



Universidad Nacional  
**SAN LUIS GONZAGA**



**Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional**

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional



**UNIVERSIDAD NACIONAL SAN LUIS GONZAGA DE  
ICA**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
MAGÍSTER EN DERECHO: MENCIÓN CIENCIAS  
PENALES**

**“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PUEBA  
ÍLICITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA,  
DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”**

**GRADUANDO: ESLAVA DE LA CRUZ, CINTHIA KAREN**

**ASESOR: DR. VÍCTOR GARCÍA WONG**

**ICA – PERÚ**

**2019**

## **DEDICATORIA**

A mis padres, por enseñarme que la perseverancia supera cualquier adversidad en la vida.

## **AGRADECIMIENTO**

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida profesional a la que me encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida.

## ÍNDICE

CARÁTULA	
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
INDICE	iv
RESUMEN	viii
SUMMARY	x
CONTRACARATULA	xii
INTRODUCCIÓN	xiii
CAPITULO I - MARCO TEÓRICO	
15	
1.1 Antecedentes	15
1.1.1 Antecedentes Internacionales	15
1.1.2 Antecedente Nacional	18
1.1.3 Antecedentes Locales	21
1.2 Bases Teóricas	22
1.2.1 LA VERDAD PROCESAL Y LA PRUEBA	22
1.2.1.1 Conceptos de Verdad	22
1.2.1.2 Verdad Material y Verdad Formal	24
1.2.1.3 La Verdad en el Proceso Judicial	32
1.2.2 EL CONCEPTO DE PRUEBA	33
1.2.3 EL DERECHO DE PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	37
1.2.4 LAS PRUEBAS ILÍCITAS	42
1.2.4.1 Sistemas de tratamiento de Pruebas Ilícitas	42

1.2.4.2	Justificación de las limitaciones Probatorias	44
1.2.4.3	Conceptos: pruebas ilícitas e ilegítimas	45
1.2.5	LA PRUEBA ILÍCITA COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	46
1.2.6	PRUEBA ILEGAL COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS MATERIALES	48
1.2.7	LA PRUEBA ILÍCITA COMO VIOLACIÓN EXTRA-PROCESAL	50
1.2.8	INADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS	51
1.2.9	TELEOLOGÍA DE LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE LA INADMISIBILIDAD	60
1.2.10	PRUEBAS ILÍCITAS Y LA INSTRUMENTALIDAD DEL DEBIDO PROCESO PENAL	62
	1.2.10.1. Prueba de Equilibrio entre la garantía y la funcionalidad	62
	1.2.10.2. Comentarios sobre la garantía desde la perspectiva de funcionalidad	65
	1.2.10.3. Comentarios sobre la funcionalidad desde la perspectiva de la garantía	70
1.2.11	LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PENAL	74
1.2.12	EL ROL DE LO QUE SE DENOMINA “PRUEBA ILÍCITA” O “PRUEBA PROHIBIDA	75
1.2.13	FUENTES DE LA PRUEBA	76
1.2.14	TESIS SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES	76
1.2.15	DENOMINACIÓN DE PRUEBA ILÍCITA	77
1.3	Marco Conceptual	79
1.4	Marco Legal	81

CAPÍTULO II - PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	82
2.1 Situación Problemática	82
2.2 Formulación del Problema	83
2.2.1 Problema General	83
2.2.2 Problemas Específicos	83
2.3 Justificación e Importancia de la Investigación	83
2.3.1 Justificación	83
2.3.2 Importancia	84
2.4 Objetivos de la Investigación	84
2.4.1 Objetivo General	84
2.4.2 Objetivos Específicos	84
2.5 Hipótesis de la Investigación	85
2.5.1 Hipótesis General	85
2.5.2 Hipótesis Específicos	35
2.6 Variables de la Investigación	86
2.6.1 Identificación de variables	86
2.6.2 Operacionalización de variables	86
 CAPÍTULO III – METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	 87
3.1 Tipo, Nivel y Diseño de la Investigación	88
3.2 Población y Muestra	41
 CAPITULO IV – TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	 91
4.1 Técnicas de Recolección de Datos	91
4.2 Instrumentos de Recolección de Datos	92
4.3 Técnicas de Procesamiento, Análisis e interpretación de Resultados	93

CAPITULO V – CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	94
CAPITULO VI – PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	105
6.1 Presentación e Interpretación de Resultados	105
6.2 Discusión de Resultados	122
CONCLUSIONES	124
RECOMENDACIONES	126
FUENTES DE INFORMACIÓN	128
ANEXOS	132
Anexo Nro. 01: Ficha Bibliográfica	
Anexo Nro. 02: Ficha Documental	
Anexo Nro. 03: Cuestionario	
Anexo Nro. 04: Matriz de Consistencia	

## RESÚMEN

La presente investigación titulada CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA DURANTE LOS AÑOS 2016-2017, partirá de la idea que la prueba ilícita no debe ser obtenida afectando los derechos fundamentales de la persona humana que es garantizado por la Constitución Política del Estado y normas supra nacionales. Además, estando dentro de un sistema garantista, aunque se aplique algunas excepciones a un caso concreto para la admisión de la prueba ilícita admitida siempre será ilícita, porque ya se afectó un derecho fundamental garantizado constitucionalmente, aunque la doctrina y la jurisprudencia no lo manifieste expresamente, que al aplicar algunas excepciones a la prueba ilícita esa prueba seguirá siendo ilícita; siendo así se abordará como problema principal ¿Cuáles son los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica?

Por lo expuesto, el desarrollo de la presente investigación se estructuró en seis capítulos, el Capítulo I referente al Marco Teórico, el mismo que comprende los Antecedentes, las Bases Teóricas, Marco Conceptual, identificando términos que se desarrollarán a los largo del tema materia de estudio y Marco Legal, que hace referencia a las normas nacionales e internaciones de la prueba ilícita. Del Capítulo II Planteamiento del Problema; realizando la descripción de la realidad problemática, la formulación del problema, la delimitación de la investigación, alcances de la investigación, objetivos de la investigación, justificación de la investigación e importancia de la investigación. En este capítulo se logró observar que para poder responder al problema principal y los problemas secundarios se planteó los siguientes objetivos: Objetivo Principal: Determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica; y como Objetivos Específicos: establecer si la prueba ilícita es una de las instituciones más

controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal; establecer si la prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal y determinar si es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita.

Esta disertación es un análisis de la posibilidad y criterios de aplicación del principio de proporcionalidad, de la doctrina constitucional alemana, para la admisión de pruebas obtenidas por medios formalmente ilícitos, a la luz del principio fundamental de la protección penal. Los derechos fundamentales no son absolutos, pero se limitan recíprocamente por el principio de proporcionalidad. La protección penal es un derecho y un deber fundamental.

El proceso penal tiene una instrumentalidad garantista-funcional. El proceso debe estar teleológicamente predispuesto a una mayor aproximación posible con la verdad, para realizar su función de pacificación social. La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas es un principio constitucional (no norma) que se justifica en el efecto disuasorio. Hay una colisión de principios en la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos: críticas a la luz de la funcionalidad del proceso. En los sistemas jurídicos estudiados (EEUU, Alemania y España), no existe una regla de exclusión absoluta de las pruebas ilícitas. En Perú, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores sobre las excepciones de las pruebas ilícitas no acompaña plenamente los sistemas internacionales. En el caso de que se produzca un cambio en el entendimiento jurisprudencial nacional, para la progresiva admisión de las excepciones de prueba favorable, abuso de garantías constitucionales, excepción de buena fe, violaciones por particulares, violación de derechos de terceros, teoría de la descontaminación, conocimientos fortuitos, error inocuo, gravedad del crimen, no exclusividad, descubrimiento inevitable y vicio diluido.

**PALABRAS CLAVE:** Principio de inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos. Principio de proporcionalidad. Principio de protección penal. Colisión de principios. Verdad procesal.

## SUMMARY

The present investigation titled LEGAL CRITERIA TO VALUE THE ILLICIT PROOF IN THE PROVINCE AND DEPARTMENT OF ICA DURING THE YEARS 2016-2017, will start from the idea that illicit evidence should not be obtained affecting the fundamental rights of the human person that is guaranteed by the Constitution of the State and supra-national regulations. Furthermore, being within a guarantee system, even if some exceptions are applied to a specific case for the admission of the admitted illegal evidence, it will always be unlawful, because a constitutionally guaranteed fundamental right has already been affected, although the doctrine and jurisprudence do not expressly state it , that by applying some exceptions to the unlawful evidence that evidence will remain unlawful; this being the case, it will be addressed as the main problem. What are the legal criteria for assessing the illegal evidence in the province and department of Ica?

Therefore, the development of the present investigation will be structured in six chapters, Chapter I referring to the Theoretical Framework, the same one that compensates the Antecedents, the Theoretical Bases, Conceptual Framework, identifying terms that will be developed along the subject matter of study and Legal Framework, which refers to national and international standards of illegal evidence. From Chapter II Problem Statement; making the description of the problematic reality, the formulation of the problem, the delimitation of the investigation, scope of the investigation, objectives of the investigation, justification of the investigation and importance of the investigation. In this chapter, you will be able to observe that in order to be able to respond to the main problem and the secondary problems, the following objectives were set: Main Objective: Determine the legal criteria for assessing the illegal evidence in the province and department of Ica; and as Specific Objectives: to establish whether the illegal evidence is one of the most controversial institutions of the current state of criminal procedural science; establish whether the unlawful evidence is the

most susceptible to be vitiated during its various stages in the criminal process and determine if it is necessary to know the national and international legal documents to assess the unlawful evidence.

This dissertation is an analysis of the possibility and criteria of application of the principle of proportionality, of the German constitutional doctrine, for the admission of evidence obtained by formally unlawful means, in light of the fundamental principle of criminal protection. Fundamental rights are not absolute, but are limited reciprocally by the principle of proportionality. Criminal protection is a right and a fundamental duty. The criminal process has a guarantee-functional instrumentality. The process must be teleologically predisposed to a greater possible approximation with the truth, to perform its function of social pacification. The inadmissibility of illegal evidence is a constitutional principle (not norm) that is justified in the deterrent effect and in the fair trial. There is a clash of principles in the inadmissibility of evidence obtained by illicit means: critical in light of the functionality of the process. In the legal systems studied (USA, Germany and Spain), there is no rule of absolute exclusion of illegal evidence. In Peru, the jurisprudence of the Superior Courts on the exceptions of the illegal evidence does not fully accompany the international systems. In the event of a change in the national jurisprudential understanding, for the progressive admission of favorable proof exceptions, abuse of constitutional guarantees, good faith exception, violations by individuals, violation of rights of third parties, theory of decontamination, fortuitous knowledge, innocuous error, seriousness of the crime, non-exclusivity, inevitable discovery and diluted vice.

**KEYWORDS:** Principle of inadmissibility of evidence obtained by unlawful means. Principle of proportionality. Principle of criminal protection. Collision of principles. Procedural truth.

**MAESTRÍA : DERECHO**

**MENCIÓN : CIENCIAS PENALES**

**TÍTULO : “CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”**

**AUTOR : ESLAVA DE LA CRUZ, CYNTHIA KAREN**

**ASESOR : DR. VÍCTOR GARCÍA WONG**

## INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se analizó la valoración de la prueba ilícita entre el sistema de protección a los derechos fundamentales delineado por la Constitución de 1993 y la garantía de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas.

Para ello, se analizó el proceso de formación de la verdad en el proceso y su interacción con la prueba, concluyendo que no hay una verdad absoluta en el proceso, sino una verdad que se legitima por la observancia al procedimiento - un procedimiento proporcional, que compatibiliza los intereses contrapuestos en el proceso penal.

Después, ante el valor de la verdad para la justicia en el proceso, expondrá el derecho a la prueba como un derecho fundamental, derivado del derecho de acción y de defensa. Especialmente en el proceso penal, afirmará la existencia de un derecho a la prueba de la acusación, derivado del deber de protección penal.

A continuación, se analizó los sistemas de tratamiento de las pruebas ilícitas, las justificaciones para las limitaciones probatorias, los conceptos doctrinarios de prueba ilícita e ilegítima, las repercusiones teóricas de esas clasificaciones, ilustrará el problema de las pruebas ilícitas con breves ejemplos e introducirá el problema de la ilicitud por derivación. Esta sección fue sucinta, ya que estos temas se abordaron con frecuencia durante los capítulos siguientes.

También se defiende que la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas no es una regla, sino un principio constitucional, y que, por tanto, está abierta a la ponderación de intereses con los demás principios conflictivos. Los criterios para esa ponderación serán delineados mediante el estudio de la teleología de la garantía, dividida en criterios de protección al sistema de derechos

fundamentales (efecto disuasorio) e integridad del juicio, debidamente articulados.

Para culminar la investigación, se analizó la interacción de los principios en conflicto en la licitud probatoria, abordando las críticas recíprocas entre una visión extremada de la garantía de la inadmisibilidad y de la funcionalidad del proceso en ese tema.

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### I. MARCO TEÓRICO

#### 1.1 ANTECEDENTES

##### 1.1.1 Antecedentes Internacionales:

✓ Tesis (2014). *LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA OBTENIDA CON INFRACCIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE ADOLESCENTES EN LA PRIMERA AUDIENCIA DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE VALDIVIA*".  
Autor: CABRERA MARTÍNEZ.

##### **Objetivo:**

Analizar las audiencias de control de detención de menores de edad realizadas en el Juzgado de Garantía de Valdivia, para determinar cuál es el tratamiento que se da a la prueba ilícita en esa primera audiencia y si se consideran los particulares derechos de los adolescentes infractores previstos en su legislación punitiva. Partiendo de la hipótesis general que en el Tribunal de la Región de los Ríos se excluye el material proveniente de actuaciones que no se ajusten a derecho en el debate sobre las medidas que afecten garantías fundamentales.

##### **Conclusiones:**

La prueba ilícita como institución procesal surgió hace más de cien años en el continente europeo. Sin embargo, su consolidación

efectiva se logró únicamente cuando en los tribunales de EEUU se comenzó excluir la prueba proveniente de actuaciones ilegítimas.

La doctrina nacional se asignó La labor de precisar los alcances de esta exclusión y sus límites. Sin embargo, a los pocos años de introducida la prueba ilícita en Chile, surgieron algunas dudas en relación a su aplicación y la oportunidad procesal para solicitar su exclusión. Al comparar los postulados doctrinales, con la muestra de audiencias de control de detención de adolescentes realizadas durante el año 2014, se determinó la existencia de un debate real en relación a la exclusión de pruebas durante el juicio, constatable únicamente respecto de las medidas cautelares personales en cuatro de las setenta y seis audiencias. (Cabrera Martínez, 2014:36-37)

✓ **Tesis (2012). "LA PRUEBA ILÍCITA PENAL DE ESPAÑA. PERFILES JURISPRUDENCIALES COMPARATIVOS". Autor: JOSE MANUEL ALCAIDE.**

#### **Objetivo:**

Su objetivo fue ser una investigación jurídica de estudio y comparación de la institución procesal de la prueba ilícita o prueba inconstitucional de España con su homóloga de los EE.UU. denominada exclusionary rule. En el campo de la práctica forense esta institución procesal posee una trascendencia significativa y valiosa,

#### **Conclusiones:**

Pretende ser una investigación jurídica de estudio y comparación de la institución procesal de la prueba ilícita o prueba inconstitucional de España con su homóloga de los EE.UU. denominada exclusionary rule. En el campo de la práctica forense esta institución procesal posee una trascendencia significativa y valiosa.

✓ **Tesis (2007). "LA PRUEBA ILÍCITA EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO".** Autor: **NORMA LUCÍA ARIAS OROZCO y JOSÉ OSCAR GUTIÉRREZ JORGE OSORIO RAMÍREZ.** Presentada como requisito de grado para optar al título de abogado presidente: DR. MAURICIO BEDOYA VIDAL Universidad de Manizales facultad de derecho tesis pregrado Manizales, septiembre de 2007. Tampoco aparece el aporte de su investigación.

#### **Objetivo:**

Determinar como se garantiza el acceso a la Administración de Justicia y el respeto de las garantías de los intervinientes, de manera muy especial, los derechos de defensa y contradicción. Y, finalmente, esclarecer si es garantía de un orden jurídico justo y por consiguiente si da muestra de un acatamiento de las previsiones que en materia de persecución penal, en un Estado social de derecho, establece la sociedad internacional.

#### **Conclusiones:**

José Piscoya Silva quien en su trabajo Procedimiento de la exclusión de la prueba ilícita, Derecho y Cambio Social, parte de la postura que se inclina por la inadmisibilidad de la prueba ilícita, para así poder analizar lo referido al procedimiento de su exclusión del proceso penal. Sin embargo, antes de observar dicho procedimiento, da una breve aproximación al concepto de prueba ilícita a fin de conocer las características de aquello que precisamente se debe excluir del proceso penal y trata las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita.

#### **1.1.2 Antecedentes Nacionales:**

✓ Tesis (2011). *LA PRUEBA ILÍCITA PENAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ*. Autor: CHÁVARRY.

#### **Objetivo:**

El objetivo de la investigación es fundamentar y explicar las dimensiones jurídicas doctrinarias para la admisión y valoración de la prueba ilícita penal en la administración de justicia.

#### **Conclusiones:**

1. El Estado, ejerciendo su función de control penal a través de determinados órganos, establece una política criminal con el fin combatir y disminuir el índice de la criminalidad en nuestra sociedad, utilizando determinados métodos, lineamientos y estrategias de efectividad, dentro de un ámbito funcional de legalidad, de respeto y

tutela irrestricta de los derechos fundamentales que los ciudadanos ostentan.

2. El Derecho Penal, en la época actual y merced a su evolución, constituye un instrumento idóneo para combatir la arbitrariedad, conjuntamente con el proceso penal que contiene reglas favorables al inculgado y también a la sociedad en general.

3. En la época actual, la prueba en cuanto a su actuación está orientada por los conocimientos técnicos y científicos del hombre, pues su valoración y apreciación no se deja al libre albedrío, capricho del juzgador sino que puede ser objeto de una sana limitación fijada especialmente por los criterios de la ciencia y la tecnología que conducen a una oportuna y fecunda aplicación. (Chávarry, 2011:145)

✓ **Tesis (2011). LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO. Autor: ALMANZA.**

**Objetivo:**

Determinar la divergencia en cuanto la aplicación de las excepciones de la prueba ilícita en el delito de corrupción de funcionarios.

**Conclusiones:**

a. Es de vital importancia que los jueces a la hora de emitir sus sentencias motiven las razones por las que valoro en uno u otro sentido los medios actuados en el juicio oral, ello en virtud de la exigencia establecida por nuestra Constitución y porque en un Estado

democrático es preciso que se tenga un control sobre los poderes que ejerce cualquier autoridad.

b. Evitar la insuficiente, inadecuada o aparente motivación puesto que violara la motivación suficiente y producirá la interposición de medios impugnatorios tales como el recurso de apelación y casación.

c. Los operadores jurídicos tengan en cuenta, las formulaciones de estándar de prueba realizadas a partir de las concepciones racionales de la prueba. (Almanza, 2018:119)

✓ **Tesis (2014). LA EXCLUSIÓN PROBATORIA DE LA PRUEBA ILÍCITA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL PERUANO. Autor: Muchaypiña**

**Objetivo:**

Determinar y analizar la conexión o tipo de relación que debe existir entre la exclusión probatoria de la prueba ilícita y las garantías constitucionales en el proceso penal peruano, esto en relación al tipo de investigación jurídica desarrollada que fue una dogmática teórica y normativa, donde el derecho fue analizado solo en su aspecto formal y abstracto, en base a las teorías del garantismo procesal, garantías constitucionales, derechos constitucionales y el proceso penal constitucionalizado, teorías que han servido de justificación y sustento para el marco teórico y discusión de la presente investigación.

## **Conclusiones:**

1. A la vista de lo desarrollado, queda claro el papel capital de la Constitución en la adecuación del sistema procesal penal a los postulados y exigencias procesales propias de un Estado Democrático de Derecho. Por lo que tras la Constitución, el principal hito en materia de lucha contra la prueba ilícitamente obtenida es el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, pero no son suficientes para dar respuesta a la rica variedad de situaciones ilícitas en materia de obtención de pruebas.

2. Mediante la regla de la exclusión de la actividad probatoria, se exige que aquella prueba reputada como ilícita no puede ni debe ser admitida ni valorada, en tanto que en su obtención se ha vulnerado derechos o libertades fundamentales.

