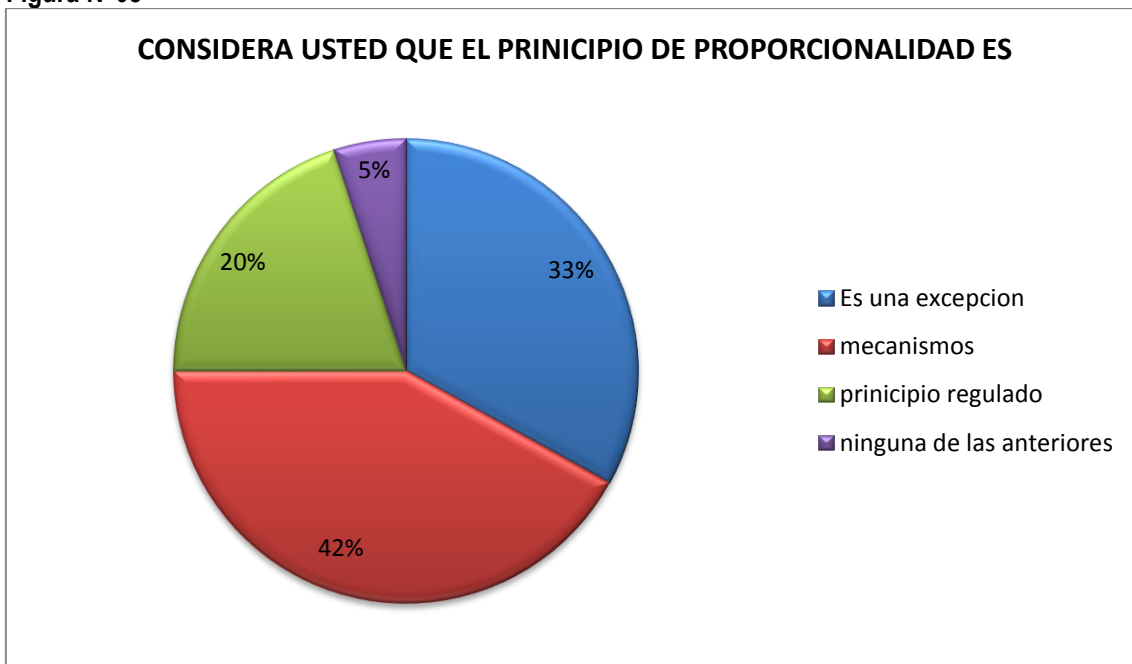
FUENTE: PROPIA ELABORACION

INTERPRETACIÓN: En la tabla y figura N° 07, los encuestados han respondido un 65% que durante la investigación preliminar SI se puede solicitar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o del Ministerio Público y un 35 % ha respondido que NO se puede solicitar durante la investigación preliminar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o el Ministerio Público.

Tabla N° 08

CONSIDERA USTED QUE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ES	RESPUESTAS CONTESTADAS	PORCENTAJES
Es una excepción a la regla de exclusión	49	33%
Mecanismos que puede servir para justificar la prueba ilícita obtenida	63	42%
Principio regulado constitucionalmente	30	20%
Ninguna de las anteriores	7	05%
<b>TOTAL</b>	<b>150</b>	<b>100%</b>

Figura N°08



FUENTE: PROPIA ELABORACION

FUENTE: PROPIA ELABORACION

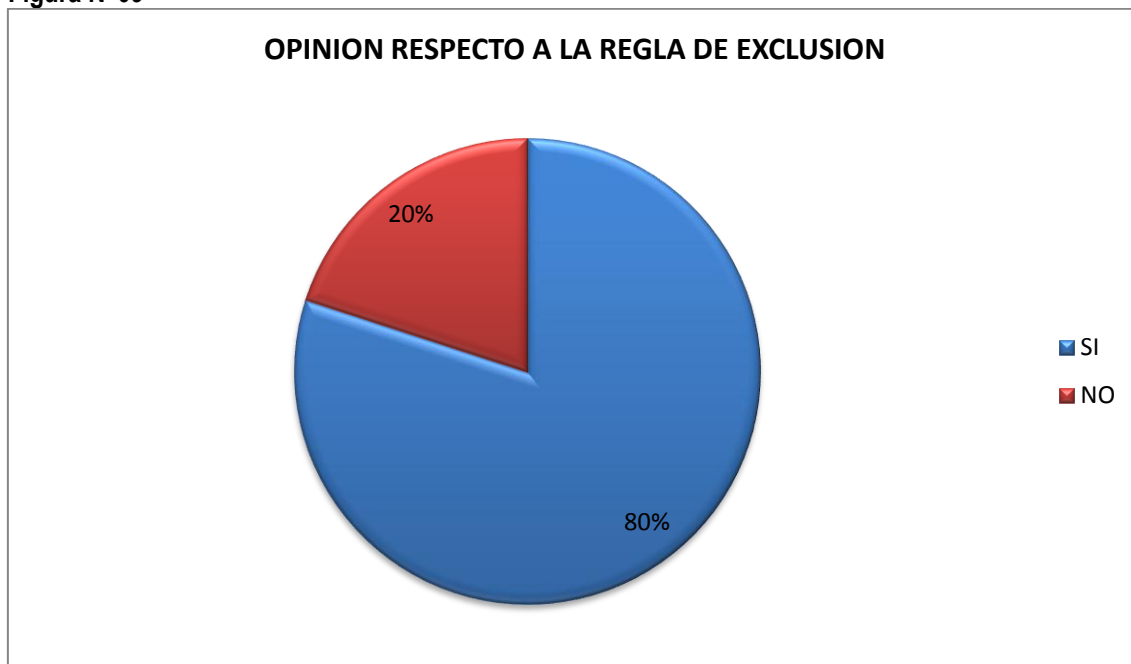
INTERPRETACIÓN: En la tabla y figura N° 08 se refleja que de los encuestados un 33% consideran que el principio de proporcionalidad es una regla de exclusión de la prueba; el 42% señala que es un mecanismo que puede servir para justificar la prueba ilícita obtenida, el 20% señalaron que es un principio regulado constitucionalmente y un 5% ha marcado ninguna de las anteriores opciones propuestas en la encuesta.



TablaN° 09

OPINION RESPECTO A LA REGLA DE EXCLUSION	RESPUESTAS CONTESTADAS	PORCENTAJES
SI	120	80%
NO	30	20%
TOTAL	150	100%

Figura N°09



FUENTE: PROPIA ELABORACION

INTERPRETACIÓN: En la tabla y figura N° 09 el 80% de los encuestados han señalado respecto a la regla de exclusión de la prueba ilícita que SI constituye una garantía objetiva de la libertad que tiene su fundamento en la tutela de los derechos fundamentales considerados en su doble dimensión: subjetiva de derechos de los ciudadanos y objetiva de elemento esencial del ordenamiento jurídico y un 20 % han precisado que NO constituye una garantía objetiva de libertad.

