

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

Criterios jurisdiccionales del Tribunal Constitucional sobre la prueba prohibida en el nuevo proceso penal peruano durante los años 2004-2010.

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

ISAAC RICARDO ORDÓÑEZ BRINGAS

Asesor:

Mg. JOSÉ PEDRO CERDÁN URBINA

CAJAMARCA, PERÚ

2018

COPYRIGHT © 2018 by

ISAAC RICARDO ORDÓÑEZ BRINGAS

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA

Criterios jurisdiccionales del Tribunal Constitucional sobre la prueba prohibida en el nuevo proceso penal peruano durante los años 2004-2010.

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:
ISAAC RICARDO ORDÓÑEZ BRINGAS

Comité Científico

Mg. José Pedro Cerdán Urbina
Asesor

Dr. Valentín Paredes Oliva
Miembro de Comité Científico

M.Cs. Sandra Manrique Urteaga
Miembro de Comité Científico

M.Cs. José López Núñez
Miembro de Comité Científico

Cajamarca - Perú

2018



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 6:30 p.m. de la tarde del día 07 de junio de Dos Mil Dieciocho, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. VALENTIN PAREDES OLIVA**, como integrantes del Jurado Titular, **M.Cs. SANDRA MANRIQUE URTEAGA** y **M.Cs. JOSÉ LÓPEZ NÚÑEZ**, en calidad de Asesor, **M.Cs. PEDRO CERDÁN URBINA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “**CRITERIOS JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO DURANTE LOS AÑOS 2004-2010**”, presentada por el **Bach. en Derecho ISAAC RICARDO ORDOÑEZ BRINGAS**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de Dieciséis (16) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho ISAAC RICARDO ORDOÑEZ BRINGAS**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 7:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Valentín Paredes Oliva
JURADO EVALUADOR


.....
M.Cs. Pedro Cerdán Urbina
ASESOR


.....
M.Cs Sandra Manrique Urteaga
JURADO EVALUADOR


.....
M.Cs. José López Núñez
JURADO EVALUADOR

A:

Las personas que hicieron todo en la vida para que yo pudiera lograr mis sueños, por motivarme y darme la mano cuando sentía que el camino se terminaba, a ustedes siempre mi agradecimiento.

“La prueba prohibida contamina las posteriores que de ella deriven directa o indirectamente, produciéndose así el efecto dominó”.

Antonio Pablo Rives Seva

Teniente Discal de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco: A la escuela de Postgrado de la Universidad Nacional De Cajamarca, y de la misma forma a la facultad de Derecho y Ciencias Políticas por haber brindado las condiciones adecuadas para llevar a cabo estudios superiores

Al doctor José Pedro Cerdán Urbina, quien me apoyó en el presente trabajo de investigación, el mismo que sin su apoyo no hubiese podido culminar.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	vii
ÍNDICE.....	viii
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCION.....	xii

PRIMERA PARTE

MARCO METODOLÓGICO.....	1
-------------------------	---

CAPÍTULO UNO

I... PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	2
1.1. Planteamiento del Problema.....	2
1.2. Formulación del Problema.....	3
1.3. Justificación de la Investigación.....	3
1.4. Delimitación de la Investigación.....	3
1.5. Limitaciones.....	4
II. DISEÑO DE LA CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	4
2.1. Hipótesis De La Investigación.....	4
2.2. Nivel de la Investigación.....	4
2.3. Diseño de la Investigación.....	5
2.4. Métodos de investigación.....	6
2.5. Técnicas para el procesamiento y análisis de información.....	7
III. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.....	7
3.1. OBJETIVO GENERAL.....	7
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	8
IV. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	8

CAPÍTULO DOS

SEGUNDA PARTE

MARCO TEÓRICO.....	10
--------------------	----

TÍTULO I

1.1. Generalidades.....	11
1.2. El rol de la prueba dentro del proceso penal.....	12
1.3. Alcance jurídico procesal penal de la prueba.....	16
1.4. Actividad Probatoria propiamente dicha.....	20
1.5. Objeto de prueba y thema probandum.....	32
1.6. Excepciones a La Prueba	33
1.7. Actividad Probatoria en el Código Procesal Penal Peruano.....	43
1.8. Valoración de la Prueba.....	51
1.9. Marco Legal.....	51
1.10. Relaciones entre Prueba Penal y Marco Constitucional.....	52
1.10.1. Relación entre Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria....	64
1.10.2. Conflictos entre la Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Penal ordinaria.....	67
1.10.3. Normatividad y funciones del Tribunal Constitucional Peruano: Intromisión en funciones de la jurisdicción penal ordinaria.....	71
1.10.4. Ausencia de Desarrollo de la Prueba prohibida por parte de la Jurisdicción Penal ordinaria.....	75

TÍTULO II

2.1. La Prueba Prohibida.....	78
2.2. Naturaleza Jurídica.....	79
2.3. Antecedentes.....	84
2.4. Marco Legal.....	85
2.5. Prueba Prohibida y Derechos Humanos.....	86
2.6. Desarrollo de la actividad Procesal Penal.....	88
2.6.1. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.....	101

TÍTULO III

3.1. Excepción a la regla de exclusión como criterio jurisdiccional del tribunal constitucional empleada dentro de los casos tipo.....	104
3.2. Criterios Jurisprudenciales sobre la excepción a la regla de exclusión en materia Procesal Penal.....	105
3.3. Resoluciones y Pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano.....	106

TERCERA PARTE

CAPITULO III.....120

4.1. Contrastación de Hipótesis.....	121
4.2. Presentación de resultados.....	122
4.3. Análisis, interpretación y discusión de resultados.....	123
4.4. Formulación de propuesta.....	129
4.5. Costos de implementación de la propuesta.....	130

CAPÍTULO IV.....133

Conclusiones y recomendaciones finales.....	134
---	-----

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137
---------------------------------	-----

RESUMEN

La presente tesis tuvo como objetivo exponer los casos tipo en materia procesal penal cuya resolución correspondió en última instancia al Tribunal Constitucional peruano (derivado por el procedimiento penal ordinario), siendo que la antes citada evitó realizar el desarrollo de la prueba prohibida a pesar que su la regulación se establece en el Código Procesal Penal, por lo que la entidad constitucional excedió sus funciones ya que debería haber sido plenamente realizado por parte de la jurisdicción penal ordinaria.

La investigación se centró en el desarrollo de casos estándar cuyo contenido se basó en el análisis realizado por el Tribunal Constitucional sobre la evidencia prohibida que admite su uso en el proceso (excepciones a la regla de exclusión) y la exposición sobre la base de que los fundamentos legales deben ser limitados. la actividad debe ser entendida y explicar claramente los parámetros de su intervención.

Es necesario indicar que en el desarrollo de este trabajo fue posible notar que el único órgano jurisdiccional que desarrolló completamente el alcance y los efectos producidos por la prueba prohibida fue el Tribunal Constitucional, es decir, dentro del período de tiempo que la investigación Nos ocupó, verificamos que hay una clara ausencia de resoluciones que rigen sobre el alcance y los efectos del material probatorio incorporado en el proceso cuya violación de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo. Lo que a criterio del autor reduce la confianza en el trabajo realizado por la jurisdicción penal ordinaria.

ABSTRACT

The present thesis was intended to expose the standard cases in criminal procedure whose resolution ultimately corresponded to the Peruvian Constitutional Court (having been derived by the ordinary criminal procedure), being that the latter omitted the development of the prohibited evidence although its regulation is established in the Criminal Procedure Code, so the constitutional body exceeded its development because it should have been fully carried out by the ordinary criminal jurisdiction.

The investigation focused on developing the standard cases whose content was based on the analysis made by the Constitutional Court about the prohibited evidence admitting its use in the process (exceptions to the exclusion rule) and exposing based on which legal grounds should be limited activity should be understood and clearly explain the parameters of his intervention.

It is necessary to indicate that in the development of the present work it was possible to notice that the only jurisdictional body that developed the scope and effects produced by the prohibited test was made by the Constitutional Court, that is, within the period of time that the investigation occupied us. We verify that there is a clear absence of resolutions that rule on the scope and effects of the probative material incorporated into the process whose violation of fundamental rights has been observed. In this way it is noted that we only have the development carried out by the Constitutional Court, which at the discretion of the author reduces confidence in the work that must be done by the ordinary criminal jurisdiction.

INTRODUCCION

Como forma de regular conductas es como determinadas personas entienden al derecho, ello nos lleva a comprender que este último no es ilustrado en su totalidad, ante ello surgen diversas teorías que tratan de explicar los alcances de éste último, manifestándose de distintas formas, nosotros como abogados realizamos más que una labor de interpretación, es decir realizando una tarea que guarda un carácter complejo, ello con la finalidad de adecuar las conductas que ocurren en la realidad a los supuestos que hoy en día integran al ordenamiento jurídico siendo que se activan las funciones del aparato estatal el cual tiene que emitir una determinada respuesta al momento de recurrirse a este último en busca de tutela efectiva y que al momento de ocurrir aquellas conductas no permitidas fijadas normativamente (principio de legalidad) se cuenta con los procedimientos para sancionar al presunto responsable con la finalidad que se le imponga la sanción que corresponda en caso que se haya demostrado su responsabilidad.

Lo que nos da a entender es que dichos procedimientos deben realizarse con pleno respeto de los derechos y garantías fundamentales, lo que conlleva a que las pruebas aportadas al proceso deben incorporarse acorde a los requisitos exigidos no solo a nivel procesal sino a nivel constitucional, ante ello surgen diversas situaciones en las que se ha tenido como principal punto de discusión la validez de aquellos medios probatorios aportados al proceso incluso si se ha advertido la vulneración sobre los derechos fundamentales del investigado(s).

Ante ello el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado estableciendo que las pruebas pueden ser incorporadas inclusive si han vulnerado derechos fundamentales lo que nos lleva a indicar que el denominado criterio de exclusión probatoria no ha sido respetado en su totalidad, por lo que al momento de evaluar ello la jurisdicción penal ordinaria ha omitido pronunciarse, por lo que derivó determinadas causas seguidas a la

jurisdicción constitucional, ello nos da a entender que la jurisdicción penal ordinaria debió en un primer momento efectuar un desarrollo profundo de la institución objeto de análisis. Lo que nos lleva a indicar que se han admitido excepciones al criterio de exclusión probatoria y que el Tribunal Constitucional peruano ha realizado una labor de intromisión al haber explicado y enumerado los supuestos en los que una institución de carácter eminentemente procesal como lo es la prueba prohibida, lo que debió haberse hecho en un primer momento por parte de la jurisdicción penal ordinaria.

En nuestra investigación se ha logrado cumplir con los objetivos propuestos ya que se pudo determinar a cabalidad los fundamentos jurídicos que deben limitar la intromisión de la actividad jurisdiccional-constitucional en el tratamiento de la prueba prohibida como materia propia de la jurisdicción penal ordinaria. Debido a ello se partió en un primer momento del estudio y análisis de los casos emblemáticos en los cuales intervino el Tribunal Constitucional peruano y que en un inicio fueron de conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria, a su vez se pudo constatar que dentro de la citada intervención constitucional esta desarrolló criterios que permitieron el empleo de pruebas que vulneraron derechos fundamentales aceptando su incorporación, actuación y valoración en el proceso a pesar que el ordenamiento jurídico lo prohíbe.

Posteriormente se pudo comprobar la hipótesis planteada debido a que se expone de forma clara los fundamentos jurídicos que limitan la actividad jurisdiccional constitucional con respecto a la función que debió haber cumplido en un primer momento la jurisdicción penal ordinaria, viniendo estos fundamentos a ser la admisión de excepciones a la regla de exclusión probatoria la cual se basa en el test de ponderación y en la valoración de la prueba prohibida, asimismo se indica como otro fundamento jurídico el de encontrar justificación sobre la excepción a la regla de exclusión probatoria tomando como base a las reglas de la sana crítica y ponderación de los derechos fundamentales de contenido

esencial, posteriormente se advirtió que se desarrolló el filtro denominado «interés público» en los casos emblemáticos objeto de estudio.

En el capítulo I del presente trabajo se logró identificar de forma clara el problema objeto de investigación porque se advirtió que existen situaciones en las cuales desde un primer momento ha existido vulneración del debido proceso puesto que en los casos analizados muchas veces se ha empleado pruebas contrarias al ordenamiento procesal y más aún se ha obtenido decisiones que afectan la libertad individual de los procesados (sentencia de condena) habiéndose basado la sentencia condenatoria en medios probatorios «prohibidos» y de forma posterior a ello verificamos que han existido pronunciamientos emitidos por parte de la jurisdicción constitucional peruana, ante ello se efectuó un profundo análisis de dichos pronunciamientos advirtiéndose que la antes citada jurisdicción ha explicado, desarrollado, detallado instituciones de carácter procesal que debieron ser explicadas en un primer momento por parte de la jurisdicción penal ordinaria, ante ello se buscó explicar en base a que fundamentos jurídicos se debe limitar la intromisión de la jurisdicción constitucional en las funciones que le corresponden a la jurisdicción penal ordinaria a partir del desarrollo efectuado de la prueba prohibida como institución de carácter procesal penal. En el capítulo segundo se ofrece alcances sobre la prueba en general, seguidamente se desarrolla lo que viene a ser el meollo de la presente investigación correspondiente a la «prueba prohibida», donde se especifica sus características y naturaleza jurídica para ser entendida a cabalidad en el contexto ofrecido, también se desarrolla los fundamentos a tener en cuenta con la finalidad de diferenciar los roles de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción penal ordinaria debido a que la naturaleza del asunto básicamente consistió en disgregar las funciones que cumplen ambas en el desarrollo de la prueba prohibida y en base a que fundamentos se debe limitar los pronunciamientos emitidos por parte de la primera. Por último se detalló las funciones

que debe cumplir el Tribunal Constitucional a partir de la exposición de su normatividad vigente ya que a partir de ello afirmamos que se deben disgregar ambas funciones.

En el capítulo tercero se indica la hipótesis contenida a partir de la exposición de los fundamentos jurídicos que deben limitar la actuación de la jurisdicción constitucional en situaciones que le corresponden de forma primigenia desarrollar a la jurisdicción penal ordinaria. Por último en el capítulo cuarto se hacen conocer las conclusiones a las que se arribó y la presentación de una propuesta a ser tomada en consideración.

PRIMERA PARTE

MARCO METODOLÓGICO

CAPITULO UNO

I. Aspectos Metodológicos

1.1. Planteamiento del problema de investigación

A partir de determinados sucesos acaecidos en los últimos años (Caso Quimper y León, 2014, f.14), la sociedad peruana ha manifestado su preocupación sobre la efectividad del sistema procesal penal nacional cuya adscripción al modelo garantista ha tenido como consecuencia la implementación e instauración de instituciones jurídico-procesales cuyo respeto y salvaguarda deben ser respetados cabalmente. Ello permite que los sujetos procesales efectivicen sus derechos de forma efectiva. Uno de estos derechos lo viene a constituir la prueba, pues en ella se concentra la actividad procesal en su totalidad (acusación y sentencia). Sobre la base de ello, la prueba debe cumplir los requisitos fijados por el sistema procesal penal peruano.¹

Dentro de la labor de investigación es el Ministerio Público² el ente que ejecuta los actos de investigación dado que su función es la de obtener el acervo probatorio útil, pertinente y conducente que será ofrecido e incorporado al proceso penal (en caso se haya llegado a etapa judicial). Sobre la base de ello es que se ha puesto en serio cuestionamiento la admisión de aquel medio probatorio(s) cuya obtención haya sido causando vulneración sobre derechos fundamentales, citando como ejemplo el caso Quimper (Caso Alberto Quimper , 2010). Sumado a ello tenemos que los juzgados de investigación preparatoria, juzgados unipersonales y colegiados, a pesar de haber advertido la existencia de medios probatorios prohibidos no hayan emitido pronunciamiento, por lo que delegaron la resolución en última instancia al Tribunal Constitucional. Es por ello que se analizó los

¹ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

² El rol del Ministerio Público dentro del proceso penal está descrito en el artículo 158.4 de la Constitución Política del Perú y es conducir desde su inicio la investigación del delito. Con ese objeto, goza de las más amplias facultades de investigación y persecución del delito en representación de la sociedad y como lo prevé el artículo 11 del Decreto Legislativo n.º 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público- es el titular de la acción penal pública, es decir, responsable de investigar y -en su caso- denunciar ante el Poder Judicial la comisión de los delitos que sean de su conocimiento. De igual manera, y en concordancia con las funciones citadas, el Ministerio Público es el encargado de probar la comisión de los ilícitos que haya denunciado, pues -conforme lo prevé el artículo 14 de su Ley Orgánica- sobre él recae, exclusivamente, la carga de la prueba en materia penal, es decir la obligación de probar las imputaciones que haya formulado mediante denuncia o acusación. Esta obligación legal -pero de origen constitucional- ha sido recogida también en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el que se señala que la persecución del delito y la carga de la prueba en materia penal, corresponden exclusivamente al Ministerio Público.

casos en los que intervino como última instancia el Tribunal Constitucional para que a partir de sus pronunciamientos la jurisdicción ordinaria cumpla de forma adecuada las funciones que la norma procesal le ha delegado.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuáles son los criterios jurisdiccionales desarrollados por el Tribunal Constitucional para tratar asuntos de jurisdicción ordinaria en cuanto a la admisión de la prueba prohibida durante los años 2004 a 2010?

1.3. Justificación de la investigación

El presente problema de investigación guarda relevancia porque se verifica que el Tribunal Constitucional peruano al pronunciarse en casos emblemáticos, centra su análisis cuando se incorpora al proceso penal medios probatorios que el propio ordenamiento jurídico de forma taxativa ha prohibido por disposición expresa. Sobre la base de ello se discute si la actividad realizada por el Tribunal Constitucional se encuentra dentro de sus atribuciones ya que sus pronunciamientos se basan en desarrollar los alcances de una institución de naturaleza procesal y que la jurisdicción penal ordinaria no se haya pronunciado al respecto.

1.4. Delimitación de la investigación

El presente estudio se enfocó en determinar la forma en la cual el Tribunal Constitucional peruano al haberse pronunciado en estos casos tipo posiblemente efectuó funciones adscritas a la jurisdicción penal ordinaria, esto es, sobre la incorporación de prueba al haber mediado vulneración de derechos fundamentales en su obtención. Siendo así observamos que hace un amplio desarrollo de la institución objeto de la presente investigación, viniendo a ser esta la prueba prohibida, sobre la base de ello este desarrollo hecho en sede constitucional causa incertidumbre sobre las actividades realizadas, pues dicho desarrollo pudo haber sido efectuado en un primer momento por parte de la jurisdicción especializada, es decir por parte de la jurisdicción penal ordinaria. Sobre la base de ello se partió del estudio de una de las instituciones jurídicas más importantes en materia procesal penal, como lo es la prueba y de forma posterior se abordó la forma en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia dentro de los casos tipo resueltos por su judicatura, ello con la finalidad de determinar los supuestos que dotan como «prohibido o ilícito» a un medio probatorio y posteriormente explicar cómo la jurisdicción

constitucional ha cometido un exceso al desarrollar una institución de naturaleza eminentemente procesal que debió ser disgregada en vía previa.

1.5. Limitaciones

En el desarrollo de la presente investigación hemos verificado distintas limitaciones, las cuales principalmente son de carácter doctrinal ya que estamos desarrollando materias concernientes a derechos fundamentales (punto de vista constitucional) aplicadas al contexto Procesal Penal, partiéndose desde un inicio del estudio de casos tipo en los cuales el Tribunal Constitucional intervino es por ello que hago de conocimiento que se requieren estudios especializados de derecho constitucional (respecto a los derechos fundamentales) ya que me centro en una instituciones de naturaleza procesal.

Sobre las limitaciones de carácter jurisprudencial, solamente se ha tomado en consideración los casos tipo en los cuales el Tribunal Constitucional se ha pronunciado.

II. DISEÑO DE LA CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

2.1. Hipótesis de la Investigación

Los criterios jurisdiccionales desarrollados por el Tribunal Constitucional para tratar asuntos de jurisdicción ordinaria en cuanto a la admisión de la prueba prohibida durante los años 2004 a 2010 son los siguientes:

- a) Admitir excepciones a las reglas de exclusión basadas en el test de ponderación y en la valoración de la prueba prohibida.
- b) Encontrar justificación sobre la excepción a la regla de exclusión probatoria tomando como base a las reglas de la sana crítica y ponderación de los Derechos Fundamentales de contenido esencial.
- c) Incorpora el criterio denominado «interés público».

2.2. Nivel de la investigación

La presente investigación guarda el carácter de explicativa porque se encargó de buscar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa-efecto. En este sentido, los estudios explicativos pueden ocuparse tanto de la determinación de las causas (investigación post-facto), como de los efectos (investigación experimental), mediante la prueba de hipótesis. Sus resultados y conclusiones constituyen el nivel más profundo de conocimiento.

La investigación explicativa intenta dar cuenta de un aspecto de la realidad, explicando su significatividad dentro de una teoría de referencia, a la luz de leyes o generalizaciones que dan cuenta de hechos o fenómenos que se producen en determinadas condiciones.

Dentro de la investigación científica, a nivel explicativo, se dan dos elementos:

Lo que se quiere explicar: se trata del objeto, hecho o fenómeno que ha de explicarse, es el problema que genera la pregunta que requiere una explicación.

Lo que se explica: La explicación se deduce (a modo de una secuencia hipotética deductiva) de un conjunto de premisas compuesto por leyes, generalizaciones y otros enunciados que expresan regularidades que tienen que acontecer. En este sentido, la explicación es siempre una deducción de una teoría que contiene afirmaciones que explican hechos particulares.

2.3 Diseño de la investigación.

De acuerdo con el diseño, la presente constituyó una investigación de carácter no experimental – transversal descriptivo.

La presente investigación guarda el diseño no experimental porque se realizó sin manipular deliberadamente las variables. Basándose exclusivamente en la observación de fenómenos tal y como se dan en su contexto natural para analizarlos posteriormente. La tipología del diseño no experimental se basa en conceptos u contextos que ya ocurrieron o se dieron sin la intervención directa del investigador. Es por esto que también se le conoce como investigación Ex post facto. En este diseño de investigación no existen condiciones ni estímulos a los cuales se expongan los sujetos de estudio, los cuales van a ser observados dentro de su ambiente natural.

La presente investigación se enmarca en las investigaciones transeccionales o transversales, porque se recolecta datos en un solo momento, en un tiempo único. El propósito de la presente investigación es el de analizar la incidencia del fenómeno e interrelación en un determinado momento. Dentro de los diseños transeccionales, la presente se ubica dentro de la tipología descriptiva, porque se tiene como objetivo indagar la incidencia y los valores en los cuales se manifiesta el fenómeno objeto de estudio. El procedimiento consiste en estudiar un determinado acontecimiento u fenómeno y proporcionar su descripción, por lo tanto, son estudios puramente descriptivos y cuando establecen hipótesis, estas son descriptivas. Los estudios transeccionales descriptivos

presentan un panorama acerca del estado de un fenómeno o indicadores del mismo dentro de un determinado momento.

No se hizo manipulación alguna de variables y se siguió el método de observación del fenómeno en su contexto natural para su posterior análisis (Hernández, Fernández y Baptista 2003, 267).

2.4. Métodos de Investigación

Método Sintético

El método sintético es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una exposición metódica y breve. En otras palabras, debemos decir que la síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya conocemos en todas sus partes y particularidades (Rodríguez Moguel, 2005, p.30). La síntesis va de lo abstracto a lo concreto, es decir, al reconstruir el todo en sus aspectos y relaciones esenciales permite una mayor comprensión de los elementos constituyentes. Cuando se dice que va de lo abstracto a lo concreto significa que los elementos aislados se reúnen y se obtiene un todo concreto real (por ejemplo, el agua) o un todo concreto de pensamiento (una hipótesis o ley).

Método Dogmático

Siendo la investigación jurídica dogmática aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión, (Witker y Larios), su objeto debe estar constituido por las fuentes formales que lo integran; es decir, por la ley, la costumbre, sus principios generales, el negocio jurídico y la jurisprudencia. La dogmática desarrolla los principios técnicos explicativos de los institutos jurídicos singulares, haciendo mención necesaria del derecho comparado y como se ha venido indicando a la Jurisprudencia (Alexi, 2010). La investigación se centró en exponer casos emblemáticos que hayan llegado a jurisdicción del Tribunal Constitucional donde se haya advertido el desarrollo de la prueba prohibida, es a partir del análisis de la Jurisprudencia indicada se pudo advertir una intromisión a las funciones que le compete a la Jurisdicción penal ordinaria.

Método Dialéctico

En sentido estricto Lenin (La dialéctica de Lenin, 1915) afirma que la dialéctica en sentido estricto es el estudio de la contradicción en la esencia misma de los objetos.

Adquiere importancia en el tercer momento del desarrollo de la tesis, porque una vez interpretados y analizados los textos doctrinarios y obtenidos los datos empíricos, los resultados obtenidos exigirán una confrontación entre ellos, lo que implica la obtención de una tesis y una antítesis respecto del contenido del desarrollo efectuado por parte del Tribunal Constitucional sobre la prueba prohibida en los casos emblemáticos, sobretodo la labor realizada por parte del ente constitucional, lo que nos ha permitido desarrollar una explicación sobre los criterios jurisdiccionales en los que se ha basado y una síntesis del contenido completo de la propuesta.

2.5. Técnicas para el procesamiento y análisis de información

La técnica viene a ser aquel método para recoger o para procesar la información una vez que se ha recogido. Esto incluye análisis de bibliografía, lecturas de artículos, análisis comparativo, investigaciones de registros (como la documentación de un juzgado o de una oficina pública), estudios de especialistas científicos o criminológicos, reconstrucción de eventos, entrevistas dirigidas, entrevistas estructuradas en preguntas de opción múltiple, preguntas abiertas o de ambos tipos, encuestas, observaciones, experimentos, etc.

Mientras que la herramienta es entendida como aquel medio físico que permite registrar o medir la información. Esto incluye cuestionarios, tarjetas de observación, planes de investigación, instrucciones que delimitan el alcance de un estudio experto, listas de preguntas que deben ser tenidas en mente al estudiar los archivos, planes de observación.

III. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivo General

Determinar los criterios jurisdiccionales desarrollados por el Tribunal Constitucional para tratar asuntos de jurisdicción ordinaria en cuanto a la admisión de la prueba prohibida durante los años 2004 a 2010.

3.2. Objetivos Específicos

- a) Analizar los casos tipo (interés nacional) donde se haya desarrollado a la prueba prohibida cuya resolución fue efectuada por parte del Tribunal Constitucional en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2010.
- b) Especificar como la jurisprudencia extranjera ha desarrollado a la regla de exclusión probatoria con la finalidad de delimitar los ámbitos de cada una e indicar la posible intromisión de funciones.
- c) Correlacionar las funciones del Tribunal Constitucional y las funciones de la jurisdicción penal ordinaria con la finalidad de especificar porqué la primera comete intromisión de funciones.

IV. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

a) Jurisdicción:

Viene a ser determinada categoría jurídica de carácter procesal, deriva de las voces latinas *Juris*: Derecho y *Dicere*: Aplicar o declarar, sobre la base de ello tenemos que su concepto es el de aplicar o declarar el derecho dentro de un caso en específico.

Desde el punto de vista normativo, la jurisdicción viene a ser aquella potestad jurisdiccional entrelazada con la facultad de administrar justicia. Esta facultad que según el artículo 138 de la Constitución Política del Perú «emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial». La jurisdicción consiste en que el ente estatal reemplaza por medio de los entes jurisdiccionales las actividades de los titulares de los intereses que se encuentran en conflicto, en razón a ello la auto tutela es eliminada, pero a su vez, se otorga al justiciable el derecho u prerrogativa de acudir a ella a través de la acción. La jurisdicción viene a ser la potestad que tienen los jueces para administrar justicia. En palabras de Alzamora Valdez la jurisdicción es el poder que corresponde al Estado para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares mediante la actuación de la ley.

b) Casos Tipo:

Dentro de la presente investigación se consideró como caso tipo aquella situación en la cual se haya advertido vulneración a los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional haya emitido pronunciamiento dentro del caso en concreto, al haber llegado a conocimiento de la jurisdicción de este último. Ante ello se advierte que ha existido una extensión de las facultades del órgano constitucional, ya que en los pronunciamientos que desarrolló ha tomado en consideración ampliar y disgregar instituciones de carácter procesal penal, ante ello se precisa que el desarrollo de las

referidas instituciones le correspondió en un primer momento ser desarrollada por parte de la jurisdicción penal ordinaria.

c) Criterios Jurisdiccionales:

Se consideró como criterios jurisdiccionales a aquellas formas de razonamiento desarrolladas por parte del Tribunal Constitucional al haberse pronunciado en determinado caso tipo de forma específica al desarrollar el contenido que guardan los derechos fundamentales transgredidos dentro del proceso penal.

d) Jurisdicción ordinaria:

Viene a ser aquella jurisdicción que tiene como finalidad la de cumplir con la tarea de administrar justicia dentro del territorio nacional, es dirigida por sus propios principios, objetivos dentro de una estructura organizacional, se encuentra representada por parte del Poder Judicial.