3. En la investigación ha quedado demostrado la conexión o relación directa existe entre la exclusión probatoria de la prueba ilícita y las garantías constitucionales en el proceso penal peruano, en consecuencia la sanción penal sólo se puede imponer si se llega a demostrar, tras la celebración de su juicio público, en el que se practiquen con todas las garantías las pruebas de cargo que desvirtúen la presunción de inocencia. (Muchaypiña Ríos, 2014:153 - 154)

### **1.1.3 Antecedentes Locales:**

No se encontraron tesis al respecto.

## **1.2 BASES TEÓRICAS**

### **1.2.1 LA VERDAD PROCESAL Y LA PRUEBA. -**

#### **1.2.1.1 Conceptos de Verdad.**

Según Marilena Chauí, es la exigencia de lo verdadero que da sentido a la existencia humana (Chauí, 2003), Toda actividad filosófica del ser humano está ligada al valor de la verdad, como motor constante del desarrollo de la humanidad. La verdad es prerrequisito esencial para la libertad del hombre, conforme a la célebre frase de Jesús: "conoceréis la verdad, y la verdad os liberará".

La prueba tiene conexión íntima con esa constante actividad del ser humano de búsqueda de la verdad. Conforme el diccionario Aurelio, prueba significa "aquello que atesta la veracidad o la autenticidad de algo, demostración evidente" (Ferreira, 2004). Así, probar significa establecer la verdad sobre algo, induciendo en el espíritu del juez la certeza de la correspondencia entre la idea y la verdad. En el estudio de los problemas de la prueba, no se puede dejar de analizar su relación con la verdad.

A pesar de la multiplicidad de las posibles definiciones filosóficas de la verdad (Chauí, 2003), es posible resaltar cuatro corrientes de conceptualización de la verdad. Para el racionalismo moderno, la verdad es la correspondencia entre la idea y la esencia de la cosa conocida; para el idealismo, la verdad es conocimiento de las esencias universales constituidas a priori por la conciencia reflexiva (por lo tanto, un fenómeno interno al sujeto del conocimiento); para la filosofía analítica, la verdad es la coherencia interna de un lenguaje que presenta axiomas, postulados y reglas

para sus enunciados y argumentos; y para la teoría pragmática, la verdad no es sólo una explicación de algo o hecho, sino sobre todo un conocimiento que permite obtener consecuencias prácticas y aplicables, de modo que la marca de lo verdadero es la verificabilidad de los resultados y la eficacia de su aplicación.

Finalmente, al lado de esas perspectivas filosóficas de la verdad, se añade la perspectiva sociológica de Foucault de la verdad como no un reconocimiento objetivo de la realidad, sino una forma de poder que genera un conocimiento, el cual es siempre una cierta relación estratégica en que el hombre se encuentra situado. En Foucault, no es la verdad que crea el poder, sino el poder que crea la verdad, pues las estructuras políticas son ellas mismas constitutivas del sujeto de conocimiento. "Afirma Foucault que" [...] las condiciones políticas, económicas de existencia no son un velo o un obstáculo para el sujeto de conocimiento, sino aquello a través de lo que se forman los sujetos de conocimiento y, por consiguiente, las relaciones de verdad " (Foucault, ed. 2003). Sobre la verdad producida en el proceso, Foucault aclara que la investigación es una forma de saber-poder, que selecciona políticamente las cosas que van a ser consideradas como verdaderas (Foucault, ed. 2003).

Esta búsqueda de la verdad también alcanza el Derecho, ya que éste presupone la existencia de un hecho litigioso para sobre ese ser aplicado, y el hecho es siempre una reconstrucción histórica de acontecimientos revelados al juicio mediante las pruebas de los autos. Siendo la justicia el objetivo primero del Derecho y del proceso, la verdad se parece como valor inherente a la justicia, instrumentalizado mediante el derecho a la prueba.

Así, al lado de las concepciones filosóficas y sociológicas de verdad es posible reconocer una especie de verdad jurídica: la

verdad procesal. Esta reconstrucción procesal de la verdad se realiza a través de la prueba.

#### **1.2.1.2 Verdad Material y Verdad Formal.**

En la búsqueda de la verdad en el proceso, dos "principios de verdad" guiaron la doctrina más tradicional: la verdad formal y la verdad material. Según esta clásica distinción, el principio de la verdad material (real o sustancial) corresponde a la regla de que el objetivo principal del proceso es el descubrimiento de la verdad, así entendida como la reproducción plena de un hecho a través de las pruebas. Como consecuencia, el juez tendría más poderes de iniciativa probatoria, destinados a la investigación de la verdad y realización del interés público exigido por la justicia penal. Según Barros, "durante muchas décadas prevaleció el entendimiento de que el ideal de justicia sería alcanzado cuando la sentencia estuviera basada en la verdad material, considerada la propia alma del proceso penal"

De acuerdo con el principio de la verdad formal, se permitiría al juez ser más condescendiente en el escrutado de los hechos, sin que se le exigiera postura más activa en la iniciativa de la producción de la prueba. Así, se permitiría al juez conformarse con la cognición de los hechos revelados por la iniciativa probatoria de las partes, como forma de abreviar la solución del litigio, sin que se critique la conformación con la mera verdad proyectada por las partes en el proceso.

Tradicionalmente, esa visión dicotómica de la verdad ha sido asociada a la naturaleza de los intereses involucrados: los intereses disponibles, normalmente en la mesa civil, se regir por la

verdad formal; y los intereses indisponibles, entre los cuales los tutelados por el proceso penal, se regir por la verdad material. Sin embargo, esta concepción ya se considera superada, ya sea por la existencia de innumerables dispositivos en la legislación procesal civil que determinan la búsqueda de la verdad material, como el permiso, en determinadas situaciones en el proceso penal de conformación con una verdad meramente procesal.

Independientemente de la discusión de la prevalencia de uno de los sistemas de percepción de la verdad en el proceso penal, la cuestión realmente relevante es si es posible, si así lo desea, revelar plenamente la verdad a través del proceso. Ferrajoli responde negativamente a esa indagación. (Ferrajoli, 2002)

Según Ferrajoli, la decisión judicial es un saber-poder, una combinación de conocimiento (veritas) y decisión (auctoritas). Para el maestro italiano, en el campo del conocimiento revelado en el proceso existe una imposibilidad práctica de alcanzar la verdad material. Afirma Ferrajoli que la verdad en el proceso puede ser descompuesta en dos conceptos: verdad fáctica y verdad jurídica. Mientras que la primera es una cuestión de hecho, resuelta por la vía inductiva por las pruebas del proceso, la segunda es una cuestión de derecho, resuelta por la vía deductiva a través de la interpretación del derecho aplicable al caso concreto. La verdad procesal es, según Ferrajoli, una verdad meramente aproximada, y el ideal de plena correspondencia es sólo un principio regulador, un modelo límite. Por otro lado, la verdad jurídica es opinativa, habida cuenta de la existencia de brechas interpretativas en los enunciados a menudo vagos de la ley.

La verdad fáctica, para Ferrajoli, es una modalidad de verdad histórica. Con el recurso a las reflexiones epistemológicas

de la filosofía analítica, Ferrajoli afirma que la verdad fáctica, no pudiendo ser directamente experimentada, debe ser reconstruida indirectamente mediante fuentes de prueba (testimonios, pericias, documentos, etc.). La verdad histórica (fáctica) surge como resultado de una ilación de los hechos "comprobados" del pasado con los hechos "probatorios" del presente, como una inferencia inductiva de probabilidad. Así, "su verdad no está demostrada como siendo lógicamente deducida de las premisas, pero sólo comprobada como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción". "Concluye que la actividad del juez, en la reconstrucción probatoria de los hechos, es eliminar el dilema a favor de la hipótesis más simple, dotada de mayor capacidad explicativa y, sobre todo, compatible con el mayor número de pruebas y conocimientos adquiridos con anterioridad". (Ferrajoli, 2002)

Esta percepción de los límites de la verdad en el proceso no pasó desapercibida a los clásicos. Para Mittermaier, la certeza judicial es dada "cuando todas las hipótesis razonables hayan sido figuradas y rechazadas después de un examen maduro, concluyendo que jamás hay verdad absoluta en la investigación de la verdad histórica. También advertía Malatesta que la certeza es una creencia en la percepción de la verdad y, como estado subjetivo del alma, puede no corresponder a la verdad objetiva. (Malatesta, 2005)

Además de esas limitaciones propias de la investigación histórica de los hechos, añade Ferrajoli que hay otras cuatro limitaciones intrínsecas de la verdad procesal. La subjetividad íntima del juzgador, condicionado por sus circunstancias ambientales; la imposibilidad de autocorrección de la investigación histórica en el proceso, por la ausencia de la refutación y críticas

de otros historiadores y científicos, ante el hecho de que el juez es un "investigador exclusivo"; la deformidad profesional del juez, que pasa a ver los hechos por medio de un prisma jurídico que equivale a un sistema de esquemas interpretativos del tipo selectivo, que recorta los hechos considerados como penalmente relevantes e ignora todos los demás; y la subjetividad de las fuentes de prueba que se producen específicamente para la invocación de los hechos y no antes e independientemente de éstos, como ocurre en la investigación histórica. (Ferrajoli, 2002)

Finalmente, como más una limitación metodológica de la verdad procesal, existen las restricciones procedimentales de producción de prueba, tales como la preclusión, nulidades por vicios formales, los privilegios de no testimoniar y la propia inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos. Tales limitaciones de pruebas, junto con las presunciones legales y el principio del in dubio pro reo acarrearán límites metodológicos al pleno descubrimiento de la verdad en el proceso penal.

Se registra que Ferrajoli critica el exceso de formalismo que retrasa inútilmente la investigación judicial, alejándola de la consecución de la verdad. Afirma el maestro italiano que:

*En el mundo de las normas sustantivas, que necesariamente circunscribe la esfera de la relevancia penal, se añade así un mundo de procedimientos, de ritos y liturgias, que no siempre necesariamente, ya veces insensatamente, condiciona y desvía la búsqueda de la verdad procesal. De ahí resulta, entre otras cosas, una ulterior deformación profesional de la subjetividad del juez y de los demás hombres de leyes que se mueven en el proceso, es decir, esa específica cerración del espíritu espíritu, espíritu de litigio, enredo y cabala, que aún hoy los hace maestros*

*en complicar lo que es simple y en simplificar lo que es complejo, para hacer que Bentham definiera la jurisprudencia como 'el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido del mundo entero'. (Ferrajoli, 2002)*

Concluye Ferrajoli que tanto la búsqueda necesaria de certeza absoluta para una condena como la apertura del proceso a modelos subjetivamente decisisistas son extremos inaceptables, de forma que el maestro italiano supera los dogmas de la verdad material y formal mediante la búsqueda de una verdad procesal.

La búsqueda de esta verdad es una meta para el proceso, ya que la verdad es la condición de legitimidad de las decisiones penales, pero la propia legitimidad de esa verdad procesal aproximada es dada por las garantías procesales de verdad.

Estas garantías de legitimidad a las que alude Ferrajoli son, en primer nivel, la carga de la prueba de la acusación, la posibilidad de refutación penal por la defensa, la convicción motivada por el juez y, a nivel secundario, la publicidad y la oralidad de la prueba y la legalidad de los actos procedimentales (Ferrajoli, 2002). Así, la verdad procesal no es una verdad extorsionada inquisitoriamente, sino una verdad obtenida por intermedio de pruebas y contraprobaciones, en la cual la convicción del juez es externada de forma racional mediante la decisión fundamentada. El proceso debe estar orientado a la búsqueda de la verdad, mediante un sistema dialéctico que permita hacer emerger todos los aspectos del hecho investigado (Carnelutti, 1991).

En sentido similar, afirma Carnelutti que el proceso posee no sólo una verdad relativa, sino también:

*[...] una verdad formal, la cual conduce a una investigación realizada en la forma de una verdad jurídica, mientras que investigada no sólo mediante leyes lógicas, sino también mediante leyes jurídicas y que sólo por el efecto de esa legalidad jurídica se sustituye a la verdad material (Carnelutti, 1991).*

A pesar de estas consideraciones, no se puede simplemente apartar el objetivo de aproximar el resultado del proceso de la mayor aproximación posible con la realidad. En el análisis de las diversas posiciones filosóficas sobre la verdad y sus consecuencias para el proceso, Taruffo afirma que el procedimiento probatorio no es mero subterfugio para dar apariencia de legalidad a un procedimiento de imposición arbitraria de un resultado que siempre favorecerá el más fuerte (teoría ideológica de la verdad no sólo un recurso retórico de persuasión en favor de un derecho procesal disociado de la verdad (teoría semiótico-narrativa), aunque, en determinados momentos, se reconocen estos efectos. Mucho más, se debe suponer que la decisión judicial puede y debe basarse en una reconstrucción lo más verdadera posible de los hechos de la causa, y el medio para este fin es la prueba: "todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que se puede definir como verdadera"(Taruffo, 2005).

De estas breves consideraciones, se concluye que el dilema entre verdad material y verdad procesal es exclusivamente aparente. No existe una verdad material plena en el proceso. Es siempre una meta, un horizonte axiológico, sabiendo que allí jamás se llegará en todos los casos, pero que la verdad en el proceso (la verosimilitud fáctica (Bianchini, 1998), o la probabilidad lógica de la hipótesis a partir de los elementos procesales de confirmación) se

legítima mediante el cumplimiento de las garantías procesales de validez. Como ya afirmaba Aristóteles, "nunca se alcanza la verdad del todo, ni nunca se está totalmente ajeno a ella"(Aristoteles, ed. 1973). Hay, por lo tanto, un principio de búsqueda de la verdad, la verdad alcanzable dentro de las limitaciones intrínsecas del proceso, pero preordenada a una aproximación límite con la verdad material.

Una verdad que se legitima por la observancia al procedimiento, pero que éste también debe estar orientado a una visión de proporcionalidad intrínseca al debido proceso penal.

Sin embargo, existen en el proceso penal situaciones en que la búsqueda de la verdad real es sustituida por una verdad consensual, establecida por la admisión del acuerdo entre las partes.

La autocomposición penal fue introducida legalmente que instituyó los Juzgados Especiales Criminales, permitiendo que, para los delitos de su competencia, el acuerdo civil con la víctima, en los delitos de acción penal privada o pública condicionada a la representación, y la transacción penal venga a extinguir la punibilidad. Sin embargo, esta verdad consensual no debe estar totalmente dissociada de un cotejo mínimo con la verdad procesal, ya que sólo será admisible transacción penal cuando no sea el caso de archivo del término circunstanciado, o sea, todavía se exige una verdad procesal específica de la fase de recepción de la inicial acusatoria (un juicio mínimo de probabilidad). Y, en esos casos, el eventual sacrificio de la verdad material se realiza en atención a otros valores de igual dignidad, como la eficiencia del sistema de justicia penal mediante respuestas alternativas más rápidas y la

posibilidad de evitar la estigmatización del reo resultante del proceso.

Las distinciones relativas a la predominancia de un principio de verdad material o formal estaban ligadas más al poder de iniciativa del juez en la determinación de producción de las pruebas, que, ante el sistema acusatorio, debe ser siempre supletivo para no comprometer la imparcialidad del juez, pero no impide su actuación excepcional en la búsqueda de la finalidad del proceso. De cualquier suerte, su imparcialidad no significa pasividad absoluta, que debe ser mitigada respecto a la estatura constitucional del valor de la verdad.

Otras situaciones de apertura del proceso a la formación de la verdad, que expresa la existencia de un principio de búsqueda de la verdad (a procesadamente alcanzable), también pueden ser reconocidas en la creación de institutos como la delación premiada, en los programas de protección a testigos, criminalización de conductas de los funcionarios y colaboradores de la justicia que perjudiquen la formación de la verdad, como la falsa pericia o el falso testimonio.

### **1.2.1.3 La Verdad en el Proceso Judicial.**

La inexistencia de una verdad material absoluta en el proceso, por lo tanto, no disminuye el valor constitucional de la verdad para el proceso (la usualmente denominada verdad procesal), como valor inherente al concepto de justicia. La justicia es uno de los objetivos fundamentales del Estado.

Siendo el proceso un instrumento de pacificación social, ese alcance no puede ser alcanzado fuera de la exigencia de una verdadera reconstrucción de los hechos, Estando el proceso dirigido a la realización de la justicia y siendo la pacificación social una percepción colectiva de los resultados como siendo justos, y, por lo tanto, una aplicación adecuada del derecho a los hechos sometidos a la jurisdicción, debe el proceso penal estar dirigido al escrutado de la verdad procesalmente posible.

Como recuerda Hassemer, "el proceso penal no puede desviarse del esquema cultural de la sociedad en que él rige", y la racionalidad occidental deriva de una cultura empírica. Cuanto más cercana esta verdad del proceso esté de la realidad, más legítima habrá sido la aplicación del derecho. Un modelo cognitivo de justicia es una garantía no sólo del acusado, sino de la propia legitimidad de la jurisdicción.

Hay, pues, una estrecha relación entre la justicia y la aceptación social de los resultados del proceso. En el caso de que se trate de un delito o de un delito, no se trata de un acto de castigo, otro ciudadano razonable, producirían los mismos resultados. Según Luca, la liturgia procesal de los actos de producción de la prueba representa la transposición simbólica de exigencias éticas y de principios abstractos sedimentados en la conciencia colectiva, como la paridad de armas, el respeto a las reglas de justa conducta en el diálogo y la censura sobre la mentira (y, Luca, 2001). Toda esta liturgia expresa lo que Hasser denominó "modelo de comprensión escénica del proceso penal", con el cual se garantiza y ordena la producción del caso para ser asimilado como verdadero y justo por la cultura y por el esquema de racionalidad de la respectiva sociedad.

### 1.2.2 EL CONCEPTO DE PRUEBA. -

Según Florian, "probar significa proporcionar al proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiere para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho" (Florian, 1982). Para Mittermaier, prueba es la suma de los motivos generadores de certeza de los hechos en la conciencia del juez (Mittermaier, 2004). Mientras la verdad es un dato objetivo de la realidad, la certeza es un estado subjetivo de estar en posesión de la verdad, que no siempre corresponde efectivamente a la realidad.

La verdad procesal es revelada por la prueba. Según Magalhães Gomes Filho, el término prueba puede ser utilizado en tres significaciones (Magalhães, 1997). En una primera, es el conjunto de actividades realizadas por el juez y por las partes en la reconstrucción de los hechos que constituyen el soporte de las pretensiones deducidas y de la propia decisión. En otra perspectiva, la prueba es el instrumento por el cual las informaciones se traen al proceso (medio de prueba). Y, finalmente, la prueba también puede ser considerada como el resultado de esa actividad (la certeza de la convicción del juez).

Las pruebas se clasifican en tres especies: testigos, periciales y documentales. Se incluyen en el concepto de prueba documental en sentido amplio (prueba real) no sólo los papeles e instrumentos, sino las fotografías, grabaciones de audio y vídeo, y los objetos en general. En general, los testimonios y las pericias se producen en el proceso y los documentos se obtienen antes del proceso y posteriormente la parte requiere su unión a los autos (producción).

Según Magalhães Gomes Filho, el derecho a la prueba se desdobra en los derechos a la proposición, admisión, producción y valoración de la prueba (Magalhães, 1997). En cuanto a las pruebas documentales, la parte obtiene el documento fuera de los autos, requiere su adjunta a los autos (proposición) y el juez decide sobre la juntada (admisibilidad y producción). Por lo tanto, para las pruebas documentales, el juicio positivo de admisibilidad de la prueba ya acarrea su producción en los autos. Normalmente, los documentos obtenidos en la fase de la investigación ingresan en el proceso (fase de producción procesal de la prueba) en el momento del ofrecimiento de la denuncia.

En la práctica, hay una elipse de la decisión de admisibilidad de esta prueba documental, presumiendo que, cuando el juez recibe la denuncia y determina el inicio del proceso con la cita, está implícitamente admitiendo en el proceso como prueba los documentos que constan en las investigaciones preliminares que justifican la acusación. Por lo tanto, lo ideal sería que el magistrado, en el momento de la admisibilidad de la inicial, ya analizara también la admisibilidad (licitud) de eventuales documentos que dan soporte probatorio a la acusación y que pasan a ingresar en el proceso como prueba documental.

Hay un entendimiento doctrinal de que sólo son pruebas los actos procesales producidos en el proceso, en presencia del juez natural, de suerte que los actos producidos en la investigación no serían actos de prueba, sino elementos de información preliminar (actos de investigación preliminar), con excepción de las pruebas cautelares y anticipadas (Magalhães, 1997). En efecto, en términos estrictamente técnicos, sólo es posible hablar de prueba, como elemento de información apto para formar la convicción del

juez, aquella que fue producida en el proceso, pues, según antiguo adagio, "lo que no está en los autos, no está en el mundo".