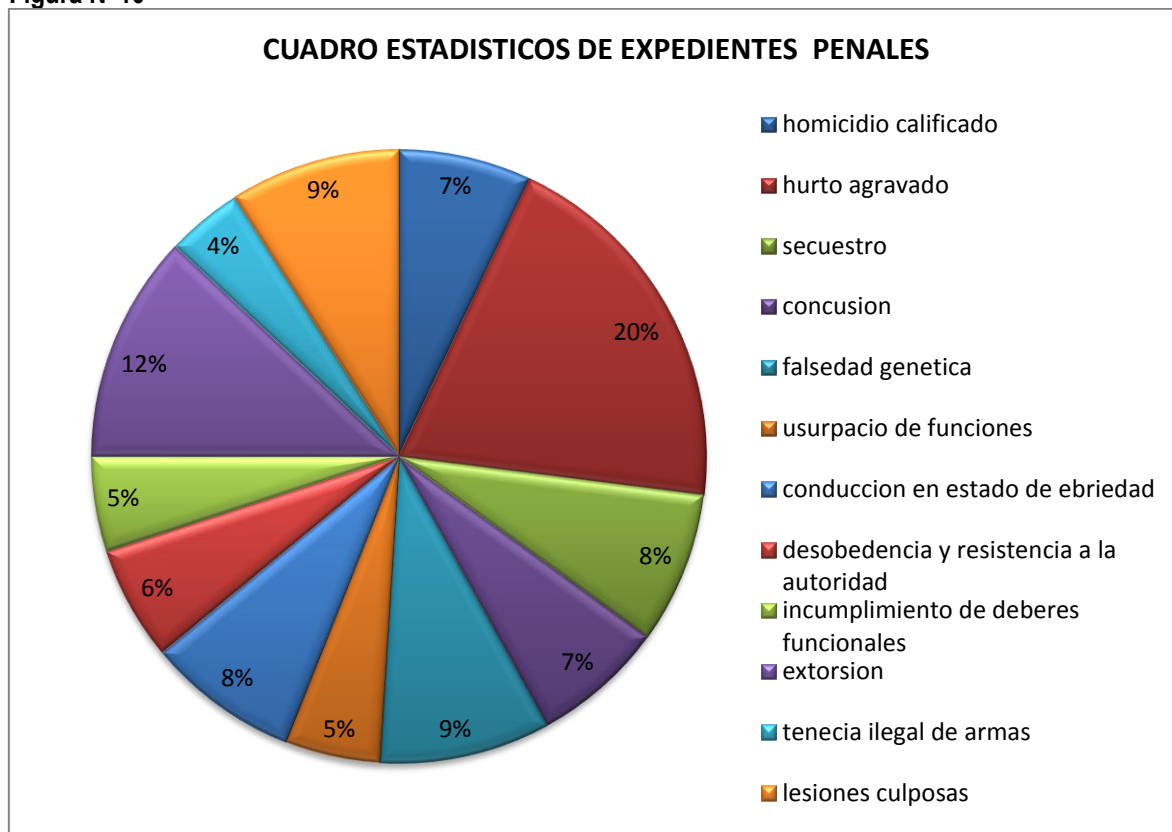
### 3.2. Situación actual del principio de proporcionalidad como mecanismo para valorar la prueba ilícita en el proceso penal peruano,

Tabla N° 10

**Estadísticos De Expedientes Penales Del Distrito De Chiclayo En Los Que Se Ha Considerado La Prueba Ilicita 2014-2015**

	RESPUESTAS	PORCENTAJES
Homicidio calificado	1	07%
Hurto agravado	4	20%
Secuestro	2	08%
Concusión	1	07%
Falsedad genérica	2	09%
Usurpación de funciones	1	05%
Conducción en estado ebriedad	2	08%
Desobediencia y resistencia a la autoridad	1	06%
Incumplimiento de deberes funcionales	1	05%
Extorsión	2	12%
Tenencia ilegal de armas	1	04%
Lesiones culposas	2	09%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

Figura N°10



FUENTE: PROPIA ELABORACION

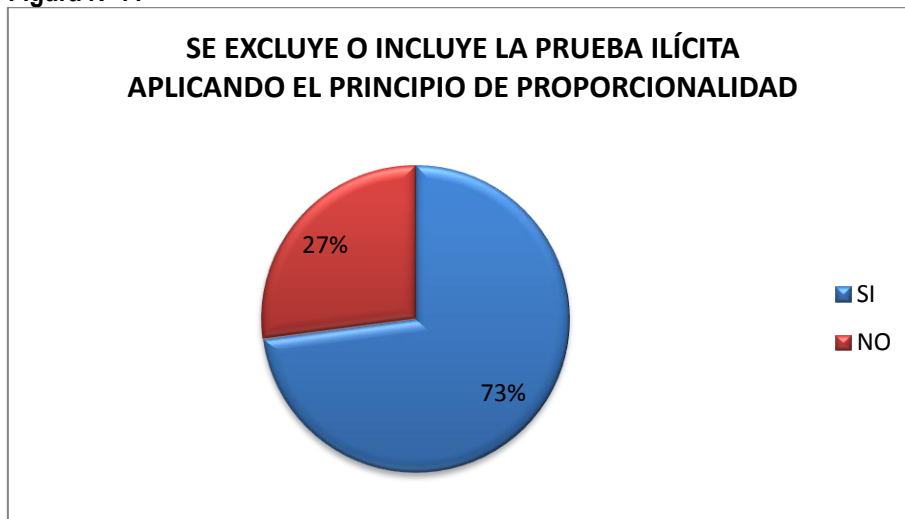
INTERPRETACIÓN : En la tabla y figura N° 10 de la ficha de registro de expedientes penales en las que se ha considerado la prueba ilícita, se han obtenido los siguientes resultados: Un 20% corresponden a los delitos de hurto agravado, el 9 % son de lesiones culposas, un 9 % de falsedad genérica, un 12% por el delito de extorsión , un 8 % por el delito de conducción en

estado de ebriedad ; y los delitos de homicidio calificado 07% , secuestro 08%, concusión 07%, usurpación de funciones 05%, desobediencia y resistencia a la autoridad 06% , , el incumplimiento de deberes funcionales 5% y la tenencia ilegal de armas un 4%.

Tabla N° 11

<b>SE EXCLUYE O INCLUYE LA PRUEBA ILÍCITA APLICANDO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD</b>	<b>RESPUESTAS CONTESTADAS</b>	<b>PORCENTAJES</b>
SI	07	35%
NO	13	65%
TOTAL	150	100%

Figura N°11



FUENTE: PROPIA ELABORACION

INTERPRETACIÓN: En la tabla y figura N° 11 se aprecia que en los expedientes penales donde se ha considerado la prueba ilícita , en 14 expediente equivalente al 70 % se ha excluido a la prueba ilícita, aplicando el principio de proporcionalidad y en 6 expedientes , equivalente al 30 % se incluye a la prueba ilícita aplicando el principio de proporcionalidad.

FICHA DE REGISTRO DE EXPEDIENTES 2010-2011

ITEM	N° DE EXPEDIENTE	FECHA DE INICIO	DELITO	JUZGADO	EXCLUYE A LA PRUEBA ILICITA, APLICANDO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	INCLUYE A LA PRUEBA ILICITA APLICANDO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
01	230-2014	12/01/2014	Homicidio calificado	4° Juz. Unipersonal	NO	
02	356-2014	19/01/2014	Hurto Agravado	2° Juz. Inv. Prep	NO	
03	388-2014	19/01/2014	Violación a la libertad personal- Secuestro	2° Juz. Unipersonal	NO	
04	599-2014	28/01/2014	Concución	5° Juz. Unipersonal	NO	
05	866-2014	19/02/2014	Delito contra el patrimonio	1° Juz. Inv. Prep	NO	
06	896-2014	23/02/2014	Falsedad genérica	3° Juz. Inv. Prep	NO	
07	988-2014	01/03/2014	Usurpación de funciones	1° Juz. Inv. Prep	NO	
08	1031-2014	02/03/2014	Contra la seguridad pública	2° Juz. Inv. Prep	NO	
09	1233-2014	26/05/2014	Hurto Agravado	6° Juz. Inv. Prep	NO	
10	1437-2014	18/03/2014	Desobediencia y resistencia	3° Juz. Inv. Prep	NO	
11	2897-2014	10/06/2014	Falsificación de documentos	5° Juz. Inv. Prep	NO	
12	3679-2014	21/07/2014	Incumplimiento de deberes funcionales	3° Juz. Inv. Prep	NO	
13	3892-2014	03/08/2014	Conducción en estado de ebriedad	3° Juz. Inv. Prep		SI
14	352-2015	26/01/2015	Extorción	6° Juz Inv. Prep		SI
15	1032-2015	16/03/2015	Extorción	5° Juz. Inv. Prep		SI
16	1111-2015	12/08/2015	Tenencia ilegal de armas	8° Juz. Unipersonal		SI
17	1558-2015	26/04/2015	Lesiones culposas	6° Juz Inv. Prep	NO	
18	1689-2015	27/04/2015	Lesiones culposas	4° Juz. Inv. Prep		SI
19			Hurto agravado			SI
20			Lesiones culposas		NO	

