

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**“VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA E IMPUNIDAD EN EL PROCESO
PENAL”**

*Una aproximación a la necesidad de valorar excepcionalmente la prueba ilícita para
contrarrestar la impunidad en el proceso penal*

Presentado por:

Bachiller en Derecho:

Jhon Ricardine BAUTISTA FERNÁNDEZ

Para optar el Título Profesional de Abogado

Asesor de Tesis

Mg. Hugo Ipurre Maldonado

AYACUCHO - PERÚ

2018

Dedicatoria:

A Dios sobre todas las cosas.

A mi hijo Paris André por su amor infinito, a mi futura esposa Catty por su apoyo incondicional, y a mis padres Teodoro y Filomena por haber cultivado en mí la fortaleza y el espíritu de superación continua.

Agradecimiento:

Mi agradecimiento a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNSCH, a los Docentes y Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho que contribuyeron al desarrollo de la presente investigación.

RESUMEN

Esta investigación está enmarcada en el quehacer jurídico del ámbito penal, al punto que sin ella es inimaginable el funcionamiento del sistema de impartición de justicia. En un Estado Constitucional de Derecho resulta inadmisibles que agentes de la persecución del delito desplieguen una actividad de búsqueda e incorporación de la evidencia incriminatoria que vulnere abiertamente el plexo de derechos fundamentales reconocidos a favor de los ciudadanos, es decir, la búsqueda y obtención de la prueba en una investigación de ningún modo deben ser realizados *a cualquier precio* (prueba ilícita). Para el magistrado siempre representará un problema decidir en el caso en concreto la posibilidad de admitir excepcionalmente a la regla que prohíbe valorar aquel material probatorio obtenido en tales condiciones.

Este tema en investigación ha recobrado palpitable actualidad a consecuencia de la instauración de un conjunto de procesos penales vinculados con la actuación delictiva de una serie de funcionarios gubernamentales del régimen político, así como la situación generada por sentencias del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de algunas normas antiterroristas, lo que tuvo como efecto la inmediata anulación de los fallos dictados por el fuero militar y la consiguiente instauración de procesos ante la justicia ordinaria. En suma, ni la jurisprudencia, ni la doctrina nacional han desarrollado orgánicamente los criterios que permitan afrontar con eficacia la problemática materia de la presente investigación, espero contribuir con el análisis, desarrollo y estudio crítico de la institución y como consecuencia de ello su adecuada aplicación en el proceso penal peruano.

Palabras claves: prueba ilícita o prohibida, sentencia, imputación, valoración.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
TÍTULO I.....	3
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	3
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1. Descripción de la realidad problemática.....	3
2. Formulación del Problema.....	4
3. Indagación sobre Investigaciones Preexistentes	5
4. Delimitación de la investigación.....	6
5. Alcances de la investigación.....	6
II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	7
2.1. Objetivo general	7
2.2. Objetivo específico	7
III. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
3.1. Justificación de la Investigación.....	7
3.2. Importancia de la Investigación.....	8
IV. MARCO TEÓRICO	9
4.1. Antecedentes de la investigación.....	9
4.2. Marco conceptual.....	18
V. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	22
5.1. Hipótesis General	22
5.2. Hipótesis específica	23

VI. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE VARIABLES E INDICADORES	23
6.1. Identificación de variables	23
6.1.1. Hipótesis General:	23
VII. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES E INDICADORES.....	23
7.1. Indicadores de la hipótesis general	24
VIII. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
8.1. Tipo y nivel de investigación.....	25
8.1.1. Tipo de investigación:	25
8.1.2. Nivel de investigación	25
8.2. Método y diseño de la Investigación	25
8.2.1. Método de la investigación	25
8.3. Universo, población y Muestra.....	26
8.4. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos	27
8.5. Técnicas de procesamiento y análisis de Datos Recolectados	27
TÍTULO II	29
DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	29
CAPÍTULO I	
LA IMPUNIDAD EN EL PROCESO PENAL: <u>Problema Social</u>	29
1. Derecho Procesal Penal.....	29
1.1. Concepto	29