Caracterizan a la jurisdicción la unidad y exclusividad e independencia al momento de ser impartida. En esta materia no existe ausencia de normas, ya que se del contenido del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, se advierte que ninguna autoridad puede avocarse a causas independientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto sus resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

e) Jurisdicción Constitucional:

Viene a ser aquella clase de jurisdicción que tiene como finalidad administrar justicia en materia constitucional ante los conflictos ocasionados por normas de rango legal y de carácter administrativo que contravienen y/o transgreden normas de rango constitucional, además de ocasionar limitaciones o amenazar a los derechos contenidos dentro de la carta magna. Esta jurisdicción se encuentra a cargo de un ente especial distinto e independiente del Poder Judicial, me refiero al Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO DOS

MARCO TEORICO

Antecedentes de la investigación

Como antecedente de la presente investigación se tiene que se han encontrado diversos artículos que han sido considerados porque en su contenido se desarrolla la dogmática penal tomada en cuenta en el desarrollo de la presente ya que se tiene que entender los alcances que guarda una institución tan importante como viene a ser la prueba prohibida dentro del procesal penal, es decir debe entenderse a cabalidad los alcances y supuestos en los cuales se presenta esta institución con la finalidad de efectuar una distinción con otras instituciones jurídicas de naturaleza similar, es por ello que se indagó sobre investigaciones previas donde se haya tomado como referencia a esta institución procesal advirtiéndose el trabajo que se mencionará en líneas posteriores asimismo la forma en la cual ha coadyuvado en el desarrollo de la presente investigación para que el lector guarde mayor entendimiento para posteriormente abordar de forma más precisa los contenidos a desarrollar (Delgado, 2005).

A fin de comprender con mayor claridad los alcances de la prueba prohibida se tomó como referencia el citado trabajo ya que se lo consideró como relevante con el objetivo que se pueda diferenciar de forma clara a instituciones de naturaleza procesal como lo son la prueba ilícita y la prueba prohibida, ello con la finalidad que los conceptos empleados queden explicados de forma clara a fin de comprender detalladamente los alcances y supuestos de procedencia de las mismas, dentro de un contexto perteneciente a la dogmática penal.

Lo anterior no quiere decir que no se hayan tomado en consideración las opiniones de diversos autores sobre los contenidos desarrollados en el presente trabajo, sino que

además de la prueba prohibida se desarrolló a la denominada regla de exclusión probatoria así como los supuestos de procedencia que guarda, ello con la finalidad de exponer cuando nos encontramos en una situación en donde deba ser debidamente aplicada. ("La Teoría del Riesgo y la regla de Exclusión", 2013, págs. 123-138)

El artículo citado comprende el desarrollo jurisprudencial realizado por parte del Tribunal Constitucional, puesto que sus pronunciamientos son de suma importancia ya que ha desarrollado los criterios jurisdiccionales de instituciones dentro del proceso penal, las cuales son necesarias constituyendo las siguientes: Concepto de prueba ilícita (Caso Lastra Quiñones, 2003). Medios Probatorios deben ser lícitos para ser admitidos en el proceso Expediente (Caso Alberto Quimper , 2010). Estableció los criterios seguidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida.

TÍTULO I

1.1. Generalidades

Dentro del proceso penal, el cual constituye la máxima expresión del *ius puniendi* estatal es donde se encuentran todos los elementos para acreditar la comisión del hecho punible y la responsabilidad penal del imputado, habiéndose desvirtuado el principio de presunción de inocencia, el cual para que pueda ser enervado jurídicamente, de forma previa ha tenido que ser argumentado mediante la incorporación de suficiente información de cargo (Neyra Flores, 2004, p.543), la cual pueda generar el grado de certeza suficiente y convencimiento en el juzgador, siendo necesaria toda fuente probatoria de naturaleza eminentemente incriminatoria (Mixán Mass, 2003, p.224).

Ello genera en el juzgador la convicción suficiente que ponga fin a la discusión existente entre el principio de presunción de inocencia y la responsabilidad del imputado, siendo

necesario un acervo probatorio lo suficientemente adecuado para llegar a establecer la realidad de la comisión del delito y la responsabilidad del imputado. La prueba, de esta forma constituye la base fundamental del proceso penal (Bentham, 1959). Su incorporación permite al organismo jurisdiccional decidir la realidad de la causa penal, por esta razón sin que se incorporen pruebas de cargo, se tiene como resultado la absolución plena del imputado al no haberse enervado el derecho a la presunción de inocencia (debe ser respetado desde el inicio de la investigación), siendo respetadas las garantías que se desprenden dentro de un proceso penal en un Estado de Derecho donde la reacción punitiva solo puede adquirir materialización cuando se haya acreditado de forma fehaciente el grado de responsabilidad del imputado y la realidad del hecho punible, teniendo como principal fundamento el respeto por la libertad personal y por los valores de una sociedad ajustada a derecho; es por ello que las pruebas no pueden ser cualesquiera (Ferrer Beltrán, 2006, p.2), en cuanto a su tipología, es decir no pueden ser obtenidas en detrimento a los derechos fundamentales o con mecanismos no acordes a los procedimientos formales previstos en la legislación procesal penal³, poniendo como ejemplo a los actos de investigación realizados a nivel policial ya que no pueden ser objeto de valoración si es que no han sido realizados debidamente en una etapa preliminar, pudiendo ser excluidos de forma liminar en etapa de juzgamiento.

1.2. El Rol de la Prueba dentro del Proceso Penal

La prueba importa toda una generalidad de aspectos a tener en consideración, en las distintas etapas del proceso, esto es, sobre su admisión, ofrecimiento, actuación y posterior valoración, pudiendo unificarse los distintos criterios en cuanto a los procedimientos a seguir, deben diferenciarse los requisitos a cumplir en cuanto a la

³ Diario Oficial "El Peruano": Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

valoración en distintos estamentos procesales, los cuales se encuentran particularizados. «Para el caso del proceso penal la prueba se encuentra subordinada a mayores reglajes y limitaciones» (Guzmán Fluja, 2005, p. 30), «principalmente porque aquel es privativo de medidas de coerción de mayor injerencia con respecto a los bienes jurídicos fundamentales de un individuo» (Guzmán Fluja, 2005, p. 418), de tal modo que aparecen ciertas temáticas muy controvertidas que ponen al tapete la necesidad de estudiar a fondo el aspecto de la prueba (Jauchen, 1985, p.19).

Dentro del proceso penal la labor en la etapa de valoración se encuentra supeditada al juez en cuanto a seleccionar las pruebas que sean pertinentes, conducentes y útiles en cuanto al esclarecimiento del hecho punible además de acreditar la responsabilidad penal del imputado. Ante la finalidad que guarda el proceso penal, se genera un conflicto de intereses jurídicos, los cuales son: El interés del Estado y la sociedad en cuanto a la realización y materialización de la justicia, sometiendo al inculcado a una sanción punitiva (Jauchen, 1985, p.26), con la finalidad de reestablecer la paz y la seguridad jurídica, en cuanto a la segunda finalidad se encuentra referida a la libertad personal de quien se encuentra sometido a la persecución penal, que la decisión en este caso viene a ser una condena, la misma que debe ser resultado de una actuación estatal que guarde total respeto a las garantías jurídico-constitucionales, las cuales se materializan dentro del proceso penal, en cuanto a la no utilización de métodos vedados, lesivos e ilegales dentro de la búsqueda de la verdad (Jauchen, 1985, p.30), en cuanto al respeto de la condición inherente de persona humana y de su dignidad. Ante ello surgen instituciones que garantizan el respeto por este derecho, como lo son, la prueba irregular, la prueba prohibida, la cual es objeto de análisis en la presente, estas últimas proponen distintos enfoques en el proceso penal; como antecedente previo tenemos que el código de procedimientos penales, no incidió mayormente en una regulación detallada y frondosa

de la actividad probatoria en el proceso penal, limitándose a desarrollar aspectos genéricos sin ceñirse en los puntos fundamentales, en cuando a la adecuación dentro de la regulación constitucional y a los convenios internacionales suscritos y aprobados por el Estado peruano. «Tanto el proceso penal ordinario, como el proceso penal sumario no cuentan con previsiones legales que los puedan sujetar a las máximas de una actuación probatoria a la medida de un estado de derecho, advirtiéndose la ausencia de control judicial en cuanto a la etapa de admisión de la prueba, haciendo hincapié en que deben respetarse las garantías constitucionales»(Alzamora Valdez, 1977, p.58) configurándose un estado de la cuestión en materia probatoria, no siguiéndose los lineamientos que establece el concepto de debido proceso en materia penal.

La regulación ofrecida dentro del código de procedimientos penales de 1940⁴ ha venido pasando por etapas dentro de las cuales paulatinamente han existido mejorías en cuanto al aspecto probatorio en cuanto al respeto por los derechos fundamentales se refiere, los mismos que deben ser garantizados en todos los estadios procesales, debiendo desecharse actuaciones probatorias que resulten ser ilegales y arbitrarias (Alzamora Valdez, 1977 p.419).

El paso de un modelo mixto que sigue la línea del código de procedimientos penales de 1940, a un modelo de corte acusatorio – garantista fijado por el nuevo modelo procesal penal, ha significado un notable avance en cuanto a la regulación de la actividad probatoria, sujetándose a los lineamientos establecidos en los artículos 2 y 139 de la Constitución⁵, dentro del cual ha mediado un desarrollo legislativo con la incorporación

⁴ Diario Oficial “El peruano”, Código de Procedimientos Penales de 1940. Fecha de promulgación 23 de noviembre de 1939

⁵Diario Oficial El Peruano, Constitución Política del Perú año 1993. Fecha de promulgación 29 de diciembre del año 1993. Fecha de publicación 30 de diciembre de 1993, entrando en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993.

del artículo VIII del título preliminar del nuevo código procesal penal⁶, «dando paso de las formalidades dentro de una etapa hacia una idea de respeto del principio de legalidad probatoria, del principio acusatorio y actuación de partes»(Mixán Mass, Florencio. 2004. p. 232), proponiéndose una nueva concepción de la etapa probatoria dentro del nuevo modelo del proceso penal. En este orden de ideas va quedando claro que las pruebas constituyen elementos imprescindibles e insustituibles que dotan de garantía al proceso penal, además de otorgarle certeza jurídica necesaria e insustituible dentro de un sistema judicial que se encuentra dentro de un Estado democrático de derecho (Mixán Mass, 1990, p.233).

Con lo expuesto hasta ahora lo que se quiere hacer entender es que toda actividad probatoria ya sea realizada en etapa policial y/o judicial, debe respetar el marco fijado por la legislación interna en base a que no puede obtenerse una resolución ajustada a derecho (sentencia) en base a meras subjetividades, sino que esta última debe erigirse sobre los hechos acreditados y de forma posterior a una actividad probatoria desarrollada acorde a los procedimientos fijados en la legislación y con pleno respeto a los derechos fundamentales, ello con la finalidad de obtenerse elementos de cargo que permitan enervar el principio de presunción de inocencia, «el citado principio se convierte en un valor de alta significancia jurídica y política, como conquista de un Derecho Penal Liberal, fruto de la ilustración y del iluminismo»(Miro Quesada C. Francisco, 1986, p.96)bajo el concepto de elevar al ser humano en la más alta cúspide categorial, pudiendo ser concebido como un sujeto de derechos.

El procedimiento a la verdad no sólo puede ser concebido como una actividad meramente científica y judicial, sino que tiene como entramado una función de carácter social, ya

⁶ Diario Oficial El Peruano: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

que de su resolución final pueden afectarse bienes de incuantificable valor dentro de un estado de Derecho (Claria Olmedo, Jorge.1966).

Se da a entender que un proceso resuelto sin pruebas suficientes o mediante pruebas no permitidas, implica retroceder al modelo inquisitivo, es de esta forma que la necesidad de la prueba que sea suficiente y de la prueba que sea legal engloban toda una evolución como afirmación a la legalidad implicando el pleno respeto a los Derechos Humanos.

1.3. Alcance jurídico procesal penal de la prueba

Es necesario conocer mediante una adecuada actividad probatoria dentro del procedimiento penal ya que, mediante éste último, se llegará a la conclusión correspondiente sobre la imputación contra una persona, específicamente a si esta última llega a ser concreta o errada y si corresponde imponer jurisdiccionalmente la pena que resulte pertinente (Ellero, Pietro, 1994. p.53).

La prueba debe ser conceptuada de forma íntegra, es decir, como actividad finalista, con resultados y consecuencias jurídicas, que le son inherentes. Es por ello que, dentro de un contexto procesal, la prueba constituye una actividad de índole cognoscitivo metódico, la cual se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico que conlleva la finalidad de descubrir la verdad concreta sobre la imputación, o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto de ésta última (Florián Eugenio. 1998. p. 71).

«Por estas consideraciones es que se da paso a un ejercicio correcto de las funciones otorgadas a los magistrados por parte del Estado, dentro de la potestad de administrar justicia en el ámbito penal. Dentro de la actividad de índole cognoscitiva podemos diferenciar de forma clara dos etapas, las cuales vienen a ser las siguientes: a) Fase de investigación» (Sentis Melendo Santiago. 1978, p.150), la cual se configura mientras se realiza la recopilación legítima, selectiva y suficiente de todo medio probatorio que sea útil, pertinente y conducente con respecto a la finalidad del proceso, a efectos de obtener

un conocimiento completo del *thema probandum*. De esta forma se efectúa la verificación en si el saber logrado dentro de esta etapa resulta ser el suficiente a efectos de lograr generar en el juzgador el grado de convicción necesario, a efectos de determinar la responsabilidad penal del sujeto que se encuentra bajo juzgamiento (fase de valoración de la prueba). «La segunda fase viene a ser la de juzgamiento que implica el debate contradictorio sobre la significación probatoria de los medios de prueba aportados con la acusación y de los eventualmente incorporados en la etapa correspondiente» (Melendo Santiago. p.170), «dicha actividad de índole cognoscitivo con la emisión de la resolución respectiva (bajo el criterio de conciencia), ya sea condenando o imponiendo la medida de seguridad o en su caso la absolución del procesado, de corresponder la misma» (Melendo. p.192). Hay que dejar en claro que en todo procedimiento debe desarrollarse la actividad probatoria de forma adecuada, por más breve que sea dado que la regulación ofrecida por el Código Procesal Penal del 2004 establece mecanismos de temporal duración, como lo vienen a ser el principio de oportunidad, y los supuestos de absolución anticipada, siendo esencial que en cada procedimiento se desarrolle la «actividad probatoria suficiente», a efectos que se realice la determinación de la realidad del caso sujeto a investigación. Dejando claro que en los citados procedimientos especiales o abreviados no existe renuncia alguna a la búsqueda de la verdad y de la certeza, siendo necesario volver a recalcar que por más breve que sea el término de un determinado proceso, en ninguna circunstancia se obvia dejar de lado el establecimiento de la verdad de los hechos mediante una actividad probatoria adecuada y conducente a efectos de obtener el mayor grado de certeza sobre la situación acontecida. «Dichas innovaciones se inspiran en el objetivo de lograr una justicia penal eficiente, rápida y honesta mediante el método especial de acreditación de la verdad y obtención de la certeza sobre el caso» (Jauchen Eduardo, 1993, p.45). Como quedó indicado anteriormente, la doctrina manifiesta

consenso en cuanto a establecer la finalidad que guarda la institución de la prueba, la cual viene a ser la de «determinar el para qué de la misma» (Sentís Melendo, Santiago, 1997, p.15), llegando a la afirmación que la misma sirve para alcanzar la certeza de haber descubierto la verdad; o, en su caso, por correlación de opuestos, la certeza de haber descubierto la falsedad o el error, aunque eventualmente puede agotarse en «duda positiva» «eternizando» la interrogante sobre el caso sujeto a análisis. «La prueba consiste en las razones («motivos») obtenidas y el efecto (certeza y convicción) que éstas generan en la conciencia del Juez» (Mittermaier, Carl, 2001, p.257). Carnelutti conceptúa a la prueba como aquel «presente» que permite que el juicio deduzca de él tanto el pasado como el futuro. De las definiciones antes expuestas se tiene que a pesar de existir diversos puntos de vista sobre la prueba, se mantiene la certeza dentro de la cual afirmamos que guarda como principal fin u objetivo el de establecer u fijar la verdad de determinada situación sometida al control jurisdiccional, siempre y cuando se respeten los derechos y garantías a los cuales me referiré más adelante. En un sentido amplio, la prueba indica «acción u efecto de probar la razón o el argumento o instrumento o medio, con que se pretende mostrar o, hacer patente la verdad o falsedad de una cosa» (Mittermaier, Carl, 2001, p.51), otro de los conceptos sobre la prueba que sostiene es el referido a que ésta última «Es el ensayo o experimento que tiene por objeto investigar o reconocer la existencia de una sustancia, lesión, anomalía o modus funcional». Dentro de las ciencias reconstructivas, la actividad probatoria permite, dotar de rigurosidad a la investigación, ya que cumple la función de informar y comprobar la verdad de las demás afirmaciones, quienes incorporan a su cultura un nuevo elemento (Ferrer Beltrán, Jordi, 2006, p.06). Dentro de las ciencias jurídicas la prueba es empleada para llevar convicción a otros, ya sea, se trate de jueces, funcionarios, administrativos o de policía, cuando se invoca un hecho en un proceso o en ciertas diligencias. Para convencer a particulares, como sucede

en asuntos de diversa índole, dentro de los cuales la principal finalidad es la de adquirir seguridad subjetiva sobre los hechos objeto de acreditación, es por ello que dentro del citado contexto el fin mediato de la prueba es el de proporcionar al magistrado esa imagen acertada de la verdad del juicio de los hechos no pudiendo afirmarse que en derecho, la prueba tenga finalidad o naturaleza diferentes de las que son asignadas en las ciencias reconstructivas. La diferencia está en realidad, en las consecuencias del resultado obtenido, las conclusiones a las que llega el juez o legislador son imperativas, vinculantes en sus distintas condiciones de concretas y abstractas. El citado criterio, conjuga la actividad probatoria con la finalidad que guarda ésta última. Además de destacar la diferencia consistente en la fuerza vinculante de la verdad alcanzada por el Juez y la no vinculante descubierta en la tarea de investigación extrajurídica.

En el Derecho Procesal Penal Alemán se utilizan dos conceptos probatorios de significado y alcance distintos, por un lado está la prueba, es decir, aquel medio u objeto que proporciona al juez el convencimiento acerca de la existencia de un hecho; por otro está la justificación exigida por la Ley en diferentes ocasiones, que no pretende convencer al Juez acerca de la existencia de un hecho, sino simplemente proporcionarle un dato en el que conste la mera probabilidad de que ese hecho puede haber ocurrido. (Gómez Colomer, Juan Luis, 1985, p.128).

«En sentido amplio, cabe decir que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente» (Cafferata Nores, José I, 1995, p.44). Esta noción permitiría conceptualizar la prueba, como todo lo que puede servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan y respecto de los que se pretende actuar la ley sustantiva.

1.4. Actividad Probatoria Propiamente dicha

La actividad probatoria en el procedimiento penal se encuentra constituida por un sistema que cuenta con diversas etapas las que se encuentran ordenadas y concatenadas acorde a la regulación que establece el ordenamiento jurídico, en este caso el Código Procesal Penal⁷, dentro de ésta etapa se busca reunir todo el acervo probatorio necesario para ser incorporado y actuado en la etapa judicial correspondiente (de ser el caso), ello con el fin que se configure el debate y se los valore con el objetivo de dar a conocer si la finalidad del procedimiento es real, además de exponer si la imputación efectuada es correcta o equivocada, si el imputado reúne o no los requisitos de culpabilidad para de ésta forma adquirir la certeza de haber esclarecido el caso, la citada actividad debe desarrollarse en armonía al respeto al derecho al debido proceso el cual goza de regulación constitucional, para ser dotado del grado de legitimidad correspondiente. La valoración de la prueba se efectúa durante todas las etapas del procedimiento, dejando de lado aquella corriente cuya afirmación indica que solamente se desarrolla durante la etapa de juzgamiento, ya que nos encontramos ante un todo siguiendo lo indicado por el principio de concentración procesal que dota de absolutos todos los actos que se realizan a nivel de un proceso dotado de todas las garantías necesarias con la finalidad que sea considerado como legítimo, ello con el fin de adoptar decisiones respecto de planteamientos o situaciones que exigen inmediata resolución interlocutoria para el desenvolvimiento normal del procedimiento e incluso para decidir la apertura o no del procedimiento se necesita valorar los elementos de juicio que contiene el medio probatorio presentado con la denuncia. Siendo evidente que en toda la actividad probatoria resulta de suma importancia contar con el acervo probatorio necesario a efectos que se emita un pronunciamiento totalmente válido y

⁷Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

acorde a las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico (principio de ineludibilidad de la prueba), implicando que esta última tiene que adecuarse al tipo o clase y modo de procedimiento el cual se encuentra diseñado por la ley, dejando en claro que solamente mediante actividad probatoria concretada con probidad y eficiencia sobre la imputación que ha constituido el *thema probandum*. La actividad probatoria por su propia naturaleza trata de conocer un carácter eminentemente reconstructivo el que consiste en ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas, constituyendo un método compuesto que a semejanza del método estadístico utiliza y combina varios procedimientos lógicos, por no decir todos los procedimientos lógicos conocidos. El punto de partida lo viene a constituir la observación, no significando que deba ser hecha sobre cosas u seres, sino sobre hechos que buscan ser reconstruidos, en cuanto estos últimos no fueron presenciados de forma directa por parte del juzgador. La observación consiste en ser realizada directamente de rastros, vestigios, efectos por ellos dejados. Por lo mismo que el reconstructor, emplea la observación, quiere decir que está sujeto a sus normas, que no recoge mecánicamente ni se fija en todo documento, y que, como se experimenta, suple este procedimiento con la observación comparativa, con los casos variados que le ofrece la realidad, para lo cual desempeñan un gran papel y cooperan eficazmente, la intuición científica así como una vasta preparación, el mayor poder de encontrar relaciones entre las cosas, una paciencia más grande para acumular y verificar pruebas. La actividad probatoria es un concepto jurídico procesal que en el caso del procedimiento penal incluye evidentes e importantes connotaciones: a) una necesaria, legítima y oportuna concreción de actos procesales; b) finalidad específica e inequívoca orientada a conocer aquello que ha originado el procedimiento para llegar a una solución justa; c) observancia del debido proceso.

En esta línea de pensamiento la actividad probatoria constituye la parte con mayor carácter de dinamismo y gravitante por excelencia de la actividad procesal, constituyendo, en otras palabras, el núcleo del procedimiento en específico, dentro del procedimiento penal la actividad probatoria constituye el «centro de gravedad» (Cafferata Nores, 2001, p.34).

De las afirmaciones previas se desprende que la finalidad es la acreditación o no de responsabilidad penal del acusado, implicando a la vez la convergencia de sujeto cognoscente: Fiscal o Juez y los demás sujetos procesales; objeto de conocimiento: *thema probandum*, la fuente de prueba (significación originaria con aptitud de convertirse en argumento probatorio), medio de prueba (el nexo entre la fuente de prueba y el sujeto cognoscente), la finalidad concatenada (una finalidad sirve de medio a otra finalidad como es la de descubrir la verdad concreta para una correcta aplicación de la ley en el caso singular, la normatividad pertinente y fidelidad al Debido Proceso. Se concreta mediante actos procesales con finalidad específica, practicados ya sea de oficio o a instancia de los demás sujetos procesales, con criterio selectivo y afán específico de identificar las «fuentes», «medios» y «órganos» de prueba para alcanzar los fines concatenados del procedimiento penal. Los actos procesales probatorios pueden ser:

Predominantemente mandatos de oficio destinados a concretar una actividad probatoria inteligente programada y de acuerdo con las exigencias del caso. Una eficiente programación y ejecución que la actividad probatoria requiere de parte del director de la investigación, por lo menos una aplicación coherente de las categorías pertinentes de dogmática penal y de índole procesal e igualmente, él debe tener información apropiada sobre pautas y técnicas adecuadas; de lo contrario, la actividad probatoria resultará errática, deficiente e inútil.

Los actos procesales constitutivos de la actividad probatoria para ser tales deben contener conocimiento, voluntad y propósito sobre lo que se ordena, pide, autoriza, deniega o realiza como actividad probatoria, pues, sólo puede querer hacer o no hacer quien conoce aquello que es objeto de su decisión; ese conocimiento puede ser verdadero o equivocado. Resumiendo, la actividad procesal incluye fundamentalmente, voluntad, libertad, honestidad, finalidad, guardando elementos extrínsecos, la formalidad (regulación normativa), idioma, tiempo, espacio y demás requisitos legales complementarios, no dejando de lado que siempre durante la actividad probatoria la finalidad circunstancial de la misma específicamente del proceso penal, debiendo primar el establecimiento de la certeza de los hechos, siguiéndose las formalidades y procedimientos taxativamente establecidos, sabiendo que ningún acto procesal puede ser «ciegamente programado» ni realizado torpemente ni propuesto por mera formalidad, siendo la misma el único medio legítimo para incorporar dentro del proceso las fuentes de prueba mediante los medios probatorios, para de esta forma demostrar la realización de los hechos que se pretende acreditar a efectos de determinar la responsabilidad penal del acusado, así como las circunstancias de los hechos acaecidos siempre que se cumplan con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad los cuales deben estar orientados para el cabal conocimiento del caso, para ello es necesario evitar la invalidez proveniente de la infracción de las formalidades procesales a efectos de evitar los supuestos de «prueba irregular», las citadas causales de invalidez se encuentran clasificadas dentro del siguiente grupo:

- a) Las que se encuentran previstas de forma taxativa cuando la causal de nulidad se encuentra prevista o expresa e inequívocamente, citando como ejemplo el artículo 2 inciso

10 párrafo tercero de la constitución de 1993⁸, prescribiendo: «Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal». Las citadas garantías se encuentran previstas de forma implícita teniendo como referencia la regulación ofrecida dentro código de procedimientos penales de 1940⁹ el cual dentro de su artículo 298 establece: «Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de tramites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal». Algunos denominan forma vinculante solo a la formalidad prevista bajo conminación de nulidad, para nosotros son vinculantes ambos tipos de causales.

- b) Las que se encuentran previstas de forma genérica (implícita), cuando no se especifica la causal pero la misma se puede inferir de la proposición jurídica que de forma genérica figura, teniéndose como referencia el inciso 1 del artículo 298^o del código de procedimientos penales de 1940¹⁰, el cual de forma taxativa establece lo siguiente: «Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o Garantías establecidas por la Ley Procesal Penal». Siendo denominada por un selecto grupo bajo el concepto de forma vinculante, solo a la formalidad prevista bajo conminación de nulidad.
- c) Infracción de carácter subsanable. Cuando la transgresión de la formalidad permite otro correctivo como, por ejemplo, el apercibimiento, la multa, la prórroga del

⁸Diario Oficial El Peruano, Constitución Política del Perú año 1993. Fecha de promulgación 29 de diciembre del año 1993. Fecha de publicación 30 de diciembre de 1993, entrando en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993.

⁹Sistema Peruano de Información Jurídica. SPIJ. Código de Procedimientos penales de 1940. Fecha de promulgación 23 de noviembre de 1939 Se aprueba la incorporación de los autos que declaran no ha lugar a la apertura del proceso penal en cualquiera de sus modalidades (procesos ordinarios, sumarios, querellas, entre otros), como ítem de producción de los Juzgados Penales que aplican el Código de Procedimientos Penales de 1940, con exclusión de los procesos penales regulados por el Nuevo Código Procesal Penal del 2004; reformulándose para tal efecto la Guía Metodológica y las Cartillas Instructivas que correspondan.

¹⁰ Diario Oficial “El peruano”, Código de Procedimientos Penales de 1940. Fecha de promulgación 23 de noviembre de 1939.

plazo, así como la integración de la resolución.

d) La libertad de forma; La norma jurídica, excepcionalmente, otorga la permisión a los sujetos procesales o a alguno de ellos optar por la forma más apropiada para el caso.

e) En lo correspondiente al idioma empleado, debe ser realizado dentro del dialecto respectivo. Siendo que el mismo debe adecuarse a las exigencias que guarda el procedimiento penal. No siendo extraño la existencia de dificultades dado que algunos policías, Fiscales, Jueces o Defensores no hablan ni el quechua ni el aymara. Cuando la comunicación durante la actividad probatoria sea difícil o imposible debido a diferencias en el idioma empleado, a lo que dicha actividad conlleva a una realización no adecuada del proceso, llevando a la no realización de su finalidad que es esclarecer los hechos tomando todas las medidas correspondientes, en todo caso existen intérpretes que cumplen la función, pero no hay que negar que dentro de nuestra realidad no todas las Fiscalías y Juzgados cuentan con el personal adecuado para las situaciones que se puedan presentar. Siendo necesario indicar que la dificultad existente con las poblaciones que constituyen los grupos étnicos de la Amazonía, quienes en su mayoría se comunican en sus propias lenguas denominadas en conjunto «lenguas aborígenes».

f) El factor tiempo constituye un requisito principal en cuanto a formalidad procesal, siendo pertinente indicar que la actividad probatoria se viene a cumplir mediante un transcurrir concatenado, cuya duración está cuantificada normativamente. La actividad procesal se cumple en estadios sucesivos: «Momentos», «días», «horas», «fases», «etapas», etc.

La actividad probatoria que se inicia en un instante dado debe desarrollarse siguiendo la secuencia prevista por el ordenamiento procesal y concluir dentro de los plazos y términos que se encuentran taxativamente preestablecidos, teniendo como criterio rector a la celeridad procesal. Siendo necesario indicar que el «término ordinario» es el lapso

previsto para cumplir con una fase o etapa de la actividad procesal, cuyo vencimiento no genera decadencia de aquello que estaba previsto hacer ni tampoco es inválido lo que se hiciera después de su vencimiento ya por necesidad imperiosa de completar la actividad probatoria o por error de cómputo. Entonces es permisible, de forma excepcional que cuando un plazo ordinario expire sea prorrogado por un lapso estrictamente necesario para lo que falte hacer, El Fiscal o el Juez de forma injustificada que no cumpla con lo referido al plazo ordinario, se hará acreedor a una sanción de carácter disciplinario e incluso en determinados casos es plausible que el Fiscal o el Juez incurran en supuestos de responsabilidad penal, estableciéndose que los demás sujetos procesales que infrinjan los precitados plazos que generen esta inactividad dentro del proceso, se ven perjudicados con respecto a la finalidad que persigue el procedimiento que ha sido explicada y analizada anteriormente.