# **CAPITULO IV**

## **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

## **ANALISIS DE LA SITUACION ENCONTRADA RESPECTO A LA PRUEBA ILICITA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

### **4.1.- ANALISIS DE LOS OPERADORES DEL DERECHO DEL PRINCIPIO PROPORCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA LA VALORACION DE LA PRUEBA ILICITA, REFERENTE A LOS PROCESOS SEGUIDOS EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE PERÍODO 2014-2015.**

#### **4.1.1.- Análisis de los operadores del derecho del principio de proporcionalidad como mecanismo para la valoración de la prueba ilícita, referente a los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque período 2014-2015.**

Se puede determinar que existen sectores marcados en la doctrina jurídica de dimensiones garantistas para determinar la prueba ilícita; un sector afirma que la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas y los derechos individuales en razón que son el fundamento del orden político y de la paz social . El otro sector, considera que es aquella afectada por una conducta dolosa es decir obtenida en forma fraudulenta a través de una conducta ilícita y como consecuencia se determina su ilicitud y su ineficacia en virtud del principio siguiente: “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete ”

Se define también a la prueba ilícita dentro de una concepción amplia que es aquella obtenida no solo mediante la infracción de normas constitucionales, sino también mediante vulneración de normas con simple rango de ley.

En el Código Procesal Penal, se ha considerado en el artículo VIII del Título Preliminar que toda prueba será valorada siempre que haya sido incorporada al proceso penal con un procedimiento constitucional, sin embargo las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, carecen de efecto legal. Como hemos podido apreciar se permite la exclusión de la prueba ilícita, aquella que ha sido obtenida vulnerando las garantías fundamentales, la misma que será nula de pleno derecho y en consecuencia quedará excluida de la actuación procesal, el mismo tratamiento se efectuará con las pruebas que sean consecuencia de las

pruebas excluidas. Son entonces consideradas como pruebas ilícitas, aquellas que violan los derechos fundamentales de las personas, marcando diferencias con las pruebas ilegales que se refieren a aquellas que han sido practicadas o conseguidas violando requisitos formales legales.

La utilización de las pruebas ilícitas puede generar nulidad y afectar la actuación, aunque no acarrearán tal consecuencia si la decisión puede fundamentarse en pruebas que tienen un vínculo atenuado con la prueba ilícita y han surgido de una fuente independiente.

La prueba ilícita cumple una función reparadora, pero también la Doctrina considera que la Prueba Ilícita cumple con la función preventiva de futuras violaciones a las normas procesales, esta función considera que la aplicación de sanciones probatorias funcionan por medio de dos vías como la educación y disuasión.

El principio de Proporcionalidad es esencial para determinar en un caso concreto, la legítima restricción de un derecho fundamental en razón que es considerado como un principio general del derecho que puede coadyuvar al operador de justicia a tratar de alcanzar el equilibrio de los intereses en conflicto y debe tenerse en cuenta desde una perspectiva que exige un análisis en tres niveles que son los subprincipios de idoneidad, necesidad o de intervención mínima y proporcionalidad strictu sensu, pues los requisitos deben cumplirse en forma concurrente porque ante la ausencia de uno de ellos, estaríamos frente a una injerencia desproporcionada y por ende injustificada.

En la práctica se puede advertir, según la figura N° 11 que en los expedientes penales donde se ha considerado la prueba ilícita, en 13 expediente equivalente al 65 %, se ha excluido a la prueba ilícita, aplicando el principio de proporcionalidad y en 7 expedientes, equivalente al 35 % se incluye a la prueba ilícita aplicando el principio de proporcionalidad, por lo que se corrobora que en mayor proporción en el distrito de judicial de Lambayeque, se aplica el principio de proporcionalidad para excluir a la prueba ilícita como medio probatorio, pero a su vez este principio no es propiamente una excepción a la regla de exclusión, sino una herramienta o mecanismo que se utiliza para

justificar en ciertos casos la admisión de la prueba ilícitamente obtenida, a su vez en el la figura N°03, los encuestados siendo estos magistrados y abogados han definido en un 80 % que la prueba ilícita es aquella que afecta los derechos fundamentales y tiene como efectos el carecer de valor en el proceso.

Este resultado nos permite establecer que en nuestro medio se aplica para la exclusión de la prueba ilícita el principio de proporcionalidad cuando se advierte la vulneración de derechos fundamentales, no existiendo otro argumento que implique un mayor análisis frente a tal situación, sin diferenciar prueba ilícita de ilegal, en consecuencia y, en esencia, se constituye en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. En el Distrito Judicial de Lambayeque, los derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados por la prueba ilícita son los consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución, relegándose en muchos casos los derechos de las víctimas y de la sociedad que exige justicia.

En atención a la fórmula abierta del artículo 3° de la Constitución, es posible sostener que la vulneración de derechos fundamentales de índole procesal, tales como la defensa técnica, a no declarar contra si mismo o contra ciertos parientes, etc, acarrea necesariamente la exclusión de la prueba así obtenida o admitida, convirtiendo la prescripción del artículo 3° constitucional en un medio que desnaturaliza la racionalidad de la regla de exclusión y soslaya el principio de averiguación de la verdad.

#### **4.1.2.- Análisis de los operadores del derecho del principio de proporcionalidad como mecanismo para la valoración de la prueba ilícita, referente a los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque período 2014-2015, respecto a las normas.**

En el proceso penal se evidencia un conflicto de intereses, siendo estos el público, el estado y el interés de la sociedad que exige el descubrimiento de la verdad y la sanción del responsable, y por otro el interés privado que tiene como finalidad la defensa y la libertad de todo sujeto pasivo de un proceso.



Siendo necesario que ninguno de ellos prevalezca sobre el otro es que se impone la obligación de limitar la investigación penal, generando una situación de equilibrio que garantice la vigencia y respeto de los dos intereses. El equilibrio se alcanza utilizando como límite los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente a las personas por el solo hecho de serlo; sin embargo ello no significa que constituyan en sí barreras infranqueables pues se puede afirmar que todos los derechos fundamentales a excepción de la vida son limitables en el proceso penal. Sin embargo para que el estado a través de sus órganos de persecución penal y de juzgamiento puedan afectar válidamente los derechos fundamentales de las personas sus medidas deben observar ciertos requisitos, como son: *Legalidad, Jurisdiccionalidad, y Proporcionalidad* éste último se considera de gran importancia en caso de medidas restrictivas de derechos. El principio de Proporcionalidad es esencial para determinar en un caso concreto, la legítima restricción de un derecho fundamental, por ello la medida adoptada debe contener, para ampararse en éste Principio: a) *La existencia de una imputación concreta*, b) *Idoneidad de la medida*, c) *Indispensabilidad de la medida*, d) *Proporcionalidad de medio a fin*, e) *Motivación de la resolución limitativa del derecho*.