No se debe confundir producción en el proceso con obtención. Es posible que una prueba, especialmente las de naturaleza documental, sean obtenidas unilateralmente por las partes, ocurriendo su producción con la autorización judicial para la juntada (admisibilidad). Según Taruffo, se debe distinguir entre formación de la prueba y control de la prueba. En el caso de que se trate de un proceso de extradición (que se denomina prueba pre-constituida, como un documento autenticado en la oficina), el control será siempre procesal, y versará sobre su aceptabilidad y autenticidad (Scarance, 2004). Para las llamadas "pruebas formadas fuera del proceso", Taruffo afirma que éstas podrán ser utilizadas en el proceso, siendo el contradictorio diferido, no ocurriendo en la formación sino en la utilización procesal.

Al lado de esta concepción más técnica, hay una concepción amplia y no técnica del término prueba, que se refiere a un elemento información apto para generar la convicción de un hecho a las personas. En muchos momentos, el Código de Proceso Penal y la propia Constitución no utilizan aquella primera conceptualización de prueba en sentido procesal.

El dispositivo establece que existe una prueba, que ésta se obtuvo por medio ilícito, y que por lo tanto no debe el juez admitir tal prueba en el proceso. La admisibilidad es el momento en que la prueba ingresa en el proceso. Por lo tanto, la Constitución afirma que existe una prueba antes de su ingreso en el proceso: hay una prueba fuera del proceso. Ciertamente esta conceptualización no es la de la prueba procesal (aquella sobre la cual el juez puede formar su convicción para decidir), sino la de la prueba en sentido

genérico: un elemento de información apto para formar la convicción sobre determinado hecho.

En el caso de que se llevara el concepto de prueba procesal al límite, esta interpretación llevaría a concluir que la propia expresión "prueba ilícita" sería una contradicción en sus términos: si es ilícita no podría ser prueba, pues para ser prueba (ingresar en el proceso) debe ser lícita.

Si en términos procesales es posible afirmar que la prueba ilícita no es prueba pues no existe para el proceso, pues el juez no puede admitirla y no debe formar su convicción sobre la base de sus informaciones, tampoco debe descuidarse que, desde una perspectiva gnoseológica y procesalmente no técnica, la prueba ilícita puede ser prueba (en el sentido laico) de un hecho para la percepción sensorial de los ciudadanos, siendo posible que esta percepción proporcione un conocimiento posiblemente verídico que eventualmente podría contribuir a una aproximación más exacta de la reproducción de la reproducción en el proceso con la verdad de los hechos, aunque, por ser obtenida por medios ilícitos, como regla general establecida por la Constitución, no pueda ingresar en el proceso y, por lo tanto, no pueda ser utilizada por el juez para la formación de su convicción.

Se debe compatibilizar todas estas disposiciones analizadas con la interpretación de que los elementos de información obtenidos en la investigación sólo se prueban para una fase de procedimiento específica: la recepción de la inicial. En este momento, sólo pueden ser pruebas para la formulación de sentencia las producidas en el proceso, bajo el palio del contradictorio y de la amplia defensa, con excepción de las pruebas documentales, que se forman extra procesalmente, y de las

pruebas cautelares. Sin embargo, es innegable reconocer que el CPP y la propia Constitución utilizan la expresión prueba para actos realizados antes del inicio del proceso y, en gran medida, el código trata los documentos obtenidos en la investigación como prueba. También la expresión prueba ilícita ya está tan generalizada que es no se muestra adecuado modificarla, por lo que será utilizada en este trabajo, con las salvedades arriba expuestas.

### **1.2.3 EL DERECHO DE PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.-**

En el caso de que se trate de un hecho de que las partes implicadas en el litigio deben tener el derecho de producir las consecuencias de la realidad de los hechos sometidos a la apreciación judicial, el fundamento del principio de la búsqueda de la verdad, una verdad procesalmente limitada, pero teleológicamente dirigida a una mayor aproximación posible con la realidad de los hechos sometidos a la apreciación judicial, las pruebas necesarias para influir en la formación de la convicción del juez. En esta actividad, el proceso debe estar teleológicamente abierto a, obedecidas las reglas del juego, recepcionar todo material probatorio verosímil que sea pertinente y relevante a la elucidación del hecho controvertido.

Esta argumentación no es sólo lógica, sino también constitucional. La Constitución estableció un cuerpo de derechos considerados fundamentales para el reglamento de la vida en sociedad y estableció disposiciones firmes de dichas declaraciones, denominadas garantías (derechos instrumentales) (Silvia, 2002). La principal de esas garantías es el principio de la protección judicial (Grinover, 1973), expresado en las garantías del

derecho de acción, derecho de defensa y juez natural, todas ellas interconectadas por el debido proceso legal.

El derecho de acceso al Poder Judicial, expresado en el derecho de acción y de defensa, trae implícito en sí el derecho a la prueba como derecho a la prestación jurisdiccional justa, adecuada a los hechos objeto del litigio.

El derecho a la prueba (derechas, o rechtliches Gehör) deflata como garantía implícita en el debido proceso legal (Avolio, 2003), por cuanto el juez efectúa la prestación jurisdiccional sobre hechos, siendo la carga de la parte comprobar los hechos que sirven de base a la suya pretensión. Por lo tanto, siendo la prueba el instrumento de formación de la convicción del magistrado, se incluye el derecho a su producción en el derecho de acceso al Poder Judicial, constituyendo, por lo tanto, una garantía fundamental tanto de la defensa y de la acusación (Cintra, 1996).

El derecho a la producción de la prueba por la defensa también viene expresado en el Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. " F ", garantiza como garantía mínima el " derecho de defensa de investigar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o expertos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

Además de la defensa, no hay duda de que la acusación también tiene un derecho a la producción de la prueba necesaria para el escrutado de los hechos. Según Magallane Gomes Filho, no hay razón para negar ese derecho a los titulares de la acción penal, pues:

*[...] si la Constitución o la ley les confiere la iniciativa de la persecución, obviamente también les está asignando los poderes de participación en todas las actividades procesales, sobre todo aquellas destinadas a la demostración de los hechos en que se funda la acusación; otra cosa no se traduce de los principios de la igualdad y del contradictorio. (Magallanes, 1997).*

Un argumento adicional debe ser introducido que se asegura el instituto de la acción penal privada subsidiaria de la pública. Este dispositivo, ubicado bajo el título de los derechos y garantías fundamentales, revela la indisponibilidad y necesidad de la acción penal pública. Hay el reconocimiento de la garantía fundamental de la víctima de tener la tutela penal de sus derechos fundamentales, tanto que si el titular de la acción penal pública no la intenta en el plazo legal, se le concederá una legitimación superveniente para el enjuiciamiento de la acción. El derecho fundamental a la tutela penal, que es de titularidad colectiva de toda sociedad, concede al individuo directamente afectado por el delito una garantía, en la forma de derecho subjetivo de ajusticiar la acción penal privada subsidiaria de la pública, y también revela el deber de protección penal del Estado, como verso y anverso de la misma moneda (Olliveira, 2004). Como consecuencia de la garantía fundamental de la tutela penal, hay el derecho del Ministerio Público, como titular de los derechos de la sociedad, a demostrar los hechos contenidos en la denuncia y formar la convicción del juez en el sentido de la acogida de su pretensión. Por lo tanto, también la acusación tiene un derecho a la prueba, que se califica como una garantía fundamental.

El derecho a la prueba tiene especial relevancia para la acusación, ya que el acusado goza de la presunción de no culpabilidad, que sólo puede ser superada por la existencia efectiva

de pruebas de su culpa. Habiendo un deber de protección penal, calificado como derecho fundamental, la producción de la prueba pasa a ser para la acusación no sólo un derecho, sino un deber.

Este derecho a la prueba no es sólo procesal. Se plantea antes del inicio de la acción, ya que el órgano de acusación necesita apoyo probatorio mínimo para que su imputación sea recibida. Como consecuencia del derecho a la prueba hay un derecho a la investigación, de titularidad no sólo del acusador, sino también de la defensa.

Siendo una garantía fundamental el derecho a la prueba, su limitación, y, por lo tanto, la limitación a la aproximación de la verdad procesal a la verdad material, sólo debe ocurrir en situaciones excepcionales. De ello se deriva el principio de libertad de los medios de prueba, que implica la plena admisibilidad de los medios de prueba idóneos a formar la convicción del juez, aunque no estén expresamente previstos (pruebas atípicas).

Así, en el silencio de la ley, se deben admitir los medios de prueba aptos para la aclaración de los hechos; en el supuesto de determinación legal de un procedimiento para la producción de la prueba, su inobservancia acarreará una nulidad, que estará sujeta al examen del perjuicio para la declaración de su invalidez.

Las limitaciones a la producción de la prueba son, por lo tanto, negativas, de suerte que la regla es la admisibilidad, y la excepción será su restricción.

La especial relevancia tiene este principio de la libertad de los medios de prueba para las pruebas documentales (en sentido amplio), tales como fotografías, filmaciones, grabaciones,

mensajes electrónicos y otros artefactos científicos, ya que su obtención, en algunas situaciones, no está regulada en el caso de que se produzca una lesión a otros principios constitucionales, entre los cuales, de forma más sensible, el derecho fundamental a la intimidad.

Sin embargo, esa libertad de los medios de prueba, derivada del principio de la libre convicción y de la búsqueda de la verdad material, no implica anarquía en las operaciones cognitivas del juez, ya que la verdad procesal está legitimada por la observancia de los procedimientos que aseguran a las partes una participación efectiva en la producción de la prueba, y limitan las pruebas producidas en desacuerdo con esos estándares. Así, el Estado de Derecho debe, al mismo tiempo, procurar averiguar la verdad y, en situaciones de violaciones de sus parámetros de conducta, limitar esa verdad para instituir un sistema de respeto a los derechos fundamentales.

#### **1.2.4 LAS PRUEBAS ILÍCITAS.-**

##### **1.2.4.1 Sistemas de tratamiento de Pruebas Ilícitas.**

A pesar de las consideraciones anteriores sobre el valor de la verdad para el proceso como requisito necesario para la legitimidad de la decisión y la justicia del juicio, la búsqueda de la verdad en el proceso no debe ser perseguida a cualquier costo, como un valor absoluto.

Según Roxin, "la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el proceso penal, sino que el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado" (Roxin, ed.2000). En verdad, la necesidad de límites a la producción de pruebas no es una construcción reciente, pues, según Tabosa Pinto, la inadmisibilidad de pruebas que violan la ética se remonta a la Roma antigua (Tabosa, 2000). No siendo los derechos fundamentales absolutos, incluso el derecho a la prueba podrá ser limitado cuando haya la colisión con otros principios constitucionales.

Y que la verdad judicial no es absoluta o ontológica, sino procesalmente válida, concluye que "su obtención a costa de la dignidad del hombre es impensable" (Gossel, 1991). Es necesario, pues, establecer las limitaciones a la admisibilidad de la prueba con la función de proteger los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado. No se desea que los agentes estatales encargados de la persecución penal, en nombre de la finalidad de esclarecer ilícitos, ellos mismos violen la ley y cometan ilícitos, sustituyendo la criminalidad privada por lo que Gössel denomina "criminalidad de Estado" (Gossel, 1991).

Hay dos sistemas tradicionales de lidiar con el problema de las pruebas ilícitas (Grinover, 1982). Para una línea doctrinal, deben ser admitidos todos los medios de prueba aptos para formar la convicción del juez, independientemente de su forma de obtención, ya que la ilicitud no compromete necesariamente la veridicidad de la información. Esta línea fue predominante en el sistema del common law, teniendo en el sistema continental defensores como Cordero, Carnelutti, Leone y Rosemberg. Su máxima es el *male captum, bene retentum*, que propone la admisión de la prueba en el proceso, sin perjuicio de la sanción civil, administrativa y criminal contra el eventual infractor. En la otra

línea, están los defensores de la inadmisibilidad de la prueba ilícita, con base en la necesidad de protección de los derechos constitucionales.

A pesar de que varios países tienen un tratamiento oscilante sobre el tema de las pruebas ilícitas y pocos han elevado su regla a nivel constitucional, la Constitución, que "son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos".

Así, las discusiones sobre la posibilidad irrestricta de admisibilidad de la prueba ilícita están constitucionalmente superadas, ya que la Constitución establece el punto de partida hermenéutico, aunque algunos autores nacionales aún hoy defienden la tesis de la admisibilidad de la eficacia jurídica de la prueba ilícita (Pedroso, 2005). Sin embargo, para la correcta aplicación de dicho dispositivo, hay que delimitar el alcance de esta prohibición de prueba.

#### **1.2.4.2 Justificación de las limitaciones Probatorias.**

Según Magallanes Gomes Filho, los sellos de utilización de pruebas pueden tener dos especies de motivos: procesal o extra-procesual. En el primer caso, la inadmisibilidad tiene por objeto el vedado de utilización de pruebas cuyo vicio puede comprometer la veracidad de su información y por lo tanto inducir al juzgador a error.

El ejemplo de esta primera situación es la exigencia de examen de cuerpo de delito para la comprobación de la

materialidad de la infracción penal y las restricciones de prueba relativas al estado civil de las personas, que deben ser probadas de acuerdo con la legislación civil. En el segundo caso, la finalidad del sello es política, destinada a proteger otro bien jurídico. El ejemplo de esta situación son los privilegios de no testificar, destinados a proteger determinadas relaciones (entre paciente y médico, cliente y abogado, fuente y periodista, o entre parientes), y aún las pruebas ilícitas, destinadas a penalizar al infractor de un derecho material para que no ocurra la reiteración de la violación (Magallanes, 1997).

Así, la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos no es un principio establecido porque la verdad transmitida por el medio de prueba es falsa.

A pesar de los verdaderos hechos evidenciados por el medio de prueba, ese no será admitido en el proceso por una finalidad política: sacrificar la verdad en el proceso para crear un sistema procesal que respete los derechos fundamentales.

#### **1.2.4.3 Conceptos: pruebas ilícitas e ilegítimas.**

En cuanto a los percances de las prohibiciones de prueba, Costa Andrade califica las investigaciones doctrinales sobre el tema de las pruebas ilícitas como una verdadera torre de Babel, en la que cada autor propone una sistematización propia (Costa, 1992).

Miranda Estrampes afirma que existe una multiplicidad de terminologías para el problema, como "prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida,

prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o irregular incluyendo prueba clandestina "(Miranda, 2004).

Sin embargo, se puede afirmar que existe una relativa uniformidad en cuanto a las terminologías utilizadas. La obra pionera que tuvo mayor influencia en la formación de la doctrina nacional fue Libertades públicas y proceso penal, de Ada Pelegrini Grinover.

Esta obra, adoptando la terminología utilizada por Nuvolone, hace la clasificación de prueba vedada como un género, del cual hay dos especies, las pruebas ilegítimas y las pruebas ilícitas. La prueba ilegítima es obtenida con violación a la ley procesal y tiene como sanción la nulidad; la prueba ilícita es obtenida con violación a la regla de derecho material y tiene como sanción la inadmisibilidad. Esta clasificación de Nuvolone, introducida por Grinover, ha sido recurrentemente utilizada por la doctrina nacional, de forma que se puede afirmar que, hoy, esa clasificación es la aceptada por la doctrina mayoritaria en el tema de las pruebas ilícitas. (Grinover, 1982).

A esta concepción es relevante añadir comentarios sobre la definición de las pruebas ilícitas como violaciones a derechos fundamentales materiales, y su relación con las violaciones a situaciones extraprocesales.

#### **1.2.5 LA PRUEBA ILÍCITA COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. –**

El derecho cuya violación dará lugar a la ilicitud de la prueba debe ser un derecho fundamental. La garantía fundamental de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas está estratégicamente ubicada bajo el título de los derechos y garantías fundamentales. Su finalidad es crear un sistema de actividad procesal que respete mínimamente los derechos que figuran en la Constitución considerados esenciales para la convivencia en sociedad. El problema ante el caso concreto es delimitar la línea que separa el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad, teniendo en cuenta el carácter analítico de nuestra Constitución. Discurriendo sobre el tema, así se manifiestan Díaz Cabiale y Martín Morales:

*En resumen, una violación legal que no conlleve lesión constitucional no activará la garantía constitucional de la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida. El intérprete, a la hora de delimitar la línea que separa los planes de legalidad y constitucionalidad, debe atenerse a los criterios de la correspondencia y de la intensidad constitucional (Díaz, 2001).*

Así, las correspondencias meramente difusas entre el texto legal y la previsión constitucional no acarrearán el accionar de la garantía de la inadmisibilidad de la prueba, siendo necesaria una correspondencia específica, directa. También será necesario que la lesión contenga una suficiente intensidad constitucional para accionar la garantía. Por lo tanto, aunque se trate de la violación de una norma de Derecho penal, tal violación no acarreará necesariamente la garantía fundamental de la inadmisibilidad de la prueba resultante; esto sólo ocurrirá si el bien jurídico tutelado por la norma penal tiene suficiente correspondencia con un derecho fundamental previsto en el texto constitucional y la lesión es intensa y grave lo suficiente para accionar la garantía. Así, no

necesariamente las informaciones provenientes de todos los delitos penales constituirán necesariamente una prueba ilícita.

Es verdad que la mayoría de los bienes jurídicos penalmente tutelados deben tener un grado de vinculación con los derechos fundamentales, pero elegir ese criterio como definidor tiene varios inconvenientes. En primer lugar, deja el contenido de la garantía fundamental de la inadmisibilidad de la prueba a la discreción del legislador infra-constitucional.

Así, si éste fuera el criterio definitivo, varias de las violaciones a la intimidad que no constituyen ilícito penal quedarían desprotegidas de la garantía de la inadmisibilidad de la prueba ilícita. Segundo, ¿por qué no todas las contravenciones penales poseen efectivamente un grado adecuado de conexión con un bien jurídico penal, de modo que la estabilidad de un criterio que identificara las pruebas ilícitas con las violaciones a leyes penales sería apenas aparente. En tercer lugar, hay varios crímenes que tampoco poseen una intensidad constitucional que justifique accionar la garantía, como los crímenes de peligro, de consumación anticipada, culposos, tentados, infracciones penales de menor potencial ofensivo y otros en los que no puede afirmarse una situación en que el derecho fundamental material fuera violado con suficiente intensidad que necesite accionar la garantía fundamental de la inadmisibilidad (Díaz, 2001).

También violaciones a meras reglas civiles o administrativas no darán lugar a la exclusión de la prueba. Díaz Cabiale y Martín Morales proporcionan un ejemplo interesante de situación en la que la violación de una norma infra-legal no dará lugar a la aplicación de la garantía fundamental de la inadmisibilidad:

*[...] si un reportero, violando una prohibición administrativa de utilización de cámaras en un espacio público (museo, palacio de la justicia, etc.), graba imágenes que posteriormente sirven para identificar a un ladrón de obras de arte, esa vulneración de la norma infra-legal no conduce a una situación de prueba ilícita" (Díaz, 2001).*

#### **1.2.6 PRUEBA ILEGAL COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS MATERIALES. -**

La segunda observación sobre la definición de prueba ilícita es que ésta no alcanza los derechos fundamentales de naturaleza procesal.

El vedamiento constitucional está relacionado con el medio de obtención de la prueba, o sea, el derecho que fue violado para su obtención. Una interceptación telefónica con motivación judicial deficiente no fue obtenida por medios ilícitos; el medio fue lícito, hubo un procedimiento judicial para su autorización, sólo ocurrió una transgresión a la norma procesal (que determina la fundamentación), que generará no la ilicitud, sino la nulidad de la prueba, por tratarse de prueba ilegítima.

En cuanto a la correspondencia e intensidad entre la norma procesal y la norma constitucional procesal, se tratará de nulidad absoluta, que acarreará la ineficacia del acto procesal (ausencia de efectos procesales de la prueba). En el caso de que no exista esa lesión directa a la norma constitucional procesal, la nulidad será sólo relativa, siendo necesaria la verificación del efectivo perjuicio, de la preclusión, inexistencia de convalidación y demás

peculiaridades del sistema de las nulidades. No debe ocurrir una correspondencia entre los conceptos de ilicitud y nulidad pues hay nulidades relativas que no acarrearán la inadmisibilidad de valoración.