El profesor italiano Manzini explica que «la finalidad del término ordinario es la de asegurar el buen orden procesal, dicho plazo al igual que los demás plazos implica determinada cuantificación de la actividad procesal, aplicándose lo mismo a la actividad probatoria propiamente dicha, a efectos de evitar actos procesales por parte de los sujetos que causen perjuicio al desarrollo del mismo en las distintas etapas establecidas jurídicamente» (Manzini, Vincenzo, 1984, p.81).

Por estas consideraciones, ante los posibles inconvenientes que se pueden presentar se han establecido plazos perentorios y plazos dilatorios. El plazo perentorio viene a ser aquella etapa que una vez transcurrida extingue la posibilidad jurídica de hacer, de ejercitar aquello que es debido o permitido durante su vigencia, por eso es llamado también plazo preclusivo, su especificidad consiste en que de antemano se establece la irreversibilidad del plazo dejado de transcurrir sin cumplir lo debido o sin ejercitar lo permitido, viniendo a ser de esta forma una especie de sanción ante la inactividad

procesal. Durante la fase de acopio de la prueba se debe tener especial cuidado de compatibilizar la necesidad de la búsqueda de la verdad concreta a efectos de obtener un pronunciamiento válido en todos sus extremos sobre el fondo del asunto, haciendo las partes un adecuado manejo del tiempo y avanzar hacia la citada meta, resolviendo dentro del plazo adecuado las situaciones que se puedan presentar en el transcurso del procedimiento. Siguiendo la línea de pensamiento en la que se basa el legislador al regular determinado plazo, estamos hablando que deben efectuarse todas las actuaciones procesales dentro del denominado «plazo mínimo» a efectos que se desarrolle dentro de los parámetros establecidos y las garantías otorgadas por el ordenamiento procesal. Cuando el legislador se encarga de otorgar dentro de la regulación establecida, dicho plazo debe ser entendido como una sola unidad sin especificar ni lo mínimo ni lo máximo de este último, resultando como plazo único, el que implícitamente conlleva la amenaza de la preclusión una vez que se ha cumplido y que si es tomado dentro del carácter de literalidad del mismo, este último nos da a entender tanto su máxima como mínima duración, Manzini (Manzini, Vincenzo, 1984, p.83) indica que plazo fijo es el establecido por la ley con una única medida absoluta.

En lo que concierne a la actividad probatoria, es imposible concebir la misma dentro de un lugar distinto, la cual no se encuentra normada, desarrollándose la misma dentro de lugar y espacio en el que debe o puede concretarse la misma, ya que debe desarrollarse de acuerdo a los términos establecidos por el legislador con las citadas garantías de modo que se obtenga una resolución ajustada a derecho. La actividad probatoria debe desarrollarse dentro de aquel espacio que se encuentra habilitado jurídicamente, aquel que indica donde y el momento en los cuales se lleva a cabo la investigación y posteriormente el juzgamiento de corresponder, es por ello que el legislador ha previsto el desarrollo de distintos actos procesales dentro del lugar en donde se deben llevar a cabo

normalmente, como ejemplo puedo citar a las constataciones fiscales e inspecciones judiciales, las cuales se desarrollan *in situ* donde se han desarrollado los hechos a efectos de recabar los mayores elementos que permitan a la autoridad competente recabar los elementos suficientes a efectos de resolver adecuadamente dentro de los términos legales. De esta forma se evidencia que tanto el tiempo como el espacio son formas ineludibles, necesarias de realización (de existencia) de la actividad probatoria. El tiempo y el espacio no son factores extraños y simplemente concurrentes de la actividad probatoria, sino inherentes a esta última.

En lo que respecta al modo de la actividad probatoria esta es entendida como la manera particular de hacer o no hacer algo, resulta como otro componente importante que integra la formalidad del acto procesal y de la actividad probatoria propiamente dicha, esta última se debe cumplir de acuerdo a la manera prevista jurídicamente, desarrollándose en la forma prescrita por la norma procesal (en este caso la norma Procesal Penal), teniéndose en cuenta durante su desarrollo los principios y garantías procesales, incluso teniéndose en cuenta el precedente jurídico y las condiciones concretas de aplicación de la norma, dando lugar a que tenga determinados supuestos en cuanto a su realización, como ejemplo se puede citar a los actos procesales continuados, la actuación judicial de manera reservada con respecto al juzgamiento de determinados delitos, etc. El «modo» de la actividad probatoria debe encontrarse prefigurado normativamente y practicado con razonable sutileza a efectos de cumplirse con la finalidad del procedimiento penal. En cuanto a la fuente de prueba esta puede convertirse en un tema probatorio, ya que su finalidad es obtener una significación conducente en el caso concreto, por lo que es primordial verificar la autenticidad, la veracidad del significado de la fuente de prueba, ya que un error al respecto puede a su vez condicionar el error en la investigación o en el juzgamiento. Echandia, indica que: «De las ideas de Carnelutti se deduce que la fuente

de prueba puede consistir en un hecho no representativo, en cuanto no se utilice para probar otro, del cual de la idea, sino que sea el mismo el objeto de prueba, como ocurre en los supuestos de inspección judicial cuando versa sobre el hecho de probar y no sobre hechos que sirven de indicios de este último o cuando se presenta al proceso la cosa misma que está probándose y que puede consistir en un documento, libro, etc., que deben probarse por sí mismos, no es cuando a hechos, actos o personas representados por ellos, como en los ejemplos citados por el tratadista antes mencionado, quien indica que incluso una fotografía, hecho representativo por excelencia, puede ser aducida en un proceso, no para probar lo fotografiado, sino como prueba de sí misma, de haber sido tomada o de existir, es por esos motivos consideramos que no se debe comprender a la fuente de prueba como un hecho representativo propiamente dicho, porque da la impresión que la misma sea excluida, ya que la representación indica la existencia básicamente de dos hechos (uno de carácter representativo y otro sobre lo representado), no ocurriendo siempre. La fuente de prueba puede consistir en hechos representativos o simplemente expresivos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aún las personas físicas o naturales, de donde el Juez puede deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos. Son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el Juez obtiene para los fines concretos del proceso. El hecho fuente de prueba puede conducir a probar otro hecho o a desvirtuarlo y probar en contrario; en el último caso servirá de fuente del hecho diferente que se alega en sustitución del primero o de forma simple de su inexistencia. En palabras de Carnelutti, «el hecho debe ser entendido como fuente de presunción legal, siendo que dentro de este supuesto el hecho fuente de la citada presunción resulta de una expresa prescripción jurídica» (Carnelutti, Francesco, 2000, p.38). Aquello que es objeto de presunción legal se encuentra exonerado de actividad probatoria propiamente dicha, no

pudiendo ser incluido como objeto de prueba; otro ejemplo lo viene a constituir el documento entendido como aquello que representa determinada idea. Siendo menester traer a colación que durante la actividad probatoria no se debe incurrir en actitudes u omisiones que signifiquen «dejar la fuente por el arroyo», debiendo darse prioridad a lo importante, lo esencial, lo pertinente, lo conducente, lo útil, cumpliéndose con los requisitos que exige el ordenamiento Procesal Penal para que la prueba sea considerada dentro de determinado procedimiento hasta su culminación a través del seguimiento de las distintas etapas en forma ordenada y concatenada.

Argumento Probatorio

Argumento probatorio viene a ser la significación que emerge de la fuente de prueba y es incorporada al proceso a través de determinado medio de prueba; la incorporación que debe tener lugar mediante una actividad probatoria válida, dicho producto es resultado del procedimiento lógico que se obtiene a través del análisis gradual de cada elemento probatorio para luego realizarse la recapitulación de dicha actividad en su totalidad, es menester indicar que exige una rigurosa valoración de la prueba. El argumento probatorio permite asumir el dominio del *thema probandum* para concluir el procedimiento resolviendo el caso de acuerdo a ley y a la luz de la justicia.

Medio de Prueba:

En sentido genérico, el medio de prueba es aquello que vincula a la conciencia (en actitud cognoscitiva) con el objeto del conocimiento.

El medio de prueba permite a la conciencia penetrar en la esencia, propiedades y circunstancias del objeto de conocimiento, cumpliendo a la vez una función de carácter binario en cuanto a la reciprocidad ya que conduce a la conciencia hacia el *thema probandum* y a la vez expone a este a aquella para que lo descubra o conozca. Desde el

punto de vista antes citado, el medio de prueba es entendido como la actividad probatoria en sí misma, ya que como se ha venido detallando implica un proceso de carácter cognoscitivo complejo y metódico (Florián, Eugenio, 1998, p.71).

Se detalla ciertas realidades preexistentes a un procedimiento concreto como lo vienen a ser, documentos datos concretos, los que puedan tener en si calidad de medio probatorio aún por descubrir e incorporar dentro del proceso. Cuando alguna de dichas realidades preexistentes ha sido concretada con la finalidad específica de esgrimirla de manera ulterior como medio de prueba será reputada como representativa de una específica intención *ad probationem* que, por cierto, para cumplir el rol de tal debe ser válida *ab initio* y ulteriormente, en la etapa pertinente será sometida al contradictorio y finalmente sujeta a la valoración rigurosa. Es pertinente indicar que el Profesor Maier realiza una distinción entre lo que vienen a ser medios de prueba y elementos de prueba, mientras que el medio de prueba es más extenso, la función primordial del elemento de prueba consiste en conducir al sujeto procesal a la fuente de prueba que, a su vez, permitirá obtener el argumento probatorio siempre en el marco del debido proceso (Florián, Eugenio, 1998, p.200), cabe acotar que el citado código regula los supuestos de admisibilidad de la prueba, que aparte de los mencionados anteriormente permite la aplicación del criterio discrecional a efectos de cuantificar el valor probatorio de cada medio de prueba, ya que en su artículo 218¹¹ enumera los supuestos que no requieren indagación y verificación, sino a una puntual aplicación de conocimientos que enumera.

¹¹ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

1.5. Objeto de prueba y *Thema Probandum*

Objeto de prueba viene a ser el ente sobre el cual se concentra la actividad cognoscitiva ya que es imperativo tener en cuenta que la propia actividad probatoria es un proceso de conocimiento, siendo que «objeto de prueba» es todo aquello que constituye materia de la actividad probatoria, es lo que necesita ser aclarado, dando a conocer al juzgador los hechos tal y como sucedieron, los cuales generen convicción en él a efectos de obtener una resolución ajustada a derecho. Esto con la finalidad de efectuar plena identificación de lo que es el objeto de prueba, deben resolverse las siguientes interrogantes: ¿Qué es? o ¿Sobre qué?, ¿Qué es lo que se necesita probar? ¿Sobre qué se concentra la actividad probatoria? El objeto de prueba responde a las citadas interrogantes. Ahora hay que aclarar en qué consiste el *thema probandum* cuyas denominaciones vienen a ser por ejemplo: “En los delitos”, “hecho denunciado” sobre elementos y circunstancias del delito, dentro de las corrientes que tratan de explicar el contenido del *thema probandum* el cual es objeto de prueba en cada procedimiento penal en concreto, siendo temas de prueba los actos, omisiones, fenómenos, relaciones, cantidades, volúmenes, cualidades, causa, móviles, efectos reales o de peligro, cualidades e identidad personal o también como sujeto concreto en interacción con la sociedad; todos aquellos en cuanto constituyan el contenido de una imputación y sean materia de la consiguiente actividad probatoria que, a su turno se convierta en el contenido fáctico de la acusación, y del consiguiente debate y finalmente se transforme en el *Thema decidendus*. Dentro de toda acción u omisión consciente debe diferenciarse entre objeto y finalidad, pero a la vez, los relacionan determinados factores. Siendo que una finalidad guarda estrecha relación, puesto que en muchos casos una finalidad proyectada o concretada puede pasar a constituir determinado objeto de prueba, siempre que sea necesaria su averiguación y verificación al respecto. Cabe indicar que debe efectuarse la diferenciación entre

necesidad de prueba y tema de prueba; siendo que la primera tiene categoría de principio, mientras que el segundo concepto no, además de estar incluido dentro del primer concepto. Los perfiles y particularidades del tema de prueba son identificados y delimitados según la tipicidad efectuada que ha determinado la apertura de procedimiento y la consiguiente necesidad de la actividad probatoria en cada caso concreto. Es indiscutible que muchos detalles del *thema probandum* no conocidos al inicio se descubren durante el avance de la actividad probatoria en su íntegro, pero hay que poner en claro que la discusión tiene como principal tema el de efectuar la diferenciación entre objeto de prueba y tema de prueba, llegándose a sostener que este versa sobre las afirmaciones respecto del hecho (Jauchen, Eduardo, p.256). Algunos tratadistas conceptúan al *thema probandum* como los “hechos controvertidos”, siendo relevante la sustanciación solamente para procesos que se llevan a cabo bajo los lineamientos del principio dispositivo, ello en cuanto a las opiniones aportadas por tratadistas en materia procesal civil, mientras que dentro del procedimiento penal, el cual es objeto de desarrollo del presente estudio el *thema probandum* viene a desarrollarse acorde a los principios de búsqueda de oficio de la verdad concreta, impulso de oficio, investigación y verificación metódica y técnica sobre el contenido de la imputación para saber si corresponde o no al supuesto establecido por la norma de carácter jurídico-penal cuya infracción ha sido calificada como probable para expedir la resolución de apertura del procedimiento.

1.6. Excepciones a la Prueba

Conceptos que se encuentran exentos de acreditarse mediante prueba:

Máximas de experiencia

Las máximas de experiencia vienen a ser aquellas pautas de carácter general que se forman y se transmiten de forma continuada, tienen como fuente el conocimiento social

reiterativo sobre sucesos naturales o las prácticas culturales que acontecen con carácter constante. Las máximas de experiencia son una síntesis del proceso de abstracción del saber colectivo y sirven para la comprensión, la explicación adecuada de sucesos, fenómenos, actos, omisiones, abstenciones, los cuales deben ser coincidentes con el tipo de experiencia que es objeto de la máxima de la experiencia que se encuentra vigente y pertinente al tema de investigación o juzgamiento, dicho conocimiento se encuentra exceptuado de la necesidad de la prueba o en lo referido a su veracidad. Algunas de ellas por ser propias solo de una determinada época histórica o de una civilización dada pueden perder vigencia con la extinción de ellas, como consecuencia de la evolución o de cambios sociales radicales. En tal supuesto puede presentarse dentro de determinada época la necesidad de tener que probar si tuvo existencia, si tuvo vigencia determinada máxima de experiencia. Dentro de este selecto grupo, las máximas de experiencia se clasifican de forma tradicional en sentencias, proverbios, refranes y aforismos. La sentencia como máxima de experiencia viene a ser aquella locución breve que expresa un pensamiento y determinada sabiduría orientada a ilustrar el entendimiento en la resolución de determinadas controversias propuestas por ambas partes (refiriéndonos a la acepción jurídica del término). Cuando una sentencia es formulada en lenguaje sencillo, común con contenido preeminentemente filosófico, recibe la denominación de adagio, tal sería por ejemplo el siguiente: «No hay mal que por bien no venga ni mal que no tenga algo de positivo», se da a conocer una alusión a la ley dialéctica referida a la unidad y lucha de contrarios; mientras que el aforismo constituye determinado subtipo de sentencia, distinguiéndose de la última en realizar determinada nota distintiva encargándose de expresar un laconismo doctrinario, constituyendo una síntesis de lo más resaltante sobre disciplinas determinadas, como principal ejemplo tenemos a la totalidad de aforismos

latinos que son empleados en la doctrina. Otra tipología la constituye el proverbio, el cual guarda de forma total un contenido de índole moralista.

Leyes científicas o naturales

«La ley objetiva o científica viene a ser una relación necesaria, esencia, interna y estable de los objetos y fenómenos expresados en movimientos de los mismos» (Igartua Salaverría, Juan 1994, p.28). Toda ley existe sobre la base de ciertas condiciones plantea determinadas exigencias, en consonancia con los rasgos que le son inherentes, y se manifiesta en acciones, características. «Las leyes objetivas rigen la existencia, movimiento, relaciones y transformaciones de la realidad» (Cabañas García, Juan Carlos, 1992, p.55), viniendo a constituir leyes de naturaleza eminentemente enunciativa (carácter ontológico). Dentro de las leyes objetivas, nos centramos en las que establece la norma procesal a efectos de acercarnos más a la propia conceptualización de lo que llamamos prueba. Dentro de algunos ejemplos en lo que se refiere a leyes objetivas, las cuales son: «Dos masas cualquiera, m y m , entre cuyos centros existe cierta distancia, d , se atraen con una fuerza directamente proporcional a sus masas, e inversamente proporcional al cuadrado de la distancia, centrados bajo el principio de gravitación universal».

Exclusiones al Thema Probandum

Dentro de los supuestos en los cuales no es necesaria realizar actividad probatoria a efectos de acreditar determinado hecho, podemos evidenciar que existen supuestos dentro de los cuales no es necesaria su realización ya que si es realizada, estaríamos atentando en contra de determinados principios como lo vienen a ser el de celeridad procesal, dentro de dichas excepciones encontramos a las presunciones legales que dentro de la tipología ofrecida por el ordenamiento jurídico son de dos tipos: *Iuris Tantum e Iure et de Iure*.

Excluyéndose del *thema probandum* aquello es objeto de *juris et de jure* la cual viene a ser una presunción legal absoluta, considerándose evidente que no admite prueba en contrario, «teniéndose como indubitable lo que se presume de forma absoluta por la legislación» (Taruffo, Michele, 2005, pp.260-261), siendo sobreabundante intentar acreditar aquello que es considerado evidente por imperio de la ley. Siendo la situación contraria cuando nos ubicamos en el segundo tipo de presunción, esto es en el caso de presunciones *iuris tantum*, en la cual dentro de su significación legal se nos establece que se admite prueba en contrario, siendo pertinente acreditar los hechos, no teniéndose estos últimos como inverosímiles o ciertos. «Esta clase de presunción, a diferencia de la anterior es de carácter relativo, estando permitido probar, demostrar lo contrario a lo que se presume» (Berizonce, Roberto Omar, 2005, p.157.), viniendo a ser objeto de prueba aquello que constituye lo contrario de lo que es materia de la presunción *iuris tantum*. En el caso de presunción jurídica relativa, solamente puede constituir materia de actividad probatoria el hecho, acto, estado, fenómeno que se busca acreditar.

Otros temas que no son necesarios de ser acreditados dentro de la actividad probatoria vienen a ser los actos u omisiones que son objeto de cosa juzgada: El acto, omisión o hecho que viene a ser objeto de una resolución legítima y definitiva, tiene el carácter de inimpugnable e inmodificable, salvo el caso de los supuestos taxativos de revisión de sentencia. Es inadmisibile una duda al respecto. Siendo absolutamente innecesaria la pretensión de reiniciar, de reactivar y proseguir con la actividad probatoria al respecto (siendo la excepción al recurso de revisión), «el fundamento de la cosa juzgada lo viene a constituir la seguridad jurídica mientras que dentro de las excepciones a este principio como principal fundamento se tiene al criterio de justicia propiamente dicho» (Falcón Enrique, 2007, p.05).

Otra de las excepciones al principio u etapa probatoria la constituyen los hechos que son de imposible consecución, siendo que la imposibilidad puede resultar de la inexistencia de aquello que se propone como tema o como medio de prueba o que siendo admisible según la creencia o la intuición no es posible su demostración o cuando se trata de probar algo que es contrario a una ley natural o a una regla de experiencia o existe prohibición legal (Taruffo, Michele, p.24).

«Como ejemplo se puede mencionar supuestos en los que el imputado actuó por una voluntad ajena que le indujo a cometer el acto, ordenar la testimonial de una persona ya fallecida» (Ellero, Pietro.1994, p.53) afirma que es imposible que un impotente haya cometido un abuso o que lo haya cometido quien se encontraba muy lejos del lugar del delito. Si esta norma se hubiera seguido siempre, no se hubieran realizado tantos esfuerzos por castigar un delito imposible y que nunca ha existido, como la brujería. Sin embargo en cuanto a la imposibilidad, caben no pocas equivocaciones, nacidas de la falta de un conocimiento adecuado de la naturaleza. «La imposibilidad es el opuesto contradictorio de posibilidad, se contrapone, por consiguiente, tanto a contingencia como a necesidad» (Brugger, José, 1999, p.25). Como en el caso de la posibilidad, también aquí hay que distinguir imposibilidad intrínseca y extrínseca, intrínsecamente imposible o nada absolutamente, en cualquier sentido. En cambio, lo que no es intrínsecamente imposible no es imposible en absoluto, o sea cualquier punto de vista. La imposibilidad extrínseca significa la incapacidad de una causa para producir algo, siendo imposible que un recién nacido se desplace libremente, o que la madera húmeda arda. Puesto que las ciencias no filosóficas consideran ante todo la imposibilidad extrínseca y se limitan a juzgar según la incapacidad activa o pasiva de lo que se encuentra en posibilidad fáctica de ocurrir, se tiene por imposible en sentido científico natural lo que contradice las leyes naturales (imposibilidad física).

Afirmaciones y negaciones ilimitadas

A efectos de acreditar las aseveraciones se debe recurrir a las reglas de las máximas de experiencia o a la presunción de tener por cierta una afirmación o negación ilimitada. Las negaciones no son susceptibles de comprobación. «Sin embargo las situaciones en las que se pretende o se ha pretendido demostrar la aseveración u negación de determinado hecho puede ser objeto de verificación en aplicación correcta del principio de correlación de opuestos» (Oré Guardia Arsenio, 2005, p.426), por ejemplo, si en un momento determinado se negase que es de noche, nos encontramos en una afirmación la cual tiene el carácter de implícita (que nos encontramos de día), y si la citada negación resulta ser verificada dentro de su veracidad, de lo contrario de no llegar a comprobarse estamos ante la situación contraria, dando como resultado la falsedad de la negación antes citada. Algunas negaciones por ser notorias o evidentes son inteligibles per se cómo verdaderas. Desde el punto de vista lógico y filosófico, la negación cumple funciones trascendentales dentro de la actividad cognoscitiva ya que implica una expresión de la relación de oposición entre las proposiciones establecidas, dicha negación es aprovechada de la siguiente forma, a manera de ejemplo para efectuar inferencia inmediata:

«Esta A es B; por tanto, es falso que esta A no es B»; «Es falso que esta A es B, por tanto esta A no es B»; «Esta A no es B, por tanto, es falso que esta A no es B». «Es falso que esta A no es B»; por tanto, esta A es B.

La contradicción

Llamamos contradicción a la operación que modifica a la vez la forma de la unión y la cantidad del sujeto. «Como la negación (para las proposiciones de sujeto concreto), la contradicción (para las proposiciones de sujeto general) cambia siempre el valor de la verdad dada». «Toda A es B; por tanto, es falso que alguna A es B». «Ninguna A es B;

por tanto, es falso que alguna A es B». La negación interviene orgánicamente en cualquier proceso progresivo y constituye un momento interno necesario dentro del desarrollo. Todo objeto o fenómeno de la realidad va quedando de lado de forma paulatina y deja su lugar a otro nuevo y más progresivo. Cualquier cambio de un estado cualitativo a otro se lleva a cabo de ese modo. De esta forma la negación viene a ser una etapa necesaria dentro del desarrollo, cumpliendo la función de otorgar el seguimiento adecuado a las leyes objetivas. La interpretación metafísica del proceso de la negación es errónea, pues desconoce el carácter interiormente contradictorio de los objetos y sus transformaciones cualitativas.

«Existen sin duda alguna transformaciones que dependen de las fuerzas exteriores, a lo que quiero llegar es que una negación no es en todo modo dialéctica, ya que no ha sido preparada por determinadas causas internas en la etapa precedente de su desarrollo. Por el contrario, la citada negación interpone el proceso» (Florián, Eugenio, 1931, p. 310).

La negación mantiene un carácter de absoluta o relativa. Es absoluta en el sentido que todo desarrollo se efectúa en forma de negación, sin la negación de lo viejo es imposible el paso a lo nuevo por así decirlo. Al mismo tiempo, la negación es relativa, puesto que no presupone una negación total, un aniquilamiento absoluto, sino la conservación de determinados aspectos necesarios para el desarrollo progresivo posterior. El proceso de desarrollo en el mundo objetivo nunca se interrumpe. Por tal motivo, toda negación lleva a otra nueva, interiormente vinculada a la primera. Sólo se puede comprender el auténtico sentido de la negación cuando no se la considera de forma aislada, como un eslabón separado, sino como parte integrante de una concatenación, precedida y seguida de otra negación. La sustitución de una negación por otra se expresa en el concepto de la negación. La negación expresa y llanamente premisas aisladas e individuales como por ejemplo: Libro no científico, afirmaciones no veraces.

Lo Notorio y lo evidente

Dentro de otra categoría sobre hechos que no necesitan ser probados, encontramos a aquellos hechos notorios y evidentes. Bricchette (Bricchette, Giovanni.1977, pp.98-99) sostiene que: «En el proceso deben considerarse notorios aquellos hechos que pertenecen al patrimonio estable de cogniciones del ciudadano de cultura media, en una sociedad determinada que deben considerarse conocidos por el Juez, ya que su noción forma parte de su ordinaria cultura, ya sea de aquella cultura general que el posee actualmente o de aquella que posee potencialmente, por la posibilidad de procurarse las respectivas nociones mediante una fácil y segura investigación. Tratándose de nociones comunes, fáciles y seguramente controlables por cualquier persona de cultura media, desaparece el peligro en vista del cual se prohíbe al juez hacer uso del propio saber privado. Comprendiéndose que una prueba confirmativa de lo notorio se resolvía en un inútil dispendio de actividad instructiva, sin decir que podría legitimar la acusación a la jurisprudencia de ser el arte de ignorar sistemáticamente lo que es conocido de todos. «De tal género son algunos hechos de la naturaleza, las fechas históricas, los acontecimientos más notables de la vida nacional» (Cafferata Nores, José, 2005, p.95).

Roco (Echandia, 2001, p.225.) es del criterio que lo notorio es un hecho que por su general y pública divulgación, no puede ser ignorado por ninguno, o que también debe ser conocido por todos, los elementos que vienen a integrar el concepto de notoriedad vienen a ser:

Hecho, suceso o cualidad, de carácter real o indiscutible

a) Conocimiento generalizado sobre aquel, generalidad que incluye al director de la investigación y al juzgador como uno de los conocedores de lo notorio. Aquel conocimiento generalizado puede variar en toda su extensión: Puede ser mundial o solo

nacional o de carácter eminentemente regional; pudiendo a la vez inclusive ser local. Los hechos que no serán considerados con el carácter de notoriedad son aquellos fenómenos, sucesos, acontecimientos que sean conocidos por determinado grupo «cerrado», selecto de personas, como por ejemplo aquello que solo corresponde al dominio de pocos científicos de especialistas de una determinada rama del saber.

b) El conocimiento abordado debe encontrarse vigente durante la etapa de investigación y/o del juzgamiento además debe ser capaz de generar certeza sobre la realidad de aquello que es notorio. La consecuencia procesal de la notoriedad, en opinión mayoritaria, a la que hacemos referencia, consiste en que lo notorio se encuentra exento de prueba: No es tema de prueba. Es innecesario tratar de acreditar aquello que es realmente notorio. El criterio consagrado es “*notoria vel manifesta non eget probatione*”, lo notorio o lo manifiesto no precisan de prueba u actividad probatoria determinada. El concepto de notoriedad no debe ser desnaturalizado dentro de ningún caso práctico. A criterio de Betham: «La palabra notoriedad en materia judicial, resulta precisamente muy sospechosa. Es un pretexto muchas veces utilizado cuando no hay asomo de prueba o cuando la prueba se hace demasiado difícil» (Betham.1959, p.97). Algunos procesalistas sostienen que lo notorio solamente resulta exento de prueba si dentro de un procedimiento no se ejercita el contradictorio con referencia a lo señalado como lo notorio, viniendo a ser un criterio que devalúa lo notorio y lo condiciona sutilmente a la aprobación de uno de los sujetos procesales. Quienes opinan así olvidan que lo notorio existe de forma independiente y no dependiendo de los sujetos procesales. Es el caso que determinada persona pretende exigir la prueba sobre aquello que es notorio incurre en una actitud írrita dentro de cualquier tipo de procedimiento, siendo que en el Perú durante una gestión administrativa en el año de 1896, ocurrió lo siguiente: «A la viuda del Mariscal Castilla, Doña Francisca Diez Canseco, no obstante los antecedentes políticos y militares de ese

gran estadista, se le cuestionó el otorgamiento de su pensión de montepío aludiendo que faltaban documentos probatorios de los servicios prestados a la Nación». Indudablemente que en 1869 era indiscutiblemente un hecho notorio para los peruanos que el Mariscal Ramón Castilla había prestado servicios a la Nación tanto militar como presidente de la República. Con respecto a las semejanza y diferencia entre lo notorio y lo evidente Brichetti, anota las siguientes consideraciones: «La confusión entre el concepto de notorio y el de evidente, manifestó, hasta el punto de inducir a Strykio a afirmar que la doctrina de lo notorio había sido infestada por los intérpretes de infinitos errores, se explica por elemento común que se encuentra entre los dos conceptos, y por el efecto común de no pedir ulterior ayuda de prueba, de demostración». El elemento común consiste en aquello; en que tanto el hecho notorio como el hecho considerado evidente no pueden ser puestos en duda; ambos producen en el juez el sentimiento de certeza en torno a la existencia del hecho. El resultado, el efecto común, es el de no exigir, ni el uno ni el otro de estos hechos, ulterior demostración para comprobar su existencia: *notoria vel manifesta non egente probatione* (lo notorio o lo manifiesto no precisan de prueba). Constituye un vicio propio del intelecto humano juzgar de la naturaleza de las cosas por la identidad o diferencia de sus efectos; efectos idénticos, aun derivados de causas diversas, suelen a menudo atribuirse a una causa única, a un hecho aislado, aun cuando, en realidad, deriven de hechos intrínsecamente diversos. La nota distintiva entre el hecho evidente y el hecho notorio está en que mientras en el supuesto del primero representa lo que es cierto de un modo seguro, rápido, fácil y que es conocido solamente por quien ha debido tomar en examen dicho hecho, notorio es en cambio el hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que tiene lugar la decisión del magistrado, de manera que no puede ser susceptible de discusión alguna. Viene a ser un hecho comprobado como por un testimonio general. Esto es todavía,

aunque mejorada, la definición que da Strykio: «*id quod notum est publice omnibus, vel pluribus et maiori parti hominum in republ. Ut nulla tergiversatione celari possit*» «aquello que es público y notorio para todos, o para muchos y para la mayor parte de los hombres en la república, de tal modo que no pueda ocultarse mediante tergiversación alguna» (Strykio. Samuel, 1992, p.373).