Hay situaciones en las que el operador de justicia se encuentra en una colisión de intereses y por ende de derechos, las que pueden resolverse aplicando el principio de proporcionalidad, examinando si existe proporción entre el fin perseguido y la afectación de los derechos fundamentales, realizando propiamente un ejercicio de ponderación y valoración para determinar finalmente si la injerencia o afectación es razonable o admisible a la luz del bien jurídico que se trata de salvaguardar. Según nuestro análisis en la figura N° 05 se aprecia que los encuestados consideran que para la legitimación de la prueba ilícita se aplican con mayor frecuencia en los procesos penales diversas teorías. Y entre las alternativas propuestas indica el 18% que es el principio de proporcionalidad un mecanismo utilizado en los procesos penales. Es así que en nuestro estudio se aprecia en la figura N°11. que siendo el Juez de la Investigación Preparatoria un Juez de Garantía el

que se encuentra facultado para declarar la ilicitud y exclusión de la evidencia obtenida con violación de derechos fundamentales, durante la investigación preparatoria hasta la etapa intermedia en el 65% de los procesos penales donde se advirtió la prueba ilícita los juzgadores han aplicado el principio de proporcionalidad, como un criterio metodológico para excluir a la prueba ilícita en las audiencias de control de acusación, a su vez en la figura N° 08 se refleja que de los encuestados un 33 % consideran que el principio de proporcionalidad es una regla de exclusión de la prueba ilícita sin embargo también un 42 % señala que es un mecanismo que puede servir para justificar la prueba ilícita obtenida. Corroboramos la posición de los encuestados en la figura N° 09 donde el 80% de los encuestados han señalado respecto a la regla de exclusión de la prueba ilícita que efectivamente constituye una garantía objetiva de la libertad que tiene su fundamento en la tutela de los derechos fundamentales considerados en su doble dimensión: subjetiva de derechos de los ciudadanos y objetiva de elemento esencial del ordenamiento jurídico, frente a un 20 % que ha precisado que NO constituye una garantía objetiva de libertad.

El resultado nos permite establecer que los jueces en el Distrito Judicial de Lambayeque aplican el principio de proporcionalidad como un mecanismo o regla de exclusión de la prueba ilícita en razón que se encuentra regulada en la estructura normativa del Código Procesal Penal, es así que el Principio de Proporcionalidad en materia probatoria, se consagra el artículo 1 de la Constitución Política al proteger la dignidad como fin suprema de la sociedad y el Estado que sirve de piedra angular a todo ordenamiento jurídico, corroboramos nuestra posición con el resultado obtenido de los encuestados en la figura N° 01 en el que se evidencia que el 75 % ha señalado que el Código Procesal Penal regula en su estructura normativa la regla de la exclusión de la prueba ilícita así como el principio de proporcionalidad.

Se demuestra así que los operadores de justicia aplican el principio de proporcionalidad sin establecer diferencias como una regla de exclusión o como un mecanismo de admisión de la prueba ilícita, advirtiéndose que hay incertidumbres en su aplicación, de lo contrario

no se admitiría en ciertos casos la prueba ilícitamente obtenida. En nuestro estudio se evidencia la prevalencia de ciertas teorías respecto al valor probatorio de la prueba ilícita como son: la posición en contra de admitir la prueba ilícita por afectar los derechos y libertades fundamentales; la posición a favor, la que debe ser admitida y puede ser objeto de apreciaciones por el juez de garantías en aras del descubrimiento de la verdad y, la postura intermedia, incide en que solo son inadmisibles aquellas pruebas obtenidas infringiendo la legalidad ordinaria, o practicadas violando las formalidades legalmente establecidas, utilizando los mecanismos de ponderación de intereses involucrados y la supresión mental hipotética. Nuestro aporte está orientado y acorde con la tesis intermedia, teniendo que valorarse la trascendencia de la prueba ilícita.

#### **4.1.3.- Análisis de la comunidad jurídica del principio de proporcionalidad como mecanismo para la valoración de la prueba ilícita, referente a los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque período 2014-2015, respecto a la legislación comparada.**

La doctrina nacional y el Tribunal Constitucional no han desarrollado criterios respecto de la prueba ilícita, pero en la sentencia 1058-2004-AA/TC se ha establecido dos aporte: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita. ha fijado dos cuestiones fundamentales: primero, que la actividad probatoria y el descubrimiento de la verdad no pueden lograrse a cualquier precio, pues en tal cometido es exigible el respeto y observancia de los límites establecidos por la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, y, segundo, que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales no puede ser utilizada

para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Este fallo es hasta ahora el más importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que podría marcar el inicio de un desarrollo más orgánico y sistemático de la cuestión a nivel de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. En el mismo sentido, en la doctrina se aprecia un creciente interés por la problemática de la prueba ilícita

En Estados Unidos Puede afirmarse que la primera etapa de aplicación absoluta de la regla de exclusión comprende como hitos reconocibles lo resuelto en los casos *Boyd vs. US* (1886), pasando por *Weeks vs. US* (1914), hasta los años sesenta del siglo XX en que *Mapp VS Ohio* (1961) terminó ratificando lo decidido en *Rochin vs. California* (1952) en todos los Estados, sobre la base de la decimocuarta enmienda sentido que la regla de exclusión debía aplicarse generalizadamente.

España el año 2000 el legislador incorporó la regulación sobre la prueba ilícita. Así el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, señala que *"cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. Al efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud"*[26]. Agrega la norma que la resolución que la resuelve no será reponible y que queda a salvo el derecho de las partes a impugnar la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

En el sistema británico no obstante tener un raigambre jurisprudencial observamos que Act 1984 sobre *Police and Criminal Evidence* señala en la Sección 76 (...) que si, "en algún proceso en el que la acusación propone producir prueba de una confesión hecha por quien es acusado, se pone de manifiesto ante el tribunal que la confesión fue o pudo haber sido obtenida: (a) por coerción sobre la persona que la efectuó; o (b)

como consecuencia de algún hecho o manifestación que, presumiblemente, de acuerdo con las circunstancias, haga que no sea confiable la confesión; el tribunal no permitirá que sea presentada como prueba de cargo excepto en caso de que la acusación demuestre, más allá de toda duda razonable, que la confesión (aparte de que fuese o no verdadera) no fue obtenida de las maneras descriptas.

En cualquier proceso el tribunal puede rechazar pruebas en cuya producción se proponga basar la acusación si considera que, de acuerdo con las circunstancias, incluyendo las circunstancias en las que la prueba fue obtenida, su admisión tendría un efecto adverso para la ecuanimidad del procedimiento de tal magnitud que el tribunal no pueda permitirlo.

Entre Francia no existe mayor regulación en la obtención de la fuente de prueba siendo también la jurisprudencia la que ha establecido el camino para que no se practiquen en el proceso las pruebas cuya fuente ha sido adquirida de forma ilícita.

Por lo general, los países de "commonlaw" hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien solo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado -por lo que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales"- en la Sentencia núm. 34, de 1973, de la Corte Constitucional, y en la Ley núm. 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que "... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional

(art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones ) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada" .

En Italia sólo se regula respecto del proceso penal señalándose que la prueba adquirida en violación de las normas legales no podrán ser utilizadas: *"Prove illegittimamente acquisite.1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.2. L'inutilizzabilità é rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento"*.