1.2. Ámbito funcional del derecho procesal penal	30
1.3. Esencia del derecho procesal penal	32
1.4. Metas y Medios del derecho procesal penal	35
2. Proceso Penal	38
2.1. Contexto.....	38
2.2. Concepto de proceso penal	42
2.3. Etapas del Proceso Penal Peruano	43
3. La Impunidad	62
3.1. Noción de impunidad.....	62
3.2. Impunidad en el derecho penal	63
3.3. Tipos de impunidad	65
CAPÍTULO II	67
DERECHOS FUNDAMENTALES: Importancia de los derechos fundamentales	67
1. Nociones básicas	67
2. Eficacia de los derechos fundamentales.....	73
3. Clasificación de los derechos fundamentales.....	76
3.1. Derechos de primera generación	76
3.2. Derechos de segunda generación.....	79
3.3. Los derechos humanos de tercera generación	82
CAPÍTULO III.....	84
MOTIVACION DEL RESOLUCIONES JUDICIALES: <u> </u> Iniciativa de valorar excepcionalmente la prueba ilícita.....	84
1. La Motivación de Resoluciones	84

1.1. Nociones básicas.....	84
1.2. Significado de motivar.....	86
1.3. Motivación y argumentación jurídica.....	87
1.4. Fines de la motivación.....	87
1.5. Fases de la motivación.....	88
1.6. Características de la motivación.....	89
1.7. La importancia de la motivación de la sentencia y su forma.....	90
1.8. Jurisprudencia sobre motivación de resoluciones.....	99
CAPÍTULO IV	102
VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA: Medida excepcional de aplicación ante la notoria claridad de los hechos.....	102
1. La Prueba	102
1.1. Noción de prueba.....	102
1.2. Concepto jurídico procesal de la prueba.....	102
2. Prueba Ilícita	111
2.2. Noción y concepto	111
2.2. Posturas sobre la admisión de la prueba ilícita.....	116
2.3. Posturas a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita	117
2.4. Posturas contra la admisibilidad y valoración de la Prueba Ilícita	118
2.5. Posturas intermedias sobre la prueba ilícita	118
3. Valoración de la Prueba	119
3.1. Concepto.....	119
3.2. Sistema de valoración de la prueba	122

3.3. Valoración de la prueba en el Código Procesal Penal	135
3.4. Correcta Valoración de la Prueba	140
3.5. Contenido de la valoración de la prueba	146
CAPÍTULO V	156
DERECHO COMPARADO: Diseño comparativo de sistemas jurídicos diversos	156
1. En La Legislación Europea:	156
1.1. Legislación alemana:	156
1.2. En la legislación española.....	157
1.3. En la legislación italiana.	158
2. En la Legislación Norteamericana	159
2.1. En la legislación de Estados Unidos de América - U.S.A.	159
2.2. En la Legislación de Puerto Rico	160
3. La prueba ilícita en la legislación latinoamérica	161
3.1. En la Legislación Colombiana.....	161
3.2. En la Legislación Argentina.	162
TÍTULO III	163
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS	163
1. Descripción de resultados	163
1.1. Descripción de resultados (Resoluciones y Autos)	163
1.2. Descripción de resultados (Entrevista a Magistrados)	166
2. Contrastación de las hipótesis	172
3. Aporte Académico	180
TÍTULO IV	181

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	181
1. Conclusiones	181
2. Recomendaciones.....	182
BIBLIOGRAFÍA	185
ANEXOS	189
1. Entrevista.....	189
2. Matriz de consistencia.....	191
3. Relación de expedientes judiciales Analizados (13).....	192
4. Sentencia sobre Prueba Ilícita, correspondiente al expediente penal N° 00185-2016-81-0501-JR-PE-03.	192

INTRODUCCIÓN

La presente tesis, titulada: “Valoración de la prueba ilícita e impunidad en el proceso penal”. Una aproximación a la necesidad de valorar excepcionalmente la prueba ilícita para contrarrestar la impunidad en el proceso penal, es un esfuerzo académico que intenta conocer y analizar la incidencia de la falta de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado.