La evidencia es empleada para referirse a un nivel óptimo de conocimiento alcanzado sobre el objeto de la actividad cognoscitiva.

Lo que se encuentre excluido mediante ley como objeto de prueba

Dentro de determinados supuestos el legislador ha prescrito los supuestos en los que de manera explícita el objeto de prueba da a conocer los hechos, ya no siendo necesario efectuar actividad probatoria sobre ellos, poniendo como ejemplo a la prohibición que impone el Código Penal Peruano en lo regulado por el artículo 135¹², cuyo contenido viene a ser el siguiente: «*No se admite en ningún caso la prueba:*

1.- Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.

2. Sobre cualquier imputación que se refiera a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual que requiere acción privada. Si se pretendiere probar aquello que por prescripción legal no es objeto de prueba se incurre en una pretensión ilegal, y, por tanto, inadmisibile».

1.7. Actividad Probatoria En El Código Procesal Penal Peruano

Dentro de los lineamientos ofrecidos por el nuevo modelo procesal penal, la actividad probatoria sigue las siguientes directrices:

¹² Diario oficial “El Peruano”. Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

Aquellas pruebas que han sido adquiridas sin haber quebrantado el contenido de los derechos fundamentales, sea en forma directa e indirecta, así como aquellas que han sido incorporadas con arreglo a las formalidades y procedimientos previstos en la ley¹³segundo, los actos de investigación que realizan y ejecutan los órganos de persecución penal, no son medios de prueba constituyendo únicamente diligencias de carácter investigativo, tercero, la condena penal para que reúna el carácter de legítima requiere de la actuación probatoria que ha de realizarse dentro de la etapa de juzgamiento, con excepción de la prueba anticipada y la prueba pre constituida, cuarto, la adquisición de evidencias y fuentes de cognición es tarea exclusiva del persecutor público de forma conjunta con la policía, a lo que su admisión en el proceso compete de forma exclusiva al Juez de la Investigación Preparatoria, de ello se colige que el nuevo proceso penal asume una actividad probatoria inter-partes acorde a los lineamientos establecidos dentro del modelo acusatorio de inclinación adversarial (Neyra Flores, José, 1995, p.612)

«Se deja en claro que son las partes quienes se encargan de dotar de dinámica todo el desarrollo de la actividad probatoria, la cual se desprende a partir del principio de proposición probatoria» (Miranda Estrampes, Manuel, 2005. p.94) por éstas razones expuestas el juzgador no puede admitir una prueba que haya sido planteada de oficio, solo de forma excepcional. Por lo que la admisión probatoria se encuentra sujeta a un auto debidamente motivado por parte del Juez dentro de los lineamientos que ofrecen los principios de relevancia, suficiencia y pertinencia. Otra de las manifestaciones de la prueba la encontramos cuando se hace alusión a que el imputado no tiene la obligación de ofrecer prueba en su contra, teniendo el derecho de mantenerse en silencio, no pudiéndose utilizar en su contra su declaración, la que viene a constituir un medio de

¹³ Diario oficial: "El Peruano". Decreto Legislativo N° 768. Código Procesal civil de fecha 04 de marzo de 1992. Promulgado con fecha 08 de enero de 1993, publicado con fecha 22 de abril de 1993

defensa, no un medio de cargo, a menos que nos encontremos dentro del supuesto de confesión sincera¹⁴, por lo que su declaración debe encontrarse resguardada con el derecho a la defensa técnica, no pudiéndose condenar en base a una mera sindicación que realice la víctima o su coimputado, quien tiene la carga de la prueba viene a ser el representante del Ministerio Público, por lo que el rol del funcionario antes citado es el de llevar a cabo toda la labor de investigación del delito que corresponda con su titularidad en el ejercicio de la acción penal, no pudiendo el juzgador suplir al representante del Ministerio Público en la realización de esta labor (actos de adquisición), de la misma forma puede convalidar el recojo de pruebas que han sido obtenidos con vulneración de los derechos fundamentales y/o inobservancia de los procedimientos contemplados dentro de la normatividad; además los hechos objeto de prueba, pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, siempre y cuando no vulneren los derechos y garantías de la persona, además de encontrarse dentro de las prerrogativas las cuales otorgan facultades a los sujetos procesales reconocidas por el ordenamiento legal. Las actuaciones policiales en el marco de la investigación, no pueden realizar la calificación respectiva en cuanto a la determinación de la imputación delictiva y en cuanto al establecimiento de responsabilidades personales, únicamente se centran en adoptar las medidas correspondientes en cuanto al recojo de indicios y pruebas las cuales son consignadas en las respectivas actas, son derivadas al Fiscal de Turno para que proceda conforme a sus atribuciones, dentro de las que se encuentra la de realizar la respectiva calificación jurídica, asumiendo el rol de la investigación, teniendo diligencia en cuanto a establecer que constituyen objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, a la punibilidad y a la determinación de la pena, así como los referidos a la responsabilidad

¹⁴ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. Art. 160.

derivada del delito, de la misma forma debe quedar en claro que el desarrollo de toda actividad probatoria deberá realizarse, tomando en consideración la situación emotiva, física y psicológica de la víctima (principio de debida protección), a fin de evitar una segunda victimización. Lo explicado anteriormente deja establecido que la investigación del delito, implica una actividad minuciosa y compleja por parte de la autoridad correspondiente. En palabras de Carnelutti la investigación supone la penetración en lo que se llama el ambiente del delito, esto es, en aquel conjunto de cosas o de hombres, que están en torno a la *dramatis personae*, entendida como aquel grupo de personas que se sospecha son el ofensor y el ofendido (Carnelutti, Francesco, 2000, p.39).

En palabras del citado autor, el hecho delictivo en sí importa un drama, tanto para la víctima que se ha visto afectada por las consecuencias perjudiciales de la conducta criminal como para con el inculpado, quien es afectado en su libertad personal, así como de su familia que se ve privada de su amparo patrimonial; un drama que no permite una visión puramente objetiva de las cosas a probar, así como por la esfera subjetiva que debe también verificarse. La determinación del juicio del sujeto responsable se basa en un hombre real, no de un ser inerte.

Florián precisa que la prueba se encuentra constituida por tres elementos, los cuales vienen a ser los siguientes: Objeto, órgano y medio: Objeto de prueba viene a ser lo que en el proceso hay que determinar, constituyendo de esta forma el tema a probar (*thema probandum*) consistiendo en la circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso según ello elemento de la prueba lo viene a constituir lo que se denomina órgano de prueba, viniendo a ser la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba antes citado. Por último el tercer elemento de la prueba lo viene a constituir el medio de prueba el cual viene a ser el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba.

De esta forma se puede afirmar que la prueba guarda como finalidad la de proporcionar la totalidad de fuentes de información que puedan acreditar de forma contundente, veraz y objetiva los diversos aspectos que se revelan del objeto principal del proceso, en cuanto a la acreditación del hecho punible, su forma de comisión, los medios empleados, los móviles, el estado psico – social del inculgado, la víctima en cuanto a su contribución fáctica en la realización del delito, todo ello demostrado generalmente por indicios, en sus diversas variantes. En palabras de Guzmán Fluja la función de la prueba es demostrativa o cognoscitiva; en el sentido de ser instrumento racional para llegar al conocimiento de algo, que en este caso son los hechos relevantes para la decisión, situándose en la dimensión lógica del fundamento racional de la hipótesis sobre el hecho. En el proceso penal, entonces la dirección que guarda la institución probatoria es la de acreditar determinada situación objeto de dirimencia, que de forma precisa le servirá al juzgador para resolver en determinado sentido, sea condenado, cuando la misma le confiere una fuente de convicción totalmente valedera, en cuanto a la comisión del injusto penal y al establecimiento de responsabilidad penal del imputado o cuando la situación lo amerite, la absolución, cuando las pruebas proporcionadas no pueden otorgar suficiente acreditación punitiva o simplemente cuando no son suficientes para poder enervar el principio de presunción de inocencia.

Tipificación de las Clases de Pruebas Penales:

Prueba Libre:

Este sistema probatorio de libertad probatoria no establece un límite determinado en cuanto a los medios probatorios que pueden ser ofrecidos u aportados, lo que conlleva a decir que este sistema es lo contrario al de prueba tasada, solamente siendo necesaria la relación de causalidad con el hecho que se pretende acreditar.

Prueba Relevante:

Se refiere de forma directa a la relevancia que debe guardar la prueba que se está aportando a determinada causa en cuanto a la complejidad del objeto a probar, de ello se desprende que tiene relación directa con el delito que se está investigando, es decir en delitos complejos la prueba manifiesta el carácter de relevancia con el objeto que desea acreditarse.

Prueba Legal:

En este punto debemos hacer hincapié porque si bien es cierto se permite a los sujetos legitimados efectuar los aportes probatorios que se crean necesarios, encontramos un límite fijado por los Derechos Fundamentales de la persona, creando un espacio de referencia para ser tomado en cuenta por parte del legislador al momento de admitir el material probatorio, siguiendo el siguiente axioma «no podrán ser admitidas al procedimiento aquellas pruebas que hayan sido obtenidas con violación flagrante de un derecho fundamental». Teniendo como base este fundamento, el proceso penal debe seguirse de acuerdo a los lineamientos establecidos por nuestra carta magna y sobretodo tener en cuenta los tratados y convenios existentes sobre la materia en cuestión.

Prueba importante:

Solamente deben tenerse en cuenta aquellos medios probatorios aportados por las partes que sean útiles y conducentes para la resolución sobre determinada controversia, dejando de lado aspectos subjetivos u otras situaciones que puedan afectar los derechos del imputado, es decir solamente debe tenerse en cuenta la naturaleza del delito que se desea acreditar y los límites que se le han impuesto al juzgador al admitir los medios de prueba ofrecidos por los sujetos procesales.

Destinación de la Prueba:

Básicamente la prueba tiene como principal objeto acreditar determinado hecho o circunstancia, pero tiene que pasar por determinados filtros, ya sea requisitos legales establecidos por el ordenamiento procesal correspondiente o evaluadas por el juez, conforme lo estipula el art. 393 del código procesal penal¹⁵, quedando en claro que debe indicarse la utilidad y pertinencia de cada medio probatorio a efectos que pueda hacerse una valoración adecuada de los mismos y se pueda emitir un pronunciamiento de acorde al contenido de la norma procesal.

Clasificación de los medios de Prueba:

Según el objeto de prueba:

Prueba Genérica:

Aquel medio probatorio que se relaciona de forma directa con el hecho objeto de investigación, es conocida como prueba del *corpus delicti*.

Prueba específica:

Es empleada con el propósito de acreditar determinadas circunstancias sobre el hecho materia de investigación, de forma detallada los caracteres que dotan de especialidad, a efectos de que se haga la determinación judicial de la pena de manera adecuada.

Según el momento de formación probatoria:

¹⁵ Art. 393. Inc. 2 Nuevo Código Procesal Penal del año 2004. “El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos”.

Pruebas Simples:

Todas aquellas pruebas obtenidas durante el desarrollo normal del procedimiento (Gaceta Penal.2004. La Prueba en el Código Procesal Penal. Gaceta Jurídica).

Prueba Pre constituida:

La prueba constituye la imposibilidad de ser reproducido en el acto de investigación en juzgamiento oral, constituye la producción de las pruebas en el juicio oral, refiriéndonos al momento en el que deben ser actuadas con la posibilidad de ser introducidas en el juicio.

Según la fuente de adquisición:**Medios de prueba personales:**

Son los sujetos de los cuales de sus declaraciones se desprende si han verificado los hechos que se están investigando, testigos, peritos, entre otros.

Medios de Prueba reales o personales:

Lo vienen a constituir aquellos medios de prueba que otorgan de forma directa la información respectiva sobre el hecho investigado, como lo viene a ser la prueba documental en su totalidad.

Medios de prueba según la fuente de conocimiento:**Medios de prueba de oficio:**

Son los medios de prueba que el juzgador adquiere de forma directa, es decir, el juzgador toma conocimiento al percibir con sus sentidos a las fuentes de prueba que de manera posterior valorará, como ejemplo se puede citar a la inspección ocular o la reconstrucción de los hechos.

Medios de prueba por la actividad de las partes:

Son aquellos medios probatorios que llegan al Juez a instancia de terceros, que han percibido o conocido del mismo, las citadas fuentes le proporcionan al juez fuentes de conocimiento sobre determinados hechos o condiciones de cosas relacionadas con el *thema probandi*.

1.8. Valoración de la Prueba

Esta fase de evaluación constituye el sustento cognitivo que gobierna el convencimiento de la autoridad jurisdiccional al momento de resolver determinada causa en cuanto al tema probando (Penal, 2004), es decir, como se efectúa la operación lógica por parte de la autoridad competente sobre el medio de prueba cualquiera sea su naturaleza. Devis Echandía conceptúa a la fase de valoración de la prueba como: «El momento culminante y decisivo de la actividad probatoria que consiste en aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido» en la fase de valoración tiene como momento estelar la apreciación crítica, de forma específica cuando se tiene en consideración el criterio de exclusión con respecto a la valoración de todas aquellas pruebas que han sido incorporadas en contravención de los derechos fundamentales o en contravención de normas de carácter procesal

1.9. Marco legal

El artículo 158¹⁶ del nuevo Código Procesal Penal se expone de forma clara los mecanismos que debe emplear el juzgador¹⁷ sobre valoración de la prueba que deberá ajustarse a las reglas del conocimiento y sobre todo debe tenerse en cuenta la utilidad y

¹⁶ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. Art.158: “En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”.

¹⁷ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

pertinencia de las mismas. Siempre teniendo como referencia que constituye un acto procesal que guarda el propósito de convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho más o menos verosímil o de un acto procesal concretado en un hecho (Levene, 1993, p.565). A raíz de las definiciones expuestas, podemos colegir que la prueba consiste en trasladar al juez el conocimiento necesario para que resuelva la controversia que ha sido presentada a su conocimiento (Mora, 2006, p.83), agregando que guarda un propósito objetivo (acreditar un hecho), subjetivo (al sujeto al cual se le atribuye la realización del hecho motivo de investigación), el correspondiente grado de responsabilidad que se ajustan a los grados típicos ofrecidos por el marco legislativo, con la respectiva pena, constituyendo la fundamental herramienta en el sistema de administración de justicia teniendo como finalidad fijar un estado de certidumbre en la autoridad jurisdiccional con referencia al establecimiento de la verdad o falsedad de los hechos que pretenden acreditarse así como la responsabilidad de los sujetos involucrados en el mismo.

Fuente de prueba:

Especializada doctrina sostiene que fuente de prueba es toda persona o cosa que permitirá probar un hecho. Según Palacio (Palacio, Lino.2000.p.147.):«Son fuentes de prueba todos aquellos datos que, existiendo con independencia del proceso, se incorporan a este a través de los distintos medios de prueba».

1.10. Relaciones entre Prueba Penal y Marco Constitucional

Dentro de los preceptos que dicta nuestra carta magna, encontramos un catálogo de derechos que tienen que ser respetados para la plena realización del proyecto de vida de los sujetos integrantes de la sociedad, sumado a ello, se exigen determinadas garantías que deben ser respetadas por aquellas personas que se encuentran autorizadas para efectuar el poder estatal sancionador (magistrados en general). Es por estos motivos que

la Constitución ha fijado en cuanto a la sustanciación del proceso penal diversas garantías que son conexas, que tienen como finalidad asegurar el respeto a la presunción de inocencia en todos los estadios del proceso y el respeto a los derechos fundamentales de las partes, de forma específica del imputado. Teniendo como referencia que la prueba es el único mecanismo mediante el cual se puede desvirtuar al principio de presunción de inocencia, para que pueda ser empleada, debe ser obtenida mediante mecanismos legales a totalidad, sumado a ellos los derechos que tiene el imputado a ejercer de forma total su derecho de defensa y a su plena participación en las etapas del proceso.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado (Caso Ruben Silvio Curse Castro, 2005) señalando que la prueba tiene protección constitucional, en la medida que se trata de un contenido explícito del derecho al debido proceso¹⁸, y a la vez comprende dos dimensiones las cuales vienen a ser:

Dimensión Subjetiva:

Comprende el derecho de las partes o un tercero legitimado en un proceso penal de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Dimensión Objetiva:

Comporta el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y brindar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba enunciados por la sentencia, debiendo hacerse extensiva la valoración en cuanto a la responsabilidad penal que se pretende acreditar.

¹⁸Diario Oficial “El Peruano”, Constitución Política del Perú año 1993. Fecha de promulgación 29 de diciembre del año 1993. Fecha de publicación 30 de diciembre de 1993, entrando en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993. Art. 139 inc. 3 de la constitución Política del Perú donde se establecen los principios y derechos de la función jurisdiccional, en consecuencia, la autoridad jurisdiccional al emitir pronunciamiento alguno sobre determinado asunto se encuentra obligado a observar los principios, derechos y garantías.

Dentro de la citada sentencia el Tribunal constitucional considera que las pruebas deben reunir los siguientes caracteres:

Veracidad Objetiva: La prueba aportada y actuada en el proceso debe ofrecer un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad, de ello se desprende que se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues existe un ajuste a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación (Caso Curte Castro, Rubén., 2005)

Constitucionalidad de la actividad probatoria:

Implica de forma taxativa los actos que violan el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, incorporación de la prueba.

Utilidad de la prueba: vincula de forma directa a la prueba con el hecho que se está investigando, la utilidad de la prueba recae en cuanto si es capaz de producir determinado grado de certeza en el juzgador para la resolución o aportación dentro del caso en concreto.

Pertinencia de la prueba: «Esta característica se cumplirá cuando exista una relación directa entre la misma y el objeto del proceso» (Hernández Miranda, 2005, p.115), teniendo que cumplirse este requisito para que sea valorada de forma debida en el proceso.

Tratamiento ofrecido por los tratados internacionales sobre la prueba:

La declaración universal de los Derechos humanos¹⁹, prescribe en su contenido que toda persona goza del derecho a ser oída públicamente ante los tribunales de justicia ante la

¹⁹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945).

existencia de una acusación penal en su contra²⁰, exigiéndose un juicio público que goce de todas las garantías necesarias, debiendo la decisión fundamentarse en las pruebas aportadas en materia penal. A su vez este derecho se encuentra explicado de forma taxativa en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹. Dentro de la convención americana sobre Derechos Humanos²², dentro de su artículo 8 se enumeran los derechos a ser oído, a la presunción de inocencia, y con la importancia debida se hace hincapié en lo referido a que se garantice el derecho a un debido proceso. Asimismo la Constitución Política²³ también se encarga de garantizar el efectivo ejercicio u vigencia de los derechos antes descritos.

Normativa procesal vigente:

Dentro del libro segundo bajo el título «Actividad Procesal», Sección II, se regula esta institución del artículo 155 al 252, desarrolla con detalle el tratamiento ofrecido con respecto a la prueba penal, dejando señalado que el desarrollo normativo en este acápite recoge como regla, generar un equilibrio entre el reconocimiento de los derechos fundamentales de los procesados y la adecuada administración de justicia(Hernández, 2004, p.170), debiendo las autoridades competentes seguir los procedimientos taxativamente establecidos debiendo adecuar su actuación a la no vulneración de los Derechos Fundamentales establecidos dentro de la carta magna.

²⁰ Artículo 10 de la Declaración universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

²¹Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la asamblea general en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigencia 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 del citado pacto.

²² Suscrita en San José, Costa rica con fecha 7 al 22 de noviembre de 1969, conocida con la denominación de Pacto de San José.

²³ Diario Oficial “El Peruano”, Constitución Política del Perú año 1993. Fecha de promulgación 29 de diciembre del año 1993. Fecha de publicación 30 de diciembre de 1993, entrando en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993. Art. 2 inc. 24: “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”.

Objeto de prueba:

Dentro del artículo 156.1 del nuevo Código Procesal Penal²⁴ establece un concepto sobre la finalidad y utilidad de la prueba en el Proceso Penal, comprendiendo la determinación de los aspectos que pueden y deben probarse, debiendo satisfacerse la determinación del requisito de la idoneidad de la comprobación procesal y de la aptitud procesal de la prueba.

Para Clara Olmedo, el objeto de prueba es la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar, no se trata propiamente del objeto procesal sino de los datos materiales que, introducidos como elementos de convicción en el proceso, tienen capacidad de producir un conocimiento relacionado con la conducta incriminada (Gimeno Sendra, 2005, p.425).

Ante las definiciones ofrecidas sobre los contenidos que guarda el derecho a la prueba, es importante indicar que elementos no entran en la categoría de prueba porque a partir de su entendimiento el panorama referido a esta institución se tornará más claro.

Lo imposible y lo notorio:

Si partimos de una comparación entre los requisitos fundamentales del acto jurídico, donde se nos habla de una imposibilidad tanto física como jurídica, al establecerse como punto de partida los hechos que no pueden suceder y en lo referido a lo notorio, esta categoría jurídica claramente engloba a lo evidente, como las leyes naturales y hechos propios de la realidad, a la vez dentro de la legislación procesal penal es necesario indicar

²⁴ Diario Oficial "El Peruano": Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. artículo 156.1: "Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito".

la existencia de las convenciones probatorias, pues del contenido del artículo 156.3²⁵, de cuyo tenor se extrae que ambas partes pueden convenir sobre determinada circunstancia que será evaluada como hecho notorio, indicándose que el acuerdo deberá constar en acta suscrita por ambas partes a efectos que sea considerada como tal. Dichas consideraciones serán aplicadas a los hechos que son producto de las leyes naturales y demás principios que rigen la realidad.

Medios de prueba:

«Los medios de prueba son considerados como los modos u operaciones referidos a cosas o personas que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de los hechos sobre el cual versa la controversia penal» (Palacio, 2005, p.23).

Dentro del grupo de los medios de prueba se encuentran la prueba testimonial, la pericial, la documental, la confesional, así como cualquier otra forma que tenga naturaleza y finalidad de acreditar los hechos que han tenido lugar anteriormente. Sumado a ello, el artículo 157.1²⁶, nos da a entender de manera clara el principio de libertad probatoria, argumentando que las pruebas a ser aportadas y actuadas dentro del Proceso Penal deben ceñirse a un riguroso procedimiento que no debe vulnerar los derechos y garantías de la persona. Otro de los puntos que desarrolla el artículo 157 del nuevo Código Procesal Penal se encuentra referido a que no debe emplearse métodos, aun cuando se cuente con

²⁵ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. Art. 156 del nuevo código procesal Penal: “Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta”.

²⁶Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. Artículo 157.1 nuevo código procesal Penal: “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible”.

total consentimiento del interesado, que alteren la libertad de autodeterminación o para calificar los hechos que han tenido lugar anteriormente.

Los medios de prueba que se encuentran dentro de nuestro ordenamiento jurídico han sido objeto de clasificación por la doctrina, siendo la siguiente:

Medios de prueba personales y reales: Los primeros son producto del actuar de los sujetos mientras que los segundos son inferidas de la condición de las cosas que pueden percibirse.

Medios de prueba directos e indirectos: Los directos se aplican a hecho principal, citando a la prueba testimonial como el ejemplo más claro, mientras que la circunstancial se refiere a objetos o vestigios que sean cumplan con la finalidad de acreditar determinado hecho sucedido con anterioridad.

Medios de prueba por práctica y medios de prueba por documento: El carácter dependerá de la producción y consecuencia que acarrear los mismos, refiriéndose a si surgen de manera directa o de manera independiente y sin la utilización de ser utilizadas en el proceso.

Medios de prueba por documentos ocasionales y medios de prueba por documentos pre constituidos, citando como ejemplo a los documentos personales que se encuentran dentro de la esfera personal de cualquier persona, como diarios, o documentos personales, siempre y cuando sea susceptible de ser empleada en el proceso judicial correspondiente, mientras que los medios de prueba pre constituida se configura cuando los medios de prueba se produjeron en virtud de un documento auténtico realizado en cumplimiento a ciertas formas legales con la finalidad de ser utilizados en el proceso penal.

Medios de prueba originales y medios de prueba derivados: Los primeros deben producirse debiendo cumplir los requisitos establecidos de forma taxativa (ejemplo: El

testimonio), mientras que los medios de prueba derivados son aquellos que vienen a ser reproducción fiel de los medios de prueba originales (como las fotocopias y reproducciones de cualquier clase de documento).

Reglas sobre aportación de pruebas en el nuevo modelo Procesal Penal Peruano:

Martínez Arrieta señala que: «El proceso penal es el marco en el que debe ser indagada la realidad de un hecho punible denunciado y en la medida que resulte acreditado, condicionar al cumplimiento de determinada sanción prevista en la norma procesal» (Martínez Arrieta, 1993. P.59.). Lo que quiere decir es que ambas partes intentan aportar todos los fundamentos posibles para que en el juez se forme el grado de convicción suficiente sobre la certeza del hecho sujeto a proceso. La regulación normativa nos indica que las pruebas son admitidas a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales²⁷, cuya finalidad es la de reconstruir los sucesos acontecidos, pues la prueba es la forma más cercana de llegar a esa conclusión. Es por ello que la prueba guarda gran importancia en nuestro sistema procesal. Al considerar que las pruebas aportadas cumplen la función de acreditar determinado hecho, esto es, deben pasar por los filtros fijados por el legislador es por ello que se efectúa el control de las actuaciones por parte de la autoridad a efectos que no se vulnere el debido proceso y el derecho a la defensa del imputado. Peña Cabrera (Peña Cabrera, Raul.2008.p.102.) indica que: «Es primordial que la actividad probatoria sea realizada conforme a determinados límites, y estos límites vienen enmarcados dentro de los derechos otorgados a los sujetos procesales y más aún a las autoridades sobre las cuales recae la función de obtener determinada carga probatoria

²⁷ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. Artículo 155 Nuevo Código Procesal Penal: 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 solo podrá 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.

como lo es el Ministerio Público, debiendo preservarse la unidad bio psico social, disponiéndose para tal fin las medidas de protección que sean necesarias».

Valoración de la prueba en el Proceso Penal:

La valoración de la prueba constituye el siguiente paso a seguir por el juzgador a efectos de considerar a los medios aportados por los sujetos legitimados como válidos, es por ello que ésta operación constituye una de las actividades más importantes y complejas que el juzgador realiza en el proceso penal, dicha actividad consiste en la apreciación que efectúa la autoridad jurisdiccional, pues como última fase de valoración debe ser entendida como tal, reflejándose el nivel democrático y garantista del proceso penal en toda plenitud. Es por ello que el juez formará criterio sobre el rendimiento de cada medio probatorio sujeto a análisis, pues una vez verificado que se hayan seguido los procedimientos taxativamente establecidos y efectuando la integración a los elementos parciales presentados en el requerimiento acusatorio, de forma que la valoración de la prueba solamente puede realizarse en base al rendimiento que presenta cada medio probatorio, debiendo efectuarse una síntesis en cuanto a la función y finalidad que guarda cada medio probatorio. Es por ello que la acusación debe encontrarse fundamentada en todos sus extremos con la finalidad de ser evaluada en cuanto a aspectos de fondo y forma.

Sistemas de valoración de la Prueba:

Las formas determinadas para efectuar la valoración de la prueba son los que se denominan: Sistema de prueba legal o tasada y el sistema de la libre apreciación de la prueba, el cual se encuentra dividido en sistema de la íntima convicción y sistema de libre convicción o también conocido como sana crítica. Pasemos a desarrollar cada uno de estos subsistemas.

Sistema de prueba legal o tasada:

Dentro de este sistema se deja de lado el criterio absolutista del juez, bajo el fundamento de que los jueces no pueden tomar determinada decisión en base a los criterios sobre los cuales tengan determinada opinión u lo que le dicte su conciencia, debiendo ajustarse dichas decisiones a los parámetros establecidos por la norma jurídica, de esto se colige que la prueba deben dictarse apreciando la prueba de acuerdo con las normas procesales, es por ello que la legislación de antemano ya le viene otorgando determinada eficacia a cada medio probatorio aportado dependiendo de su naturaleza y finalidad, no dejando de lado el mecanismo empleado para ser extraído y posteriormente ofrecido. La doctrina fija dos modos mediante los cuales se establece determinado sistema de valoración sobre la eficacia normativa antes indicada, siendo los siguientes:

Teoría Negativa de la Prueba: Viene a ser la que «hace depender de la condena del imputado de un mínimo de requisitos del resultado de las pruebas» (Hernández Miranda, 2001, p.70).