En Portugal es la Constitución la que prohíbe la práctica de prueba obtenida ilícitamente, así señala que "serán nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, atentado a la integridad física o moral de la persona o intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones" . Asimismo el Código de Proceso Penal establece específicamente que son nulas, no pudiendo ser utilizadas, las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o, en general, ofensa a la integridad física o moral de las personas (...). . Salvo los casos previstos en la Ley, son igualmente nulas las pruebas obtenidas mediante intromisión en la vida privada, el domicilio; la correspondencia y las telecomunicaciones sin el consentimiento del respectivo titular.

En Alemania la investigación de los delitos en el sistema de procedimiento penal es una actividad en donde el factor discrecionalidad tiene una gran importancia y donde los jueces utilizan un método de ponderación al momento de la exclusión de pruebas.

En Colombia la Constitución establece que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida "con violación del debido proceso". Esta consagración de la regla de exclusión probatoria conocida como regla de exclusión constitucional, donde el debido proceso constitucional se refiere a las normas que regulan el proceso penal y a las que regulan la limitación a cualquier derecho fundamental como la intimidad, el secreto profesional, etc. Por su parte la nulidad alude a la prohibición de dar

cualquier efecto jurídico a las pruebas obtenidas con violación al debido proceso.

En Argentina (Córdoba) el Código Procesal Penal se señala que "carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella".

# **CAPÍTULO V**

## **CONCLUSIONES**



## **CONCLUSIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL PERUANO.**

### **5.1.- RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS**

#### **5.1.1.- Resumen de las discrepancias teóricas:**

- ✓ En el presente estudio se ha podido determinar que en el Distrito Judicial de Lambayeque no existe un criterio común para el tratamiento de la prueba ilícita en razón que no se diferencia esta de la prueba ilegal
- ✓ No existe un criterio común, respecto a la función en el proceso penal que cumple la prueba ilícita.
- ✓ Los operadores de justicia entre las tesis para el tratamiento de la prueba ilícita, entienden que es aquella que vulnera derechos fundamentales garantizados por la Constitución y por ende esta no tiene ninguna valía probatoria la misma que es excluida en gran proporción, aplicando el principio de proporcionalidad, sin embargo en algunos casos es utilizado para admitir la prueba ilícita en el proceso penal.

#### **5.1.2.- Resumen de los Empirismos Normativos**

- ✓ Los operadores de justicia del Distrito Judicial de Lambayeque aplican el principio de proporcionalidad sin establecer diferencias como una regla de exclusión o como un mecanismo de admisión de la prueba ilícita.
- ✓ El operador de justicia no tiene precisión en cuanto a si la prueba ilícita y el principio de proporcionalidad se encuentran normados en el código adjetivo penal.
- ✓ En el Distrito Judicial de Lambayeque no existe pleno conocimiento respecto a las etapas en las que se debe excluir la prueba ilícita como medio de prueba, por lo que algunos consideran en todas las etapas y otros en la etapa intermedia y algunos solo en la etapa de enjuiciamiento.

## 5.2.- CONCLUSIONES PARCIALES.

### 5.2.1.- CONCLUSIÓN PARCIAL:

#### 5.2.1.1.- Contrastación de la subhipótesis

Hemos considerado como sub-hipótesis que existen discrepancias teóricas por parte de los operadores del derecho debido a la existencia de planteamientos teóricos discrepantes, hecho que se evidencia en normativa vigente tales como conceptos básicos, teorías referidos al principio de Proporcionalidad frente a la prueba ilícita en el control de acusación en los procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque, período 2014-2015.

Fórmula : -X1; A1; -B1

Arreglo 1 : -X, A, -B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis que directamente se relacionan con esta subhipótesis "a":

#### a) Discordancias Normativas:

En cuanto a la prueba ilícita los operadores de justicia no coinciden en definir la prueba ilícita, sin establecer diferencias entre la prueba ilícita de la prueba ilegal, quedando demostrado con el Cuadro y figura N°03, con los siguientes resultados:

- ✓ El 35% entienden por prueba ilícita es aquella que viola normas sustantivas, incluso la constitucional, y tiene como efectos el carecer de valor, por tanto no se puede fundar en ésta una decisión, no puede ser utilizada, exhibida o publicada y produce la declaratoria de nulidad por el Juez.,
- ✓ El 20% respondieron que es aquella *prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales.*
- ✓ 37 encuestados, equivalente al 25% , señalaron que es aquella que infringe cualquier ley, no solo la fundamental, sino también la legislación ordinaria.

- ✓ 23 encuestados, equivalente al 15%, indicaron que es la que surge con violación de las normas constitucionales, tuteladoras de los derechos fundamentales y de procesales
- ✓ 08 encuestados, equivalente al 5%, precisaron que prueba ilícita es aquella obtenida por medios ilícitos.

En cuanto a las funciones de la prueba ilícita no existe un criterio uniforme, tal es así que no se identifica con precisión sus funciones, observando el gráfico N° 04 determinamos los siguientes resultados:

- ✓ El 55% de encuestados considera que la prueba ilícita cumple con las funciones reparadora y preventiva.
- ✓ El 22 % considera las funciones preventiva y de disuasión.
- ✓ El 15%, precisa que son las funciones reparadora y de disuasión
- ✓ El 08 % señaló que son las funciones preventiva y educadora.

En el cuadro N° 05 los encuestados al señalar las teorías que hacen que la prueba ilícita tenga validez han considerado variedad de teorías, siendo los resultados siguientes:

- ✓ El 22 % indica que es la teoría de la fuente independiente,
- ✓ El 20 % precisa que el descubrimiento inevitable,
- ✓ El 25% considera a la teoría de la buena fe, así como
- ✓ El 18% señala que es el principio de proporcionalidad y el
- ✓ El 15% ha precisado que es la doctrina “puegedtaint” o del tinte diluido.

#### **b) Causas de Discordancias Normativas:**

Las razones o causas de las discordancias normativas son las siguientes:

El operador de justicia no tiene precisión en cuanto a si la prueba ilícita y el principio de proporcionalidad se encuentran normados en el código adjetivo penal, obteniendo en la figura N° 01 el siguiente resultado:

- ✓ El 75% consideran que el Código Procesal Penal, **si** regula dentro de su estructura normativa la regla de la exclusión de la Prueba Ilícita y el Principio de Proporcionalidad en materia probatoria, que equivale El 25% de encuestados, señalan que **no**.
- ✓ El 03% de encuestados, señalan que desconocen

Respecto al Principio de Proporcionalidad los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque no manejan un criterio uniforme en cuanto a que es una regla de excepción, un mecanismo para justificar la prueba ilícita o solo es un principio regulado constitucionalmente, observando en la figura N° 08 los siguientes resultados :

- ✓ El 33 % consideran que el principio de proporcionalidad es una regla de exclusión de la prueba;
- ✓ El 42 % señala que es un mecanismo que puede servir para justificar la prueba ilícita obtenida,
- ✓ El 20 % señalaron que es un principio regulado constitucionalmente.
- ✓ El 5 % marcó que ninguna de las anteriores opciones propuestas en la encuesta.