Hay otra distinción relevante: a diferencia de las pruebas ilícitas, que en determinadas situaciones (extremas) pueden contaminar las pruebas derivadas de su información, las pruebas nulas no contaminan otras pruebas.

Lo que puede ocurrir en la hipótesis será la desconsideración sólo de la prueba nula, o eventual anulación del juicio por error in procediendo, y consecuente repetición de la prueba y reanudación del curso del proceso. Pero otras pruebas no serán ilícitas por derivación, ni deberán ser anuladas, ya que los actos instructores no guardan relación de causalidad entre sí.

### **1.2.7 LA PRUEBA ILÍCITA COMO VIOLACIÓN EXTRA-PROCESAL. -**

Según la doctrina nacional mayoritaria, el momento de obtención de la prueba es un criterio diferenciador de la inadmisibilidad y de la nulidad.

Así, si la prueba fue obtenida durante el procedimiento, se trataría de prueba ilegítima, y, por lo tanto, nula, por la eventual desobediencia al procedimiento de su realización; ya si la prueba fue obtenida fuera del procedimiento con alguna violación, se trata de prueba ilícita y, por tanto, inadmisibile.

Esta diferenciación parte de la distinción entre obtención de la prueba y producción de la prueba: obtener es acceder a la prueba, que puede ser fuera del proceso, producir es introducir el medio de prueba en el proceso, tras el examen positivo de la admisibilidad. En el caso de las pruebas documentales, primero la parte obtiene la prueba (v.g., se realiza una grabación ambiental) y después postula su introducción en el proceso; en caso de que el juez defiera la juntada, estará profiriendo un juicio de admisibilidad positivo y ya estará consumando la producción de la prueba.

Como la admisibilidad precede a la producción (introducción) de la prueba en el proceso, el juez deberá examinar si el documento obtenido fuera del proceso es lícito y, en caso de no ser, dictar un juicio de admisibilidad negativo y no permitirá que éste se introduzca en el proceso como prueba documental.

Esta distinción efectivamente corresponde a la regla general, pero no puede ser generalizada. Hay situaciones en las que una prueba no viola un derecho material, no se obtiene en el curso del proceso y aun así no puede surtir efecto: es el caso de la prueba prestada, en relación a la cual el entendimiento mayoritario es que su admisión, si no hay participando en el proceso original las mismas partes, viola el principio del contradictorio.

En ese caso un principio procesal veda la admisión de una prueba en el proceso. También es posible que ocurra una violación de derecho material en el curso del proceso, como la hipótesis en que un juez realice amenazas y coacciones a un acusado durante su interrogatorio: la coacción viola el privilegio de la no auto-incriminación, que protege la libertad de no testimoniar contra sí mismo y por lo tanto constituye prueba ilícita. Por lo tanto, la distinción entre prueba ilícita e ilegítima debe ser realizada por el

efectivo análisis del derecho que está siendo violado en su obtención (derecho fundamental material).

### **1.2.8 INADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS. -**

Según Gössel, "el problema de la prueba viene enmarcado entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, como comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales" (Gossel, 1991).

Por lo tanto, existe una tensión latente en el derecho a la prueba y en la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas: la efectividad del proceso como valor constitucional asegurado por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y expresado en el deber de protección penal, y la garantía individual de que una prueba obtenida la forma ilícita sea excluida del proceso. Considerando la unidad de la Constitución, cabe indagar si la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, es una regla o un principio constitucional, según la ya expuesta. Se debe examinar si la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas es absoluta o si, en algunas situaciones, es posible establecer excepciones ante otros principios constitucionales derivados de la ponderación de los intereses involucrados.

En al menos una situación no plantean dudas en cuanto a la posibilidad de utilización de una prueba ilícita en juicio: su utilización para comprobar la inocencia del acusado. Siendo la amplia defensa también un principio constitucional, en el embate entre la eficiencia del proceso para descubrir la verdad e inocular a un acusado injustamente acusado y la garantía fundamental de la inadmisibilidad, la absolución del inocente tiene un peso mucho

mayor. La política criminal del Estado de Derecho, que se sustenta en el valor metajurídico de la dignidad de la persona humana, no puede contentarse con la condena de un inocente.

Una situación contraria a la política criminal del Estado democrático de Derecho, que no puede admitir como fin de pacificación social la condena de quien no es culpable. Esta posición de admisión de la denominada prueba ilícita pro reo ha recibido el posicionamiento ampliamente favorable de la doctrina nacional y extranjera.

Si el principio admite una ponderación de intereses al menos con el derecho a la prueba de la defensa, derivado del principio de la amplia defensa, hay que definir si es posible la ponderación con otros principios constitucionales, en particular el derecho a la prueba de la acusación, acción y requisito esencial para la realización del deber de protección penal eficiente.

Se indaga: ¿pueden las garantías procesales, que poseen la naturaleza de reglas del juego, también ser objeto de ponderación de intereses? La respuesta es afirmativa.

Un primer punto a destacar es la clasificación de las garantías procesales en la teoría de los derechos fundamentales.

La doctrina patria distingue los derechos fundamentales de las garantías fundamentales, que son disposiciones firmes de las declaraciones (derechos instrumentales). Así, las garantías procesales son expresión de los derechos fundamentales a la protección y de los derechos fundamentales a normas de organización y procedimiento. Por lo tanto, dentro de la teoría de los derechos fundamentales, las garantías procesales también son

principios fundamentales que están sujetos a la colisión ya la ponderación.

La ponderación de intereses en relación con garantías procesales no es ninguna innovación, sino que forma parte del trabajo cotidiano de los operadores del derecho procesal penal.

Cuando permite que el juez ratifique la decisión de recibir la denuncia dictada por el juez absolutamente incompetente, está realizando una ponderación de intereses sobre la garantía procesal del juez natural y la eficiencia del proceso. También cuando hay una restricción al derecho a la defensa en las decisiones urgentes (vulgo liminares), decidiéndose primero para realizar el contradictorio de forma diferida, también se balancea la garantía del contradictorio con la eficiencia.

De la misma forma en relación con la restricción a la publicidad del procedimiento durante las investigaciones o en las situaciones de interés público relevante, existe el cotejo entre la eficiencia y la garantía de la publicidad. Cuando se permite que un pariente del acusado venga a dar testimonio, pero sin prestar compromiso y sin someterse a las penalidades del delito de falso testimonio, cuando tal prueba sea esencial para la elucidación de los hechos, también se está ponderando el interés de la averiguación de la verdad con la preservación de los lazos de familia.

También, cuando se admite la utilización de las denominadas "pruebas cautelares" obtenidas en la fase inquisitorial, sin contradicción, como los exámenes periciales en general, especialmente el examen de cuerpo de delito, aunque tales pruebas hayan sido producidas unilateralmente por la policía judicial sin ninguna participación tanto del juez como de la defensa

o del titular de la acción penal, se está realizando una ponderación entre la eficiencia del proceso y el contradictorio (que o no era posible por la ausencia de identificación de la autoría o urgencia de la diligencia, o, si fuera posible, en demasía el trámite de las investigaciones).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, es justificada por la ponderación de ese derecho con los intereses más relevantes de la elucidación del ilícito penal. La propia presunción de inocencia es mitigada por la admisibilidad de la prisión preventiva, antes del tránsito en juzgado o, el más serio, aún en el curso de las investigaciones, todo en ponderación con la cautelaridad de esa medida, destinada a asegurar la eficiencia del proceso penal.

Como se ve en el capítulo anterior, el proceso penal no se dirige unilateralmente a la defensa del individuo, sino que tiene una función comunitaria de pacificación social mediante la realización práctica del derecho penal, y su instrumentalidad debe albergar estos dos factores: garantías individuales y funcionalidad.

Es de la máxima efectividad de estos dos vectores que el proceso penal recibe su impulso vital. Por lo tanto, no debe causar extrañeza que una garantía procesal sea ponderada con otros principios constitucionales.

El principio de proporcionalidad es un patrón hermenéutico para la visión sistémica de la Constitución también en relación a las garantías procesales. La cuestión de si su aplicación limita la garantía procesal, o la delimita, es sólo una cuestión de opción en cuanto a las perspectivas interna y externa de los derechos fundamentales.

En este sentido, discutiendo sobre las pruebas ilícitas, afirma Barbosa Moreira que los principios procesales no deben ser tenidos como dogmas religiosos, sino ser leídos de acuerdo con su significación instrumental, y su finalidad a la consecución de los fines del proceso, concluyendo que las normas jurídicas se articulan en un sistema, cuyo equilibrio se impone en un complejo de restricciones inmanentes entre los diversos principios en eventual colisión.

Una posible contra-argumentación sería que la ponderación de intereses podría desfigurar totalmente las garantías procesales, aportando inseguridad y resultados injustos.

Se podría imaginar una posible (e incorrecta) ponderación de intereses con el vedamiento de la pena de muerte o en relación a la intranscendencia de la pena, expresamente vedadas en la Constitución.

En este caso, ambas reglas constitucionales explicitan un principio mayor que el de respeto a la dignidad de la persona humana. En estas situaciones, difícilmente sería posible ni siquiera vislumbrar una hipótesis en la que la ponderación de intereses justificaría al Estado a aplicar una pena de muerte o castigar a otro por el delito del acusado. Por otra parte, tampoco puede olvidarse que la legítima defensa, que es expresión del principio de proporcionalidad, puede validar incluso una "pena de muerte" aplicada por un particular o agente del estado en situaciones más extremas, cumpliendo los requisitos.

Por lo tanto, reconocer la posibilidad de ponderación de intereses en garantías procesales no significa permitir el arbitrio

judicial de resultados injustos o la relativización de los derechos fundamentales. Cada ponderación debe siempre seguir por las balizas dogmáticas establecidas para su realización, ya explicitadas anteriormente.

A pesar de ser elegida como un mandamiento, que vincula a los poderes públicos, la norma de la inadmisibilidad está conectada con las demás normas constitucionales y sólo puede ser comprendida como parte del todo que integra (Principio de la unidad de la Constitución).

Así, es posible la ponderación de intereses sobre el principio constitucional de la inadmisibilidad de pruebas obtenidas por medio ilícito cuando éste está en conflicto con otro principio constitucional. Sin embargo, la ponderación de intereses en relación con dicha garantía procesal fundamental no puede realizarse de la misma manera que las demás ponderaciones de intereses en el conflicto de derechos fundamentales materiales.

La garantía constitucional de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos posee una inexorable interacción con la realidad material, revelando una doble naturaleza: está orientada hacia el pasado en relación con el derecho fundamental violado (normalmente fuera del proceso) y para el futuro en relación con los efectos (o ausencia de éstos) de la verdad emergente de la actividad que violó el derecho fundamental. A pesar de tener una naturaleza procesal, al ligarse con los efectos de un hecho para el proceso, posee indiscutible naturaleza material, presentándose como una sanción a un ilícito material cometido.

Se podría argumentar que, teniendo la Constitución establecida la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, ya tendría el texto constitucional elegido la relación de precedencia entre los intereses en conflicto en la licitud probatoria, y tal elección dispensaría cualquier ponderación. Este raciocinio no prospera al considerar de antemano un principio como absoluto.

Según Alexy, efectivamente las disposiciones de derechos fundamentales poseen un carácter doble, al positivizar principios y también establecer determinaciones frente a las exigencias de principios contrapuestos. Sin embargo, concluye el maestro que aun así tales determinaciones frente a los principios contrapuestos poseen un carácter incompleto, de modo que no posibilitan, en todos los casos, una decisión libre de ponderación (Alexy, 2002).

El problema consiste, pues, en reconocer cuáles son los factores en ponderación aptos para posibilitar un resultado justo sin que ello conduzca a un proceso inquisitivo degradante de los derechos fundamentales. Y establecer los criterios concretos de dicha ponderación.

Luca, al hablar sobre las pruebas ilícitas, afirma que es necesario superar una racionalidad rígida y legalista por una teleológica, invocando lo que Max Weber calificó como "racionalidad relativa al valor". Considerando que el carácter instrumental del derecho procesal también alcanza las garantías constitucionales procesales, el análisis de los criterios de la ponderación de intereses parte de la investigación sobre esa teleología de la garantía constitucional de la inadmisibilidad.

La justificación de la existencia de la garantía constitucional del principio de inadmisibilidad debe seguir un patrón de lógica y razonabilidad y no de mera interpretación literal y positivista del

texto constitucional. Según Alexy, los principios son marcados por la generalidad, que permite conocer la "Idea del Derecho", creando un modelo que avanza del General al Especial (Alexy, 2002). La revelación de la justificación axiológica de la regla de exclusión revelará su naturaleza y podrá guiar al intérprete a una correcta aplicación del instituto en las situaciones difíciles (hard cases).

En el mismo sentido es la lección de Dworkin, al afirmar que la cuestión relativa a la observancia de una cantidad mínima de exactitud en el juicio es una cuestión de principio (de derecho y no de mera política utilitarista) que influye directamente en el derecho a la prueba y demás controversias procedimental. Según Dworkin, el derecho a la prueba es "una cuestión de principio especial en varios sentidos", ya que "se trata de una cuestión que exige, en la determinación del contenido de un derecho, atención a las consecuencias sociales de diferentes reglas y prácticas" . Concluye que la decisión sobre la exclusión de una prueba y, por lo tanto, sobre la afectación del nivel de exactitud del resultado del proceso penal, debe ponderar adecuadamente el riesgo de error judicial derivado de la exclusión de la prueba y la lesión del derecho procesal por parte de la parte de producir la verdad en el proceso y tener un juicio justo (Dworkin, 2000).

Así, en la resolución del problema, se seguirán dos fases.

En la primera, hay que delimitar el ámbito de protección de la garantía constitucional de la inadmisibilidad para la configuración de la violación material, y ese ámbito ha de definirse mediante el análisis del horizonte teleológico, la justificación racional de la existencia de dicha garantía. Se debe recordar, según la teoría de Alexy, que las situaciones aparentemente problemáticas deben ser insertadas, prima facie, en el ámbito de protección.

En un segundo momento, será necesario el análisis de los tres sub principios de proporcionalidad, mediante la verificación de la adecuación de la restricción al derecho a la prueba, la necesidad (inexistencia de otro medio menos gravoso para proteger el derecho violado) y la ponderación de intereses con los demás principios en colisión para determinar el vector preponderante según consideraciones de precedencia condicionada a las peculiaridades del caso concreto. Esas relaciones de precedencia condicionada deben evaluar las peculiaridades concretas en las que las necesidades de aplicación del principio de inadmisibilidad sean más débiles y la prevalencia del principio de la protección penal sea preeminente. De cualquier suerte, existe un amplio espectro de zona gris de incertidumbre en cuanto a la inserción de la situación-problema en el ámbito de protección de la garantía, de forma que la ponderación de intereses actúe también como parámetro para la determinación del contenido y de los límites de la garantía fundamental.

En la ponderación de intereses entre la teleología de la garantía de la inadmisibilidad y el deber constitucional de protección penal, ambos dirigidos a la protección de los derechos fundamentales, el reconocimiento de eventuales excepciones al principio de inadmisibilidad no implica la negación de la naturaleza procesal de dicha garantía constitucional, una lectura multifocal del fenómeno de la violación pasada de un derecho constitucionalmente asegurado y de los efectos futuros de la verdad emergente de dicha actividad. Acarrea el reconocimiento de que es necesaria la instauración de un sistema de garantías a los derechos fundamentales, pero al mismo tiempo que un exceso de garantías a determinados derechos puede dejar en descubierto

varios otros derechos también fundamentales y que, por lo tanto, se está ante una colisión de principios.

### **1.2.9 TELEOLOGÍA DE LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE LA INADMISIBILIDAD.-**

Al hablar sobre las diversas finalidades de las prohibiciones de prueba, Gössel afirma que pueden recogerse en la doctrina las siguientes justificaciones para el instituto:

*[...] la función de "promover a la víctima de un medio jurídico efectivo" de proteger la averiguación de la verdad del tribunal de la utilización de "medios y vías" por experiencia llenos de defectos, de mantener la pureza del procedimiento o de garantizar la superioridad moral del Estado, "de quitar a las autoridades de la persecución penal el incentivo para la obtención antijurídica de medios de prueba" o de apartar posibles "peligros para la efectividad especialmente preventiva de la pena" por un comportamiento estatal incorrecto durante la averiguación de los hechos, que es la misma que la de la función preventiva general de la pena, en la que se encuentra "la conservación y creación de la concientización de valores éticos sociales" (Gossel, 2001).*

Sobre el tema de los límites a la admisión de las pruebas, discurrió Florian que:

*[...] lo esencial es que el proceso aplique un sistema o régimen de prueba en virtud del cual no sólo pueda triunfar ciertamente la verdad material, sino que también [1] se eviten arbitrariedades, [2] si tutelem los derechos de los sujetos [3] tenga eficaz protección a la probidad del juicio (Florian, 1982)*

Los argumentos apuntados por Gössel pueden ser condensados en las tres líneas propuestas por Florián: protección de los derechos fundamentales (efecto disuasorio), dimensión equitativa del proceso (protección a la igualdad procesal) y eticidad del proceso (integridad judicial en sentido estricto). Mientras que la primera perspectiva está ligada a un argumento utilitarista, estas dos últimas están vinculadas a argumentos éticos, de integridad judicial, por lo que estos últimos serán analizados conjuntamente.

#### **1.2.10 PRUEBAS ILÍCITAS Y LA INSTRUMENTALIDAD DEL DEBIDO PROCESO PENAL.-**

##### **1.2.10.1. Prueba de Equilibrio entre la garantía y la funcionalidad.**

En el capítulo anterior, la introducción de la proporcionalidad en la instrumentalidad del proceso penal conlleva un carácter doble, de prohibición de insuficiencia y de exceso, expresados en la viabilización de las dos finalidades básicas del derecho penal: garantizar al individuo contra el arbitrio punitivo del Estado y garantizar la sociedad mediante la aplicación del derecho penal al caso concreto (instrumentalización de la función de protección de los bienes jurídicos).

Esta doble finalidad también se extiende al proceso penal, que debe ser garantista, en el sentido individual, mediante el establecimiento de mecanismos racionales de control de la incertidumbre del juicio y de limitación de la violencia pública, así como debe ser funcional, en la medida en que maximiza la

realización práctica del derecho penal, que es un derecho de coacción indirecta, ya que sólo se realiza dentro del proceso penal.

Esta doble instrumentalidad del proceso penal lo convierte en un filtro del derecho penal máximo (garantismo) y realizador del derecho penal mínimo necesario (funcionalismo). Tal perspectiva de proceso penal proporcional regula directamente nuestro problema de las pruebas ilícitas.

Estas consideraciones sobre la garantía de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas demandan su inscripción de la perspectiva de Estado sobre la que se trabaja. En la perspectiva del Estado liberal, se tendrá un Estado meramente observador, inerte frente a los problemas concretos. En la perspectiva del Estado Social (sólo), surgirá lo que Gössel denominó Estado policiales, que elevará los (pseudo) intereses sociales a la estatura de valores supremos. La síntesis ha surgido del Estado de Derecho Democrático y Social, en el que el sistema de derechos fundamentales refleja la relación sustancial de competencia en la que se encuentran el individuo y la comunidad y se expresa en la dignidad de la persona humana en sentido personalista, como ya se ha presentado.

No hay vacíos de poder. En el Estado meramente observador, la ausencia de una postura activa del Estado será sustituida por la acción del crimen organizado y otras expresiones de criminalidad. Según Gössel, los extremos del Estado policiales y del Estado observador deben ser sustituidos por el Estado [Democrático] de Derecho, que necesariamente alberga una postura equilibrada entre los intereses individuales y colectivos.

Dice lo siguiente:

Todas las concretas propuestas de soluciones, como soluciones efectivas, tienen que ocupar una razonable posición media entre un Estado débil y un Estado fuerte, y tienen que mostrarse como consecuencia de una ponderación adecuada de los intereses de la persecución penal con los intereses individuales. (Gossel, 1982)

La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, como principio general de evaluación, es consecuencia del Estado de Derecho, como conjunto de principios limitativos de arbitrariedades en el modo de recolección de pruebas criminales (Carnauba, 2000). El Estado de Derecho, al auto limitar su actuación represiva a patrones de conformación con el Derecho positivo, busca conciliar de forma práctica sus vectores de protección penal y protección individual.

Sin embargo, ese Estado de Derecho no debe ser meramente liberal, sino democrático, que no toma por absolutos los valores singulares, sino que los compatibiliza con los intereses comunitarios. Una perspectiva absoluta del principio de inadmisibilidad de las pruebas ilícitas constituye, en las palabras de Barbosa Moreira, un "auténtico fantasma retrasado de un tipo de individualismo exasperadamente antisocial" (Barbosa, 2001).