Teoría positiva de la prueba: Si las pruebas tienen como consecuencia determinado resultado, se tiene como exigencia al juzgador dar probado un hecho.

Sistema de libre apreciación de la prueba:

Por el contrario, ante lo indicado por sistema de prueba legal o tasada, en este sistema se deja de lado la eficacia otorgada por los medios de prueba, poniendo énfasis en cuanto a la fe o confianza que tenga la autoridad jurisdiccional (Hernández, 2001, p.110).

De acuerdo a este régimen de valoración de la prueba, se afirma que el juez se encuentra en libertad de formar su convencimiento, entendido que debe ser realizado dentro de criterios de equidad y demás.

Sistema de libre convicción o Sana Crítica:

De acuerdo a este sistema, «el actuar del juez con respecto a fundamentar sus decisiones sobre determinada controversia, encuentra limitada su actividad teniendo como parámetro el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano» (Devis Echandía, 2006, p.110).

La Sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, sin dejar de lado los preceptos jurídicos y filosóficos, además de tenerse en cuenta la finalidad que es la de asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Las reglas de la sana crítica son entendidas como reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, el juez debe tener en consideración de su motivación a no solo los principios de la lógica, sino de la misma forma a los que se encuentran establecidos por razón de tiempo y lugar. «En cuanto a la toma de decisiones que debe tomar el juez siguiendo este sistema, la prueba se va a encontrar dictaminada. A lo que el juez, no está sometido a reglas generales de valoración» (Mixán Mas, 2001, p.110).

Reglas de valoración de la prueba en el proceso penal peruano:

El artículo 158 del nuevo Código Procesal Penal, señala que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia teniendo como resultado la exposición de los resultados obtenidos y los criterios adoptados. A criterio de Talavera «El nuevo Código Procesal penal no solo se adscribe al sistema de libre valoración, sino que se decanta de una valoración racional de la prueba en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia”

Peña Cabrera señala que: “El juez debe respetar las reglas de la lógica en base a un silogismo producto de una inferencia inductiva, que lo lleve a una determinada conclusión» (Peña Cabrera, Raúl, p.154.). Indicando además que la ciencia constituida por toda la teoría del conocimiento, que supone la valoración de los hechos de conformidad con determinadas técnicas y procedimientos especiales estructurados para estudiar los elementos fenotípicos y fenomenológicos del ser humano, en el caso de la experiencia común constituida por los conocimientos ordinarios obtenidos, que pueden ser adquiridos por cualquier persona sin tener que emplear determinados métodos científicos, las reglas a seguir por el juzgador son las siguientes:

Los principios de las reglas de la lógica: Vienen a estar conformadas por las leyes y principios lógicos que informan la validez del juicio de valor expuestos en las resoluciones, su funcionalidad consiste en evaluar o verificar el razonamiento seguido por la autoridad jurisdiccional, en cuanto a su estructura, y composición, además de comprobarse si no ha vulnerado norma alguna.

Las reglas de las máximas de experiencia: Se encuentran comprendidas por la cantidad de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos del conocimiento tenidas a consideración por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios.

Las reglas de la ciencia: Se encuentran referidas a las exigencias de racionalidad, de controlabilidad y de justificación del razonamiento probatorio del juez los cuales van a determinar lo que influirá en sus conocimientos que se forman sobre factores extra – jurídicos y que se caracterizan por el grado de aceptación, se derivan de las investigaciones y búsquedas de carácter científico realizadas.

Tratamiento ofrecido sobre los medios de prueba en la legislación Procesal Penal peruana:

Dentro del artículo 158.2²⁸, el legislador peruano ha considerado que la importancia de los medios de prueba citados debe encontrarse acompañados o sustentados por otros medios de prueba, ante ello nos encontramos ante una insuficiencia probatoria considerable. De manera más detallada, en el caso de los testigos de referencia, es indispensable la concurrencia de otros medios probatorios, debiendo existir un respaldo necesario. Esta actividad es necesaria porque importa la mayor labor del juez en cuanto a la elaboración del raciocinio sobre la consecución y reconstrucción de los hechos acontecidos, cumpliendo una labor de complemento. De esta labor de complemento ofrecida, el problema a dilucidar se encuentra constituido por el grado de credibilidad otorgado a la declaración del testigo de referencia, pues se requieren aspectos u características especiales para ser testigo. Peña Cabrera indica que: «En un sistema procesal acusatorio no existe la prueba plena ni la prueba legal, no basta la mera sindicación efectuada al imputado para condenar; más aún, se encuentra demostrado que son las personas las que mienten en el proceso penal, donde la necesidad de obtener la premialidad determina una translocación de los hechos o una sindicación determinada»

1.10.1. Relación entre Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria.

La jurisdicción ordinaria también llamada fuero común ha sido y es la principal función que cumple un poder de estado como es el Poder Judicial, como es la de administrar justicia en el país, más aún, si sus funciones y exclusividad en administrar justicia son

²⁸Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria. La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conraindicios consistentes.

reconocidas por la propia Constitución Política, indicando de forma expresa las excepciones (militar y arbitral). Quedado claro esto advertimos que desde otro punto de vista existe la Jurisdicción Constitucional que a inicios del siglo XX ha ido tomando terreno, esto es ha ido adaptando y cambiando a la Jurisdicción Constitucional siendo que el Perú no siendo ajena a dichas variaciones, es que a partir de 1979 efectúa un reconocimiento sobre la existencia de la Jurisdicción Constitucional la cual delega al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial ambas jurisdicciones como lo vienen a ser la ordinaria y la constitucional, durante los últimos años han presentado altercados entre ellas los cuales han creado un ambiente de desorientación y confusión, existiendo inclusive abuso de una sobre la otra, advirtiéndose que es el Tribunal Constitucional quien abusa de la jurisdicción ordinaria por medio de sus pronunciamientos (sentencias), las que causaron confrontaciones, llevándonos a una coyuntura en la cual existen serias deficiencias de estructura y empleabilidad de los órganos jurisdiccionales dentro del sistema jurídico.

Los puntos de encuentro y desencuentro entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, surgen, básicamente, a partir del análisis y estudio de una serie de instituciones tales como el carácter normativo de la Constitución o su eficacia directa e inmediata, la vinculación más fuerte de los Derechos fundamentales, la facultad del juez común de desaplicar una norma o acto de rango legal o infra legal cuando exista un precedente para un caso similar, la consulta judicial de constitucionalidad, en caso de tener duda fundada de inconstitucionalidad, y la aplicación por la jurisdicción ordinaria del principio de interpretación conforme con la constitución.

La Constitución es una norma jurídica, fuente de derecho en sentido propio, y que por ende integra e informa todo el ordenamiento jurídico. En ese sentido el derecho de la

constitución forma parte del bloque o parámetro de legalidad que le corresponde interpretar y aplicar al juez ordinario al ejercer la función jurisdiccional.

La Constitución establece y configura el poder del estado, sus objetivos y prestaciones en beneficio de la colectividad, pero, al propio tiempo, instituye sus límites, mediante la atribución del orden de las competencias y la consagración de los derechos y garantías individuales (Derechos Fundamentales). La Constitución conforma un sistema normativo emanado del pueblo como titular de la soberanía en el ejercicio de su función constituyente. La Constitución ocupa la posición de la norma suprema y fundamental de ordenamiento jurídico, el cual gira en torno de esta, dado que, define el sistema de fuentes y tiene una pretensión evidente de permanencia. En ese sentido, constituye un parámetro superior y permanente (superlegalidad formal y material) de la validez de las leyes, lo que se traduce en el principio de supremacía imponiéndole al juez ordinario una vinculación más intensa y más fuerte que la emanada de la propia ley. Tal eficacia directa e inmediata del derecho de la Constitución supone, ineluctablemente, sin desmedro de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, normas y actos contrarios a la Constitución, que todos los Jueces y Tribunales ordinarios deben interpretarla y aplicarla. En base a ello la aceptación de un sistema de control de constitucionalidad concentrado, no puede suponer, bajo ningún punto de vista, el fraccionamiento o la bipartición del ordenamiento jurídico, es decir, la aceptación de un nivel de legalidad ordinaria (infraconstitucional) y otro de constitucionalidad. La Constitución establece todos los estratos jerárquicos del ordenamiento jurídico (principio kelseniano de la regularidad jurídica), además de constituir el fundamento o factor aglutinante del entero sistema jurídico, por lo que el juez ordinario, al momento de interpretar y aplicar cualquier norma o acto, no puede marginar los preceptos, valores y principios constitucionales.

La existencia de una jurisdicción constitucional no supone, la ausencia de competencia de la jurisdicción ordinaria en materia constitucional, dado que, todo órgano jurisdiccional común tiene, según lo precedentemente apuntado, el deber de garantizar la observancia y aplicación de la Constitución, pues su función es asegurar la supremacía del Derecho y la preservación del ordenamiento jurídico. Resulta, entonces, inadmisibles valerse del argumento de la existencia de un sistema concentrado "atenuado" o "reforzado", para circunscribir la interpretación y aplicación de la Constitución de modo exclusivo o monopólico en la Sala Constitucional, pues de ser así se limitaría su valor normativo inmediato y directo. De otra parte, un monopolio de tal índole atentaría, frontalmente, contra el principio de equilibrio y colaboración de los poderes en el marco de un Estado social y democrático de derecho. Ahora bien, debe evitarse que el Juez común, al momento de interpretar y aplicar la Constitución, asuma una actitud conservadora, pasiva y sectorial, empleando instrumentos hermenéuticos propios de su especialidad, prescindiendo de las categorías dogmáticas del Derecho Constitucional. Resulta, entonces, de vital importancia que el Juez ordinario cuente con una clara conciencia constitucional o "voluntad de Constitución" que permita el desarrollo pleno del carácter normativo de la Constitución, dicho esto, la jurisdicción ordinaria goza de un campo muy fértil en el cual puede efectuar una interpretación constitucional de eficacia directa e inmediata.

1.10.2 Conflictos entre la jurisdicción constitucional y jurisdicción penal ordinaria

La jurisdicción constitucional:

Viene a ser aquel tipo de jurisdicción que tiene como finalidad desarrollar u administrar justicia de forma especial, de ello se advierte la preexistencia de determinadas materias u conflictos que son controvertidos, estos últimos pueden ser causados por normas de rango legal u de naturaleza administrativa que de su contenido se advierta una clara

contravención a disposiciones de rango constitucional. La finalidad que guarda esta clase de jurisdicción es la de soslayar el carácter supremo de la Constitución con el fin de ejercer un correcto control de naturaleza constitucional que guarda la tipología jurisdiccional ya que se encuentra a cargo de un ente de naturaleza especial e independiente del Poder Judicial que viene a ser el Tribunal Constitucional. La jurisdicción en materia constitucional ha ido progresando en el Derecho comparado por dos corrientes: El sistema de jurisdicción Constitucional difuso u el sistema concentrado. Si nos basamos en el desarrollo extranjero, se advierte que Estados Unidos otorga al Poder Judicial (a los jueces) la facultad de emitir pronunciamiento sobre el carácter constitucional de las leyes (dentro de casos en concreto), cuyas decisiones surten efectos sobre inaplicabilidad y consecuencias entre las partes.

Mientras que en Europa se emplea al sistema concentrado dicho sistema delega la labor constitucional de manera exclusiva a los jueces constitucionales (tribunales de orden constitucional), los que emiten pronunciamiento sobre el carácter de inconstitucionalidad de las disposiciones legales cuestionadas, teniéndose como finalidad su derogación.

Dentro de nuestro ordenamiento nacional existe jurisdicción de carácter constitucional fijada en el marco de la Constitución Política del año 1979 se implementó esta a través del ente correspondiente (denominado «Tribunal de Garantías Constitucionales») cuyas funciones iniciaron a realizarse en el año 1982 en base a lo establecido por su ley orgánica (Ley n.º 23385²⁹) a lo que este último realizó sus funciones hasta el cinco de abril de 1992, en circunstancias en las que se dispuso su disolución por parte del Gobierno. Es en este contexto que la jurisdicción constitucional contenía una fisonomía especial que para determinados juristas nacional, tal es el caso de Domingo García Belaúnde quien hizo conocer que dicha jurisdicción guarda una naturaleza dual y para otros guardaba un

²⁹ Ley n.º 23385. Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales entrada en vigencia con fecha veintiocho de julio del año 1980.

carácter mixto, pues se encontraba exclusivamente concentrada en resolver acciones de inconstitucionalidad, facultándose al tribunal resolver asuntos de Casación con respecto a las resoluciones emitidas por parte de la Corte Suprema sobre acciones tanto de hábeas corpus como de amparo, cuestionándose su actuación en base a la poca productividad. Dentro de la regulación actual, la Constitución Política le otorga mayor amplitud a sus atribuciones. Sobre la base de ello el artículo 201 de la Constitución Política vigente³⁰ establece de forma detallada y específica sus caracteres fundamentales y la forma en la que se encuentra estructurado.

Sobre los conflictos existentes entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción Constitucional tenemos entendido que la primera en un principio viene a estar encargada de la función correspondiente a la administración de justicia dentro de un Estado, es por ello que básicamente se centra en el fin asignado por parte del estado denominado «Poder Judicial», estas funciones encomendadas se encuentran orientadas por principios constitucionales, viniendo a ser:

- a) El acceso a los tribunales o tutela judicial efectiva.
- b) Unidad del Poder Judicial.
- c) Derecho al Juez Natural.
- d) Autonomía de la función jurisdiccional.
- e) Cosa Juzgada.

Ante ello se llega a advertir que la jurisdicción ordinaria tiene una amplitud de naturaleza funcional y estructural, puesto que se trata de un poder de estado, ya que las atribuciones contenidas son propias de su razón de ser y todas son correspondientes al Poder Judicial. En el ámbito nacional la jurisdicción constitucional es plena facultad atribuida al Tribunal Constitucional, puesto que se le considera como el único ente que administra justicia

³⁰ Constitución Política del Estado Peruano. Aprobada y ratificada por Congreso Constituyente democrático con fecha 31 de octubre de 1993.

constitucional, desconociéndose que en la jurisdicción que le corresponde al Poder Judicial se cuenta con la facultad de desarrollar dicha actividad a través del «Control Difuso», en razón a ello podemos afirmar que la jurisdicción constitucional se encuentra tanto a nivel del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional. El conflicto se presenta cuando dentro de un caso, la jurisdicción ordinaria emite determinada sentencia la cual cumple con la totalidad de principios que implica la administración de justicia y este caso (denominada causa) posteriormente es elevada a la jurisdicción Constitucional, siendo que el meollo del conflicto se presenta cuando el Tribunal Constitucional efectúa la acción de revisar las sentencias del Poder Judicial, las que en muchos casos declara nulas, extendiéndose en su totalidad al fondo del proceso, por lo que se encuentra realizando un abuso y a criterio del autor se extiende u exagera en sus atribuciones, causando vulneración sobre la jurisdicción ordinaria, afectando en su totalidad a la seguridad jurídica como piedra angular dentro de un sistema jurídico. Es por ello que en los casos tipo analizados se advierte que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el fondo del proceso vulnerando las decisiones del primer y segundo grado del Poder Judicial, pues se ha basado en fundamentos de derecho material ordinario los cuales son discrepantes con la Corte Suprema, y más aún, convierte estas diferencias en criterios de carácter vinculante a ser tomados en consideración. Este conflicto lo único que hace es debilitar el sistema jurídico y de forma específica a la jurisdicción penal ordinaria, ya que si bien es cierto el control constitucional constituye la principal garantía de los derechos constitucionales, debe concurrir un equilibrio sin realizar afectación a la administración de justicia ordinaria y deben ir orientadas a la misma finalidad.

1.10.3. Normatividad y Funciones del Tribunal Constitucional Peruano:

Intromisión en las funciones de la jurisdicción Penal Ordinaria

Funciones del Tribunal Constitucional:

A efectos de detallar que asuntos le corresponde resolver y/o desarrollar al Tribunal Constitucional, tenemos que en el artículo 201 de la Constitución Política del Perú³¹ se fija la contextualización de la entidad asignada bajo la denominación de Tribunal Constitucional, indicándose como su competencia los asuntos subsiguientes:

- a) Conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad.
- b) Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.
- c) Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a Ley.

Es importante señalar que se cuestiona la actividad realizada por parte del Tribunal Constitucional porque comete un exceso al pronunciarse sobre contenidos de naturaleza procesal cuyo desarrollo se encuentra adscrito a la jurisdicción penal ordinaria, a efectos de especificar de forma más clara sus funciones indiquemos aquellas que se encuentran fijadas taxativamente en su ley orgánica, las cuales vienen a ser:

Artículo 2 de la Ley N°28301³², la cual establece lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional es competente para conocer de los procesos que contempla el artículo 202 de la Constitución (...)”.

³¹ Diario Oficial “El Peruano”, Constitución Política del Perú año 1993. Fecha de promulgación 29 de diciembre del año 1993. Fecha de publicación 30 de diciembre de 1993, entrando en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993.

³² Sistema Peruano de información Jurídica. SPIJ. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Ley N°28301. La presente Ley, de conformidad con su Cuarta Disposición Final, entrará en vigencia simultáneamente con la Ley n° 28237, Código Procesal Constitucional

Ello nos da a entender que la resolución de los asuntos contemplados por la legislación se encuentra limitada a determinados procesos y/o situaciones que deben cumplir determinados requisitos a efectos que sean conocidas por parte de la jurisdicción Constitucional, ahora indico lo que establece el artículo siguiente de la legislación aludida.

Artículo 3. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³³.

“En ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente Ley.

El Tribunal resuelve de oficio su falta de competencia o de atribuciones”.

Ahora si bien es cierto el Tribunal Constitucional al indicar lo antes expuesto, como indica el artículo 2, le corresponde conocer los asuntos asignados a su competencia, hasta allí no existe dificultad, lo que se cuestiona es que en su momento, se centró en desarrollar los alcances y efectos que guarda la prueba prohibida cuyo análisis debió ser efectuado en una vía previa, partiendo del análisis del pronunciamiento emitido dentro del Caso Quimper (Caso Alberto Quimper , 2010) se desarrolla contenidos de naturaleza procesal, como lo es la «prueba prohibida» y la regla de exclusión probatoria, planteándose la siguiente pregunta: ¿Por qué la jurisdicción penal ordinaria no desarrolló los contenidos indicados de forma previa? Es que no existe una forma de control adecuada que limite las actuaciones de ambas jurisdicciones, dirigiendo toda la actividad al Tribunal Constitucional, luego de verificado ello la Hipótesis planteada se cumple a cabalidad, debiendo optarse por implementar un mecanismo de control en cuanto a las atribuciones

³³ Sistema Peruano de información Jurídica. SPIJ. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: Ley N°28301. La presente Ley, de conformidad con su Cuarta Disposición Final, entrará en vigencia simultáneamente con la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional

y competencias que le corresponden tanto a la Jurisdicción Penal ordinaria como a la Jurisdicción Constitucional. A raíz de las funciones antes precisadas es necesario precisar que si bien es cierto existen funciones que le competen desarrollar tanto a la jurisdicción constitucional como a la vía penal ordinaria existe de por medio un cuestionamiento a dichas facultades porque si bien es cierto entendemos que el Tribunal Constitucional es el máximo ente intérprete de la Constitución³⁴, no podemos dejar que se monopolice dicha función, dicho de otra manera resulta contraproducente querer que sea el Tribunal Constitucional el que se pronuncie cuando se trate de disgregar una institución de carácter eminentemente procesal porque para ello existe una vía especializada la cual a criterio del autor cuenta con todas las facultades que le permitan realizar una labor eficiente puesto que dichas instituciones despliegan sus efectos dentro del proceso cuyo desarrollo le está asignado a jurisdicción especializada para tener más claro lo afirmado se hace el siguiente gráfico:

³⁴ Artículo 1 Ley n.º 28301 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Definición:

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República

Tribunal Constitucional	Jurisdicción Penal ordinaria
Se ha pronunciado sobre la Institución Procesal denominada: Prueba Prohibida enunciando los supuestos en los que se presenta.	Si bien es cierto la prueba prohibida se encuentra regulada en el artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Penal existe ausencia de desarrollo de esta institución Procesal por parte de la jurisprudencia nacional (debió haberse efectuado)
<p>Ha establecido los alcances y efectos que guarda la prueba prohibida, asimismo advierte sobre los supuestos en los cuales puede emplearse a pesar de haber existido vulneración de derechos fundamentales en su obtención.</p> <p>Las acciones que efectúa el Tribunal Constitucional al haberse pronunciado sobre los supuestos de aplicación de la prueba prohibida se encuentran comprendidas dentro de las funciones delegadas de forma taxativa a la vía penal ordinaria conforme a los términos fijados en el código procesal penal.</p>	<p>La institución de naturaleza procesal denominada Prueba Prohibida se encuentra bajo los alcances del artículo 159 del Código Procesal Penal.</p> <p>El artículo 18 del Código Procesal Penal fija de forma taxativa los límites de la Jurisdicción Penal Ordinaria, siendo estas instituciones distintas a la prueba prohibida.</p> <p>En cuanto a la competencia fijada (objetiva y funcional) en las distintas instancias fijadas en los artículos 26 a 29 del Código Procesal Penal tenemos que son claras las funciones que se derivan del rol especializado de la vía penal ordinaria, como lo vienen a ser la resolución de los incidentes que se promuevan en su instancia y la de ejercer los actos de control que estipula el código (Art. 159 interpretado con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal.</p>

1.10.4. Ausencia de Desarrollo de la prueba prohibida por parte de la jurisdicción penal ordinaria.

La principal dificultad que el autor tuvo al momento de afirmar que es nulo el desarrollo de la prueba prohibida por parte de la judicatura ordinaria porque en el periodo de tiempo donde tuvo lugar la presente investigación se puede advertir que de forma exclusiva ha sido el Tribunal Constitucional el ente que se ha pronunciado a fondo con respecto a esta institución cuyo carácter procesal se resalta.

Lo afirmado se sostiene sobre la base de que existe una notoria ausencia de pronunciamientos (casaciones, acuerdos de carácter vinculante) lo que nos hace notar que la vía que en un primer momento es la especializada cuya función vendría a ser más técnica pues al momento de derivar los casos que han sido analizados a jurisdicción del Tribunal Constitucional cuyos pronunciamientos han sido materia de estudio al haber explicado en que supuestos nos encontramos ante prueba con efectiva vulneración a los derechos fundamentales y en qué casos es permisible o no su uso.

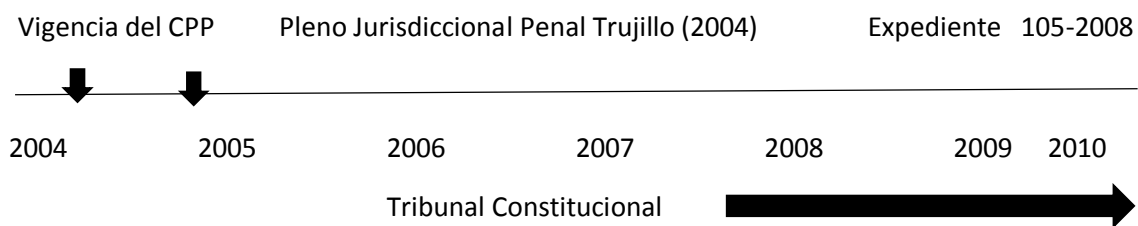
Solamente se cuenta con el pleno jurisdiccional penal realizado en la ciudad de Trujillo en el año 2004 de cuyo contenido se desprende que en su mayoría la afectación a Derechos Fundamentales se genera en la fase de investigación y que dichas vulneraciones también pueden manifestarse en el decurso de las actuaciones procesales. Se hace énfasis en cuanto a la utilización de la doctrina de ponderación y que la admisión de la prueba prohibida se encuentra supeditada a la relación de importancia y gravedad que tengan el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia. Es por ello que el ordenamiento nacional adopta el denominado “balancing test” como excepción a la regla de exclusión probatoria, manifestando que no obstante la ilicitud de la prueba se valora otros intereses de jerarquía constitucional más importantes (lo que genera que los sujetos procesales incorporen medios probatorios al proceso). Es

por ello que la ponderación en cuanto al tratamiento de la prueba prohibida es aceptada en el país.

Lo que evidencia está clara ausencia jurisprudencial en esta materia contradice sin lugar a dudas la adscripción de nuestro sistema procesal penal al modelo garantista porque si bien es cierto el Tribunal Constitucional cuyo ámbito de actuación se encuentra circunscrito a desarrollar una máxima interpretación de la Constitución cuya estructura se encuentra diseñada de tal forma que los derechos (parte dogmática) enumerados en ella, sean respetados e interpretados en su máxima expresión y/o sentido.

Lo que sucede al no haber sido desarrollada esta institución en una vía previa no hace más que evidenciar que la vía que en un primer momento es la más especializada u técnica no realiza a cabalidad la función que le está encomendada no solo por un imperativo legal (ley orgánica y de organización) sino que llega a desnaturalizar el rol que desempeña en el sistema judicial peruano, lo que genera inestabilidad e inseguridad en el sistema procesal ya que muchas situaciones donde se advierta esta vulneración ocasionan afectación por plazos y recursos de los usuarios quienes al no encontrar una respuesta en un plazo razonable desconfían más en el Poder Judicial. Esto da lugar a que una vez dichos casos sean derivados al Tribunal Constitucional, si bien este ente actúa sobre la base de las atribuciones que se le han conferido, está dando lugar a que dicha actividad se convierta en continua y que la vía previa no haga más que volverse un intermediario ya que comete un abuso con respecto a la actividad constitucional, lo que genera que vaya perdiendo de sobremanera su legitimidad en cuanto a su rol, lo que a nuestro criterio debe ser objeto de inmediata corrección.

Esta ausencia de pronunciamientos puede ser entendida de la siguiente manera a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004.



Si seguimos esta línea temporal podemos advertir que no han existido pronunciamientos en primera instancia donde efectivamente haya existido un desarrollo de la prueba ilícita, solamente se cuenta con el pleno Jurisdiccional Penal que en uno de sus acápites desarrolla la referida materia y los alcances desarrollados en el expediente 105-2008.

Lo que se quiere evitar al momento de referirse a que no debe delegarse la resolución de los casos en donde se haya advertido una vulneración en este contexto cuya resolución haya sido dejada en manos del Tribunal Constitucional. Este proceder genera que quienes recurren al poder judicial tengan menos fiabilidad en este sistema porque si va a circunscribirse de forma exclusiva las citadas funciones al Tribunal Constitucional, en términos simples la vía ordinaria estaría de más y de seguir en la línea de desarrollo presente, es decir que sea el Tribunal Constitucional quien intervenga cuando exista una clara transgresión de derechos cuyos efectos son desplegados en el proceso, estaríamos monopolizando la función constitucional atentándose en muchos casos con derechos cuya protección se encuentra adscrita al modelo de corte garantista que pregona y acoge nuestra legislación procesal.

TÍTULO II

LA PRUEBA PROHIBIDA

2.1. Concepto y Características:

El Nuevo Código Procesal Penal establece en su título preliminar³⁵ que un medio de prueba podrá ser valorado, si ha sido obtenido e incorporado al proceso penal por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Por lo tanto carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas³⁶, dejando de lado que la prueba ilícita no ha sido definida por la legislación.

Definición de Prueba Ilícita:

López Barja de Quiroga, indica que: «La terminología empleada sobre esta institución resulta insuficiente y no es uniforme, existiendo distinta terminología mencionando a prueba ilegítimamente admitida, prueba prohibida, prueba ilegal prueba ilegalmente obtenida, existiendo muchos matices y razones que pueden avalar estas diferencias terminológicas» (López Barja de Quiroga, Jacobo, 2011, p.217.) la diferencia se encuentra en que la prueba ilícita es obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, mientras que la prueba irregular es aquella que se ha obtenido con infracción de los procedimientos regularmente establecidos en materia procesal.

La prueba ilícita como especie de Prueba prohibida:

Pellegrini hace una clara diferenciación entre prueba ilícita y prueba prohibida, considera que: «La primera se enmarca dentro de la segunda estableciendo que entre ellas existe una relación de especie a género» (Pellegrini, Grinover, Ada,2003, p.143-144), teniendo

³⁵ Artículo VIII del título preliminar del nuevo código procesal penal. Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

³⁶ Artículo VIII. 2. Título preliminar del nuevo código procesal penal. Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

en consideración ello, la prueba prohibida en cuanto a la categoría jurídica que se la asigna, es considerada como todo elemento que coadyuve a demostrar la concurrencia de una norma legal o un principio de derecho positivo aunque hayan sido vulnerados preceptos fundamentales para su obtención y su posterior actuación en proceso. Siguiendo esta línea, bastaría la adquisición de un medio probatorio trasgrediendo de forma indistinta determinada norma, y nos encontramos dentro de supuestos de prueba ilícita cuando hacemos una interpretación más estricta y rigurosa de la transgresión ocasionada, guardando más relevancia en torno al contenido presuntamente vulnerado, citando como ejemplo están las transgresiones ocasionadas a los derechos fundamentales los cuales se encuentran consagrados en el artículo 2 de la constitución política del Perú del año 1993.