Se ha observado que los encuestados sean estos abogados o magistrados no tienen un criterio uniforme en cuanto a la etapa en la que se puede solicitar la exclusión de la prueba ilícita tal es así que en la figura N° 06 se obtuvo el siguiente resultado:

- ✓ Un 57 % de los encuestados han precisado que el abogado defensor en el proceso penal puede solicitar la exclusión de la prueba ilícita en todas las etapas del proceso ,
- ✓ Un 23% ha señalado que en la etapa intermedia,
- ✓ Un 12% en la investigación preparatoria
- ✓ Un 8% durante el enjuiciamiento

Se ha podido advertir que existe incertidumbre en cuanto a si se puede solicitar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o el Ministerio Público, durante la etapa de investigación, obteniéndose el siguiente resultado en la figura N°07 :

- ✓ Un 65% que durante la investigación preliminar SI se puede solicitar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o del Ministerio Público.
- ✓ Un 35% ha respondido que NO se puede solicitar durante la investigación preliminar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o el Ministerio Público.

### **c) Logros:**

El promedio de Logros en el tratamiento de la prueba ilícita es que abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque tienen pleno conocimiento que en el Art. VIII del Código Procesal Penal se establece la exclusión de la prueba ilícita y se evidencia con el resultado de la figura N° 02:

- ✓ El 98 %, cree que lo dispuesto en el Código Procesal Penal , Art. VIII de su Título Preliminar que prescribe "*Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo*", "*Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*" es una cláusula de exclusión de la prueba ilícita.

Los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque consideran en gran proporción respecto a la regla de exclusión de la prueba ilícita que ésta, constituye una garantía de la libertad que tiene su fundamento en la tutela de los derechos fundamentales considerados en su doble dimensión: Subjetiva de derechos de los ciudadanos y objetiva de elementos esenciales del ordenamiento jurídico. Es así que en la figura N° 09 se han obtenido los siguientes resultados:

- ✓ El 80% de los encuestados han señalado respecto a la regla de exclusión de la prueba ilícita que SI constituye una garantía objetiva de la libertad que tiene su fundamento en la tutela de los derechos fundamentales considerados en su doble dimensión: subjetiva de derechos de los ciudadanos y objetiva de elemento esencial del ordenamiento jurídico.
- ✓ El 20% han precisado que NO constituye una garantía objetiva de libertad.

### **Resultado de la contrastación de la subhipótesis**

La sub-hipótesis "a" se prueba parcialmente, mayoritariamente ya que hay un 81,81 % de discrepancias teóricas por los operadores del derecho, hechos que se evidencian en la normatividad vigentes tales como conceptos básicos, teorías referidos al principio de proporcionalidad frente a la prueba ilícita las que se evidencian en el control de acusación en los

procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque, período 2014-2015 y simultáneamente se disprueba parcialmente, minoritariamente porque hay un 18,18% de logros.

#### **5.2.1.2.- Enunciado de la Conclusión Parcial 1.**

El resultado de la contrastación de la hipótesis “a”, nos da base para formular la conclusión parcial 1, mediante el siguiente enunciado:

- a) Los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque tienen discrepancias teóricas en un 81.81% que se evidencian en la normatividad vigentes tales como conceptos básicos, teorías referidos al principio de proporcionalidad frente a la prueba ilícita.
- b) Los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque tienen empirismos normativos en un 81.81% referidos al principio de proporcionalidad y su aplicación frente a la prueba ilícita en el control de acusación en los procesos seguidos en el período 2014-2015 debido a que no se aplica adecuadamente los planteamientos teóricos contenidos en la norma, hechos que ha sido solucionado de manera satisfactoria en la legislación comparada.

### **5.3.- CONCLUSIÓN GENERAL.**

#### **5.3.1.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS GLOBAL.**

En nuestro trabajo planteamos la Hipótesis Global, mediante el siguiente enunciado:

“El principio de proporcionalidad como mecanismo para la valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano, referente a los procesos seguidos en el distrito judicial de Lambayeque período 2014-2015; se ve afectada por Discrepancias Teóricas, Empirismos normativos que están relacionados causalmente y se explican, por el hecho de que no se conocía o no se aplicado bien algún Planteamiento Teórico, especialmente algún concepto básico, teoría y principio; o por no haber aprovechado la Legislación comparada

Tomando en cuenta el análisis efectuado la hipótesis general se prueba parcialmente, mayoritariamente ya que hay un 81,81 % de discrepancias teóricas por los operadores del derecho, hechos que se evidencian en la normatividad vigentes tales como conceptos básicos, teorías referidos al principio de proporcionalidad frente a la prueba ilícita las que se evidencian en el control de acusación en los procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque, período 2014-2015 y simultáneamente se disprueba parcialmente, minoritariamente porque hay un 18,18% de logros.

### **5.3.2.- ENUNCIADO DE LA CONCLUSIÓN GENERAL.**

Tomando como premisas las conclusiones parciales:

1. En cuanto a la prueba ilícita los operadores de justicia no coinciden en definir la prueba ilícita, sin establecer diferencias entre la prueba ilícita de la prueba ilegal, por lo que solo el 39% entiende que prueba ilícita es aquella que viola normas sustantivas, incluso la constitucional, y tiene como efectos el carecer de valor, por tanto no se puede fundar en ésta una decisión, no puede ser utilizada, exhibida o publicada y produce la declaratoria de nulidad por el Juez.
2. En cuanto a las funciones de la prueba ilícita no existe un criterio uniforme, tal es así que no se identifica con precisión sus funciones por lo que solo el 55 % de encuestados considera que la prueba ilícita cumple con las funciones reparadora y preventiva.
3. Los encuestados al señalar las teorías que hacen que la prueba ilícita tenga validez han considerado variedad de teorías como la teoría de la fuente independiente en un 22%, el descubrimiento inevitable en un 20, la buena fe en un 25 %, el principio de proporcionalidad en un 18% y el “puegedtaint” o del tinte diluido en un 15%.
4. El operador de justicia no tiene precisión en cuanto a si la prueba ilícita y el principio de proporcionalidad se encuentra normados en el código adjetivo penal, por lo que 70% de los encuestados considero que si está normado y el 30 % respondió que no se encuentra normado, demostrándose así un desconocimiento de lo estipulado en el Código adjetivo penal.

5. Respecto al Principio de Proporcionalidad los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lambayeque no manejan un criterio uniforme en cuanto a que es una regla de excepción, un mecanismo para justificar la prueba ilícita o solo es un principio regulado constitucionalmente y solo el 33% consideran que el principio de proporcionalidad es una regla de exclusión de la prueba.
6. Se ha observado que los encuestados sean estos abogados o magistrados no tienen un criterio uniforme en cuanto a la etapa en la que se puede solicitar la exclusión de la prueba ilícita y un 57 % de los encuestados han precisado que el abogado defensor en el proceso penal puede solicitar la exclusión de la prueba ilícita en todas las etapas del proceso.
7. Se ha podido advertir que existe incertidumbre en cuanto a si se puede solicitar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o el Ministerio Público, durante la etapa de investigación y solo 65 % coincide que durante la investigación preliminar si se puede solicitar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o del Ministerio Público.

### **CONCLUSIÓN GENERAL:**

El resultado de la contrastación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formular la Conclusión General mediante el siguiente enunciado:

La prueba ilícita, en el control de acusación en los procesos seguidos en el Distrito Judicial de Lambayeque período 2014-2015; es excluida del proceso con la aplicación del principio de proporcionalidad pero se encuentra afectada por las Discrepancias Teóricas y Empirismos normativos que están relacionados causalmente y se explican, por la falta de criterios unificados en los planteamientos teóricos, conceptos básicos y principios que generalmente en otras legislaciones ya han sido superadas.