En la compatibilidad de la garantía con los demás principios concurrentes, se debe tener el máximo cuidado para no resbalar la argumentación jurídica en un discurso de seguridad nacional, del tipo crimen control o law and order, que se fundamenta en la histeria represiva para crear un ambiente de seguridad irracionalidad punitiva. La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, según la lección de Prado, funciona como una barrera a la

regresión a un sistema inquisitivo, en el cual la verdad sea perseguida a cualquier precio (Tulkens, 2004).

Sin embargo, cualquier perspectiva que no sea escéptica en cuanto a la utilidad moral y operativa del derecho penal ha de reconocer una tensión de valores constitucionales sobre la instrumentalidad del proceso y ha de incorporar en el propio concepto de due process el equilibrio de las garantías individuales con la funcionalidad del proceso. Esta compatibilización entre las garantías y la funcionalidad ha de realizarse mediante un teleologismo racional, con el subsidio de categorías preponderantemente objetivas para la consideración de la existencia, o no, de la ilicitud y permitir la controlabilidad de la motivación de la decisión de admisión de la prueba ante él, caso concreto. Para delinear estas tensiones, se analizarán las críticas recíprocas de la garantía de la inadmisibilidad y de la funcionalidad del proceso, como principios de orientación.

#### **1.2.10.2. Comentarios sobre la garantía desde la perspectiva de funcionalidad.**

El gran movimiento de reforma del proceso penal durante el siglo XVIII fue atenuar el máximo salus público supremo lex y compatibilizar los intereses del Estado con los límites inherentes a la dignidad de la persona humana<sup>358</sup>

En nuestro problema de las pruebas ilícitas, la gran dificultad es definir el nivel de lesión que necesariamente activará la garantía constitucional del principio de inadmisibilidad, pues según Fidalgo Gallardo, "adoptando una posición ultragarantista siempre es posible encontrar alguna investigación con infracción

constitucional en la actuación irregular de producción de material probatorio [...], por mínima que haya sido tal irregularidad "(López, 2004).

Es cierto que la exigencia de un mínimo de forma para la existencia del sistema probatorio, pues hay necesidad de filtros procesales para garantizar la certeza sobre el contenido de la prueba (verosimilitud), permitiendo la seguridad de la investigación probatoria contra el error (limitaciones por razones procesales).

Así, los medios de prueba que comprometen la integridad de la información deben ser excluidos, tales como el interrogatorio mediante tortura o coacción. Sin embargo, la inadmisibilidad de las demás pruebas ilícitas es establecida por criterios políticos de preservación del sistema de protección de los derechos fundamentales, no por criterios lógicos. En realidad, huye a la lógica afirmar la inocencia de un acusado por el hecho de desconsiderarse una prueba verídica de su culpabilidad por otros criterios políticos (López, 2004).

El proceso ya fue descrito como un juego, inscrito en el marco de las incertidumbres. La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas acentúa aún más ese carácter especulativo del proceso, aumentando su álea e incertidumbre. Y más: retira la verdad del proceso de la incursión en el error, humanamente justificable, para incurrir en la mentira, que es un juicio deliberadamente equivocado. La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas es un factor de restricción de la búsqueda de la verdad real, que genera una verdad procesal cada vez más alejada de la realidad.

El principio de inadmisibilidad, elegido por la Constitución como una pauta de acción en las situaciones generales, debe ser

conciliado con la razonabilidad inherente al debido proceso proporcional, que demanda una eficiente realización práctica de la función social del derecho penal en la sociedad posmoderna (cada vez más demandando una expansión del derecho penal como instrumento de control social). La orden de optimización de crear un sistema de garantía a los derechos fundamentales debe ser la regla, pero hay excepciones, so pena de distorsión del sistema.

La inadmisibilidad de las pruebas ilícitas es un precio que se paga en el altar de los derechos fundamentales, destinado a crear un sistema de protección. Ocurre que, en muchas situaciones, la eficiencia de la garantía es cuestionable, y el precio que se paga es demasiado alto para compensar sus respectivas pérdidas.

Hay estudios que concluyen que la ausencia de un castigo directo al violador hace inocua la aplicación de la sanción de la inadmisibilidad desde el punto de vista del efecto disuasorio. Este efecto disuasorio es especialmente cuestionable ante la posibilidad concreta del cinismo policial, a través del cual policías pueden simular situaciones lícitas de actuación para "maquillar" eventuales irregularidades que puedan generar la ilicitud de la prueba. Según Pizzi, un efecto disuasorio efectivo debe ser alcanzado por otras vías que no por la derogación de reglas:

*Muchos dependen de la calidad de los que se seleccionan para convertirse en policías, el entrenamiento y el apoyo que reciben, las prioridades que los oficiales establecen, así como la estructura de mando del departamento de policía, los mecanismos disciplinarios que se utilizan para el castigo ofensores, los remedios civiles que están disponibles cuando los policías destratan a los ciudadanos, y así sucesivamente. (Pizzi, 1999)*

Pizzi también añade que no se puede confundir las actuaciones de la policía con los intereses de la víctima y de la sociedad, representados por la fiscalía de justicia:

*Lo que es problemático sobre la regla de exclusión es que no ve una distinción formal entre la fiscalía y la policía y los trata como si fueran uno. Esta es otra manifestación de la "mentalidad adversarial": si alguien no está en el lado de la defensa, debe estar en el lado del "Estado". (Pizzi, 1999)*

Esta "mentalidad adversarial" referida por Pizzi, creada por el castigo a la sociedad por la infracción individual del policía, distorsiona la aplicación de la regla al descuidar otros valores también constitucionales como parámetros para la justicia, como el control de la criminalidad, el funcionamiento eficaz del sistema jurídico, respeto a la ley, protección de las víctimas, paz social y responsabilidad individual. Genera, en las situaciones extremas, una crisis de legitimidad, al disociar el contenido de la garantía constitucional a la voluntad democrática a la que debe estar sumisa (Pizzi, 1999). Aunque la voluntad popular (manipulable por la mass media) no puede ser tomada como referencial absoluto de legitimidad, no se puede descuidar la situación de perplejidad e indignación que acomete a los ciudadanos cuando un acusado de crímenes graves es inocentado y liberado a la convivencia social mediante la desconsideración de medios de prueba verosímiles de su culpabilidad. Esta sensación colectiva de impunidad institucionalizada crea la aprehensión de que el sistema de justicia criminal está distorsionado, con valores de justicia invertidos: en lugar de juzgar al acusado, se juzga a la policía.

Por último, la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas tiene un alto costo social. En el control del crimen organizado, delitos financieros, ambientales, contra las finanzas públicas y las nuevas formas de criminalidad de la sociedad postindustrial, más relevante que expandir indeterminadamente el campo punitivo del derecho penal material es establecer un instrumental persecutorio apto para alcanzar los fines justicia penal.

La justicia social queda especialmente comprometida cuando se comprueba que la propia inadmisibilidad de las pruebas ilícitas opera como un instrumento de inmunización de la criminalidad de la clase alta, pues los crímenes del cuello blanco y delitos burocráticos son formas de delincuencia cometidas en la protección de la intimidad, a diferencia de los crímenes De calle. Sólo puede alegar violación al domicilio aquel que posee uno, relativizando (de forma inicua) la garantía a los que no poseen de hecho intimidad.

Sólo puede alegar secreto bancario el que tiene recursos financieros suficientes para mover una cuenta bancaria, y el secreto fiscal al que tuvo ingresos suficientes para hacer una declaración de renta y no sólo una declaración de exento. Sólo está cubierto por la garantía el que tiene derechos a ser garantizados, lo que naturalmente excluye una parte enorme de la población.

En su operación práctica, la garantía de la inadmisibilidad acaba por distorsionar aún más la selectividad del sistema de justicia criminal, dificultando la persecución penal de los crímenes de la clase alta (evasión fiscal, crímenes contra el sistema financiero, contra la economía popular, lavado de dinero, que a menudo restan recursos del Estado para posibilitar su aplicación en proyectos sociales, creando lo que Baratta denominó "zonas de

inmunización para comportamientos cuya daños se vuelve particularmente contra las clases subalternas" (Barata, 2002).

Así, deben considerarse cinco críticas a la garantía de la inadmisibilidad desde la perspectiva de la funcionalidad: en primer lugar, no siempre la inadmisibilidad de la prueba permitirá un efecto disuasorio efectivo; en segundo lugar, no siempre la admisión de pruebas verídicas, aunque obtenidas con alguna violación material, acarreará la injusticia del juicio, lo que dependerá del análisis de la dimensión equitativa resultante de la admisión de la prueba en el caso concreto; en tercer lugar, en muchas situaciones (especialmente ante los crímenes más graves), la inadmisibilidad de la prueba (elemento de convicción) obtenida de forma ilícita, pero prima facie verídica, causa mucho más descrédito a la integridad judicial que su admisión, desde una perspectiva comunitarista; la inadmisibilidad constituye, en muchas situaciones, un instrumento de inmunización de la clase alta contra sus delitos burocráticos; y quinto, teniendo en cuenta el alto costo social de la inadmisibilidad y su relativa ineficiencia en determinadas situaciones, aunque establecida por la Constitución como un principio de acción para las situaciones normales, la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas no es un principio absoluto, sino que debe ser ponderada con los demás principios conflictivos.

### **1.2.10.3. Comentarios sobre la funcionalidad desde la perspectiva de la garantía.**

A pesar de las críticas sobre el no comprobado efecto disuasorio de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, éste fue el estándar elegido por la Constitución para tratar el problema. Un camino más simbólico que efectivo de protección de los derechos

fundamentales, como una especie de castigo de la desviación policial como forma de reafirmar la validez jurídica de la norma de protección (prevención general positiva de integración), aunque el castigo se dé a la sociedad y no directamente al infractor. Esta opción de la Constitución se dio, posiblemente por la incredulidad en la posibilidad de operacionalización de los instrumentos alternativos de protección a las violaciones policiales, como el castigo disciplinario del infractor, indemnizaciones civiles por la víctima o la responsabilidad criminal por el ilícito. Especialmente las acciones civiles de indemnización presentan como problemas el miedo a la exposición de la víctima de la violación, ignorancia de la posibilidad de ser indemnizado o incluso los riesgos de eventuales cargas de sucumbencia.

Electa la inadmisibilidad como principio constitucional, es necesario analizar si su flexibilización podrá dar lugar a un retroceso al autoritarismo ya la represión por los órganos de persecución penal.

Alerta Weisselberg que las excepciones paulatinamente introducidas por la Corte Suprema estadounidense a la exclusión reglamentaria (desatendida de una responsabilización personal del infractor) pueden causar el deterioro del nivel de observancia de los mandamientos constitucionales. Weisselberg cita que una conferencia de entrenamiento de policías en California en la que el orador deliberadamente orientaba a los policías a violar las reglas relativas a los Miranda warnings sin acarrear la exclusión de la prueba por los tribunales y permitir usos colaterales de la prueba (Weisselberg, 2002). Aunque no hay comprobación cabal del efecto disuasorio, no se descuida que la anomia total de reglas para el tratamiento de las pruebas ilícitas puede acarrear riesgos al

sistema de protección de los derechos fundamentales, permitiendo el recrudecimiento policial.

La flexibilización en el tratamiento de las pruebas ilícitas también puede acentuar aún más la selectividad del sistema de justicia penal. Si, por una parte, la propia garantía es un instrumento de inmunización de la clase que posee el poder de definición penal (como se ha visto anteriormente), por otra parte, una eventual flexibilización puede traer el peligro de aflojamiento de las garantías para los clientes preferenciales del sistema, que conduce a la necesidad de mayores cuidados cuando la ponderación de intereses se da en relación a esos reos más vulnerables al sistema.

La investigación de la verdad en el proceso como una relación de saber-poder, conforme a la ya explicada teoría de Foucault, el proceso se revela como un escenario de reproducción de poder. Según Bourdieu, toda persona posee un capital simbólico, que se exterioriza mediante un conjunto de significaciones de poder que se asocian al individuo para identificarlo como perteneciente a determinado grupo de poder y evaluar su importancia según esos criterios. Este sistema de los intercambios simbólicos no es un complot maquiavélico y consciente de los agentes del sistema de justicia, sino una red de simbolismos inconscientes, subyacentes a la interacción social.

Esas relaciones de poder permean el discurso jurídico y el proceso puede terminarse expresándose como un instrumento de violencia simbólica reproductiva del orden social.

La ponderación de intereses se presenta como una argumentación jurídica ante hipótesis conflictivas, que se revela en

el proceso mediante la dialéctica del contradictorio entre las partes (acusación y defensa). Teniendo en cuenta que en Perú la gran mayoría de los acusados es pobre (porque en gran parte el sistema penal se dirige hacia ellos) hay una ausencia de voz activa en el discurso procesal que impide que la argumentación jurídica defensiva sea plena y posibilita que la lógica represiva tenga una mayor probabilidad de imposición, en un monólogo acusatorio tendiente al discurso de defensa social. La ausencia de una defensiva pública fuerte, bien equipada, valorada y con buenos salarios (aunque con honrosos y hercúleos representantes), acarrea muchas veces una defensa meramente formal, que no completa el diálogo procesal y arriesga acentuar la ya desfavorable selectividad del sistema penal al estrato social que necesita de los servicios de la defensa pública, así como debilitar la garantía de la inadmisibilidad preferentemente para ese estrato. En el tema, afirma Baratta que "la distancia lingüística que separa a juzgados y juzgados, la menor posibilidad de desarrollar un papel activo en el proceso y de servirse del trabajo de abogados prestigiosos, desfavorecen a los individuos socialmente más débiles" (Baratta, 2003).

De estas consideraciones sobre los riesgos de anomia por la flexibilización de la garantía, de la selectividad del sistema y de la apertura argumentativa de la ponderación de intereses, concluimos que una relativización de la garantía de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas ha de ocurrir de forma que se permita la menor apertura posible a los espacios de discrecionalidad judicial, mediante el recurso a categorías objetivas que permitan el control de la decisión.

A pesar de toda la crítica que se puede hacer para construcciones dogmáticas, éstos siguen siendo la característica

de que la ley tiene que establecer normas decididamente mínimamente objetivos y racionales. No una dogmática ciega, positivista, sino calcada en una hermenéutica consciente de la permeabilidad del discurso jurídico a las fuerzas de poder y vinculada a la corrección de esas influencias mediante el direccionamiento del derecho a una perspectiva emancipadora, afirmativa de la dignidad de la persona humana como fin último del orden jurídico. Estas críticas a la flexibilización permiten concluir que la ponderación de intereses directos pro societate, sin ninguna otra baliza, debe realizarse sólo como una excepción a la regla general de la inadmisibilidad, teniendo en la meta de objetividad y en la motivación de la decisión su parámetro de control de la legitimidad de la legitimidad ponderación, según un procedimiento coherente de argumentación jurídica sobre la preferencia condicionada entre los principios en colisión.

#### **1.2.11 LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PENAL.-**

GARCÍA VALENCIA, además de derivar la trascendencia o importancia de la prueba de considerar que ella es la base de la administración de justicia y que permite, como ya dijimos, la aplicación de las normas jurídicas, anota que le da efectividad al ejercicio del derecho de defensa, en la medida en que la probanza de las pretensiones de las partes está directamente vinculada con el ejercicio del derecho de defensa. Así, sólo si se prueba determinada pretensión, ésta logrará prosperar en el proceso. (GARCÍA VALENCIA, 1996:44)

Lo que se persigue en un proceso penal es descubrir la verdad material o real a la cual no es fácil llegar, siendo una aspiración ideal el alcanzarla, se la tratará de reconstruir por las huellas que el hecho haya dejado, a través de esta reconstrucción se tratará de encontrar pruebas

idóneas para provocar en los jueces la firme convicción demostrable de que están en lo cierto respecto a la culpabilidad del acusado, sin la cual no puede haber condena penal, teniendo en cuenta de que el acusado es inocente hasta que se pruebe lo contrario.

Cuando la percepción de la verdad es firme y existe firme creencia de que se la ha descubierto y alcanzado, se puede decir que hay certeza pudiéndola definir a esta como la firme convicción de estar en posesión de la verdad, dentro de la certeza puede haber doble posibilidad: La positiva que sería la creencia firme de que algo existe; y, la negativa que sería la creencia firme de que algo no existe . Entre estas dos posibilidades se ubica la duda que se la podría considerar como una indecisión del juez que tendrá que elegir entre la existencia o inexistencia de esa verdad sobre la cual él está procediendo.

#### **1.2.12 EL ROL DE LO QUE SE DENOMINA “PRUEBA ILÍCITA” O “PRUEBA PROHIBIDA”.-**

La Prueba Prohibida o ilícita puede ser un tema muy discutible en la actualidad debido a ciertos problemas en delimitar sus alcances, diferencias e incluso su aplicación y efectos respecto a las reglas de exclusión, más aun en un sistema jurídico tan variado como es el nuestro, siendo una clara muestra el papel de la prueba ilícita y las reglas de exclusión a la luz del nuevo Código Procesal Penal, en la que confluyen elementos esenciales del derecho probatorio como garantía en la práctica judicial.

Empero, resulta necesario analizar las diversas perspectivas que hacen alusión a la prueba ilícita ya que como bien sabemos, no existe una postura clara y uniforme acerca de si su aplicación conlleva a la vulneración de derechos fundamentales o que por tener una naturaleza jurídica

independiente puede utilizarse bajo límites y parámetros que permitan la admisión de las excepciones en las reglas de exclusión. (Pareja Mujica, 2017:57)

### **1.2.13 FUENTES DE LA PRUEBA.-**

César SAN MARTIN, señala que son aquellos procedimientos destinados a poner el objeto de prueba al alcance del juez, tratándose entonces de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficacia para el consecuente descubrimiento de la verdad, estableciéndose así un nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juez adquirirá sobre ese mismo objeto.(César San Martín, 2001:601)

CARNELUTTI (1955, pág. 89 y ss.), define a las fuentes como hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho a probar en la búsqueda de la verdad, distinguiéndose dos grandes categorías: las fuentes de prueba en sentido estricto y las fuentes de presunción dependiendo de si constituyan la representación del hecho a probar o si sean deducciones producto de presunciones.

Para PALACIO las fuentes de prueba son las circunstancias o características de la cosa inspeccionada por el juez; es decir están referidas a la materialidad del documento o el hecho en él consignado o declarado por la parte o testigo sobre el cual versa el determinado tipo de prueba; siendo fuentes de prueba todos aquellos datos que se incorporan al proceso a través de diversos medios de prueba. (Palacio, 2000:20)

#### **1.2.14 TESIS SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES.-**

i. La prueba ilícita como un auténtico derecho fundamental Se encuentra introducida en el EXP. N° 00655-2010-PHC/TC (Caso: QUIMPER HERRERA, ALBERTO, 2010) cuando indica: “(...) 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. (...)”

ii. La prueba ilícita como tesis de la contravención al ordenamiento jurídico En el fundamento 26° de la Sentencia N° 06712-2005-PHC/TC, Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, se precisa uno de los criterios esenciales para hablar de prueba Ilícita: El Principio de Licitud, pues no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, ya que se trata de “supuesto de prueba prohibida”. iii. La prueba ilícita como límite de la investigación criminal En la Resolución N° 02333-2004-11C/TC (Caso Natalia Foronda Crespo y otras, 2004), el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho (...)”.

#### **1.2.15 DENOMINACIÓN DE PRUEBA ILÍCITA. -**

Cesar San Martín Castro, utiliza el término "Prueba Prohibida" para referirse a aquella que se obtiene con infracción de los Derechos Fundamentales<sup>18</sup>, en cambio autores como Hamilton Trigoso, utilizan el término "prueba ilícita" para señalar que se trata de un mecanismo que limita el 'principio general de averiguación de la verdad en el proceso y aquella que se obtiene vulnerando derechos fundamentales, quedando excluida del concepto, por lo tanto, la que en su adquisición ha lesionado normas únicamente ordinarias<sup>1</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional STC Exp. W 02053-2003-HC/TC, en el caso Lastra Quiñones se emplea el término "prueba ilícita" entendida como "(...) aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal ( ... )", mientras en el caso Quimper Herrera STC Exp. W 00655-2010-PHC/TC, se utiliza el término de "Prueba Prohibida" descrito como un derecho fundamental.

En el Acuerdo plenario de jueces superiores se plantea que la prueba ilícita o prueba prohibida son sinónimos, si se les entiende como la prueba que ha sido originalmente obtenida mediante la violación de los derechos constitucionales, así como también a la prueba que se deriva de ella.