Nuestro propósito, es la de hallar un mecanismo doctrinario validado que logre, la solución matizada y flexible para contrarrestar la impunidad, ciñéndonos *a favor de la valoración excepcional de la prueba ilícita en un proceso penal, aplicado a determinados casos concretos*; considerando que la prueba obtenida Ilícitamente debe ser válida y eficaz, es decir debe valorarse en el proceso para ser objeto de apreciación por el juez, predominando el interés de la Justicia por descubrir la verdad y a los responsables, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; siendo así la prueba valorable. En consecuencia, recomendar su implementación en los órganos jurisdiccionales de Ayacucho y el Perú.

Para acometer tal empresa, la investigación del tema estará orientada a explicar la ausencia de valoración excepcional de la prueba ilícita, en una época donde la noticia diaria que en el Perú se viene absolviendo a procesados ante la evidente claridad de los hechos ilícitos imputados; y, de cómo se puede negar radicalmente eficacia probatoria a este tipo pruebas, ante la imperiosa necesidad que tiene el Estado de ejercer su autoridad y razón de ser para ordenar y prevenir la continuación del orden público, por lo que sería absolutamente

lesivo y absurdo que por causa de una irregularidad en el proceso un peligroso criminal quedase libre y exento de sanción penal.

En definitiva, algo está fallando, por lo que nuestra postura se inclina por adoptar la *teoría de la ponderación de intereses*, que establece cómo en determinados casos no tiene sentido excluir la prueba ilícitamente obtenida y lo fundamental no es que se vulnere un derecho humano fundamental del inculcado o acusado para obtener la fuente de prueba, sino lo trascendental es que se quebranten las reglas de juego y las pautas procesales hasta el punto de violar un derecho fundamental de cualquier persona que esté inculcada, acusada o no.

Las fuentes utilizadas son básicamente documentos facilitados por la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y Jueces Penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga; por lo que, corresponde nuestro sincero agradecimiento, por haber permitido nutrir esta investigación.

El autor.

TÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción de la realidad problemática

El planteado tema de investigación surge de la noticia diaria que en el Perú ante la comisión de un hecho delictuoso, las fuentes de prueba obtenidas (determinantes) que sindicaron responsabilidad penal del presunto autor de un delito, no son valoradas al haber sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales y en consecuencia excluidos del proceso; conllevando en muchos casos a que el referido imputado quede impune de toda responsabilidad, consiguientemente habría ganado la arbitrariedad a la justicia.

En ese contexto, es oportuno abordar el tema de la importancia de la prueba ilícita que influye en el sostenimiento de la teoría del caso y demostración de la responsabilidad penal (culpabilidad) o inocencia de un presunto autor del delito; por cuanto, el estudio pretende esbozar generalizaciones aplicables a partir de resoluciones judiciales debidamente motivadas, donde se excluyen pruebas ilícitas de relevancia jurídica determinantes en los juzgados de investigación preparatoria, estableciendo que aquellas se aproximan a la finalidad del proceso penal y administración de justicia en sí misma. Teniendo en cuenta que en el derecho comparado la prueba ilícita o prohibida es admitida y valorada en los procesos penales, aplicando sus excepciones frente a la exclusión probatoria, buscando el fin común que busca todo justiciable, justicia.

Como es de entender que, el juez de investigación preparatoria (juez garantista) debe enfrentar situaciones en las que, dentro del proceso penal, se encontrara con un material probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales, o provenientes de aquel, de tal manera que deberá decidir si ampara o no dicho material, pues los actuales desarrollos doctrinales y jurisprudenciales del derecho comparado admiten una serie de excepciones de esta regla de exclusión de la prueba ilícita.

Nuestra ciudad no ha sido ajena a esta situación, motivo por el cual se ha planteado investigar ¿Cuál es el nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita, en la impunidad del procesado en el proceso penal de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga?, a fin de conocer, describir y analizar el grado de tratamiento que debe merecer la prueba ilícita que es imprescindible para determinar la culpabilidad y/o inocencia del sujeto activo del delito.

2. Formulación del Problema

2.1 Problema general

¿Cuál es el nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016?

2.2 Problema secundario

¿Cuál es el nivel de interpretación sobre la valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016?

3. Indagación sobre Investigaciones Preexistentes

Efectuado la revisión de la relación de tesis de investigación sobre el presente tema se encontraron:

A nivel Internacional:

Tesis publicada por José Manuel Alcaide González (2012), titulada: “LA EXCLUSIONARY RULE DE EE.UU. Y LA PRUEBA ILÍCITA PENAL DE ESPAÑA”, tesis de post-grado de la Universidad Autónoma de Barcelona – España.