# **CAPITULO VI**

## **RECOMENDACIONES**

### **6.1.- RECOMENDACIONES PARCIALES.**

1. Se debe superar con carácter de urgente el 18,18% de logros con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad para excluir la prueba ilícita, con un pleno conocimiento y unificación de criterios en cuanto a su finalidad y teorías que la sustentan.
2. Es preocupante, según esta investigación, que existan discrepancias teóricas respecto a la definición de prueba ilícita no pudiendo establecer una diferencia con la prueba ilegal, así como sus fines por lo que es necesario que se adopten a nivel jurisprudencial criterios claros que permitan garantizar la.
3. La regla general es que toda prueba ilícita es inadmisibles, sin embargo, existen excepciones a dicha regla, que en algunos casos pueden permitir valorar pruebas ilícitas.
4. El principio de proporcionalidad es una de las excepciones a la regla de la exclusión de la prueba ilícita. Sin embargo, también es vulnerable porque si no se aplica correctamente puede significar la puerta de entrada a la comisión de muchas arbitrariedades y abusos por parte de los magistrados.
5. La Teoría del ámbito jurídico no es del todo convincente y ha sido objetada duramente por importantes juristas, básicamente, por resolver el problema de la prohibición de la prueba ilegalmente obtenida de manera absoluta, por lo que urge adoptar criterios claros y precisos.

### **6.2.- RECOMENDACIÓN GENERAL**

Es necesario que las excepciones a la regla de exclusión aplicables por los juzgadores debenser expresamente reguladas por el legislador, por ser ello más adecuado a nuestra realidad jurídico – procesal, en tanto que el principio de proporcionalidaddebe ser aplicado con un pleno conocimiento, como una herramienta o mecanismo que puede servir excluir y admitir la prueba ilícita en el caso concreto cuando la prueba haya sido regularmente obtenida y el juzgador tenga que decidir entre valores o bienes constitucionalmente protegidos, de igual o superior rango

# **CAPITULO VII**

## **REFERENCIAS Y ANEXOS**

## REFERENCIAS

- Ascencio Mellado J. (1989). La Prueba Prohibida y Prueba Pre constituida. Editorial Trivium.
- Alexy R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales
- Arango Escobar J. (1996). Valoración de la Prueba en el Proceso Penal. Edición: Fundación Myrna Mack,
- Arias Duque J. (2005). "El Proceso Penal Acusatorio Colombiano", Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Bernal Pulido C. (2003), El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bustamante Alarcón R. (2005). Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba en revista peruana de derecho procesal. N° II.
- Cabrera Zegovia J. (2012) Algunos apuntes doctrinarios sobre la prueba prohibida.
- Castillo Córdova, Luis. Los derechos constitucionales . Elementos para una teoría general. Segunda Edición. Editorial Palestra.
- Castañeda Otsu S. (2012.). Derecho Procesal Constitucional, Tomo II, 2ª edición, Jurista editores.
- Calderón Montenegro, H y Berdugo Saucedo, P (2012). La Regla de Exclusión Constitucional. Algunas consideraciones sobre su aplicación antes del juicio. <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052012/procesal03.pdf>
- Castro Trigoso, H (2010). La Prueba Ilícita en el proceso penal peruano. Juristas Editores E.I.R.L. Lima Perú, pp. 40-45.
- Cafferata Nores, J (1986) . La prueba en el proceso penal. Tercera Edición. Editorial Depalma..
- Claría Olmedo, J. (1962 ). Tratado de Derecho Procesal Penal.
- Cubas Villanueva, V (2011). El Nuevo Proceso Penal Peruano. Teoría y Prácticade su implementación. Primera Edición. Palestra Editores.
- Devis Echandía, H (1976). Teoría general de la prueba judicial. Víctor Zavalía Ediciones.
- Díaz de Leon, M (2005). Tratado sobre las pruebas penales. Quinta Edición.

Editorial Porrúa.

Díaz Cabiale J. (2001). La Garantía Constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.

Fenech, M (1982) .El Proceso Penal. Cuarta Edición. Editorial AGESA. Madrid.

Felix Tasayco, G (2005). "La prueba ilícita en la doctrina y en el nuevo Código Procesal Penal.

Flores Polo, P (2005). Diccionario de términos jurídicos. Tomo II. Editorial Cuzco. Lima – Perú.

Florián, E(1979). De la pruebas penales, Editorial Temis.

García Rada, M(2000) de Derecho Procesal Penal.

García Valencia, J.(1996) Las pruebas en el proceso penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.

Gimeno Sendra V, Moreno Catena V, Cortés Domínguez, V (1998). Derecho Procesal Penal. Ediciones Colex.

Gonzales García, J. (2005). "El proceso penal español y la prueba ilícita" en Revista de Derecho de Universidad Complutense de Madrid. Volumen XVIII - N° 2.

Gonzales Navarro, A.(2010). Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio, Editorial LEYER, Bogotá.

Goldstein M.(2008). Diccionario Jurídico Consultor Magno. Cadiex Internacional S.A.

Mixán Máss, F (1996). Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal. Ediciones B.L.G.

Miranda Estrampes, M (1997). La mínima actividad probatoria en el proceso penal. José María Bosch Editor.

Ore Guardia, A(2000). Manual de derecho procesal penal. Segunda Edición. Editorial. Alternativas SRL.

Pico Junoy, J(1996)., El derecho a la prueba en el proceso civil. J.M. Bosch Editor.

Pellegrini Grinover. A.(2000) Pruebas "ilícitas". En: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal .

Piscoya Silva, J.(2012) Procedimiento de exclusión de la prueba ilícita. <http://www.derechocambiosocial.com/revista005/prueba%20ilicita.htm>.

Rosas Yataco, J(2009).de Derecho Procesal Penal. Juristas, Editores E.I.R.L.

- SentisMelendo, S(2010). "Que es la prueba" - Naturaleza de la prueba.  
Revista derecho Procesal Iberoamericana
- Sanchez Velarde, P (2009). El Nuevo Proceso Penal. Editorial IDEMSA, Lima  
Perú
- Villegas Paiva, E(2010). La ineficacia de la actividad probatoria ilícita en el  
proceso penal. Gaceta Penal & Procesal Penal. Gaceta Jurídica. Tomo  
14.
- Vélez Mariconde, A(1986). Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Córdova.
- Vescovi, E;(1970). "Premisas para la consideración del tema de la  
prueba ilícita", Revista de Derecho Procesal Iberoamericano.

## ANEXOS

### ENCUESTA

**INSTRUCCIONES:** Lea detenidamente y conteste según corresponda.  
 Marque la respuesta correcta con un aspa en el recuadro en blanco.

1. Considera usted que el Código Procesal Penal, regula dentro de su estructura normativa la regla de la exclusión de la Prueba Ilícita y el Principio de Proporcionalidad en materia probatoria.

SI	NO	DESCONOCE

2. Nuestro Código Procesal Penal, establece en el Artículo VIII de su Título Preliminar que "*Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo*", "*Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona*". Cree usted que esta cláusula respecto a la prueba en el proceso penal es de ...