---

<sup>1</sup> Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal "Problemática en la aplicación de la norma penal, 'procesal y penitenciaria", realizado en la ciudad de Trujillo el día 11 de diciembre del año 2004, por los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República, Fundamento 11.

## **1.3 MARCO CONCEPTUAL**

### **1.3.1 DEBIDO PROCESO. -**

Es un principio fundamental constitucional que comprende el derecho que tiene una persona que está siendo procesada a ciertas garantías mínimas, que tienen la finalidad de obtener una sentencia justa luego de haber sido oída ante un tribunal imparcial, competente e independiente.

### **1.3.2 FUENTES DE PRUEBA. -**

Están constituidas por todos aquellos hechos en sentido jurídico amplio, objetos, acontecimientos y conductas que se incorporan al proceso o procedimiento a través de los diversos medios de prueba, a partir de los cuales el juzgador puede encontrar o no la prueba de otros hechos.

### **1.3.3 GARANTISMO. -**

El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela.

#### **1.3.4. MEDIOS DE PRUEBA. -**

Medios de prueba o medios probatorios son todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos implicados en el proceso penal: el Ministerio Público, el abogado defensor, la parte o actor civil y el propio Juzgador; para ser incorporados al proceso o procedimiento.

#### **1.3.5 PROCESO PENAL.-**

Es una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.

#### **1.3.6 PRUEBA.-**

La palabra "prueba" corresponde la acción de probar. A su vez, la expresión "probar" deriva del latín "probare" que, en el significado forense se refiere a justificar la veracidad de los hechos en que se funda un derecho de alguna de las partes en un proceso. De dichas nociones, podemos sostener que la prueba consiste en aquella actividad que tiende a la acreditación de circunstancias, hechos, realidades, con el objeto de demostrar la verdad, su existencia o contenido; y que permiten adoptar una decisión legal por parte del ente juzgador.

#### **1.3.7 PRUEBA ILÍCITA. -**

Se sériala que en la Teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos, es decir que la verdad no se puede conseguir en el proceso penal bajo cualquier costo; al respecto, la problemática de la prohibición de la prueba no es un mero problema jurídico procesal - penal,

#### **1.4 MARCO LEGAL**

La Constitución Política del Estado de 1993 no prevé norma específica sobre la prueba. Ello no quiere decir, sin embargo, que el tema sea completamente ajeno a la regulación constitucional. Así, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia de 3 de enero de 2003, recaída en el Exp. Nro. 010-2002-AI/TC,<sup>54</sup> viene sosteniendo que el derecho a probar o el derecho a la prueba goza de protección constitucional en la medida en que está contenido implícitamente en el genérico derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, consagrado en el artículo 139.3 de la Carta Fundamental.

La incorporación en el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, de una regla de exclusión, establece una autolimitación en el ejercicio del poder penal estatal que se basa en el respeto de los derechos fundamentales.

Artículo VIII.2 del Título Preliminar y el artículo 159 del Código Procesal Penal de 2004 se refieren expresamente al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona como el sustrato vulnerado por la prueba ilícita.

La ubicación sistemática de dicho precepto legal en el NCPP hace que irradie sus efectos sobre todo el conjunto normativo contenido en el

texto procesal penal y especialmente sobre la regulación legal de la actividad probatoria.

## **CAPÍTULO II**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **2.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

El tema de la prueba ilícita es en la actualidad uno de los más debatidos del proceso penal. Determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita, sus causas y efectos, son cuestiones esenciales, resueltas muchas veces por los Tribunales de forma insatisfactoria y lo que es peor, contradictoria.

No obstante ser la prueba, la piedra angular en el desarrollo de un proceso judicial más aun dentro del proceso penal, pues dentro de este proceso entra en juego derechos fundamentales tales como la libertad, en tanto que el juez según la valoración de las pruebas que presenten las partes litigantes inclinará la balanza para declarar culpable o inocente al acusado, en este sentido las pruebas que decidan el horizonte del proceso penal no tienen que ser pruebas ilícitas. Siendo necesario estudiar las definiciones de prueba ilícita que hacen autores nacionales e internacionales, así también se desarrollará la jurisprudencia la norma nacional en torno al tema de investigación.

En tal sentido, al ser la prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración. Es en este contexto que la prueba ilícita se ha convertido en una de las

instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal. En dicha institución se observa claramente la confrontación entre los intereses estatales por reprimir el fenómeno criminal y los intereses ciudadanos por preservar sus espacios de libertad y seguridad jurídica.

## **2.2 FORMULACION DEL PROBLEMA. -**

### **2.2.1 PROBLEMA GENERAL:**

¿Cuáles son los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica?

### **2.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS:**

¿En qué medida la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal?

¿En qué medida la prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal?

¿En qué medida es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita?

## **2.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN. -**

### **2.3.1 JUSTIFICACIÓN**

El presente estudio se justifica en la imperiosa necesidad de fomentar en los estudiosos del Derecho, fundamentalmente en los operadores y auxiliares de justicia, la convicción de construir una Teoría Penal de los Derechos Humanos, proscribiendo la prueba ilícita,

constituyéndola en un eje delimitante y sustento normativo de la administración de justicia en el Perú.

### **2.3.2 IMPORTANCIA**

La importancia de esta investigación se fundamenta porque será aporte teórico y práctico que servirá de base para futuras investigaciones, si bien es cierto la rama del derecho es muy amplia existiendo muchos temas a investigar, éste es uno de ellos y que merece un análisis por parte de los juristas, doctrinarios y de la comunidad jurídica en general, contrastando nuestro ordenamiento con la del derecho comparado.

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos: Primero: Permitirá a los estudiantes el conocimiento de la realidad de la Prueba Ilícita. Segundo: Incentivará la investigación en los operadores del Nuevo proceso penal, operadores judiciales y docentes.

## **2.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2.4.1 OBJETIVO GENERAL**

Determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica.

### **2.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Establecer si la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.

Establecer si la prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal.

Determinar si es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita.

## **2.5 HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2.5.1 HIPÓTESIS GENERAL**

Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos para la valoración de la prueba ilícita.

### **2.5.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**

La prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.

La prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo, es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración.

La doctrina nacional e internacional no han desarrollado de manera orgánica criterios jurídicos respecto de la prueba ilícita.

## 2.6 VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

### 2.6.1 IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES

**VARIABLE INDEPENDIENTE (Vx):**

LA PRUEBA ILÍCITA

**VARIABLE DEPENDIENTE (Vy):**

CRITERIOS JURÍDICOS

### 2.6.2 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	TIPO	DIMENSIONES	INDICADORES	TÉCNICAS
<p>(X)</p> <p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p> <p>LA PRUEBA ILÍCITA</p>	V.I	<p>Criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita</p> <p>Porcentaje de casos</p>	<p>Nivel de conocimiento de los operadores procesales sobre la prueba ilícita</p> <p>Nivel de desarrollo en el proceso penal sobre la prueba ilícita</p>	<p>Técnica de la encuesta</p> <p>Técnica de la entrevista</p> <p>Técnica de la observación</p> <p>Técnica de la estadística</p>
<p>(Y)</p> <p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p>	V.D	<p>Argumentación</p> <p>Criterios lógicos</p>	<p>Vulneración de derechos fundamentales</p>	<p>Técnica de la encuesta</p> <p>Técnica de la entrevista</p> <p>Técnica de la observación</p>

CRITERIOS JURÍDICOS		Criterios dogmáticos	Inobservancia de garantías constitucionales	Técnica de la estadística
---------------------	--	----------------------	---	---------------------------

### **CAPÍTULO III METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1 Tipo, Nivel y Diseño de la investigación**

##### **3.1.1 TIPO. -**

El tipo de investigación que se aplicó es la Investigación Bibliográfica, de Campo y Descriptiva, con metodología descriptiva.

La Investigación Bibliográfica se refiere a la etapa de la investigación científica donde se explora qué se ha escrito en la comunidad científica sobre un determinado tema o problema. En el presente caso es de trascendental importancia y se aplicará en la mayoría del trabajo, por la naturaleza misma de los temas jurídico-sociales.

La Investigación de campo se aplicó al momento de realizar las entrevistas y encuestas a los distintos operadores del derecho.

Se consideró la investigación de carácter descriptivo ya que los datos obtenidos en las distintas situaciones planteadas en la investigación, fueron descritos e interpretados según la realidad planteada en la organización.

##### **3.1.2 NIVEL. -**

De acuerdo a la naturaleza del estudio de la investigación, reunió por su nivel las características de un estudio descriptivo, explicativo y correlacional.

### **3.1.3 DISEÑO. -**

En la presente investigación se aplicó la prueba de **Chi-Cuadrado**, identificándose en forma cualitativas las dos variables.

Procediéndose a formar en grupos cada caso, de tal manera que los datos sean mayores o iguales que 5 quedando la fórmula estadística:

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^k \frac{(O_i - E_i)^2}{E_i}.$$

## **3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA**

### **3.2.1 POBLACIÓN. -**

Se convirtieron en la población del estudio, los especialistas en la materia: 600 Policías, 45 Magistrados, 55 Fiscales y 1400 Abogados. Total, de: 2110 personas.

### **3.2.2 MUESTRA.-**

Como se pudo apreciar la encuesta fue efectuada a las personas seleccionadas entre las unidades de la muestra, a las que por sus condiciones académicas y de alta especialización en el tema de investigación, se les ha entrevistado verbalmente, previo cuestionario de pregunta conforme a las variables e indicadores de la investigación.

Para determinar la cantidad de la muestra, esta se halló a través de un muestreo estratificado mediante la siguiente operación:

**Remplazando para cada sector tenemos**

- Policías:

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(300)}{(0.05)^2(300 - 1) + (1.96)^2(0.5)(0.5)}$$

$$n = 169$$

- Magistrados:

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(45)}{(0.05)^2(45 - 1) + (1.96)^2(0.5)(0.5)}$$

$$n = 41$$

- Fiscales:

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(55)}{(0.05)^2(55 - 1) + (1.96)^2(0.5)(0.5)}$$

$$n = 49$$

- Abogados:

$$n = \frac{(1.96)^2(0.5)(0.5)(140)}{(0.05)^2(140 - 1) + (1.96)^2(0.5)(0.5)}$$

$$n = 103$$

Policías	: 149
Magistrados	: 41
Fiscales	: 49
<u>Abogados</u>	<u>: 103</u>
<b>TOTAL</b>	<b>: 342</b>

## CAPÍTULO IV

### TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

#### 4.1 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para esta investigación se utilizó las técnicas más típicas y que son aplicables a la ciencia del derecho.

- **Técnica documental y bibliográfica.** Nos permitió revisar la documentación de carácter teórico doctrinario y las normas legales sobre la materia, elementos de sustento en la ejecución de la tesis.

- **Técnica de la Encuesta.** Mediante esta técnica apoyados de un instrumento de recolección de datos se aplicó una encuesta a, Policías, magistrados, fiscales, abogados, sobre el tema materia de investigación.

- **Técnica de la Entrevista.** Esta técnica hizo posible acercarnos a los investigados a fin de conocer de fuente directa, algunos aspectos que requerían ser complementados en la búsqueda de datos.

- **Técnica de la Observación.** Una las técnicas más usadas en este tipo de investigación, fue el uso de guías de observación, cuaderno de notas, etc., técnica que nos permitió interrelacionarnos directamente con los elementos que son materia del trabajo de investigación.

- **Técnica de la Estadística.** Los datos obtenidos en el trabajo de campo, fueron cuantificados, luego sometidos a un tratamiento estadístico

como elemento que ofrece mayor nivel de precisión y confiabilidad cuando se trata de medir los resultados.

## 4.2 INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

El instrumento empleado en el estudio fue:

**1. Ficha de Análisis Bibliográfico.** Medio que nos permitirá registrar la bibliografía.

**2. Ficha de Análisis de Documentos.** Instrumento que se tuvo en cuenta para el desarrollo de la investigación.

**3. Cuestionario para los entrevistados.** Donde se consideraron a los policías, magistrados, fiscales, abogados.

- **Encuesta.** Bajo la modalidad de cuestionario, compuesto de un conjunto de preguntas que fueron respondidas por escrito. La encuesta es una técnica utilizada en la selección de datos, mediante la entrevista y el cuestionario para descubrir la verdad, la realidad y la circunstancia en el que viene desarrollándose la atención de los que integran la población del estudio.

Es el medio por el cual se logró obtener opiniones, conocer actitudes, recibir sugerencias para la solución de ciertos problemas.

Sobre la base de las variables e indicadores de estudio, se procedió a confeccionar de manera muy cuidadosa un cuestionario dirigido a los especialistas en el tema materia de investigación, tratando que cada uno de los ítemes reflejen realmente los indicadores de estudio.

Una vez diseñado el cuestionario, se aplicó una prueba piloto a fin de proceder al análisis de validez y confiabilidad, como acción previa al desarrollo de la tesis.

**La Entrevista dirigida o estructurada.** Los datos objetivos y precisos para la investigación se obtuvieron a través de preguntas dirigidas a los Policías, magistrados, fiscales, abogados.

La entrevista viene a ser el encuentro convenido entre dos o más personas. Fue empleada como una forma de conversación, no de interrogación, pues lo que se buscó fue analizar las características del tema en discusión con personal seleccionado cuidadosamente.

- **Fichas de Datos.** Instrumentos preparados expresamente por el investigador, para la recopilación y anotar la información que complementó la observación de los hechos, como por ejemplo, costo de los libros, establecimiento de fotocopiadoras entre otros.

- **Análisis Documental.** Es la operación intelectual mediante la cual se extrajo de un documento la esencia de su contenido informativo; implica la revisión de documentos según contexto de estudio. Esta técnica fue indispensable para desarrollar la investigación propuesta, ya que fue pertinente el estudio de la doctrina nacional e internacional y así mismo establecer comparaciones entre diversas legislaciones. Con los instrumentos señalados se validó lo que se pretende medir.

#### **4.3 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

Luego de realizarse un análisis detallado, de los resultados obtenidos en la aplicación de los instrumentos, se procedió a agrupar las conclusiones

en torno a las áreas de diagnóstico contemplados en los objetivos de la investigación, como son: **Reclutamiento, selección y desarrollo del recurso humano**

## **CAPÍTULO V CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

### **V. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

De lo hasta aquí desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta en los anteriores capítulos y la información estadística de las encuestas o cuestionarios aplicados a la muestra cuyos modelos aplicados se adjuntan como anexo, se ha podido demostrar las hipótesis planteadas al inicio del presente trabajo.

El análisis y contrastación de las variables independientes y dependientes correspondientes a las hipótesis objeto de la presente tesis, nos permitió determinar lo siguiente:

#### **V.1 CONTRASTE DE LAS HIPÓTESIS:**

##### **DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL**

Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos para la valoración de la prueba ilícita.

##### **a) HIPÓTESIS NULA (Ho):**

Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales se han desarrollado suficientemente criterios jurídicos para la valoración de la prueba ilícita.

**b) HIPÓTESIS ALTERNA (HA):**

Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos para la valoración de la prueba ilícita.

**Tabla de Contingencia**

$I=4$ / $j=2$	SI	NO	Total
POLICIAS	142	7	149
MAGISTRADOS	38	3	41
FISCALES	41	8	49
ABOGADOS	93	10	103
<b>Total</b>	<b>314</b>	<b>28</b>	<b>342</b>

Cálculo de las Frecuencias esperadas:

$$fe = \frac{(Total\ fila\ i - esima)(Total\ columna\ j - esima)}{Total\ Global}$$

∴ Realizado el Cálculo para cada Dato tenemos :

Frecuencias Esperadas	SI	NO
POLICIAS	136.81	12.19
JUECES	37.64	3.36
FISCALES	44.98	4.02
ABOGADOS	94.56	8.44

**DATOS:**

- Medición de las Discrepancias. -

Usamos el Estadígrafo de Contraste:

$$\chi^2 = \sum \frac{(fo_{ij} - fe_{ij})^2}{fe_{ij}}$$

$$\chi^2 = 8.1042$$

$$X^2 = (i-1)(j-1) = X^2_{0.05, (4-1)(2-1)} = 3 \quad \text{En tabla Chi -Cuadrado} = 7.8147$$

**Entonces: 8.1042 > 7.8147**

Decisión Estadística: Dado que **8.1042 > 7.8147**, se rechaza la  $H_0$ .

## V.2 CONTRASTE DE LAS HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

### PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

La prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.

#### a) HIPÓTESIS NULA ( $H_0$ ):

La prueba ilícita no es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.

#### b) HIPÓTESIS ALTERNA ( $H_A$ ):

La prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.

**Tabla de Contingencia**

$I=4$ / $j=2$	SI	NO	Total
POLICIAS	103	46	149
MAGISTRADOS	29	12	41
FISCALES	31	18	49
ABOGADOS	51	52	103

<b>Total</b>	<b>214</b>	<b>128</b>	<b>342</b>
--------------	------------	------------	------------

Cálculo de las Frecuencias esperadas:

$$f_e = \frac{(Total\ fila\ i - esima)(Total\ columna\ j - esima)}{Total\ Global}$$

∴ Realizado el Cálculo para cada Dato tenemos :

Frecuencias Esperadas	SI	NO
POLICIAS	93.33	55.67
JUECES	25.65	15.35
FISCALES	30.66	18.34
ABOGADOS	64.45	38.55

**DATOS:**

- Medición de las Discrepancias. -

Usamos el Estadígrafo de Contraste:

$$x^2 = \sum \frac{(fo_{ij} - fe_{ij})^2}{fe_{ij}}$$

$$x^2 = 8.2501$$

$$X^2 = (i-1)(j-1) = X^2_{0.05, (4-1)(2-1)} = 3 \quad \text{En tabla Chi -Cuadrado} = 7.8147$$

<b>Entonces: <math>8.2501 &gt; 7.8147</math></b>
--

Decisión Estadística: Dado que  $8.2501 > 7.8147$ , se rechaza la  $H_0$

### **DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS:**

La prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo, es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración.

#### **a) HIPÓTESIS NULA ( $H_0$ ):**

La prueba no es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo, es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración.

#### **a) HIPÓTESIS ALTERNA ( $H_A$ ):**

La prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo, es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración.

**Tabla de Contingencia**

$l=4$ / $j=2$	<b>SI</b>	<b>NO</b>	<b>Total</b>
POLICIAS	142	7	149
JUECES	38	3	41
FISCALES	42	7	49
ABOGADOS	75	28	103
<b>Total</b>	<b>297</b>	<b>45</b>	<b>342</b>

Cálculo de las Frecuencias esperadas:

$$f_e = \frac{(\text{Total fila } i - \text{esima})(\text{Total columna } j - \text{esima})}{\text{Total Global}}$$

*∴ Realizado el Cálculo para cada Dato tenemos :*

Frecuencias Esperadas	<b>SI</b>	<b>NO</b>
POLICIAS	129.39	19.61
JUECES	35.61	5.39
FISCALES	42.55	6.45
ABOGADOS	89.44	13.56

**DATOS:**

- Medición de las Discrepancias. -

Usamos el Estadígrafo de Contraste:

$$\chi^2 = \sum \frac{(f_{o_{ij}} - f_{e_{ij}})^2}{f_{e_{ij}}}$$

$$\chi^2 = 8.0014$$

$$\chi^2 = (i-1)(j-1) = \chi^2_{0.05, (4-1)(2-1)} = 3 \quad \text{En tabla Chi -Cuadrado} = 7.8147$$

**Entonces: 8.0014 > 7.8147**

Decisión Estadística: Dado que **8.0014 > 7.8147**, se rechaza la  $H_0$ .

### **DE LA TERCERA HIPÓTESIS:**

La doctrina nacional e internacional no han desarrollado de manera orgánica criterios jurídicos respecto de la prueba ilícita.

#### **a) HIPÓTESIS NULA (Ho):**

La doctrina nacional e internacional han desarrollado de manera orgánica criterios jurídicos respecto de la prueba ilícita.

#### **b) HIPÓTESIS ALTERNA (HA):**

La doctrina nacional e internacional no han desarrollado de manera orgánica criterios jurídicos respecto de la prueba ilícita.