Tesis Publicada por Alejandra Isabel Osman Naoum (2008), titulada: “LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA OBTENIDA CON INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍA DE VALDIVIA Y PUERTO MONTT”, tesis de grado de la Universidad Austral de Chile – Valdivia, Chile.

A nivel Nacional:

Tesis Publicada por Hamilton Castro Trigo (2008), titulada: “CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA”, tesis de post-grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

A nivel local:

En la ciudad de Ayacucho, precisamente en la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, a la fecha, no existen investigaciones en el que se sistematice y desarrolle con amplitud el tema materia de investigación, relacionado con la prueba ilícita y su valoración excepcional.

4. Delimitación de la investigación**4.1. Delimitación espacial**

La presente investigación se efectuará geográficamente en los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016

4.2. Delimitación temporal

La presente investigación comprenderá el año 2015-2016.

4.3. Delimitación Cuantitativa

La presente investigación se realizará ante el Poder Judicial de Ayacucho.

5. Alcances de la investigación

El alcance de la presente investigación abarca la valoración de la prueba ilícita e impunidad en el proceso penal.

II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo general

Con esta investigación pretendo:

Identificar el nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016.

2.2. Objetivo específico

Identificar el nivel de interpretación sobre la valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016.

III. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Justificación de la Investigación

En el Perú, entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal, y en el Distrito Judicial de Ayacucho a partir del primero de julio del 2015, en su totalidad; sin embargo, a la fecha se advierte procesos que pese a la existencia de responsabilidad penal por parte del presunto autor del delito, mediante la obtención de fuentes de prueba que sindicaban el hecho punible, son excluidos del proceso y no valorados por el órgano jurisdiccional, posteriormente su inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio; conllevando en muchos casos a que referido imputado sea sobreseído, consiguientemente habría ganado la arbitrariedad a la justicia.

Por estas razones es preciso hacer una previa evaluación a la realidad social y criminológica de nuestra ciudad de Huamanga.

El Nuevo Código Procesal Penal no contiene ninguna regulación respecto a las excepciones que debe tener la valoración de la prueba ilícita. Ello en modo alguno puede ser interpretado que la ineficacia o inutilizabilidad de las fuentes de prueba obtenidas con infracción constitucional es absoluta; sin embargo, jurisprudencialmente se pueden construir soluciones adecuadas a nuestro sistema constitucional y legal, tomando en cuenta también la jurisprudencia y legislación comparada.

3.2. Importancia de la Investigación

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos:

- a) Permitirá enriquecer la ciencia penales sobre el tema de valoración excepcional de la prueba ilícita e impunidad en el proceso penal, y que la sociedad estudiantil, magistrados, ciudadanos y abogados tomen conocimiento de la realidad jurídica regional sobre el tema.
- b) Contribuirá en las futuras decisiones judiciales a determinar en forma objetiva y correcta la aplicación de la norma jurídica en estudio.
- c) Se enriquecerá en el tema la futura formación de los profesionales del Derecho.
- d) Permitirá comprender las dificultades y limitaciones que existen en la tema.

IV. MARCO TEÓRICO

4.1. Antecedentes de la investigación

a) Ezequiel Baudelio Chavarry Correa (2011), investigó: “La Prueba Ilícita Penal en la Administración de Justicia en el Perú”, arribando a las siguientes 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 inculpaado y también a la sociedad en general.

3. En el Perú como "Estado Democrático de Derecho" la administración de justicia penal se rige por el principio de legalidad, basada en uno de los principios esenciales el denominado "debido proceso o proceso justo" que constituye una exigencia normativa tanto ética como jurídica, que es garantía del respeto y la preservación de la dignidad humana.

4. En el Proceso Penal uno de los elementos de mayor relevancia está constituido por "la prueba", consecuentemente su obtención debe realizarse con observancia de los preceptos de legitimidad, licitud y legalidad; y, fundamentalmente, con observancia del respeto de la persona humana.

5. 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.