2.2. Naturaleza Jurídica

Dentro de la regulación ofrecida por el artículo 159³⁷, se nos ofrece una regulación referida en cuanto a la naturaleza de las prohibiciones probatorias con el objeto de identificar los fundamentos en los cuales se basó el juzgador al establecer los alcances de la norma. Dentro de este acápite hay que señalar que el Tribunal constitucional se ha pronunciado en el sentido de que en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar en qué consiste la naturaleza jurídica de la prueba prohibida, indicando que las posiciones son las siguientes:

Se considera a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso la cual guarda el carácter de absoluta, resultando aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso, haciéndose clara referencia en el artículo IX, del inciso a, del artículo 20 de la

³⁷ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004. art. 159: “El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁸, texto que indica que el proceso penal se regirá por el principio de que «Cualquier prueba obtenida con violación de los Derechos Fundamentales será nula». Existen otras posiciones que tienen en consideración a la prueba prohibida como un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, trayendo como consecuencia la imposibilidad de ser ofrecido y actuado dentro del proceso, porque al dotársele de la categoría de derecho fundamental, debe tener limitaciones en su ejercicio. En el transcurso de las resoluciones emitidas por entes extranjeros, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado considerando a la prueba prohibida, enunciando que no se trata de un derecho fundamental, volviendo a indicar que las pruebas obtenidas efectuando vulneraciones a los derechos fundamentales, carecerán de efectos legales.

Otro de las opiniones emitidas por ordenamientos jurídicos extranjeros enuncia que la prueba prohibida es una categoría jurídica que implica un límite al derecho fundamental a la prueba, precisando que el medio probatorio debe guardar el carácter de licitud a efectos que sea considerado en toda su dimensión en el proceso.

Caracteres de la prueba en el Código Procesal Penal peruano:

Al establecerse las etapas y funciones determinadas en el Código Procesal Penal desde la etapa de investigación preliminar hasta la respectiva oralización y actuación de los medios de prueba presentados por el Fiscal y posterior valoración por parte del Juez (unipersonal o colegiado acorde al del delito materia de juzgamiento), es en la investigación preparatoria donde la actividad probatoria asume el mayor protagonismo, pues en base al cumplimiento de los caracteres establecidos por la ley cuya finalidad es acreditar la realización de un hecho delictivo, que la conducta del investigado se encuentra vinculada

³⁸ Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Art. 20 inc. IX: “De los principios generales. “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula (...)”

directamente en la comisión del delito, que la acción penal no ha prescrito, y que no existe determinada causa de justificación, En esta segunda fase de la investigación, el Fiscal continúa buscando y recabando la información necesaria para fundamentar su decisión, se trate de formular el requerimiento acusatorio o el de sobreseimiento, por lo que esta etapa implica mayor labor en cuanto a las actividades del Fiscal, por así decirlo implica una mayor diligencia al realizar los actos de investigación adicionales y de esta forma se obtengan medios probatorios que cumplan los requisitos establecidos legalmente. Una vez terminada esta etapa pasamos a la etapa intermedia, donde los medios probatorios actuados van a ser oralizados, teniendo en cuenta la pertinencia y utilidad de estos últimos. Posteriormente a esta etapa los actuados son remitidos al Juez Penal competente y la causa entra en la etapa de confrontación de posiciones en cuanto al establecimiento de la responsabilidad penal. Pero pongamos énfasis en el rol que juega la prueba en el proceso.

Principios de la prueba en el sistema Acusatorio:

Los parámetros que son deducidos de los derechos que defiende en su artículo 139 la constitución Política del Perú, estos preceptos deben ser seguidos en todas las etapas del nuevo modelo procesal penal, hasta la emisión de sentencia (de corresponder dentro del caso en concreto).

a) Principio de Presunción de inocencia: Como derecho constitucional toda persona tiene que ser considerada inocente mientras su responsabilidad penal no sea demostrada de forma fehaciente, la crítica en torno a este principio radica en que en nuestro ordenamiento se hace una interpretación equivocada de él, pues de la casuística se desprende que el imputado es considerado responsable hasta que se demuestre lo contrario, no ofreciéndose la seguridad jurídica adecuada en cuanto al efectivo cumplimiento de este principio.

- b) Principio de Legalidad: Siendo el Ministerio público el titular en cuanto a la función persecutora que cumple sobre el delito y además por ser el ente que tiene la carga de la prueba en el proceso penal, los procedimientos para obtener medios probatorios a presentar en el proceso deben circunscribirse dentro de los parámetros ofrecidos por el ordenamiento.
- c) Principio de libertad Probatoria: De acuerdo con este principio se permite a las partes que puedan ofrecer y actuar cualquier medio probatorio para sustentar sus pretensiones conforme a los lineamientos dictados por el nuevo código procesal penal, siempre y cuando se especifique su pertinencia, utilidad y conducencia para ser tomados en cuenta por el juzgador. Lo que se discute en la presente corresponde a si los medios de prueba gozan de tal libertad, que pueden ser incorporados aquellos que han vulnerado derechos fundamentales para su obtención, es decir si algo es obtenido de forma irregular, podría hacerse empleo de ellos en la causa correspondiente.
- d) Principio de Contradicción: El Ministerio Público tiene la obligación de informar acerca de los actos de investigación cuya realización dispone, a fin de permitir la oportuna refutación por parte de los sujetos procesales.
- e) Principio de concentración: De acuerdo con este principio la prueba debe actuarse en la etapa de juzgamiento, de forma específica en la audiencia de juicio oral, con la finalidad de generar el grado de convicción suficiente en el juzgador acerca de las posiciones de ambas partes, debiendo desarrollarse el juzgamiento en un solo acto tal como se encuentra establecido y ante la ocurrencia de cualquier clase de eventualidad, debe llevarse a cabo en el menor número de actos posible.

Concepciones sobre la prueba

De acuerdo con las definiciones antes expuestas sobre la prueba judicial, Taruffo indica que la misma guarda la finalidad de probar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre

hechos relevantes para la causa, generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador. La concepción que guarda sobre la prueba se encuentra relacionado a la forma en la que se entiende su naturaleza, las posibilidades de actuación y los límites bajo los que debe regirse, indicando los grados de conocimiento que guarda, manteniendo la relación entre los conceptos de «verdad» y certeza (Taruffo, Emilio. 2002, p.197.).

Concepción cognoscitivista de la prueba:

Entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente y es crítica, porque considera la tesis sobre las limitaciones del conocimiento, existiendo hechos independientes que deben ser objeto de cuestionamiento en el proceso. La prueba es una fuente de un conocimiento que por el hecho de ser inductivo y por encontrarse subordinado a limitaciones, solamente guarda un grado de probabilidad. Desde esa perspectiva, la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa, por lo que, en esta concepción, el sistema de libre valoración de la prueba se entiende como una actividad racional consistente en comprobar la verdad de las premisas teniendo como principales fundamentos a las pruebas aportadas.

Concepción persuasiva de la prueba

De acuerdo a los contenidos que guarda la epistemología constructiva, la objetividad del conocimiento deriva de los esquemas de pensamiento y juicios de valor derivados del razonamiento, manifestándose que todas las propuestas establecidas postergan la averiguación de la verdad a favor de otras finalidades establecidas como fines del proceso, pues la finalidad mediata del mismo es disuadir al juez en cuanto a la ocurrencia de hechos anteriores que no ha presenciado.

Régimen Jurídico Aplicable a la Prueba:

La actividad probatoria, es entendida y practicada en un sentido amplio que incluye la investigación o acopio de la misma y la fase jurisdiccional que se concreta mediante debate oral, público y contradictorio sobre los medios probatorios presentados en la etapa de acusación y sobre la admitida en la citada etapa. La actividad probatoria concluye mediante la etapa de valoración de la prueba que viene a ser el fundamento de la decisión que se adopte en la etapa correspondiente. Dejando acotado que toda la actividad probatoria debe adecuarse de forma ineludible al debido proceso. Desde el punto de vista de la dimensión normativa de la actividad probatoria, es exigible que esta se concrete con estricta sujeción a las pautas jurídicas y éticas pertinentes que tengan validez. Dentro de la actividad probatoria en el procedimiento penal, las normas jurídicas de constante aplicabilidad y acatamiento son las prescripciones constitucionales pertinentes, las prescripciones declarativas y garantistas de derecho internacional público sobre derechos humanos (aprobado y ratificado) La ley procesal penal y demás normas jurídicas de menor jerarquía que integran de forma coherente la pirámide jurídica. Además, es pertinente indicar que se debe respetar de forma minuciosa las normas éticas, esto con la finalidad de adecuar la actividad a las prescripciones jurídicas razonables, justas de acorde a las pautas éticas que gozan de legitimidad social.

2.3. Antecedentes

El texto originario de la proposición normativa del artículo 190 del código procesal penal promulgado mediante decreto legislativo N° 638 con fecha 25 de abril de 1991³⁹, contiene la siguiente prescripción declarativa: «La actividad probatoria en el procedimiento penal se encuentra regulada por la constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú,

³⁹ Diario Oficial el peruano: Decreto Legislativo n° 638 de 25 de abril de 1991, que aprueba el Texto del Código Procesal Penal.

y la ley expedida conforme a los citados tratados». Dentro del texto de Código Procesal Penal se tiene la siguiente prescripción declarativa: «Las pruebas obtenidas con violación de estos preceptos carecen de validez, apartado que se encuentra acorde con el carácter de legitimidad de la actividad probatoria y de la exclusión de la “prueba prohibida», siendo aprobadas las citadas disposiciones por la Comisión como contenido del art. XI. Del título preliminar del acotado código.

2.4. Marco Legal

La actividad probatoria en el proceso penal debe guardar fidelidad y/o correspondencia con las disposiciones constitucionales que resulten pertinentes en cada caso, ya que dentro del artículo 51 de la constitución, se establece de forma taxativa que: «La constitución prevalece sobre toda norma legal, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para vigencia de toda norma del Estado». Y, la parte pertinente del artículo 138 de la constitución prescribe que: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera», igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Respecto a los tratados, el texto constitucional declara que: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la república, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso, los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley los que

requieren medidas legislativas para su ejecución». En caso necesario se tiene en cuenta lo prescrito por el artículo 57. Siendo pertinente dejar indicado que el Perú aprobó la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», razón por la que la décimo sexta disposición general de la Constitución Política de 1979 ratifica los tratados internacionales mediante la proposición de la norma en mención, prescribiendo lo siguiente: «Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas», el Pacto internacional de los derechos civiles y Políticos así como el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la naciones unidas. Se ratifica, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. García Belaúnde (García Belaúnde, Domingo, 2001, p.84) afirma que es grave haber dejado de lado el carácter constitucional de los tratados de derechos humanos, que antes existía y que ahora desaparece. Todo aquello se encuentra vinculado con una determinada concepción internacional; se abandona el monismo de la Carta de 1979 y se vuelve a un sistema dualista.

2.5. Prueba Prohibida y Derechos Humanos

El sistema de incorporación de la prueba dentro del modelo procesal penal actual obedece a ciertas reglas de estricto cumplimiento, las cuales se encuentran plasmadas dentro de la constitución actual, teniéndose como antecedente lo regulado en la Constitución Política del año 1979 cuyo texto declara dentro de su artículo uno cuya prescripción es la siguiente: «La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla». La Constitución de 1993 mantiene la disposición antes citada dentro de su artículo uno, lo que indica que no han existido variaciones sustanciales en cuanto a la regulación ofrecida anteriormente. Lo que si hay

que tener en cuenta es que actualmente se han presentado supuestos donde los lineamientos antes citados no han sido respetados y por ende nos encontramos dentro de supuestos en los cuales la actividad probatoria no ha respetado las pautas establecidas dentro del artículo uno de la Constitución y por ende nos encontramos dentro de supuestos donde se ha enervado el fin supremo del estado el cual viene a ser la persona humana. La prescripción antes acotada referida al respeto de la persona humana es de índole declarativa y consagra el principio jurídico de validez axiomática, no admitiendo excepción alguna, viniendo a tratarse de un principio jurídico fundamental que el Estado debe tener presente siempre dentro del ejercicio de sus funciones (jurisdiccional, legislativa, etc.) y también las demás personas jurídicas o las personas naturales serán guiados por ese fin supremo durante sus relaciones interactivas entre sí y con la sociedad. La explicación ius filosófica de este principio fue documentado en el segundo párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1979. Ante la expresión «Fin Supremo» referida a la persona humana, solo comprendiendo los alcances de la terminología empleada podemos darnos cuenta de cómo una vez determinadas las circunstancias que se oponen a que la persona sea el fin supremo, se pueden deducir los diferentes Derechos Humanos que deben protegerse. El concepto de persona no presenta mayores dificultades salvo en los casos límites como lo viene a ser el tema del aborto, ya que si seguimos la línea de pensamiento en el cual si la persona comienza a existir desde el momento mismo de la fecundación, en ese caso el aborto no puede ser admitido. Además, el artículo uno indica que la persona humana es el fin supremo del Estado significando que tanto la sociedad como el Estado deben esforzarse para que la finalidad antes indicada sea cumplida en su totalidad. En cuanto a fin supremo se debe hacer la siguiente aclaración con respecto al uso de la terminología adecuada, la posibilidad de un fin, de ser considerado como un medio, se presenta cuando los fines que se persiguen son técnicos. Un fin tiene el carácter

de técnico cuando se persigue para lograr algo que lo trascienda, es decir cuando se persigue para construir o hacer algo que pueda ser utilizado como instrumento. El criterio para saber cuándo se trata de un fin técnico viene a ser el criterio de optimación. Si persigue la creación de una máquina con la intención de que ésta última funcione de la mejor forma posible, debiendo resultar como un instrumento que ofrezca el rendimiento máximo. Dentro del artículo correspondiente se emplea el término «fin supremo» no usándose la palabra fin en un sentido técnico sino en uno bastante distinto. Si se trata de un fin supremo se quiere dejar en claro que no puede existir sobre ella ningún otro fin, dado que si así fuera no se trataría de un fin supremo como así lo ha denominado el citado artículo, es así que no puede haber ningún fin que trascienda a la persona, ya que esta última no puede ser medio o instrumento.

2.6. Desarrollo de la actividad Procesal Penal

La actividad Procesal Penal, se encuentra de forma inexorable inmersa dentro del ámbito normativo de este supremo principio constitucional. «Dentro de la relación procesal penal intervienen personas humanas y de forma recíproca cada una de ellas, deben cumplir sus deberes procesales y ejercitar sus correlativos derechos procesales a la luz del antes mencionado criterio rector» (Roxin Claus, 1987, p.191). Dentro de ese contexto el procesado conserva su calidad y prerrogativas de ser humano. Únicamente cuando sea necesario para garantizar los fines que persigue el proceso penal, resultando pertinente aplicar determinadas restricciones que son indispensables a los derechos del procesado (ejemplo: Mandato de detención, impedimento de salida del país, autorización en caso de ser necesario el registro domiciliario), restricciones que a su vez deben guardar el carácter de excepcional, judicial, temporal, cuidadosamente adecuadas a los criterios de racionalidad, proporcionalidad y con sujeción a las pautas constitucionales pertinentes. Solamente cuando se trate de procesados por delitos graves perpetrados planificada y

sistemáticamente por grupos de delincuentes organizados que amenacen severamente la seguridad, «La existencia de la propia Nación», del Estado, del orden público, el ejercicio de ciertos derechos fundamentales puede ser objeto de mayores restricciones, pero aun en esta situación de emergencia se respetarían ciertos derechos considerados con vigencia permanente. Tratándose de especiales formas de criminalidad, la asociada con el secuestro, el narcotráfico, la subversión o el terrorismo. El ordenamiento jurídico interno y la parte pertinente del Derecho Internacional Público que se encargan de ejercer el rol de Tutela de los Derechos Humanos imponen el deber de respetar la integridad física, psíquica y moral de la persona y el de dispensarle el trato humano, teniendo como punto de partida el respeto y la observancia con respecto al cumplimiento del deber jurídico que corresponde.

Es pertinente indicar que la tortura consistió uno de los principales mecanismos inquisitivos, cuya finalidad es la de buscar la «Prueba Plena» (López Baraja de Quiroga. 2000, p.217) mediante la obtención de la confesión, en consecuencia, el derecho sobre la prueba se ha radicalizado en gran medida al permitirse en determinadas etapas el trato inhumano pasándose por el alto el respeto que deben tener los derechos fundamentales, los cuales han venido siendo pregonados en su totalidad en distintos estados. Es a partir de los citados antecedentes que dentro del ordenamiento jurídico nacional (refiriéndome a la constitución de 1979 en su artículo 234⁴⁰), se reguló la correspondiente legislación prohibitiva la cual de manera taxativa establece que: «Nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede solicitar al Juez que ordene de inmediato el examen médico de la persona privada de su libertad, si cree que es víctima

⁴⁰ Diario Oficial el Peruano Constitución de 1979 de fecha 12 de Julio de 1979 artículo 234: “Nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede solicitar al Juez que ordene de inmediato el examen medido de la persona privada de su libertad, si cree que esta es víctima de maltratos. El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal.”

de maltratos»⁴¹. Ha venido siguiéndose la *ratio legis* de la aludida normatividad en la constitución de 1993⁴² se establece que: «Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por si misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad» (art. 2.24 .h).

La Doctrina del comité de Derechos Humanos:

En su comentario al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos humanos, del cual se infiere cual es el alcance que otorga la protección de los derechos humanos, debiendo realizarse una completa evaluación del caso en concreto, haciendo especial énfasis en cuanto a la finalidad y severidad con las cuales las citadas medidas son aplicadas⁴³. El citado comité sigue la línea de pensamiento empleada ya que del contenido de su artículo siete se desprende que la prohibición debe abarcar el castigo corporal, inclusive los castigos físicos excesivos como medida pedagógica o disciplinaria, ampliando el alcance de la protección ofrecida. O'Donnell opina que aunque todavía no hay confirmación en la jurisprudencia de los órganos regionales, cabe presumir que la garantía de la integridad física protege al individuo no solo contra la tortura, prácticas afines y experimentos, sino también contra otras interferencias en la integridad corporal, como la esterilización involuntaria, ya que la aplicación de algunos medicamentos psicotrópicos puede atentar contra la integridad tanto física como psicológica de la persona, recomendándose que se reconozca formalmente el derecho del individuo de recusar esta y otras formas de tratamiento que se encuentra sujeto a control a nivel judicial. La Comisión Interamericana

Diario Oficial El Peruano. Constitución Política del Perú 1979 aprobada con fecha doce de julio de 1979 aprobada por Asamblea Constituyente de 1978.

⁴² Constitución Política del Perú 1993, promulgada con fecha 29 de diciembre de 1993 mediante Congreso Constituyente democrático.

⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrada en vigencia con fecha veintitrés de marzo de 1976 aprobada por Resolución N° 2200 A.

de Derechos Humanos ha emitido pronunciamiento en cuanto al número de causas que se han presentado en supuestos en los cuales se han empleado las citadas técnicas de tortura con la finalidad de obtener prueba con la finalidad de acreditar la responsabilidad penal, poniendo énfasis en que no se han tomado las previsiones necesarias para prevenir y sancionar las citadas prácticas, haciendo mención en que la tortura continúa debido a la ausencia de normatividad que ofrezcan un mecanismo de protección adecuado a los detenidos o en el mejor de los casos debe efectuarse un mejor control con respecto a la aplicación de la normatividad que se encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico nacional en la citada materia y respeto a los Derechos Fundamentales, además de dejarse en claro el nivel de inhibición que realizan las autoridades entre Jueces y Fiscales los cuales no cumplen ni pueden cumplir con las disposiciones antes citadas, dejando de lado su deber de prevención con respecto a estos hechos y no investigar o sancionar de forma adecuada con el rigor necesario a los responsables. Siendo de imperiosa necesidad que la totalidad de gobiernos adopten en la medida una política deliberada contra la tortura, que ha de tener dos elementos fundamentales; por un lado, la exhaustiva investigación de toda denuncia de tortura por autoridades imparciales y sanción ejemplar y pública de quienes resulten responsables de actos de esa naturaleza, cualquiera que sea su posición o jerarquía.

Ajustándonos al principio de presunción de inocencia, la comisión recomienda que se tomen las declaraciones de autoincriminación por parte de los procesados ante un Juez y con la presencia de un abogado defensor, de acuerdo con la ley que rige el proceso penal de Nicaragua. Al tomarse medidas por parte del gobierno para asegurar que todas las confesiones sean efectuadas de acuerdo con la ley, se reducirá el riesgo de que pudiera ocurrir algún maltrato durante el proceso de interrogatorio. En cuanto a la regulación ofrecida por dispositivos internacionales, se tiene que se encuentra regulada por la

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia que declara en su artículo 9 prescribiendo: «Toda persona, siempre presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención», la Ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona, viniendo a constituir uno de los principales soportes que configuran el debido proceso. Dentro de otro dispositivo referido a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 11.1 se establece: «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ha pronunciado en torno a la presunción de inocencia de la siguiente forma: «Toda persona acusado de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley».

La convención americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2:

«Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 30 de marzo de 1948, artículo 26: «Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable».

Algunos sostienen que la Presunción de Inocencia no es una presunción jurídica. Argumentan su parecer en el sentido de que: «La presunción jurídica implica afirmación de verdad legal y que si se trata de una verdad legal ya no es posible demostrar lo contrario; que la Constitución no emplea el concepto «presunción», trayéndose como consecuencia «la no posibilidad de prueba en contrario» y «del no empleo del concepto

presunción», debiendo considerarse al imputado como inocente mientras no se demuestre firmemente lo contrario. La culpabilidad no es objeto de presunción jurídica, ella debe ser demostrada mediante el procedimiento penal. Pero entonces, ¿Cuál es la real situación jurídica del procesado, si está amparado por la presunción de inocencia?, su situación jurídica implica un estado de sospecha. Este status oscila entre lo posible y lo probable solamente mediante la debida actividad probatoria se resolverá la incógnita se descubrirá la verdad o falsedad o el error en la imputación. Dentro de la Constitución de 1993, la presunción de inocencia es regulada dentro de su artículo 2 de la Constitución de 1979. La citada estructura gramatical coincide con la del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal⁴⁴ cuyo texto constitucional viene a ser el siguiente; «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». La verdad es que la redacción ofrecida por la constitución no altera la naturaleza de la presunción de inocencia. En el devenir diario se hace manifiesto que este principio no es respetado en los términos prescritos por la constitución por la razón que se está siguiendo una línea de tratamiento al imputado en la cual se mantiene un estado sobre su persona en el cual se lo considera culpable hasta que sea demostrado lo contrario. Para que queden corregidas las desnaturalizaciones del procedimiento penal es conveniente recalcar que la finalidad de este es la de en un inicio la de indagar y verificar la verdad concreta sobre la imputación, teniendo como finalidad complementaria la de descubrir la falsedad o error en la imputación para posteriormente resolver con justicia el caso presentado. Para lo cual es ineludible el deber de desplegar una actividad probatoria adecuada, por lo que el director de la investigación debe ser en toda su faceta imparcial, objetiva, independiente, honesta. No dejando de lado que la actividad probatoria que según R. David, cuando

⁴⁴ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

afirma que es en el proceso penal donde se decide la libertad de los ciudadanos, la protección de la comunidad en contra de la criminalidad y la vigencia de las normas y valores que hacen posible la vida democrática. Es necesario aclarar la finalidad de la justicia penal que en palabras de Gilet. G, quien indica que es necesaria una Jurisprudencia Penal Eficaz con el respeto efectivo de las garantías de las personas cuyos derechos se ven afectados por el procedimiento penal y en este último es una unidad de contrarios, unidad de lo variado, ya que en él se encuentran presentes el interés del Estado que despliega sus respectivas potestades; el interés de la comunidad por defenderse de la criminalidad, el derecho del agraviado a obtener una reparación por el daño o perjuicio inferido o el peligro corrido mediante el delito; el derecho de defensa del proceso e incluso, eventualmente, el interés de un tercero. Por ello la actividad probatoria tendrá que ser inevitablemente imparcial e integral y objetiva. Una de las garantías fundamentales a tener en cuenta es el principio de la presunción de inocencia, principio que genera la necesidad de la prueba en contrario para poder imponer una condena al procesado.

Dentro del contexto de la evolución de los Derechos Humanos encontramos importantes eslabones de prescripciones imperativo – prohibitivas destinadas a tutelar la libertad de declaración del procesado, tales como:

La declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, la cual preceptúa en su numeral VIII. «Tampoco puede obligarse a testificar contra el mismo».

El Bill of Rights, en la Enmienda 5° de 1791, se establece que no podrá obligarse a nadie a que en causa criminal declara contra sí mismo.

Constitución Política de los Estados Unidos, la cual de forma taxativa expresa:

Art 20°. En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías

En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: 2º No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Art. 14.

«3 Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

A. No ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, del siete de abril de 1970.

Art. 8 Garantías Judiciales.

2.g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Dentro del proceso penal para que la confesión reúna la condición de elemento de cargo, se necesita que la misma se encuentre corroborada por otras pruebas que la sustenten, de esta manera se puede afirmar que la confesión sola carece de valor probatorio. La verdad o falsedad o el error en la imputación se deben descubrir mediante actividad probatoria consistente. La autoinculpación podrá ser «bienvenida» únicamente cuando haya sido hecha libremente en condiciones psíquicas normales y resulte debidamente corroborada. El principio de la libertad de declaración es también extensivo a todos los demás que tengan que prestar declaración; por eso no es lícito tratar de ejercer violencia o amenaza contra el testigo o agraviado para que declare en tal o cual sentido como lo requiere la persona que realiza el interrogatorio, debiendo tenerse a consideración que el testigo es un colaborador quien merece un trato adecuado, siempre teniéndose en cuenta que la tortura se encuentra prohibida, el mismo tratamiento reciben los malos tratos

ya que «las pruebas obtenidas por estos métodos o cualquier otra forma de coerción son enteramente inaceptables, esto se encuentra justificado en la prohibición jurídica de utilizar los medios probatorios obtenidos aplicando métodos incompatibles con la legitimidad». Al respecto la comisión Interamericana se pronuncia de la siguiente forma: «Resulta absolutamente injustificado e complica más bien prueba expresa de autoinculpación del propio Gobierno... la inexcusable suspensión de una garantía que de lo único que protege es que a alguien se le obligue a declarar contra el mismo contra su familia, de no encontrarse protegido por la citada garantía, puede deducirse que se le podría obligar a cualquier persona de forma impune a prestar declaraciones.

El Derecho de Defensa:

Dentro del derecho de defensa este está orientado como una de las principales prescripciones, dentro del pacto internacional de Derecho civiles y Políticos se estipula que:

b) «A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección» (Art.14.3.b), asimismo dentro de su artículo 14.3.d. se establece: «A Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, sin no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. E) «A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo». C) «Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. D) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (Art. 8.2.d Convención Americana

sobre derechos Humanos). El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad (Art. 139, inc. 14 de la Constitución Política). Uno de los presupuestos para que la actividad probatoria adquiera legitimidad es que, durante su desarrollo se tenga presente y se respete de forma total el derecho de defensa tanto personal directa (autodefensa) como técnica del procesado (asesoría jurídica), y para tal efecto, facilitarle en la medida que sea posible las condiciones necesarias para su oportuno y regular ejercicio. El código Procesal penal de 1991 prescribe dentro de las regulaciones ofrecidas, disposiciones adecuadas sobre el derecho de defensa tanto del procesado como del actor civil y del tercero civilmente responsable, siendo el texto el siguiente: Art VIII del Título Preliminar: «El Derecho de la persona contra quien se formula una imputación a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección es inviolable e irrestricto desde que es citada o detenida por la autoridad». Art. 126 antes 118: «El imputado presenta declaración ante el Fiscal con la asistencia necesaria de su Abogado Defensor. Si no lo tuviere, el Fiscal le designará uno de oficio, o en su defecto, a persona idónea para el cargo. En caso de urgencia, el Fiscal podrá delegar en el adjunto o auxiliar letrado la potestad de recibir la declaración. El proceso penal garantiza el ejercicio de los *derechos que corresponden a la persona agraviada por el delito*». Art 76. «*El imputado tiene derecho a ser asistido por un Abogado Defensor de su elección, desde que se inicia el proceso hasta su conclusión. Si no lo ha designado, el Fiscal que investiga, el Juez o Sala Penal que lo juzga, deberán hacer el nombramiento entre los Defensores de Oficio, y a falta de éstos a un Abogado particular*». Dentro de los presupuestos que se han tenido en cuenta sobre el rol protector y garantista, se ha basado en el «Sistema de las Leyes de

Mallorca», el cual salvaguarda de forma intrínseca el Derecho de Defensa, siendo el contenido el siguiente: Art. 12 a.1) «El abogado defensor podrá asesorar al imputado en todas las fases del procedimiento. 2) Ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración cuando su abogado defensor no haya podido asesorarle sobre si le conviene o no declarar, o advertirle sobre el significado inculpatario de sus manifestaciones. 3) Solo por decisión judicial debidamente motivada y por un tiempo determinado, se podrá limitar del derecho del imputado a comunicarse con su abogado. Esta decisión debe ser fundada en la Ley y basada en especiales circunstancias de concreto peligro para la seguridad de las personas que provenga de la vinculación del imputado con una organización delictiva violenta. 4) Se garantiza el secreto de las comunicaciones entre el imputado y su abogado en el marco de la relación profesional. 5) Las pruebas obtenidas mediante violación del derecho a la defensa son nulas y en consecuencia, no podrán ser utilizadas como tales en el proceso⁴⁵ 13^a.- El defensor tiene derecho a participar en los actos de investigación en los que requiera la presencia del imputado. Igualmente podrá aportar pruebas e intervenir en su práctica, por si, o en el caso de pruebas periciales, a través de un experto. Contra la denegación de la práctica de una prueba, la defensa tiene el derecho de recurrir. 14^a.- El defensor estará autorizado a tomar conocimiento de las actas, documentos y demás medios de prueba de los que disponga el Tribunal o de los que este pudiera llegar a disponer. 2) Antes de formalizada la acusación, el conocimiento de las actas, documentos y demás medios de prueba podrá ser denegado, cuando con ello se pongan en peligro los fines de la investigación. 15 a.- Los Estados garantizarán a los abogados el ejercicio libre e independiente de su actividad profesional en relación con la defensa de los derechos del imputado.