**Tabla de Contingencia**

$l=4$ / $j=2$	SI	NO	Total
POLICIAS	141	8	149
MAGISTRADOS	39	2	41
FISCALES	45	4	49
ABOGADOS	66	37	103
<b>Total</b>	<b>291</b>	<b>51</b>	<b>342</b>

Cálculo de las Frecuencias esperadas:

$$f_e = \frac{(\text{Total fila } i - \text{esima})(\text{Total columna } j - \text{esima})}{\text{Total Global}}$$

*∴ Realizado el Cálculo para cada Dato tenemos :*

Frecuencias Esperadas	SI	NO
POLICIAS	126.72	22.28
JUECES	34.88	6.12
FISCALES	41.69	7.31
ABOGADOS	87.64	15.36

**DATOS:**

- Medición de las Discrepancias. -

Usamos el Estadígrafo de Contraste:

$$\chi^2 = \sum \frac{(f_{oij} - f_{eij})^2}{f_{eij}}$$

$$\chi^2 = 8.2101$$

$$\chi^2 = (i-1)(j-1) = \chi^2_{0.05, (4-1)(2-1)} = 3 \quad \text{En tabla Chi -Cuadrado} = 7.8147$$

**Entonces: 8.2101 > 7.8147**

Decisión Estadística: Dado que **8.2101 > 7.8147**, se rechaza la  $H_0$ .

## **CAPÍTULO VI**

### **PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **6.1 PRESENTACIÓN E INTERPERTACIÓN DE RESULTADOS**

Considerando la teoría del muestreo pirobalística simple aleatoria proporcional para variables cualitativas, el tamaño de la muestra fue determinado en función del porcentaje de éxito de profesionales del derecho encuestados.

Se analizaron las respuestas dadas a cada una de las preguntas elaboradas en la encuesta, a través del siguiente formato elaborado:

1.- Indicación de la Pregunta.

2.- Tabulación de las Respuestas y Presentación en Forma Numérica, así como Porcentual.

3.- Elaboración del Gráfico de Respuestas.

4.- Realización del Análisis Cualitativo.

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA  
PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”

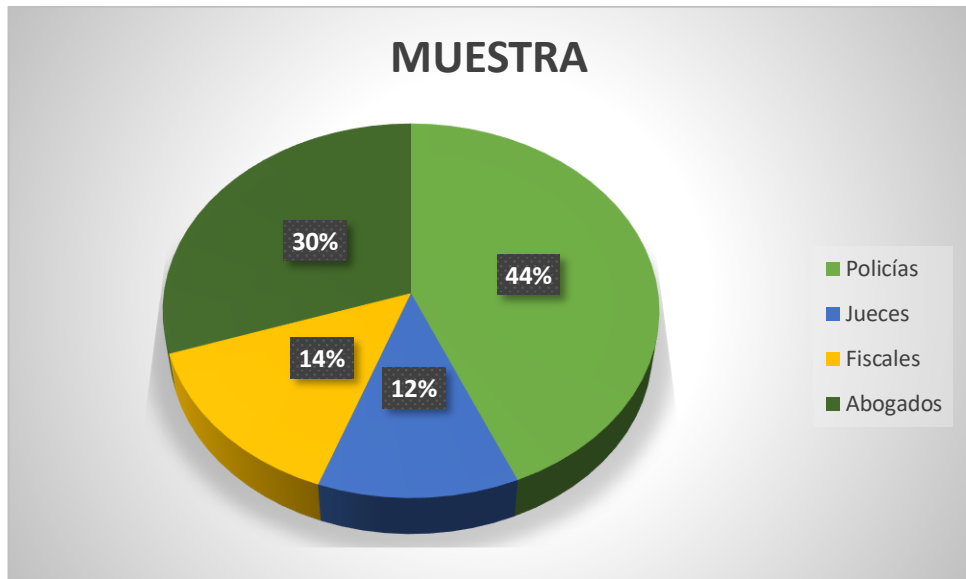
**Resultados**

**MÓDULO I: DATOS GENERALES**

<b>CARACTERÍSTICAS DE LA MUESTRA</b>		
<b>ENCUESTADOS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
Policías	149	44%
Magistrados	41	12%
Fiscales	49	14%
Abogados	103	30%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Elaboración Propia.

## DATOS GENERALES DE LA MUESTRA



### INTERPRETACIÓN:

De las características de la muestra el 45% estuvo conformado por Policías, el 12% estuvo conformado por Jueces Penales, el 14% por Fiscales y el 31% restante conformada por Abogados.

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”

**RESULTADOS**

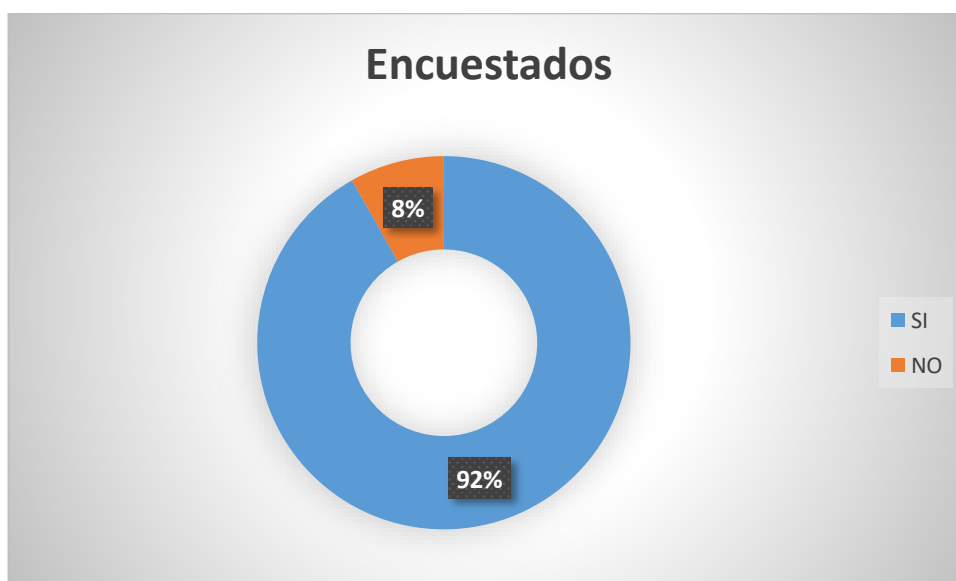
**MÓDULO II: REPRESENTACIÓN DE LA FICHA DE ENCUESTAS**

**TABLA Nª 01**

<b>1. ¿ Considera Usted que es necesario determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica?</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	314	92%
NO	28	8%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Ficha de encuesta

**GRÁFICO Nª 01**



## **INTERPRETACIÓN:**

➤ El 92% de los encuestados indican que SI es necesario determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica.

➤ El 8% de los encuestados indican que NO es necesario determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica.

➤ De lo que se infiere, que es necesario determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita; por cuanto atendiendo a la importancia de la valoración de la pruebas dentro del proceso, resulta necesario abordar el estudio de las consideradas pruebas validas e ilícitas, pues la problemática de la prueba constituye un aspecto esencial, al ser fundamental dentro del proceso penal, toda vez que ella será la que determine la resolución justa o injusta de la causa que tome el tribunal competente; de ahí surge la necesidad de que correctamente la prueba sea pedida y desahoga, además de que su origen se licito, ya que toda prueba que quebrante una garantía del gobernado, no tendrá validez alguna para fundamentar la acusación o para producir la convicción del Juzgador en la sentencia, quien en mi opinión debe incluso de abstenerse de analizarla a efecto de salvaguardar su sano animo al momento de dictar sentencia.

## RESULTADOS

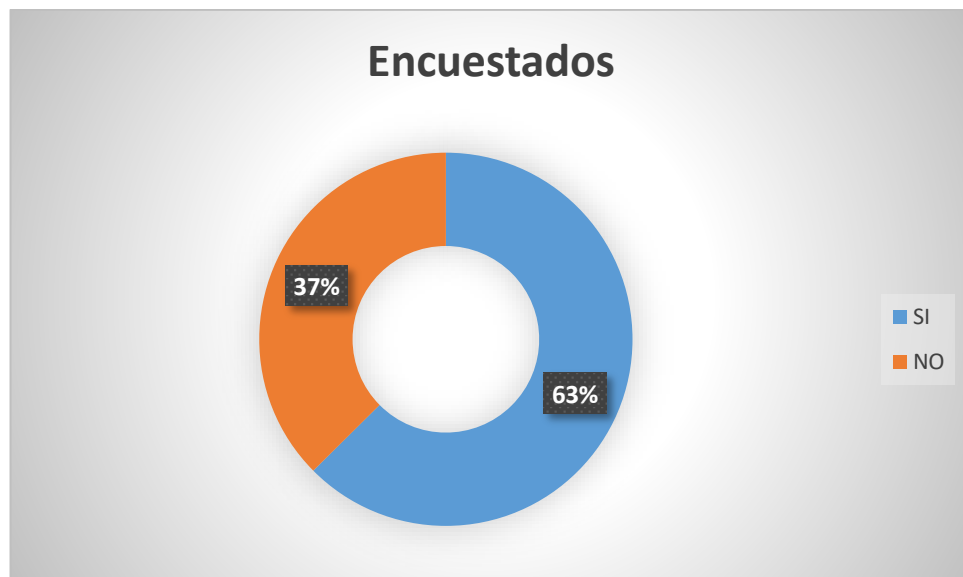
### MÓDULO II: REPRESENTACIÓN DE LA FICHA DE ENCUESTAS

**TABLA N° 02**

<b>2. ¿ Considera Usted, que la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal?</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	214	63%
NO	128	37%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

Fuente: Ficha de encuesta

**GRÁFICO N° 02**



**INTERPRETACIÓN:**

➤ El 63% de los encuestados indican que la prueba ilícita SI es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.

➤ El 37% de los encuestados indican, que la prueba ilícita NO es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.

➤ Se infiere que definitivamente la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal, porque se relaciona obtención de la prueba ilícita con vulneración a los derechos fundamentales o su valoración con inobservancia de las garantías constitucionales establecidas a favor del procesado, lo ubica, en la difícil situación de decidir entre llegar a la certeza de los hechos haciendo prevalecer la vigencia de los derechos fundamentales o valorar dicha prueba?, teniendo en cuenta varios aspectos: primero la trascendencia de la obtención y valoración de la prueba ilícita para llegar a descubrir la verdad de los hechos, dado que no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a todo precio es decir vulnerando derechos fundamentales; segundo se analizarán la carencia doctrinaria o jurídica que ubica al Juez entre valorar la prueba ilícita que ha sido obtenida sin respetar los derechos fundamentales o descubrir la verdad a toda costa.

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”

## RESULTADOS

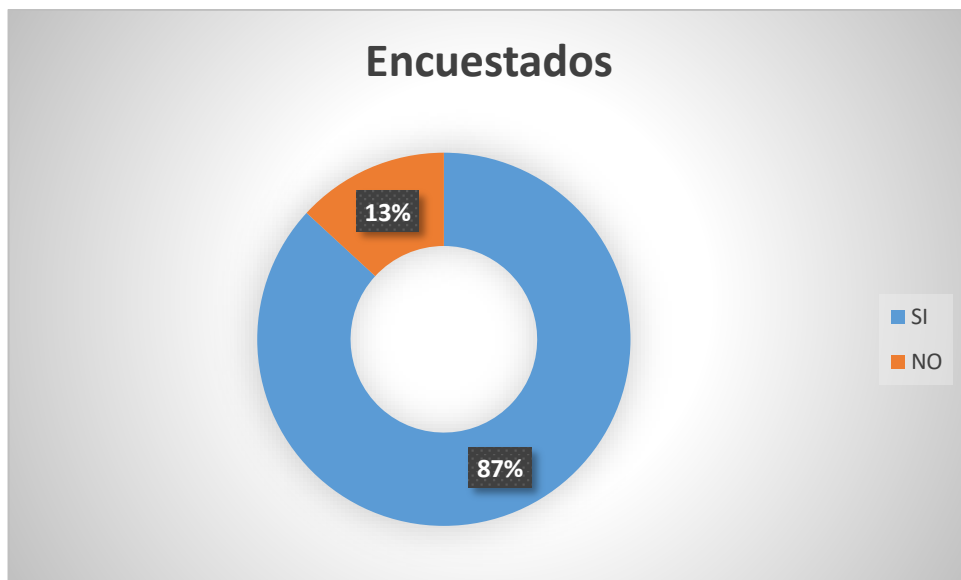
### MÓDULO II: REPRESENTACIÓN DE LA FICHA DE ENCUESTAS

**TABLA Nª 03**

<b>3. ¿ Considera Usted, que la prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal?</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	297	87%
NO	45	13%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Ficha de encuesta

**GRÁFICO N° 03**



**INTERPRETACIÓN:**

➤ El 87% de los encuestados indican que que la prueba ilícita SI es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal.

➤ El 13% de los encuestados indican que la prueba ilícita NO es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal.

➤ De lo que se infiere que debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales conocidos por el subsistema de juzgamiento de delitos de terrorismo los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios para la admisión o exclusión en el proceso del material probatorio que afecta derechos fundamentales de los procesados.

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”

## **RESULTADOS**

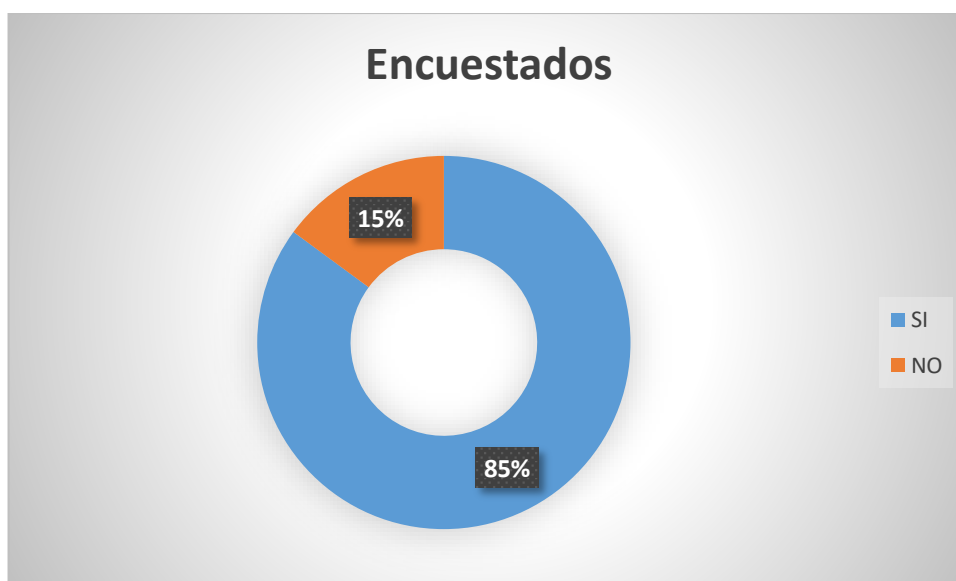
## MÓDULO II: REPRESENTACIÓN DE LA FICHA DE ENCUESTAS

**TABLA Nª 04**

<b>4. ¿ Considera Usted, que es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita?</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	291	85%
NO	51	15%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Ficha de encuesta

**GRÁFICO Nª 04**



### **INTERPRETACIÓN:**

➤ El 85% de los encuestados indican que SI es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita.

➤ El 15% de los encuestados indican que NO es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita.

➤ De lo que se infiere que para orientar la solución del problema se revisa un marco teórico, en base a la doctrina y jurisprudencia extranjera y nacional así como las excepciones a la regla de exclusión probatoria y su respectiva regulación, pretendiendo de tal manera mostrar y brindar una propuesta legislativa en la que se basa la tesis concluyendo que cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos por fuente independiente, riesgo para grabaciones o filmaciones, la teoría de la plan view doctrine y los campos abiertos, podrán ser valorados por el juez aplicando la regla de la sana crítica y el principio de proporcionalidad. Mediante lo expresado, la investigación demuestra que la falta de una legislación que ayude a los operadores del derecho a llegar a la verdad sin vulnerar los derechos fundamentales.

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”

## **RESULTADOS**

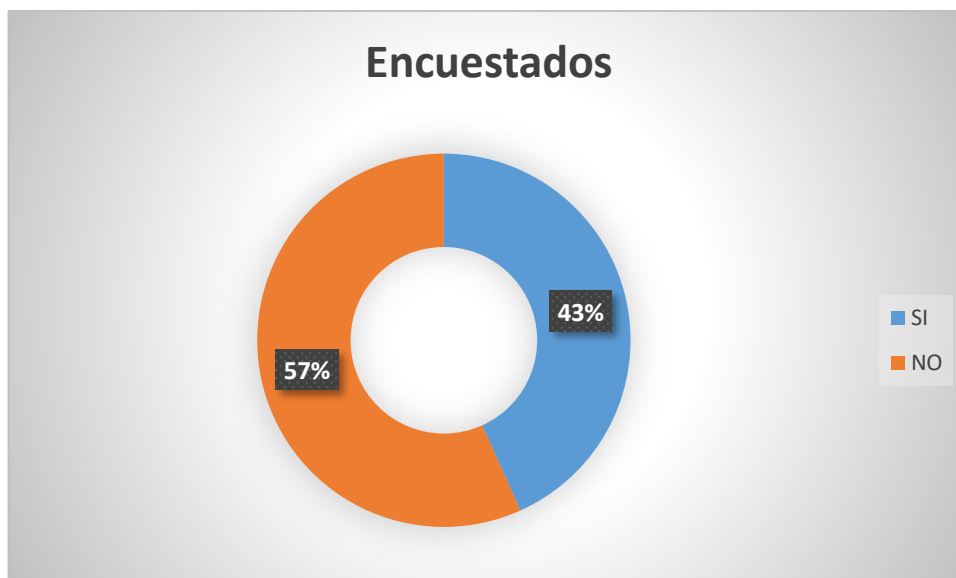
## MÓDULO II: REPRESENTACIÓN DE LA FICHA DE ENCUESTAS

**TABLA Nª 05**

<b>5. ¿ Considera Usted, que debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos de valoración de la prueba ilícita?</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	148	43%
NO	194	57%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Ficha de encuesta

**GRÁFICO N° 05**



### **INTERPRETACIÓN:**

- El 43% de los encuestados indican que SI, debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los

operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos de valoración de la prueba ilícita.

➤ El 57% de los encuestados indican que NO, debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos de valoración de la prueba ilícita.

➤ Se infiere la necesidad de implementar cursos de capacitación en el interior del Poder Judicial, Ministerio Público y Colegios de Abogados con la finalidad de formar a sus miembros en el conocimiento y manejo de las categorías concernientes a la prueba ilícita, incluyendo los actuales desarrollos de la doctrina y jurisprudencia comparadas, sin perjuicio de enfatizar la importancia de tener siempre en cuenta que la aplicación de dichos criterios requiere considerar nuestra particular realidad jurídico – procesal.

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”

## **RESULTADOS**

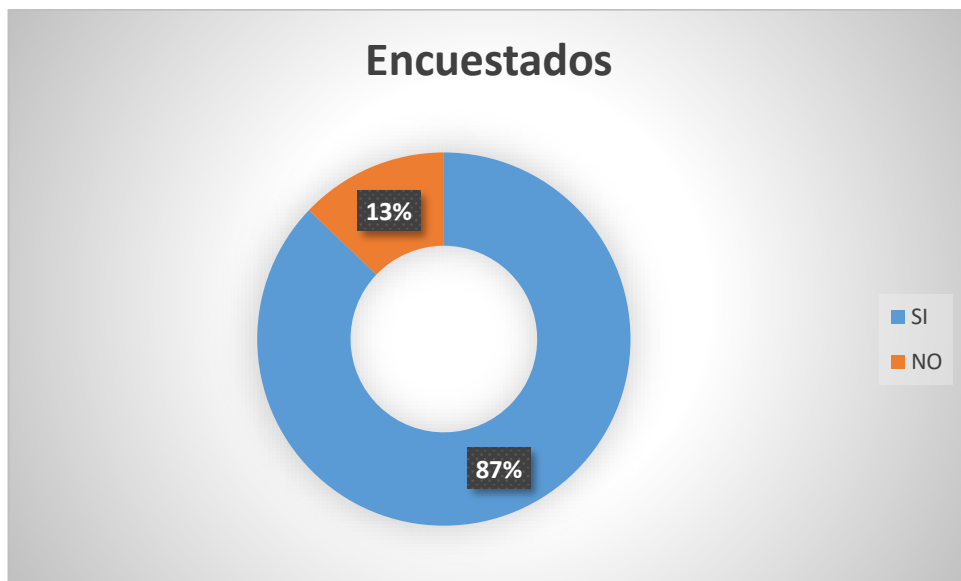
## MÓDULO II: REPRESENTACIÓN DE LA FICHA DE ENCUESTAS

**TABLA Nª 06**

<b>6. ¿Considera usted, que deberían uniformizarse los criterios en la valoración de la prueba ilícita?</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	298	87%
NO	44	13%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Ficha de encuesta

**GRÁFICO Nª 06**



### **INTERPRETACIÓN:**

➤ El 87% de los encuestados indican que SI deberían uniformizarse los criterios en la valoración de la prueba ilícita.