Exclusión de la prueba	Inclusión de la prueba

3. Qué entiende por prueba ilícita

Aquella que viola normas sustantivas, incluso la constitucional, y tiene como efectos el carecer de valor, por tanto no se puede fundar en ésta una decisión, no puede ser utilizada, exhibida o publicada y produce la declaratoria de nulidad por el Juez.	
Es aquella obtenida por medios ilícitos	
Es aquella que infringe cualquier ley, no solo la fundamental, sino también la legislación ordinaria.	
Es la que surge con violación de las normas constitucionales, tuteladoras de los derechos fundamentales	
<i>es aquella prueba cuya, obtención o actuaciones, lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales</i>	

4. Qué funciones cree usted, cumple la prueba ilícita

Reparadora y Preventiva	
Preventiva y Disuasión	
Reparadora, Preventiva,	
Reparadora y Disuasiva	
Preventiva y Educadora	

5. Para sustentar la legitimación de la prueba ilícita, han surgido diversas teorías que hacen que ésta conserve su validez y por lo tanto pueda ser sujeta a los juicios de pertinencia y admisibilidad; de las teoría que a continuación presentamos cuales son las aplicadas con mayor frecuencia en los procesos penales :

La fuente independiente	
El descubrimiento inevitable	
La buena fe	
Doctrina "puegedtaint" o del tinte diluido	
Principio de proporcionalidad	
Otros indique....	

6. En cuál etapa del proceso penal el abogado defensor puede solicitar la exclusión de prueba ilícita

Investigación preparatoria	
Intermedia	
Enjuiciamiento	
Todas	

7. Durante la investigación preliminar se puede solicitar la exclusión de alguna evidencia obtenida ilícitamente por la Policía Nacional del Perú o el Ministerio Público .

SI	NO

8. Considera usted que el principio de proporcionalidad es:

Es una excepción a la regla de exclusión	
Mecanismos que puede servir para justificar la prueba ilícita obtenida	
Principio regulado constitucionalmente	
Ninguna de las anteriores	

9. Cuál es su opinión respecto a la regla de la exclusión de la prueba ilícita constituye esta una garantía objetiva de la libertad que tiene su fundamento en la tutela de los derechos fundamentales considerados en su doble dimensión: subjetiva de derechos de los ciudadanos y objetiva de elemento esencial del ordenamiento jurídico.

SI	NO



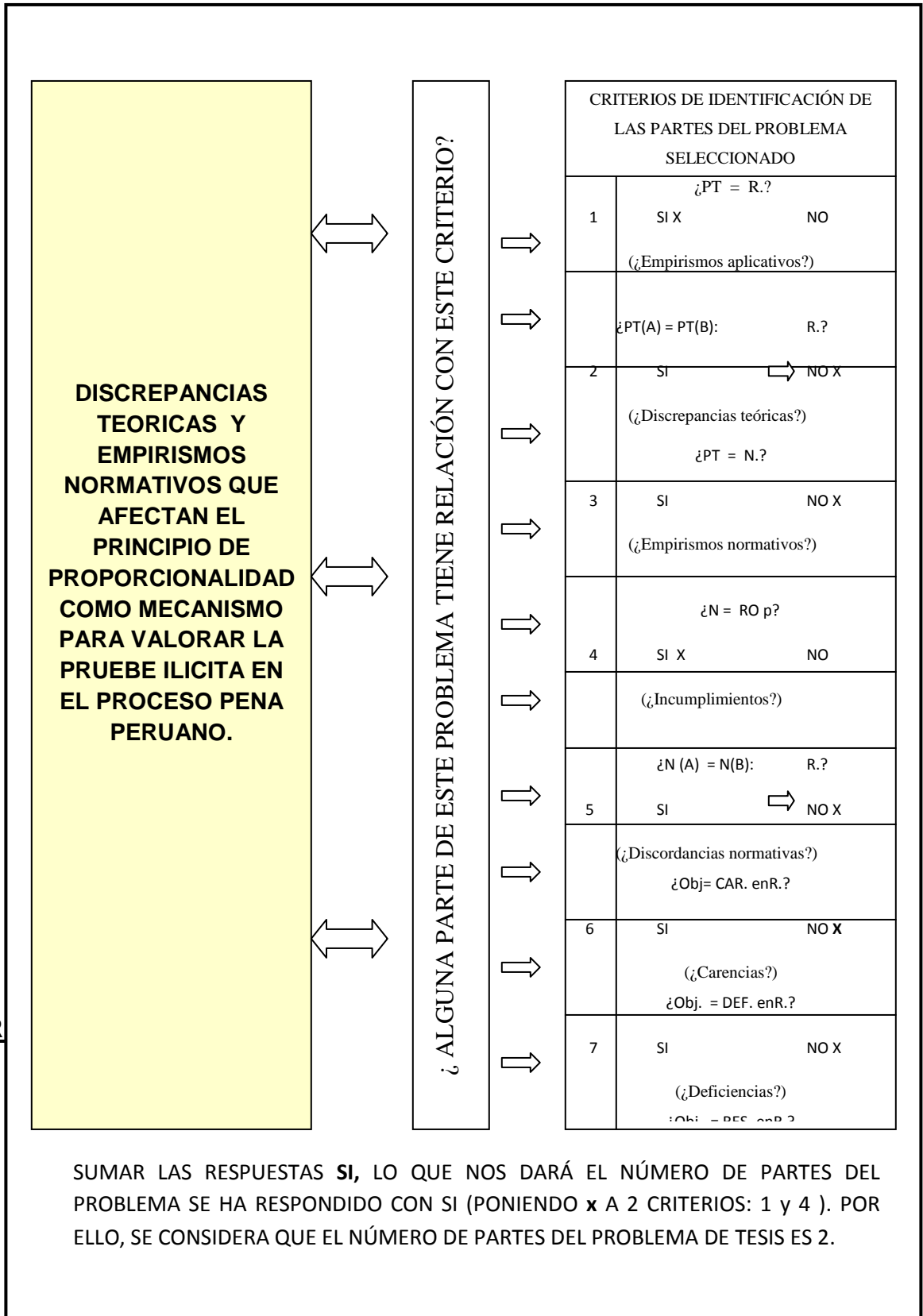
## ANEXO Nº 2

### SELECCIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

PROBLEMÁTICA:	CRITERIOS DE SELECCIÓN					TOTAL DE CRITERIOS	P R I O R I D A D
	Se tiene acceso a los datos	Su solución Contribuiría a solución de otros problemas	Es uno de los más se repite.	Afecta Negativa-mente la parte general del derecho penal	En su solución están interesados la sociedad en general		
El principio de proporcionalidad como un mecanismo para la valoración de la prueba ilícita en el proceso penal peruano.	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	5	1
Los principios generales de derecho en el derecho comparado y en el Perú.	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>NO</u>	<u>SI</u>	4	2
Discriminación, derecho a la intimidad y libertad de expresión.	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>NO</u>	<u>NO</u>	3	3
El interés superior del niño versus el derecho a la información de los medios de comunicación social.	<u>SI</u>	<u>NO</u>	<u>NO</u>	<u>NO</u>	<u>SI</u>	2	4
Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos aplicados a la función policial.	<u>SI</u>	<u>NO</u>	<u>NO</u>	<u>NO</u>	<u>NO</u>	1	5
Discrepancias teóricas y empirismos normativos que afectan al principio de proporcionalidad como un mecanismo para la valoración frente a la prueba ilícita.	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	<u>SI</u>	5	1

Anexo N° 3

**IDENTIFICACIÓN DEL NÚMERO DE PARTES DE UN PROBLEMA**



Criterios de identificación con las partes del problema	CRITERIOS DE SELECCIÓN USADOS COMO CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN					Suma parcial	Prioridad de las partes del problema
	Se tiene acceso a los datos	Su solución Contribuiría a solución de otros problemas	Es uno de los que más se repite.	Afecta Negativamente la seguridad Jurídica	En su solución están interesados los responsables de dos o más instituciones		
2 PT(A) = PT(B):R (Discrepancias Teóricas).	1	1	1	2	2	7	1
3 PT = N (Empirismos Normativos).	2	2	2	1	1	8	2