⁴⁵ Diario Oficial “El Peruano”: Decreto Legislativo N° 957: Nuevo Código Procesal Penal, promulgado con fecha 22 de julio del año 2004, publicado con fecha 29 de julio del año 2004.

Igualdad Procesal:

Como principio se encuentra consagrado de la siguiente forma: Derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Dicha estipulación la encontramos dentro del artículo 2.2 de la Constitución de 1993. Como único antecedente tenemos al artículo 2 de la constitución de 1979 la que de forma taxativa prescribe: «Todas las personas son iguales ante los tribunales de justicia. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal». (Artículo 10. Declaración Universal de los Derechos Humanos). «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.»(Art. 7. Declaración universal de los derechos humanos).

Toda discriminación arbitraria es ilegítima. Es, pues, inadmisibles cualquier tipo de indebida separación, exclusión, restricción o de privilegio, etc. No obstante que la persona reúne condiciones para no ser marginada o sin que la naturaleza de las cosas permita esa distinción. Es de manera específica que durante el transcurso de la actividad procesal penal, poniendo especial énfasis en la actividad probatoria, resulta de sobremanera impertinente e inadecuado practicar discriminaciones en atención a factores como lo vienen a ser la raza, sexo, lengua, religión, situación económica, posición política o cualquier otra forma o medio de segregación arbitraria. Ante ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de la siguiente forma: «...por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma, a la dignidad humana...» Existen en efecto ciertas desigualdades

de tratamiento jurídico sin que tales situaciones contraríen la justicia, no existiendo discriminación si se encuentra orientada de forma legítima, guardando la finalidad propuesta por el proceso en la presente, no pudiendo afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana . Ante ello el comité de Derechos Humanos se ha pronunciado de la siguiente forma: «El derecho a la igualdad ante la Ley y a la igualdad de protección de la ley sin discriminación alguna no hace discriminatoria todas las inferencias de trato. Una diferenciación basada en unos criterios razonables y objetivos no constituye la discriminación prohibida en el sentido del artículo 26, siendo inadmisibles lo que respecta a la discriminación injusta (despótica, arbitraria, caprichosa, injusta) impuesta formalmente mediante la ley o mediante la toma de decisiones o mediante la aplicación discriminatoria de una ley» (discriminación de hecho, de facto). Dentro del catálogo de derechos se tiene que en cuanto a etapa probatoria no deben dejarse de lado los principales preceptos que vinculan a la prueba como prohibida, siguiendo la línea de pensamiento cuando se vulneran derechos fundamentales de contenido esencial tal como lo establece el Tribunal Constitucional: Dentro de los derechos que se encuentran íntimamente ligados al contenido esencial de los derechos fundamentales, como lo vienen a ser el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la propiedad; el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados; entre otros derechos cuyo contenido desarrollaremos más adelante, lo principal es explicar y exponer

las relaciones que guardan con la institución bajo estudio. Pasemos a desarrollar el contenido intrínseco de cada derecho:

2.6.1. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados

La Constitución regula el contenido de este derecho en su artículo 2 nral. 10⁴⁶, donde se establece que toda persona tiene derecho: «Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato 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 violación de este precepto no tienen efecto legal. Los Libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a 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». Solamente pudiendo suspenderse dichos derechos cuando medie autorización judicial, es por ello que se ha regulado de la siguiente forma: «El secreto bancario y la reserva tributaria puede levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a Ley y siempre que se refieran al caso investigado. La interceptación es entendida como el apoderamiento de algo durante el itinerario antes de que llegue al lugar de su destino o a su destinatario, consistiendo la apertura en abrir la cubierta para conocer lo que contienen o lo que significan los papeles y las comunicaciones privadas. Debiendo señalar que todas las citadas acciones solamente pueden tener lugar durante la actividad procesal propiamente dicha previa resolución

⁴⁶ Diario Oficial “El Peruano”, Constitución Política del Perú año 1993. Fecha de promulgación 29 de diciembre del año 1993. Fecha de publicación 30 de diciembre de 1993, entrando en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993.

motivada del Juez. Cuando se trate de procedimiento penal ese mandato será del Juez Penal o Sala Penal. Dentro de otros derechos que se encuentran explícitos se encuentra el derecho del procesado a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras que puedan arrojar luz sobre los hechos⁴⁷. Siendo necesario que dentro del actual sistema de justicia tanto magistrados como fiscales se encuentren en condiciones de efectuar pleno respeto a las garantías establecidas, para de esta forma superar las graves deficiencias dentro del actual sistema, para de esta forma dejar en claro que se vienen respetando de forma adecuada las disposiciones establecidas por la Constitución y demás tratados aprobados y ratificados por el ordenamiento jurídico nacional para que de esta forma las causas y situaciones que se presenten puedan ser resueltas con mayor eficiencia e integración. En cuanto a disposiciones especiales tenemos en dicha materia a situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, situaciones en las cuales nos encontramos dentro del Principio de Siracusa el cual de forma taxativa establece: «Un Estado parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 cuando se enfrente a una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación. Se entenderá que una situación constituye una amenaza a la vida de la nación cuando:

⁴⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

a) Afecte a toda la población y a todo el territorio del estado o parte de él y b) amenace la integridad física de la población, independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los Derechos reconocidos en el pacto. El conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la nación no pueden justificar las derogaciones en virtud del artículo 4. Las dificultades económicas por sí solas no pueden justificar las medidas de derogación. En la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Si la gravedad, duración y ámbito geográfico de toda medida de derogación se adaptaran a lo estrictamente necesario para hacer frente a la amenaza a la vida de la nación y deberán ser proporcionales a su naturaleza y alcance. Las autoridades nacionales competentes tendrán el deber de evaluar individualmente la necesidad de toda medida de derogación que se adopte o proponga para hacer frente a peligros concretos planteados por la situación de excepción. Las exigencias de la situación no requieren estrictamente una medida cuando baste con las medidas normales permisibles en virtud de las cláusulas de limitación del Pacto para hacer frente a la amenaza de la vida de la Nación. El principio de la necesidad estricta se aplicará de manera objetiva. Toda medida responderá a un peligro real, claro, presente o inminente y no se podrán imponer simplemente por temor a un posible peligro. La Constitución nacional y las leyes que rigen los estados de excepción dispondrán una revisión pronta, periódica e independiente, por la legislatura, de la necesidad de dichas medidas de derogación. Las personas que pretenden que las medidas de derogación que les afectan no son estrictamente necesarias en la situación de que se trate dispondrán de recursos efectivos. Para determinar si las medidas de derogación son estrictamente necesarias dadas las exigencias de la situación no se podrá aceptar como concluyente el juicio de las autoridades nacionales.

TITULO III

Excepción a la regla de exclusión como criterio jurisdiccional del Tribunal

Constitucional empleada dentro de los casos tipo.

3.1. Generalidades

Por Criterios Jurisdiccionales entendemos a los razonamientos, también llamadas tesis empleadas por parte del juzgador en cuanto a la resolución sobre determinadas situaciones las cuales han llegado a ser de conocimiento de este último, en estricto, podemos definir a los criterios jurisdiccionales como las tesis que constituyen criterios obligatorios y que son conocidas con el nombre de «jurisprudencia definida», «jurisprudencia obligatoria» o sólo «jurisprudencia». Siendo que los antes citados son considerados a efectos que sean tomados en cuenta en las decisiones tomadas por la totalidad de entes jurisdiccionales del país, es por ello que podemos encontrar y/o mencionar plenos casatorios, plenos jurisdiccionales, acuerdos plenarios, ello con la finalidad que los razonamientos e ideas sean consideradas por autoridades a nivel local a efectos que las decisiones arribadas sean justificadas siguiendo el nivel de razonamiento exigido por los criterios jurisdiccionales establecidos. La información jurisprudencial almacenada establece los lineamientos a seguir dentro de lo ofrecido por la resolución (es) que se dictan dentro de determinados ámbitos. A lo que quiero llegar es que las formas de razonamiento y formas de resolución son aquellas pautas empleadas por el legislador a efectos de delimitar los alcances y efectos de determinadas instituciones jurídicas al momento de resolver a través de la resolución correspondiente, en el presente estudio, la institución jurídica cuyo contenido viene siendo objeto de análisis lo constituye lo que denominamos prueba prohibida dentro de los casos de mayor implicancia desarrollados por parte del ente jurisdiccional nacional.

3.2. Criterios Jurisprudenciales sobre la excepción a la regla de exclusión en materia Procesal Penal

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido en estos últimos años diversos criterios en cuanto a las formas en las cuales ha efectuado determinado razonamiento en situaciones en los cuales se han incorporado medios probatorios que no se encuentran permitidos por el ordenamiento jurídico. Empero, dada la inmensa naturaleza de los fallos del Tribunal Constitucional es necesario estudiar y seguir las posturas que dicho Tribunal señale; esperando, eso sí, una continuidad argumentativa en sus fallos. El propósito del presente es dar algunos alcances respecto a las consideraciones del máximo intérprete de la Constitución en materia de admisión y/o exclusión de prueba prohibida.

Lo que se discute en la presente investigación viene a ser la forma en la cual el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento sobre la incorporación y valoración de materia probatoria cuando esta última ha sido obtenida mediante la afectación a derechos fundamentales, ya que la citada afectación traería como consecuencia la invalidez del citado acervo probatorio para su utilización en el proceso. En la presente, lo que se va a dar a conocer en primer lugar los fundamentos y posteriores resoluciones emitidas dentro de los casos emblemáticos que ha realizado el Tribunal Constitucional, al haberse cuestionado el material probatorio incorporado y/o actuado dentro del proceso penal a efectos que dicho ente jurisdiccional emita pronunciamiento el cual ha sido analizado en diferentes situaciones a efectos de emplear determinados criterios a tener en cuenta solo cuando se han vulnerado derechos fundamentales y se menciona los supuestos que deben presentarse para hablar de lo que denominamos prueba prohibida estableciendo cuando nos encontramos ante este supuesto y a la vez se ha desarrollado sus alcances a fin de efectuar un mayor entendimiento de la institución procesal bajo análisis.

3.3. Resoluciones y pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano

En la presente investigación al haberse desarrollado a fondo los criterios en los cuales se basó el Tribunal Constitucional en los casos emblemáticos en los que se pronunció sobre la admisión e incorporación de la Prueba Prohibida en determinadas investigaciones penales, lo que se hizo es disgregar las principales causas cuyos actuados hayan sido objeto de recurso ello con la finalidad que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto, pasemos a desarrollar dichos casos con el fin de exponer de forma detallada la presente tesis.

Resoluciones del Tribunal Constitucional en los cuales se expongan criterios sobre la incorporación de la prueba prohibida en materia penal (excepción a la regla de exclusión).

Análisis de Causa Penal llevada ante el Tribunal Constitucional:

STC EXP. N. ° 2053-2003-HC/TC

Vulneración al debido proceso:

A su juicio, en la sentencia condenatoria se otorgó valor probatorio a documentos que tachó oportunamente y, además, en ella no se hizo mención a la causal de eximencia invocada por su defensa.

Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es que, en su transcurso, el acusado pueda hacer uso irrestricto de su derecho de defensa. De la revisión de autos se tiene que, el Cuarto Juzgado Penal de Lima, en el cuaderno de tacha del acta de entrevista personal, declaró fundada la tacha presentada por el actor contra el acta de entrevista personal realizada en el local de la DINANDRO con fechas 26 y 27 de octubre de 2000 porque en ella no participó su abogado. No obstante, en la sentencia de la Segunda Sala Penal que en copia certificada corre de fojas 25 a 40, que condena al accionante por el delito de TID

a la pena de 25 años, se hace mención expresa a que, para la sustentación de la resolución, no se ha tomado en cuenta lo tachado por este (fojas 33)

Análisis de la causa

Razonamiento realizado por parte del Tribunal Constitucional

Criterios en los que ha basado la resolución correspondiente calificación y valoración de medios probatorios incorporados (afectan Derechos Fundamentales de acuerdo al demandante), siendo sus fundamentos los siguientes:

Solicita que se declare la nulidad del proceso porque indica la transgresión del debido proceso porque considera que la sentencia que le impone condena se ha basado en otorgar determinado valor probatorio a documentales que tachó en su debida oportunidad, siendo que dentro de otros fundamentos no se llegó a establecer bajo que razonamiento ha sido tratada la causal invocada por su defensa a efectos de habérsela considerado de forma oportuna. El demandante alega que al no haberse respetado el derecho de defensa avalado dentro de la Constitución se ha vulnerado de forma efectiva sus Derechos Fundamentales y por ello nos presentamos ante un supuesto de prueba prohibida y ante ello debió resolverse con la respectiva nulidad que acarrea conforme a lo prescrito por parte del ordenamiento procesal penal. A partir de ello los criterios en los cuales se ha basado el Tribunal Constitucional cuando declaró infundada la indicada tomó en consideración los fundamentos expuestos en el principio de la presente investigación, que vienen a ser:

En cuanto a la no admisibilidad de prueba prohibida tomando como referencia a las máximas de experiencia y sana crítica, tenemos:

Se ha efectuado el análisis correspondiente de las pruebas aportadas en el proceso sobre las tachas efectuadas por parte del acusado en torno a que no se ha tomado en consideración los fundamentos en los cuales ha basado su defensa, ello dirigido a que los medios probatorios incorporados sean declarados nulos. Sin embargo, el Tribunal

Constitucional en su decisión aclara cual es el alcance que tiene la prueba prohibida precisando en qué supuesto nos encontraríamos sobre la calificación ofrecida de los medios probatorios tachados, indicando que solamente nos encontraríamos ante supuestos de prueba irregular y por ende no se han visto vulnerados los derechos fundamentales a los que se refiere el demandante encontrándonos dentro de otros supuestos.

Expediente n.º 00655- 2010- PHC/TC, (fj. 7), caso: Quimper Herrera, Alberto. Lima, 27 de octubre de 2010

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

A raíz de lo indicado por el Tribunal Constitucional en la presente causa tenemos que En primer lugar se analiza los sucesos relacionados a la transgresión de los derechos fundamentales que se ha ocasionado a las personas de Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, en las cuales con fecha 05 de febrero del año 2008 un noticiero difundiera los hechos correspondientes a interceptaciones telefónicas que contenían comunicaciones entre los antes mencionados en las cuales se sacaba a la luz situaciones que comprometían al gobierno correspondiente en el citado periodo. A raíz de las interceptaciones telefónicas ocurridas, la esposa de Alberto Quimper Herrera interpuso recurso de agravio constitucional contra la Sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 12 de enero de 2010, en la cual a través de un Hábeas Corpus cuya finalidad fue que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción correspondiente cuyos efectos deben

ser suspendidos en su totalidad al haberse ocasionado transgresión de los Derechos Fundamentales al haberse afectado el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones el cual se encuentra regulado dentro del catálogo de derechos fundamentales cuyo alcance y contenido son precisados por la carta magna nacional. Del contenido de la sentencia verifica transgresión a derechos fundamentales como lo vienen a ser el debido proceso, así como el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones indicándose que nos encontramos ante un caso de interceptación telefónica que ha sido incluido de forma arbitraria, cuestionándose ante la citada vulneración la correspondiente investigación seguida en contra de los referidos agraviados.

De los supuestos de interceptación telefónica:

La regulación ofrecida por la Constitución Política del Perú⁴⁸ es la siguiente: *Toda persona tiene derecho. Al Secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a 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.* Es a raíz de la regulación establecida en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente el Tribunal Constitucional ha considerado que la libertad de expresión (específicamente la labor de los medios de comunicación) encuentra su límite dentro del respeto o salvaguarda de los derechos

⁴⁸ Diario Oficial “El Peruano”, Constitución Política del Perú año 1993. Fecha de promulgación 29 de diciembre del año 1993. Fecha de publicación 30 de diciembre de 1993, entrando en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993. Art. 2 Catálogo de derechos fundamentales

fundamentales de los cuales somos titulares los integrantes de la sociedad, siendo el principal criterio tomado en cuenta a efectos de realizar la resolución correspondiente, el criterio denominado interés público. Ante la casuística expuesta el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de distintas formas dando a conocer los principales criterios en los cuales se ha detallado el contenido esencial de los derechos fundamentales y dentro de que supuestos nos encontramos ante la garantía (no reglamentada) conocida como prueba prohibida. Es a partir del estudio del presente pronunciamiento en el cual el tema sujeto a análisis ha adquirido relevancia jurídica, es por ello que a partir de la exposición de los acuerdos plenarios sobre la materia se explicará de mejor forma el razonamiento realizado por el Tribunal Constitucional ante la incorporación de material probatorio no acorde al establecido por el ordenamiento jurídico. Es a partir del estudio de la casuística correspondiente en las cuales se expondrá los criterios adoptados por parte del Tribunal Constitucional en cuanto a la incorporación y posterior valoración de acervo probatorio no permitido por ley (de haberse presentado el caso).

Excepciones a la regla de exclusión

A partir del pronunciamiento emitido por parte del Tribunal Constitucional dentro del expediente N° 2053-2003-HC-TC específicamente dentro del caso Edmi Lastra Quiñonez se definió a la prueba ilícita como «aquella en cuya obtención se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que esta deviene en inefectiva e inutilizable» (Tribunal Constitucional, 2003, Lima, Web del Tribunal Constitucional. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02053.2003.HC.html>) A raíz del razonamiento efectuado por parte del Tribunal Constitucional se ha realizado una división de opiniones en cuanto a la admisibilidad de la referida prueba prohibida, donde se sostiene que la prueba ilícita atenta contra la dignidad humana, mientras que la otra

sostiene que se considerará a la prueba como prohibida cuando ha sido adquirida o realizada con infracción a los Derechos Fundamentales.

La regla de exclusión

La regla de exclusión tiene un carácter general y por la finalidad que cumple como lo es la protección de los Derechos Fundamentales de las personas en el proceso, puede aplicarse a todo tipo de procesos (penal, civil, contencioso administrativo o laboral, etc.).

No obstante, ha de reconocerse que es en el proceso penal su ámbito de aplicación natural y habitual, ya que dentro de este proceso ejercerá una especial incidencia sobre los derechos individuales, entre otros motivos, por la supremacía que tiene el Estado sobre el individuo en el ejercicio del *Ius Puniendi* o por facultad que tiene el juez para imponer las más graves penas privativas de libertad (Delgado Del Rincón Luis E. Universidad de Burgos).http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf

Posterior al desarrollo de lo que se considera como prueba ilícita pasamos a desarrollar lo correspondiente a su empleo ya que su importancia radica principalmente en la etapa de calificación u valoración de todo aquel medio probatorio que así pueda esclarecer el procedimiento, este último no podría ser utilizado debido a que se han vulnerado garantías establecidas tanto a nivel constitucional como a nivel procesal, pero el porqué del empleo de término «podría», lo que sucede es que existen situaciones determinadas en las cuales si determinado medio probatorio ha sido obtenido violentando las garantías fijadas, estos últimos podrían ser utilizados ya que de su actuación depende el establecimiento de la verdad material dentro del proceso, es por ello que en estos supuestos estamos hablando de excepciones a la regla de exclusión probatoria siendo sus características las siguientes: De acuerdo a los pronunciamientos adoptados por parte del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia refiere que en determinados casos la prueba prohibida incorporada ha sido válidamente empleada dentro de un procedimiento penal determinado, es a raíz de estos

supuestos de excepción a la regla de exclusión debemos indicarlos de forma clara y concreta con la finalidad que los principales criterios jurisdiccionales sean aclarados y entendidos de forma correcta a efectos de entender que si bien un medio probatorio considerado como prohibido o ilícito no necesariamente será excluido del proceso, sino que existen, como se ha venido indicando excepciones a la regla establecida por el ordenamiento jurídico penal, entonces pasemos a desarrollar las citadas excepciones:

En cuanto a la excepción del criterio de exclusión en la sentencia indicada con anterioridad (conversaciones telefónicas incorporadas) emitida por parte del Tribunal Constitucional donde se han admitido medios probatorios que fueron considerados prohibidos u ilícitos, ha sido considerado un filtro a efectos de incorporarse los referidos medios probatorios, dicho filtro lo constituye el denominado «interés público», al haberse efectuado una ponderación entre los intereses jurídicos involucrados, precisando que la prueba no guarda la naturaleza de ilícita cuando los intereses de persecución penal sean prevalentes a la protección de los derechos del imputado, supuestos que se presentan cuando se investigan y judicializan delitos de alta gravedad (lo cual ocurre en el caso expuesto).

Criterio de Ponderación

De acuerdo a lo citado por el Tribunal Constitucional, el criterio de ponderación tiene como sustento que los derechos involucrados en determinados supuestos se han visto vulnerados por los procedimientos establecidos por la actual legislación, nos encontraríamos en determinados casos y/o situaciones en las cuales se tiene que resolver sobre la admisibilidad de determinados medios probatorios que atenten contra los Derechos Fundamentales contraponiéndose a los fines del proceso penal que es llegar al mayor grado de aproximación a la verdad material, es así que siguiendo las finalidades antes expuestas la jurisprudencia extranjera ha pasado a desarrollar lo que denomina «test

de ponderación», el cual refiere que ante la incorporación de material probatorio que vulnere de forma estricta los derechos fundamentales en el caso se trate de afectaciones a su contenido esencial, aun cuando verse interés público debe admitirse los mismos (caso de interceptación telefónica en el cual se hizo un análisis a fondo de lo que implica el interés público) constituyendo excepción a la regla de exclusión probatoria tratada previamente, es decir existen supuestos en los cuales medios probatorios se han incorporado al proceso a pesar de haberse vulnerado Derechos Fundamentales a efectos de salvaguardar la finalidad del proceso que es tener el mayor grado de aproximación a la verdad de los hechos. Luego de lo anteriormente indicado podemos inferir que el test de ponderación constituye una de las excepciones a la regla de exclusión (referida a la incorporación de material probatorio aun cuando se hayan vulnerado derechos fundamentales) estrictamente en el caso de interceptación telefónica desarrollado. Para ser más claro en cuanto al test y/o criterio de ponderación, los derechos que se encuentran involucrados son comparados en su totalidad sin dejar de lado las características esenciales que distinguen a cada caso en concreto a efectos de determinar qué derecho prevalece sobre el otro. Javier Barnes afirma que aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad, se pondrá, una vez más, del lado derecho que padece la restricción, del que lleva la peor parte. Cuando se alude al test de proporcionalidad hay que tener en cuenta que al indicarse la forma en la cual el Tribunal Constitucional acude a dicho criterio refiere de sobremanera que se presenta determinada colisión entre derechos de distinto rango (cabe mencionar que anteriormente se indicó que se debe evaluar cada caso en concreto), por lo que debe acudir a un test de

proporcionalidad ello con la finalidad de establecer una relación de precedencia condicionada.

El test de ponderación u proporcionalidad se encuentra justificado en las siguientes pautas como lo indica Alexy: 1) Valorar cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro y 2) Cuanto más intensa sea una intervención en un Derecho Fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención. La posición asumida indica que deben seguirse los siguientes pasos a efectos que sean determinados los alcances del referido test de proporcionalidad. En primer lugar, debe definirse y determinarse el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios, en segundo lugar, debe definirse y determinarse el grado de importancia de la satisfacción del principio siguiendo un sentido contrario, y por último debe definirse y determinarse el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

Posición tomada por el Tribunal Constitucional en cuanto al juicio o test de ponderación: El Tribunal Constitucional ha definido al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho, a nivel de legislación este criterio se encuentra establecido en el artículo 200 último párrafo de la constitución Política, precisando que este principio se deriva de la cláusula de un estado de Derecho, solicitando determinadas exigencias de justicia material que se circunscriben no solamente al actuar del legislador sino de todos los poderes públicos.

Dentro de lo que indica el Tribunal Constitucional, hace conocer que este principio se encuentra íntimamente ligado al valor justicia y se encuentra adecuado a la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho, expresándose como un mecanismo de control o

interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de sus facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se toman a fondo se adecuen a los fundamentos antes indicados referidos a la finalidad que se sigue en determinada situación de la que han tomado conocimiento, constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales. Con respecto a la colisión que se presenta entre derechos de índole fundamental al desarrollarse como se ha venido indicando debe efectuarse una completa evaluación del contenido de los derechos que se contraponen a efectos que se privilegie el que contiene mayor grado de jerarquía ya que se ha realizado una clasificación en cuanto a los derechos que se derivan de otros.

Al hacer esta mención hay que indicar que existen diferentes situaciones en las cuales el ente jurisdiccional ha admitido audios y videos que en un primer momento habrían vulnerado derechos fundamentales (específicamente el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones) tras ponderar que el valor probatorio en cuanto a su utilización es superior a los derechos afectados de los imputados siendo uno de los principales criterios adoptados el cual indica que el Estado considera que la otra parte es quien asume el riesgo de estar siendo monitoreada. A efectos de las citadas excepciones a la regla de exclusión el Tribunal constitucional ha señalado que una prueba ilícita es aquella que se obtiene a partir de la vulneración de Derechos Fundamentales. No obstante, es común observar en la práctica jurisdiccional la admisión de pruebas inconstitucionales, de forma específica en aquellos casos relacionados con la interceptación telefónica (grabación de audios y conversaciones), teniendo en consideración que se justifica la aplicación de determinadas excepciones a la regla de exclusión que surgen a partir de la teoría del riesgo (desarrollada originariamente en

Estados Unidos en 1966 a partir del caso Hoffa vs. E.E.U.U., indicando que estas se basan en la labor de los jueces de ponderar la trascendencia de la infracción, teniendo en consideración los intereses en conflicto. A raíz de ello la citada teoría del riesgo hace conocer que si un individuo no cuida sus garantías, no debe pretender que lo haga un juez, siguiendo la línea de ideas expuesta se infiere que en el caso que las comunicaciones realizadas entre particulares, si existe consentimiento por parte de uno de los sujetos, dicho medio probatorio es admitido a pesar de haberse vulnerado derechos fundamentales de contenido esencial. A raíz de ello la Corte Suprema de Justicia de la República ha acogido a la teoría del riesgo dentro del expediente N° 21-2001, «caso miembros del Tribunal Constitucional» indicando dentro de sus fundamentos que: «La supuesta indefensión de sus derechos (del acusado), provino más bien de su actuación ilícita que permitió ser grabado por su copartícipe Vladimiro Montesinos Torres por lo que es él y no el Estado al que corresponde asumir la referida indefensión, siguiendo la línea del principio doctrinario del *venire contra factum proprium* (no se puede actuar contra los hechos propios)». En tal orden de ideas, la incautación realizada por el ente Estatal del video y su ofrecimiento como medio de prueba en la causa expuesta, no siendo atentado a los derechos constitucionales del referido acusado. A nivel de Derecho comparado encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo español, del año 1995 referido a la grabación de la conversación de un particular con un funcionario sosteniendo que no puede admitirse la equiparación entre la grabación que fue obtenida por una persona cuando conversaba con otra por intermedio de una grabadora que llevaba oculta y aquellas otras que se consignan tras una autorización judicial de intervención telefónica que tienen un carácter oficial y público por haberse realizado con intervención de autoridades y funcionarios en los ejercicios de sus respectivos cargos a efectos de obtener posteriormente lo que se convertirá en un medio de investigación o en una auténtica

prueba que será sustentada en la etapa judicial correspondiente. Sin embargo la primera grabación tiene carácter privado, la citada grabación no requiere autorización judicial. Reaño Pechiera indica: «La grabación o escucha subrepticia de una conversación privada no siempre constituye una vulneración de los derechos a la intimidad, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones personales, ni siempre determina su invalidez probatoria. Desde la perspectiva de la intangibilidad de los derechos vinculados a la intimidad personal, las grabaciones o escuchas secretas deberán considerarse pruebas lícitas y válidas siempre que: Al menos uno de los interlocutores que intervienen en la conversación tenga conocimiento de la grabación y el contenido a utilizar de la conversación no pertenezca al ámbito privado e íntimo de los interlocutores grabados, lo cual no sucederá cuando la misma se encuentra referida a la comisión de hechos punibles, cuya persecución sea de carácter público, no pudiendo fundamentarse la existencia de un deber de guardar secreto a cargo del interlocutor que graba o permite las escuchas, esto es, que graba o permite las escuchas, en los referidos casos el peligro de posterior difusión de la conversación constituye un riesgo jurídicamente permitido que debe asumir todo interlocutor».

Acuerdo Plenario que indica excepciones a la regla de exclusión:

En el acuerdo Plenario emitido en el año 2004 por parte de Jueces superiores realizado en la ciudad de Trujillo, los magistrados se adhirieron a la ya expuesta y desarrollada teoría del riesgo como excepción a la regla de exclusión indicando que esta teoría se justifica en el riesgo a la delación que de forma voluntaria asume una persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con este, admitiendo los casos en que una cámara se encuentre oculta cuando uno de los interlocutores la acepta, pues su posterior testimonio es válido.

Criterios Desarrollados por el Tribunal Constitucional tomando en consideración a las máximas de experiencia y reglas de la sana crítica.

Sentencias donde se ha seguido los criterios expuestos en cuando a las excepciones y regla de exclusión y admisibilidad de la prueba prohibida en donde se han empleado las máximas de experiencia y reglas de la sana crítica:

Expediente Número 00655-2010-PHC/TC, fj. 7. Publicada en la página web del Tribunal Constitucional con fecha 03/01/2011.

En la presente sentencia además de haberse establecido el contenido que guarda la prueba prohibida como se ha indicado anteriormente que expone lo siguiente, haciendo empleo de las máximas de experiencia y la sana crítica de la siguiente forma: «La Prueba Prohibida es un Derecho Fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio Probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona».