➤ El 13% de los encuestados indican que NO deberían uniformizarse los criterios en la valoración de la prueba ilícita.

➤ De lo que infiere, que deberían uniformarse los criterios en la valoración de la prueba. La valoración de la prueba determina el resultado de la práctica de los medios de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión que la prueba practicada por las partes logró sobre el juzgador.

Porque además, la apreciación probatoria se da desde el momento en que el Juez tiene contacto con el medio de prueba, desde ese instante se irá formando su juicio acerca de la credibilidad y la eficacia de cada medio de prueba, para al final confrontar todas las pruebas receptadas, depurarlas y tomar una decisión, esto es valorarlas en conjunto para sentenciar en base a la convicción lograda luego de dicha valoración.

“CRITERIOS JURÍDICOS PARA VALORAR LA PRUEBA ILÍCITA EN LA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE ICA, DURANTE LOS AÑOS 2016-2017”

## **RESULTADOS**

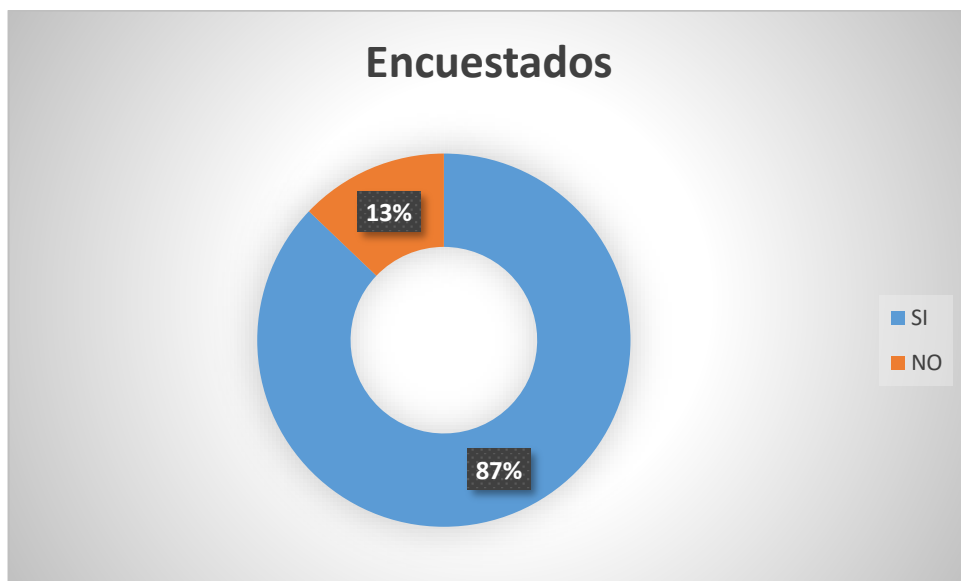
## MÓDULO II: REPRESENTACIÓN DE LA FICHA DE ENCUESTAS

**TABLA Nª 07**

<b>7. ¿Considera usted, que la prueba en materia jurídica es de suma importancia?</b>		
<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
SI	44	13
NO	298	87
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Ficha de encuesta

**GRÁFICO N° 07**



**INTERPRETACIÓN:**

- El 87% de los encuestados indican que SI la prueba en materia jurídica es de suma importancia.

➤ El 13% de los encuestados indican que NO la prueba en materia jurídica, no es de suma importancia.

➤ De lo que se deduce que la prueba en materia jurídica, es de suma importancia para el desarrollo del derecho, ya que no existe proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni mucho menos una sentencia que establezca el derecho de las partes que no se sustente en prueba conocida y debatida dentro proceso, porque no puede existir una sentencia en materia penal o civil que no fundamente sus considerandos en lo que es objetivamente veraz y a todas luces capaz de convencer sobre la inocencia o responsabilidad de un acusado o bien que el actor acredite sus pretensiones. La gran importancia de la prueba en el proceso penal deriva de considerar que la prueba es fuente de conocimiento y de convicción para el juzgador, de tal manera que sin actividad probatoria sería inimaginable un proceso penal justo y racional, en la medida en que no se podría destruir o enervar la presunción de inocencia de la que goza el imputado, ni tampoco aplicar la ley penal sustantiva como expresión del ius puniendi.

## **6.2 Discusión de resultados**

Del trabajo de investigación se infiere que cada una de las hipótesis quedaron validada:

La reforma del proceso penal, trae como consecuencia diferentes variantes que se manifiestan sobre todo en la revalorización de la prueba

ilícita en todas las etapas del proceso penal. Y es que si en el C de PP se buscó darle mayor efectividad a la etapa de instrucción, éste Nuevo Código Procesal Penal 2004, cambia su perspectiva y punto de partida:

La valoración de los medios de prueba y el sentido garantista son el eje del sistema procesal que se pretende implantar como garantía de respeto de los derechos fundamentales.

El respeto a una valoración de la prueba adecuada a la que deben enfrentarse los sujetos procesales, toda vez que los sitúa en la realización de una serie protocolos de ponderación en las que deberán confrontar sus planteamientos jurídicos y corroborarlos mediante medio de prueba razonable y cierto, con miras a obtener un resultado favorable a sus pretensiones.

Las adecuadas valoraciones al momento de recabar los medios de prueba garantizan a toda la sociedad un debido proceso, ya que involucra de manera directa a los jueces con las pruebas de la víctima y el victimario, donde tienen la oportunidad de comprobar las acciones y el delito mediante actos probatorios legítimos.

Sin duda alguna, el apoyo que reciba la propuesta en asumir mejores protocolos y procedimiento para valorar la prueba ilícita, debe ser bienvenida y útil, habida cuenta que se requiere una actuación conjunta no solo del Poder Judicial, sino de la Fiscalía, Policía Nacional así como de la Defensoría Pública; y los Colegios de Abogados en lo que se refiere a la capacitación de los operadores de justicia en cuanto al tema, difundiendo las bondades y beneficios, a fin de fortalecer la actuación de los operadores de justicia y desterrar por completo la arbitrariedad al momento de las actuaciones, disminuyendo el garantismo procesal, con el consiguiente el incremento de violaciones a las normas constitucionales, pues no debe perderse de vista que la realidad social y constitucional moderna debe estar

basada en el respeto a los derechos de la humanidad, y ello justifica un cambio hacia un sistema que, reafirme con mayor control y premura una buena justicia.

## **CONCLUSIONES**

1. Para avalorar la prueba ilícita, debemos tener claro que son pruebas ilícitas, las obtenidas con la violación de derechos materiales y pruebas ilegítimas las obtenidas con violación de derechos procesales. Las pruebas ilícitas deben ser entendidas como violaciones a derechos

fundamentales materiales, generalmente realizadas fuera del proceso. La inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos es una restricción probatoria de naturaleza extraprocesal y política, destinada a crear un sistema de protección de los derechos fundamentales.

**2.** La prueba ilícita resulta ser una de las instituciones más controvertidas; la proporcionalidad como método de resolución de las colisiones tiene tres sub-principios: adecuación (idoneidad entre medio y fin), necesidad (inexistencia de medio menos gravoso) y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de intereses). La proporcionalidad es un principio constitucional implícito en la Constitución, derivado de la dignidad de la persona humana, del debido proceso legal, del Estado Democrático de Derecho, y de la estructura lógica de los derechos fundamentales como principios jurídicos. La prueba ilícita, ante su apertura a los criterios valorativos, ocurre, a través de la argumentación práctica racional. Esta debe partir del propio texto constitucional, de la voluntad del constituyente, de los precedentes y de la dogmática, siendo admisible la superación del texto o de los precedentes mediante una carga de argumentación más fuerte. En este proceso, es necesaria la apertura argumentativa del círculo hermenéutico de la Constitución, de modo que todas las fuerzas pluralistas públicas se convierten potencialmente en intérpretes de la Constitución.

**3.** La prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado; no obstante debemos tener en cuenta que cuando la prueba ilícita es obtenida por particulares, por regla general, no hay efecto disuasorio a justificar la restricción probatoria. La restricción del derecho a la prueba es inadecuada y desproporcionada. Deben evitarse las decisiones de bloqueo de investigación por contener prueba ilícita, teniendo en cuenta la posibilidad de una fuente independiente, un descubrimiento inevitable y la evaluación de elementos accesorios que permitan la descontaminación del nexo de antijuridicidad. La violación al derecho de terceros, a pesar de no

ser un criterio autónomo para justificar la admisión de la prueba, permite una relativización de la garantía si se asocia con otros criterios, especialmente la pequeña gravedad de la violación y la mayor gravedad del crimen investigado.

**4.** Basados en dichas afirmaciones concluyentes, podemos colegir que, a través del estudio se han obtenido la evidencia suficiente para determinar que las hipótesis han sido validadas, teniendo en cuenta los criterios jurídicos nacionales e internacionales para la valoración de la prueba. y considerando que realmente existen una falta de ponderación al momento de valorar una prueba ilícita en el ejercicio jurisdiccional, así mismo las instituciones y operadores jurídicos involucrados llámese Juzgado, Policía y Ministerio Público, están obligados a valorar la prueba ilícita desde un enfoque garantista que no vulnere derechos fundamentales de los imputados, pero que alcance la verdad procesal de maneras no dañosas.

## **RECOMENDACIONES**

**1.** Para valorar la prueba ilícita, es necesario que el sistema Jurídico operante en nuestro país, implemente sistemas y/o protocolos de ponderación de la prueba al momento de su obtención, en especial en las instituciones de primera línea, tal como la Policía y el Ministerio Público, los mismos que son llamados a ejecutar acciones y conducir la investigación para llegar a la verdad procesal, y es en sus actuaciones

donde se producen múltiples violaciones a los derechos de los imputados, por falta de una ponderación adecuada y razonable de los medios de prueba que se están extrayendo.

**2.** Si bien es cierto hasta la actualidad, la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual. El proceso penal, para cumplir sus fines requiere de elementos de prueba que acrediten las acciones delictuosas perpetradas por los imputados, no obstante, recomendamos que estas deben ser tomadas dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la defensa legítima y al debido proceso, lo que imbuye el hecho de no transgredir normas constitucionales en el afán de llegar a la verdad procesal, ya que dicho camino es vicioso y no es ponderado adecuadamente la admisión o no de dichos medios de prueba.

**3.** Con la finalidad que la prueba ilícita no sea susceptible de ser viciada; en ese sentido, sugerimos que se realicen capacitaciones, en las instancias iniciales de investigación, en especial a la policía, la misma que tienen graves falencias en la valoración al momento de obtener los medios de prueba, y transgreden de manera más reiterada las garantías constitucionales a tener un debido proceso y a salvaguarda derechos de las personas procesadas o inmersos en una investigación, tal capacitación debe ser en función a implantar un razonamiento adecuado a valorar las acciones de obtención de pruebas de manera legal y que estas mismas no sean objeto de oposición o vicios futuros.

**4.** Se propone, en sede nacional, un nuevo enfoque en el análisis de una institución de trascendental importancia para los fines del proceso: la prueba. En el derecho comparado existen recientes trabajos doctrinarios

y desarrollos jurisprudenciales que, alejándose de la perspectiva que estudia la prueba como mera actividad que sólo analiza el conjunto de normas que regulan su admisibilidad y desarrollos procedimentales, reconocen la existencia de un derecho básico o esencial, que nos permite hablar con todo rigor del derecho fundamental a probar.

## **FUENTES DE INFORMACIÓN**

1. ALEXY, Robert (2002). Teoría de los Derechos Fundamentales. 1. ed., 3. reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 133-135.
2. Aristóteles (1973). La metafísica, 993a, In: Obras. Madrid: Aguilar.
3. BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Trad. Juárez Cirino de los Santos. 3. ed. En el caso de las mujeres. 176.

4. BARROS, Suzana de Toledo (2003). El principio de proporcionalidad y el control de constitucionalidad de las leyes restrictivas de derechos fundamentales. 3. ed. Brasilia: Brasilia Jurídica.
5. BIANCHINI, Alice (1998). Verdad real y verosimilitud fáctica. Boletín IBCCrim, n. 67, jun., p. 10-11
6. CARNAÚBA, Maria Cecilia Puentes. Prueba ilícita. Y en el caso de las mujeres. 13-18.
7. Carnelutti. Prueba civile. Apud LUCA, Giuseppe de (1991). La cultura della prueba e il nuovo proceso penale. En.: Evoluzione y rima del diritto y della procedura penale. Milán: Giuffrè, p. 190
8. CHAÚÍ, Marilena. Invitación a la filosofía. 13. ed. En el caso de las mujeres. 103
9. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (1996). Teoría general del proceso. 12. ed. Y en el caso de las mujeres. 352. También: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La Constitución y las pruebas ilícitamente adquiridas. AJURIS, año XXIII, n. 68, p. 19, nov.
10. COSTA ANDRADE, Manuel (2004). Sobre las prohibiciones de prueba en el proceso penal.
11. De la Universidad de Chile. Proceso y hermenéutica en la tutela penal de los derechos fundamentales. En el caso de las mujeres. 22-44.
12. DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo (2001). La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Madrid: Civitas, p. 222.

13. DWORKIN, Ronald (2005). Una cuestión de principio. Trad. Luis Carlos Borges.
14. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer et al. En el caso de las mujeres. 38-57
15. FLORIAN, Eugenio (1982).. De las pruebas penales. Trad. Jorge Guerrero. 3. ed. Bogotá: Temis, t. I, p. 44
16. FOUCAULT, Michel (2003). La verdad y las formas jurídicas. 3. ed. 27.
17. GOSSEL (1991). La búsqueda de la verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. Cuadernos de política criminal, n. 45, p. 676.
18. GRINOVER, Ada Pellegrini (2001). Las garantías constitucionales del derecho de acción.. 133.
19. GRINOVER, Ada Pellegrini. Libertades públicas y proceso penal: las interceptaciones telefónicas. 2. ed. Rio de Janeiro. 104-108.
20. LÓPEZ ORTEGA, Juan José (1999). Prueba y proceso penal: el alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional. Revista de derecho y proceso penal, [Navarra:]: Aranzadi.
21. LUCA, Giuseppe de. La cultura della prueba e il nuovo processo penale. En: Evoluzione y riforma del diritto y della procedura penale. Milán: Giuffrè, 1991.
22. MAGALHES GOMES HIJO. Derecho a la prueba p. 13. En el mismo sentido, resaltando el gran valor de la prueba para la justicia y, por lo tanto, para la efectividad de la función social del proceso, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. La instrumentalidad del proceso. 8. ed. Brasil. 293-7.

23. MALATESTA, Nicola Framariano dei (1995) La lógica de las pruebas en materia criminal. Trad. Waleska Giroto Silverberg. [s.l.]: Conan.
24. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2. ed. Barcelona: Bosch, p. 17-18.
25. MITTERMAIER, C. J. A. Tratado de la prueba en materia penal o exposición comparada. 4. ed. Portugal. 74.
26. PIZZI, Willian (1999). Technical and Truth: The Exclusionary Rule. En: Trials without truth. Nueva York, Londres: New York University Press, cap. 2.
27. ROXIN, Claus (2000) Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, p. 191.
28. SAGRADA BIBLIA, Trad (1995). Y en el caso de las mujeres. San Pablo: Sociedad Bíblica de Brasil, Juan 8:32
29. SCARANCE FERNANDES, Antonio; Las nulidades en el proceso penal. 8. ed. Brasil. 145-7. LOPES JR. Aury.
30. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2004). La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Trad.
31. TABOSA PINTO, Agérson (2000). La prueba ilícita en el proceso romano. Revista de la OAB-CE. Fortaleza, p. 13-25, set.
32. TARUFFO, Michele (2005). La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, p. 86, traducción nuestra. Para una síntesis de las ideas de Taruffo en este punto, v., p. 80-87.
33. TULKENS, Françoise. El procedimiento penal: grandes líneas de comparación entre sistemas nacionales. En: DELMAS-MARTY, Mireille. Proceso penal y derechos del hombre. Trad. Fernando de Freitas Franco. Y en el caso de las mujeres. 5-17, especialmente p. 11-13



## **ANEXOS**

**ANEXO (01)**

**FICHA BIBLIOGRÁFICA**

**NOMBRE DE AUTOR:**  
**TITULO DEL LIBRO:**  
**EDITORIAL, LUGAR Y AÑO**  
**NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:**  
**CÓDIGO:**

**ANEXO (02)**

**FICHA DOCUMENTAL**

**NOMBRE DE AUTOR:**

**INDICADOR:**

**TITULO:**

**IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:**

**FECHA:**

**COMENTARIO o CITA:**

**LOCALIZACION:**

**ANEXO (03)**

**CUESTIONARIO APLICADO**

**CUESTIONARIO**

1. ¿Considera Usted que es necesario determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica?

a) SI

b) NO

2. ¿Considera Usted, que la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal?

a) SI

b) NO

3. ¿Considera Usted, que la prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal?

a) SI

b) NO

4. ¿Considera Usted, que es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita?

a) SI

b) NO

5. ¿Considera Usted, que debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos de valoración de la prueba ilícita?

b) SI

b) NO

6. ¿Considera usted, que deberían uniformizarse los criterios en la valoración de la prueba ilícita?

a) SI

b) NO

7. ¿Considera usted, que la prueba en materia jurídica es de suma importancia?

a) SI

b) NO

<u>PROBLEMAS</u>	<u>OBJETIVOS</u>	<u>HIPÓTESIS</u>	<u>VARIABLES</u>	<u>INSTRUMENTOS</u>
<p data-bbox="360 344 707 371"><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p data-bbox="344 421 723 592">¿Cuáles son los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica?</p>	<p data-bbox="745 344 1075 371"><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p data-bbox="739 421 1081 592">Determinar los criterios jurídicos para valorar la prueba ilícita en la provincia y departamento de Ica.</p>	<p data-bbox="1160 344 1332 408"><b>HIPÓTESIS PRINCIPAL</b></p> <p data-bbox="1099 421 1395 890">Debido al insuficiente conocimiento respecto de la prueba ilícita, en los procesos penales los operadores procesales no han desarrollado suficientemente criterios jurídicos para la valoración de la prueba ilícita.</p>	<p data-bbox="1473 344 1736 408"><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p> <p data-bbox="1458 491 1751 518">LA PRUEBA ILÍCITA</p> <p data-bbox="1491 624 1718 687"><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p> <p data-bbox="1429 770 1785 798">CRITERIOS JURÍDICOS</p>	<p data-bbox="1854 421 2098 485">Ficha de análisis bibliográfico.</p> <p data-bbox="1834 531 2119 595">Ficha de análisis de documentos.</p> <p data-bbox="1883 641 2069 668">Cuestionario.</p>

<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>	<b>HIPÓTESIS SECUNDARIAS</b>	<b>VARIABLES:</b>	
<p>¿En qué medida la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal?</p>	<p>Establecer si la prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.</p>	<p>La prueba ilícita es una de las instituciones más controvertidas del estado actual de la ciencia procesal penal.</p>	<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p> <p><b>(X): LA PRUEBA ILÍCITA</b></p>	
<p>¿En qué medida la prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal?</p>	<p>Establecer si la prueba ilícita es el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal.</p>	<p>La prueba es uno de pilares fundamentales del proceso penal, sin embargo es también el elemento procesal más susceptible de ser viciado durante sus distintos momentos en el proceso penal: obtención, presentación, admisión, actuación y valoración.</p>	<p><b>INDICADORES</b></p> <p>Nivel de conocimiento de los operadores procesales sobre la prueba ilícita</p> <p>Nivel de desarrollo en el proceso penal sobre la prueba ilícita</p>	

<p>¿En qué medida es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita?</p>	<p>Determinar si es necesario conocer los criterios jurídicos nacionales e internacionales para valorar la prueba ilícita.</p>	<p>La doctrina nacional e internacional no ha desarrollado de manera orgánica criterios jurídicos respecto de la prueba ilícita.</p>	<p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p> <p><b>(Y): CRITERIOS JURÍDICOS</b></p> <p><b>INDICADORES:</b></p> <p>Vulneración de derechos fundamentales</p> <p>Inobservancia de garantías constitucionales</p>	
---	--	--	--	--