Ante ello la jurisprudencia es uniforme en cuanto al establecimiento de los parámetros ofrecidos sobre la utilización de determinados medios probatorios cuando han sido obtenidos con efectiva vulneración de los derechos fundamentales, es por ello que dentro de la sentencia N° 02333-2004-HC-TC, fj.2.5 se establece lo siguiente: El apartado h del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas, haciendo expresa mención de los supuestos en los cuales la prueba obtenida

en los supuestos en los cuales se han transgredido derechos fundamentales (en este caso los derechos que le asisten al imputado). La prueba prohibida debe reunir determinados requisitos a efectos que sea considerada como tal, en dichos casos debe reunir determinados requisitos como la efectiva vulneración de derechos fundamentales de contenido estrictamente esencial, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0055-2010-PHC/TC, donde precisa que en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental mas no de los derechos de rango legal o infra legal. La citada sentencia nos da a conocer de forma específica como se efectúa la evaluación (en caso de haberse presentado una transgresión) correspondiente cuando se traten de incorporar medios probatorios que atentan contra la persona en determinado procedimiento (considerando como principal criterio el contenido esencial de los derechos fundamentales).

Pero no debe entenderse que el derecho a la intimidad es un derecho absoluto y que no existan razones que justifiquen socialmente la captación y divulgación de aspectos concernientes a la intimidad de las personas. Al igual que los demás derechos fundamentales de la persona, estos son relativos y deben ceder ante determinadas circunstancias que, para algunos, deben estar preferentemente establecidas por la legislación, constituyendo limitaciones al derecho a la intimidad, cuando estamos frente a un tema de seguridad nacional, en caso de guerra u otra emergencia pública, caso de desastre natural, la prevención de desórdenes o crímenes, la protección de la salud, etc., es decir, asuntos de interés público.

CAPITULO III

CONTRASTACION DE HIPOTESIS

4.1. Contrastación de la hipótesis

Hipótesis General:

Los criterios jurisdiccionales desarrollados por el Tribunal Constitucional para tratar asuntos de jurisdicción ordinaria en cuanto a la admisión de la prueba prohibida durante los años 2004 a 2010:

Admitir excepciones a las reglas de exclusión basadas en el test de ponderación y en la valoración de la prueba prohibida.

Encontrar justificación en cuanto a excepción a la regla de exclusión probatoria tomando como base a las reglas de la sana crítica y ponderación de los Derechos Fundamentales de contenido esencial.

Se desarrolló el criterio denominado «interés público».

El Tribunal Constitucional efectuó funciones no atribuidas porque se pronunció sobre la prueba prohibida, cuya competencia le está atribuida a la jurisdicción penal ordinaria.

Variables / Categorías.

Variables:

Una variable será una característica observable o un aspecto discernible en un objeto de estudio que puede adoptar diferentes valores o expresarse en varias categorías. «Podemos definir variable como cualquier característica o propiedad que contenga dos o más categorías posibles en las que un objeto o acontecimiento pueda ser clasificado potencialmente». «Definimos las variables continuas como aquellas que pueden tener, en principio, infinitos valores fraccionados, esto es, valores en cualquier punto de una escala ininterrumpida». (Berganza Conde, Rosa y Ruiz san Román, José Antonio. 2005.P. 60 y

117). En la presente investigación por tratarse de un proyecto bajo el diseño no experimental, no se realizará manipulación de variables.

Categorías:

El concepto de categoría es el de reunir bajo un título genérico las unidades de análisis por sus características comunes. Los requisitos o cualidades técnicas que deben reunir todas las categorías son las siguientes (Grawitz; 1975): exhaustividad, exclusividad, homogeneidad, objetividad, pertinencia, productividad (Balcells Junyent, Josep, 1994. p. 269).

4.2. Presentación de resultados

Casos Tipo

A efectos de ofrecer al lector mayor comprensión sobre el cumplimiento de los objetivos de la presente investigación, los cuales constituyen la labor realizada, se procede a presentar los hallazgos y/o descubrimientos, producto de las técnicas y procedimientos empleados en su desarrollo con la finalidad de verificar la hipótesis planteada y la consecución de los objetivos planteados, puesto que los datos se han estructurado a un nivel descriptivo explicativo y como el método se ha empleado el estudio de casos tipo organizando la información analizada (Sentencias emitidas por parte del Tribunal constitucional) efectuando una sucinta descripción de los datos obtenidos y efectuar la prueba de la hipótesis planteada, presentando los resultados con la mayor claridad siendo el resultado el siguiente:

Se ha creído conveniente incluir en la presente el desarrollo de la institución bajo estudio a manera de ejemplo

La Corte Suprema de Justicia de la República ha desarrollado la institución conocida como prueba prohibida y los alcances que guarda esta, con ello se demuestra el grado desarrollado por la jurisdicción penal ordinaria sobre instituciones de naturaleza procesal.

4.3. Análisis, interpretación y discusión de resultados

Resultados observados

Con la finalidad de verificar la hipótesis planteada, los pasos seguidos fueron los siguientes:

Como primer paso se consultó la bibliografía que desarrolla las teorías que coadyuvaron en el desarrollo de la institución procesal penal bajo análisis (la prueba prohibida u ilícita de forma genérica), llegándose a constatar que existe numerosa bibliografía que desarrolla a la aludida institución, posteriormente se indagó sobre la existencia de la casuística donde se haya desarrollado los alcances de la institución bajo análisis, tanto a nivel nacional como a nivel extranjero (jurisprudencia peruana y jurisprudencia estadounidense) ello con la finalidad de aplicar los métodos antes expuestos, a fin de verificar la forma como el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al emitir la resolución correspondiente dentro del caso. La verificación de la jurisprudencia se hizo vía consulta web ya que se encuentra dentro de la base de datos correspondiente a la página web institucional del Tribunal Constitucional Peruano.

Del análisis de los casos tipo expuestos en el apartado correspondiente se evidenció que en el desarrollo del proceso penal se incorporó medios probatorios que han sido obtenidos causando vulneración de derechos fundamentales, se han fijado los alcances que guarda el criterio correspondiente a la excepción a la regla de exclusión probatoria, los casos tipo expuestos fueron considerados de suma importancia porque el Tribunal Constitucional desarrolló el concepto denominado como «interés público», pues reviste importancia porque a criterio del autor se desarrollan instituciones de naturaleza constitucional y

procesal penal, advirtiéndose que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado estableciendo en sus decisiones fundamentos que debieron haber sido considerados por parte de la jurisdicción penal ordinaria, mas no ha sido así.

Sumado a ello el desarrollo interpretativo efectuado por el Tribunal Constitucional realizó, a nuestro criterio resultó excesivo porque mostró haber tratado instituciones procesales cuando en un primer momento solamente debía haber desarrollado una interpretación relativa a los Derechos Fundamentales cuya afectación quedó evidenciada y sumado a ello, debió haber indicado que no se encuentra facultado a desarrollar esta clase de instituciones de naturaleza eminentemente procesal, por último debió haber indicado que ello le compete a la jurisdicción penal ordinaria al haber expuesto su fundamentación jurídica dentro de sus resoluciones que ponen fin a la instancias respectiva.

En lugar de ello el Tribunal Constitucional se ha extralimitado en el tratamiento efectuado de las instituciones antes señaladas, ya que ha realizado una labor no concedida por su legislación constitutiva (ley orgánica) donde se establecen de forma taxativa sus competencias, facultades y funciones.

Los Criterios jurisdiccionales del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo de la prueba prohibida que corresponden a las funciones de la jurisdicción penal ordinaria durante los años 2004 a 2010 son los siguientes:

Admitir excepciones a las reglas de exclusión basadas en el test de ponderación y en la valoración de la prueba prohibida.

En los casos tipo analizados se tiene que el juzgador nacional ha admitido medios probatorios cuya obtención se realizó en detrimento de Derechos fundamentales, ante ello se verificó cuáles son los criterios que ha tomado en consideración y que en base a ellos debió haberse pronunciado la jurisdicción penal ordinaria al haber advertido afectación a

los derechos de los usuarios cuando le correspondió pronunciarse en el caso cuya resolución finalmente fue realizada por parte del Tribunal Constitucional.

Lo que se llegó a verificar porque en un primer momento aquellos medios probatorios debieron ser inadmitidos, haciendo empleo de la regla de exclusión probatoria, pese a ello fueron incorporados al proceso. Sobre la base de ello podemos llegar a inferir que el criterio de exclusión probatoria no ha sido empleado, pero ojo dichas excepciones solamente son válidas de ser empleadas en situaciones en las que existe interés público puesto que se trata de asuntos que efectivamente tienen incidencia en la población. Como consecuencia de lo afirmado podemos llegar a afirmar que si bien es cierto existe una regla que todo ente jurisdiccional u magistrado debe respetar refiriéndonos a la prohibición antes indicada, existen supuestos en los que dicha prohibición no es aplicable, por lo tanto, existen supuestos en los que la regla básica referida a la prohibición de incorporar medios probatorios donde efectivamente se haya verificado la vulneración de derechos fundamentales sean rechazados de plano.

Encontrar justificación sobre la excepción a la regla de exclusión probatoria tomando como base a las reglas de la sana crítica y ponderación de los Derechos Fundamentales de contenido esencial.

La referida actividad que realiza el magistrado consiste en la valoración personal que hace un "jurado" sobre los medios de prueba, a partir de su propia convicción y respaldado por la "iluminación divina" que le permite comprender la justicia o injusticia de un acto.

Utilizado principalmente en Estado Unidos; a partir de este método, se considera siempre necesario establecer ciertas condiciones personales que deben tener los miembros de un Jurado que emitirá un veredicto.

Por otro lado la valoración crítica consiste en que los tribunales respeten las leyes de la Lógica y la ciencia en su doble sentido: fundar todas y cada una de sus conclusiones

fácticas y no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados al proceso. En resumen, se exige el uso del raciocinio para lograr que la decisión final se baste a sí misma, como explicación de las conclusiones de un Tribunal.

Cabe aclarar que, aunque aquí lo que se valora es la calidad del medio de prueba o de la prueba, cuando ya ha sido aceptada; y no la cantidad de ellas, no se puede dejar de advertir que en cuantos más medios probatorios se encaminen hacia la acreditación de un hecho; mayor será la posibilidad de establecer la verdad.

Por ejemplo; se tienen dos testigos que afirman haber visto al acusado cometer el delito, y uno solo que lo vio lejos de la escena del crimen. Luego, se acredita que uno de los testigos en contra ha dado falso testimonio en juicio y que el otro ha tenido conflictos personales con el imputado; mientras que el testigo a favor es el alcalde de la ciudad. Definitivamente, la calidad del medio probatorio siempre debe prevalecer sobre la cantidad del mismo.

Quienes conocemos la actividad que se desarrolla dentro del proceso penal conocemos que el juzgador realiza la tarea consistente en otorgar a cada medio probatorio incorporado al proceso determinada validez, es decir para motivar sus decisiones analiza a fondo cada medio probatorio con la finalidad de generarse convicción y motivar adecuadamente la decisión que adopta. Sobre la base de ello se tiene que existen dos sistemas que son empleados para valorar a la prueba en el proceso penal, dichos sistemas son los de prueba tasada o tarifa legal y el sistema de libre valoración de la prueba o íntima convicción. Una vez establecidos los sistemas empleados dentro de los casos tipo sujetos a análisis podemos afirmar que se empleó el sistema de íntima convicción donde se hizo un análisis a fondo sobre los medios probatorios incorporados al proceso, llegándose en un primer momento a verificar que de por sí se encontraban prohibidos por el ordenamiento procesal (Prueba Tasada), ante ello se pudo verificar que los casos sobre

los cuales recayó la actividad probatoria son de interés público, ante ello el juzgador ha incorporado el material probatorio a pesar que haya existido previa vulneración de los Derechos Fundamentales, sin embargo haciendo empleo de la sana crítica y ponderación explicados anteriormente se tiene que estos últimos han sido incorporados pese a estar prohibidos desde un primer momento, en razón a ello se verifica la hipótesis planteada en la presente.

Desarrolla el criterio denominado «interés público».

Cuando nos referimos al criterio denominado «Interés Público» nos estamos refiriendo al grado de incidencia que tiene la situación cuya resolución ha sido derivada a los magistrados del Poder Judicial ya sea a través de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción constitucional. Sobre la base de ello tenemos que a partir del análisis de los casos tipo planteados en el presente estudio se llegó a determinar que muchos de ellos han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, es a partir de aquí que si bien es cierto se ha emitido pronunciamiento a pesar de que hayan existido serias vulneraciones a los derechos fundamentales se ha desarrollado a fondo el caso respectivo. En razón a ello tenemos que indicar que los procedimientos cuya resolución fue realizada por parte de la jurisdicción constitucional como última instancia fueron disgregados debido a que de su desarrollo procesal se advirtió que existían materias y/o asuntos cuyo grado de relevancia influyen en el desarrollo del país, es decir todos los ciudadanos tenemos interés en los referidos asuntos, es por ello que pese a que han existido serias infracciones al ordenamiento procesal se ha optado por seguir el procedimiento. Esto nos da a entender que si bien es cierto existen derechos que deben ser respetados en toda etapa procesal, existen supuestos en los cuales aún haya existido vulneración a estos últimos se sigue el curso normal del procedimiento (el cual dentro de asuntos privados no había tenido fundamento su pronunciamiento) siguiendo todas las

etapas procesales de manera extraordinaria. Todo ello se ha verificado en los casos tipo sujetos a análisis donde versaron intereses tanto políticos como de la población a ellos, por lo tanto sostenemos que el interés público es empleado como filtro al momento de dilucidarse determinadas causas seguidas en asuntos cuya relevancia afecta a sin duda todo el país. Es por ello que podemos afirmar que el interés público constituye un filtro preponderante al momento de dilucidar situaciones en casos que repercutirán en la totalidad de la población nacional.

Contrastación de hipótesis

La Hipótesis planteada en la investigación es la siguiente:

Discusión:

Los criterios jurisdiccionales del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo de la prueba prohibida que corresponde a las funciones de la jurisdicción penal ordinaria durante los años 2004-2010 son:

- a) Admitir excepciones a las reglas de exclusión basadas en el test de ponderación y en la valoración de la prueba prohibida.
- b) Admite justificación sobre la excepción a la regla de exclusión en base a las reglas de la sana crítica y ponderación de los Derechos Fundamentales.
- c) El Tribunal Constitucional comete un exceso dentro de sus funciones porque se pronuncia sobre instituciones que le corresponde resolver y desarrollar a la jurisdicción penal ordinaria.
- d) En casos tipo se empleó como filtro el criterio denominado como interés público.

A efectos de comprobar la presente hipótesis es necesario disgregar los contenidos desarrollados de la siguiente forma:

Consideración y empleo de excepciones a la regla de exclusión probatoria en los delitos contra la intimidad personal haciendo empleo del criterio de ponderación y del filtro denominado interés público, de estos pronunciamientos se tiene que el Tribunal Constitucional ha desarrollado y empleado excepciones a la denominada regla de exclusión probatoria, además de advertirse que desarrolló contenidos de naturaleza procesal dejando de lado su función primigenia pues esta última no le corresponde, pues esta tarea la debieron haber realizado los organismos jurisdiccionales pertenecientes a la jurisdicción penal ordinaria.

Debido a que se trata de una investigación descriptivo-explicativa, se ha creído conveniente desarrollar un aporte sobre una posible propuesta a ser considerada por parte del legislador dentro de un plazo prudencial. Ante la posible puesta en marcha del proyecto planteado se tiene que los fundamentos antes expuestos deben ser tomados en consideración por parte del legislador a efectos de ser incorporada dentro de la exposición de motivos cuyo contenido es la parte esencial del aludido proyecto.

4.4. Formulación de propuesta para la solución del problema

Directivas para limitar la utilización de medios probatorios cuya obtención se haya realizado en detrimento de los Derechos Fundamentales. Además de delimitarse de forma específica la labor que realiza el Tribunal Constitucional al momento de pronunciarse en materias de índole procesal penal cuyo desarrollo le compete única y exclusivamente a la jurisdicción penal ordinaria. Debe exigirse al legislador mayor grado de diligencia al momento de emitir las disposiciones sobre el ámbito de actuación de determinada entidad (en la presente se encuentra sobreentendido que se trata tanto del ente jurisdiccional constitucional y de la jurisdicción penal ordinaria), a lo que me refiero es que debe respetarse la normatividad existente en cuanto a las atribuciones que tienen las citadas entidades ya que del análisis de los casos tipo hemos verificado que si bien es cierto se

encuentran desarrollando instituciones que son objeto de cuestionamiento (la prueba prohibida y la regla de exclusión procesal) tenemos que se han cometido excesos funcionales y por ende debió haberse dejado su desarrollo a la legislación penal ordinaria ya que es el organismo especializado en asuntos procesales de esta naturaleza y no haberse llegado hasta el Tribunal Constitucional para que (como principal intérprete de la constitución) se pronuncie solamente en asuntos de índole constitucional (que concierne al desarrollo de derechos constitucionales) mas no de figuras pertenecientes a la línea procesal penal. Siguiendo esa línea verificamos que el legislador debe efectuar un control más riguroso al dotar de determinadas atribuciones a los organismos pertenecientes a la administración pública, ello con la finalidad de evitar conflictos de competencia y los asuntos cuyo pronunciamiento (por ser urgentes) se dilate, ello dentro del contexto de los casos tipo analizados de forma previa.

4.5. Costos de implementación de la propuesta

Las leyes y regulaciones son instrumentos para la puesta en práctica de determinadas políticas públicas. Estas normativas se conjugan con la voluntad y capacidad de los gobiernos para hacerlas cumplir y así determinan incentivos a la acción por parte de los agentes económicos. El efecto de las leyes, combinadas con la capacidad de los gobiernos para hacerlas cumplir, es imponer restricciones a ciertas acciones públicas e incentivar otras que, desde la perspectiva del regulador, son más o menos convenientes para la sociedad.

Los argumentos expuestos deben ser considerados como los fundamentos jurídicos a ser tomados en cuenta en la exposición de motivos de la normatividad planteada. Lo que hay que señalar es que no se cuenta con las facultades que posee el legislador en cuanto a la presentación de los costos que implica tomar en cuenta los fundamentos señalados a efectos que sea tomado como referencia dentro de la exposición de motivos de la

legislación correspondiente, lo que sucede es que debido a las limitaciones solamente podemos señalar que si se llegase a diferenciar u establecer un límite de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción penal ordinaria, llegaríamos a hablar de un reparto de roles cuya efectividad y eficiencia sería adecuada de aplicar dentro de nuestro actual ordenamiento jurídico y por ende los sujetos procesales no verían afectados sus derechos garantizados por el sistema judicial. Pero no por eso se puede dejar de precisar cuáles son los objetivos a los que se dirige la posible implementación de las directivas cuyo contenido deben especificar de forma clara y taxativa las competencias de los organismos tanto a nivel de jurisdicción penal ordinaria como de jurisdicción constitucional. Como primer objetivo puedo indicar que al establecer las funciones de forma clara y precisa, los justiciables obtendrán resoluciones mejor ajustadas a Derecho, es decir, de su contenido se desprenderá un desarrollo adecuado de las instituciones jurídicas materia de controversia, además de resolverse cuestiones dentro de menos tiempo, trayendo consigo beneficios tanto para el ente jurisdiccional como para las partes procesales, ya que se incurrirá en un menor empleo de tiempos (los cuales vienen a jugar un rol preponderante en el transcurso del proceso) y se acudirá a los mecanismos adecuados en la resolución de las causas más importantes.

Beneficios que aporta la propuesta

A nivel de Ordenamiento jurídico:

Separación y establecimiento de funciones tanto a nivel de jurisdicción constitucional y jurisdicción penal ordinaria

Da a conocer los alcances y supuestos de empleo de las excepciones a la regla de exclusión probatoria

A nivel de actividad fiscal

Que se determine su ámbito de actuación y con ello se emita pronunciamientos de fondo de cuyo contenido se desprenda un adecuado desarrollo de la institución procesal que se ha cuestionado, dejando de lado que sea otra entidad la que resuelva la controversia que se presenta al momento de ocurridos determinados hechos dentro del proceso penal en el cual se haya aportado material probatorio con efectiva vulneración a derechos de naturaleza eminentemente procesal.

A nivel de actividad jurisdiccional: Establecer parámetros de actuación en cuanto a la resolución de causas donde se haya afectado derechos fundamentales en la obtención de los medios probatorios presentados por parte del Ministerio Público, como se indicó anteriormente los magistrados efectuarán un mejor razonamiento y análisis de las instituciones procesales que les corresponde desarrollar, ofreciendo a los justiciables mejores respuestas a nivel jurídico procesal y por ende ya no se tendrá que acudir a otros organismos jurisdiccionales, salvo en casos excepcionales.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

CONCLUSIONES

Con la finalidad de concluir con la presente tesis, en este capítulo me enfoco en exponer las conclusiones y recomendaciones obtenidas en el desarrollo del presente trabajo. Ello con la finalidad de dar a conocer los resultados y beneficios que trae el mismo.

El objetivo de la presente tesis fue el determinar los principales criterios jurisdiccionales empleados por parte del Tribunal Constitucional en el tratamiento de la “prueba prohibida” durante los años 2004-2010, a lo que de forma posterior al análisis efectuado de la jurisprudencia desarrollada en casos tipo, el objetivo se amplió a determinar además los fundamentos jurídicos de la jurisdicción constitucional al pronunciarse sobre la admisión de la excepción a la regla de exclusión probatoria en donde ha cometido intromisión en las competencias de la jurisdicción penal ordinaria al desarrollar instituciones de naturaleza eminentemente procesal que le corresponden desarrollar a ésta última.

Al analizar los casos tipo en los cuales el Tribunal Constitucional ha emitido su pronunciamiento, se verifica que los criterios jurisdiccionales del Tribunal Constitucional sobre el desarrollo de la prueba prohibida que corresponde a las funciones de la jurisdicción penal ordinaria durante los años 2004 a 2010 vienen a ser:

Admitir excepciones a las reglas de exclusión basadas en el test de ponderación y en la valoración de la prueba prohibida.

Encontrar justificación sobre la excepción a la regla de exclusión probatoria tomando como base a las reglas de la sana crítica y ponderación de los Derechos Fundamentales de contenido esencial.

Desarrollar el criterio denominado «interés público».

El desarrollo de la prueba prohibida debió haberse realizado a nivel de jurisdicción penal ordinaria ya que de la lectura del artículo 159 del código procesal penal se advierte que

no se encuentran permitidos los medios probatorios en los que haya existido vulneración efectiva de derechos fundamentales, por lo que el Tribunal Constitucional realiza una labor que le compete a la jurisdicción penal ordinaria ya que de su propia naturaleza (de la institución procesal) se desprende dicha actividad.

La jurisprudencia constitucional ha tomado en cuenta el desarrollo de la excepción a la regla de exclusión probatoria efectuada por parte de la jurisprudencia estadounidense, la que ha desarrollado las teorías aplicables cuando se trata de incorporación de medios probatorios que han vulnerado derechos fundamentales.

Se ha empleado fundamentos empleados por la jurisprudencia extranjera en el tratamiento de la prueba prohibida.

RECOMENDACIONES

Dentro del desarrollo del presente trabajo, se recomienda que el legislador tome en consideración la naturaleza jurídica de las instituciones procesales bajo análisis a efectos de separar las cuestiones que le competen , más aun cuando se ha desarrollado en las sentencias de los casos tipo desarrollados la excepción a la regla de exclusión probatoria, en la cual se ha pronunciado el propio Tribunal Constitucional, debiendo en un primer momento indicar que ello le compete desarrollar a la jurisdicción penal ordinaria, ello con la finalidad que las funciones queden definidas de forma clara. Considero que ante una posible iniciativa legislativa se debe tomar en consideración los fundamentos jurídicos antes expuestos, ello con la finalidad de ofrecer mecanismos que ofrezcan mayor celeridad y concentración dentro de las causas seguidas a nivel de jurisdicción penal ordinaria y que los derechos de los justiciables no sean vulnerados en forma alguna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALDE GONZALES, José Manuel. La Prueba Ilícita Penal Decadencia y Extinción Jurisprudencia Práctica comparada con E.E.U.U. Editorial Ley 57.

ANGULO MORALES, Marco Antonio. El Derecho probatorio en el nuevo proceso penal peruano. Gaceta Jurídica.

BRENT SWISTER, Carl. El desarrollo constitucional de los Estados Unidos. Tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958;

CAFFERATA NORES, José I. La Prueba en el Proceso Penal. Tercera Edición. Ediciones De Palma-Buenos Aires 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideologías, sociedad. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974; FROSINI, Vittorio. Informática y Derecho. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1988;

CARO JHON, José Antonio, El sistema Penal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editores del Centro E.I.R.L. Edición Octubre de 2014.

CARRIO, Alejandro. Derecho Procesal Penal-Garantías Constitucionales. Biblioteca virtual del Ministerio Público. Portal Jurídico legal. Visto en (http://www.mpfj.gob.pe/escuela/archivosbiblioteca/GARANTIAS_CONSTITUCIONALES_EN_EL_PROCESO_PENAL_ALEJANDRO_CARRIO.pdf) [Fecha de consulta 20-12-2017]

CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Tomo I Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2001.

ECHANDÍA, Devis. Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Editorial Universidad.

ÓMEZ COLOMER, Luis. El proceso penal en el Estado de Derecho. Editorial Palestra, Lima, 1999; MORALES GODOL, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Editorial Grijley, Lima, 1995;

GIACOMETTE FERRER, Ana. Teoría General de la Prueba. Cuarta edición. Editorial IBAÑEZ.

HOUED VEGA, Mario A. La Prueba y su valoración en el proceso penal. Editorial Themis.2005.

ARELLADA, Carlos Alberto. Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

OSTOS Martín. La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio (<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas>)

PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo 1. Ediciones Jurídicas, Lima, 1992.

PIVA TORRES, Gianni. La Prueba Penal y su Técnica. Editorial Ibáñez.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. El derecho fundamental a la intimidad. Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

ROSAS YATACO, Jorge. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal tomo dos. Editorial Legales Ediciones.2016.

CASTILLO ALVA, José Luis.2008. Comentarios a los precedentes vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema. Edit. Grujley. Lima – Perú.

DEVIS ECHANDIA, Hernando.2006. Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I. Ed. De Zavalía. Buenos Aires – Argentina.

GOMEZ MENDOZA, Gonzalo. 2007. Instituciones en el Derecho procesal Peruano. 1ra. Edición. Ed. Lima – Perú.

GUZMAN FLUJA, Vicente Carlos. 2006. Anticipación y Preconstitución de la Prueba en el Proceso Penal. 2da. Edición. Ed.Tirant Lo Blanch. Valencia – España.

HERNANDEZ MIRANDA, Edith.2004. La prueba en el código procesal. Gaceta Penal y procesal penal.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel.2012 La prueba en el proceso penal acusatorio. Jurista editores.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal. Editorial J.M Bosch 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Mayo 2010. Revista Catalana de Seguridad Pública,

MIXON MASS, Florencio. Categorías y Actividad Probatoria en el procedimiento penal.

Edit. B.L.G. Trujillo-Perú.

MORA MORA, L. P. (2006) La prueba como derecho fundamental, En: Investigación y prueba en el proceso penal, Gonzáles – Cuellar (director), Colex, Madrid, p.83

NATAREN RAMIREZ, Carlos. Introducción a la Prueba en el Proceso Penal Acusatorio.

Segunda edición.

NEYRA FLORES, José Antonio.2007. Manual de Derecho procesal penal y litigación

Oral.

ORTIZ RUIZ, José Alberto. Introducción al estudio del Derecho Procesal Penal del Sistema Acusatorio y Adversarial. Editorial Grijley. 2001.

PELAEZ BARDALES, José A. La Prueba Penal. Editorial Grijley. Lima-Perú 2014.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.2008 Manual de Derecho Procesal Penal, teoría, práctica y jurisprudencia. 2da. Edición. Edit. RODHA. Lima – Perú.

PEREZ ARROYO, Miguel.2011. La Prueba en el proceso penal. 1ra. Edición. . Gaceta Jurídica. Lima – Perú.

REUTERS ARANZADI, Thomson. La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial. Sexta edición.

SENDRA GIMENO, Vicente. 2011. Manual de Derecho Procesal Penal. 2da. Edición. Constitución y leyes

APÉNDICES Título del trabajo de investigación: “La Prueba prohibida en el proceso penal Peruano”

Autor: Víctor Delgado

Año: 2005

Título de la Investigación: “Prueba Prohibida y prueba Ilícita”

Autor: Cesar Giner Alegría – Alumno del Master, en Derecho Penal, Penitenciario y Criminología. Universidad de Murcia.

Año: 2008

Artículo Gaceta Constitucional

Título: “La Teoría del Riesgo y la regla de Exclusión”. A propósito de los audios grabados por interlocutor.

Año: 2013

Título del Artículo: Tendencias de Jurisprudencia Penal

Autor: Gaceta Constitucional. Año: 2013

El artículo citado comprende el desarrollo jurisprudencial, las cuales son de suma importancia ya que se está desarrollando los criterios jurisdiccionales de instituciones necesarias dentro de la presente investigación, las cuales vienen a ser los siguientes:
Concepto de prueba ilícita: STC N°02053-2003-HC/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional con fecha 15/10/2013. Medios Probatorios deben ser lícitos para ser admitidos en el proceso Expediente número 00655-2010-PHC/TC, publicada en la página web del Tribunal Constitucional con fecha 03/01/2011. De la misma forma establece los criterios seguidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a las consecuencias jurídicas de la prueba prohibida.

ANEXOS EN CD