6. "La prueba ilícita" ha ingresado en nuestro orden normativo a través de la doctrina que ha recogido tanto el Derecho Constitucional como el Derecho

Procesal Penal y otros, contenida en ciertas limitaciones y prohibiciones que ha recogido los tratados internacionales.

7. Los elementos o supuestos de hecho del tema de la "prueba ilícita" se sustentan en: el principio de licitud de la prueba, que en la valoración de la prueba debe aplicarse necesaria y obligatoriamente la "regla de exclusión", y la protección y "vigencia de los derechos fundamentales del imputado".

8. Un principio que regula el desarrollo funcional de los órganos encargados de la persecución penal y que constituyen una garantía a la vez del sistema acusatorio es el aquel "que no es posible realizar la investigación y la obtención de la verdad a cualquier precio a un violando los límites de tutela de los Derechos Fundamentales".

9. "La prueba ilícita" constituye una categoría jurídica de paradigma que le da una determinada característica al modelo de Estado el que a través de sus órganos encargados de la persecución penal va a tener una calidad de Estado inquisitivo y dictatorial.

10. La teoría del "fruto del árbol envenenado" surgida en la jurisprudencia de los Estados Unidos, resulta ser muy valiosa para la administración de justicia en el país, para evitar que el Estado se constituya en "un delincuente para investigar y juzgar otro delincuente".

11. La teoría de la "Regla de Exclusión" constituye un principio y categoría de nivel constitucional y que es compatible con un proceso garantista por el cual debe excluirse cualquier medio de prueba obtenido con violación de un derecho fundamental.

12. Las normas relativas a la prueba son normas de garantía con fundamento constitucional, para asegurar la garantía de defensa del acusado, de tal suerte que solo es posible la realización de obtención, admisión y valoración de pruebas en la forma expresamente prescrita por la Ley, en tanto esta sea compatible con los derechos fundamentales.

13. En el Derecho Comparado resulta relevante precisar que si bien los sistemas de justicia en la mayoría de los países han desarrollado mecanismos para rechazar la prueba ilícitamente obtenida y que ha conllevado a la aplicación de la denominada democratización y humanización de la justicia penal, empero el incremento de la criminalidad y a veces con un criterio político se ha actuado en prácticas de ilicitud respecto a la obtención de pruebas y en muchos casos se han admitido y valorados dichos pruebas obtenidas.

14. En materia penal, el derecho a probar constituye el ejercicio funcional del Estado que lo ejerce a través del órgano persecutor del delito: el Ministerio Público, pero ese ejercicio es a la vez una obligación legal por cuanto el derecho a probar es entendido contemporáneamente como un auténtico derecho fundamental.

15. El derecho a probar, por tratarse de un instrumento que se materializa dentro de un proceso, está delimitado por una serie de principios como el de pertenencia, licitud y debida valoración entre otros.

16. Las normas relativas a la prueba son normas de garantías con fundamento constitucional, pues están dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado.

b) También, Brenda Pareja Mujica (2017), investigó: “Modelo de Control Constitucional para la Admisión de la Prueba de Cargo con Violación a Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico Peruano”, y sus conclusiones fueron:

1. En el marco del paradigma de Estado Constitucional, es posible la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales a través de una adecuada interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales que de ella derivan, pues si bien es importante garantizar el respeto a todos los derechos de los imputados, pues es menester del juez constitucional adoptar los mecanismos jurídicos necesarios que también prevean efectivamente el respeto a los derechos de la contraparte, de modo tal que la exclusión de la “prueba ilícita” no sea una regla absoluta en consecuencia de una interpretación literal de la norma y que no sea un blindaje para la impunidad.

2. Los derechos fundamentales se constituyen como la piedra angular sobre la cual se erige nuestro ordenamiento legal y en consecuencia nuestra vida en sociedad; por ello es menester reconocer a plenitud la dimensión subjetiva de los derechos, así como sus posibles matices colectivos y el impacto que ellos podrían sufrir ante una posible exclusión de medios probatorios de cargo con violación a otros derechos fundamentales, que afectan no solo a los derechos e interés de las víctimas, sino que además aporta una seria lesión a los intereses públicos del Estado.

3. El derecho fundamental de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, es un derecho autónomo, diferente al derecho a probar, pues consta de una regla negativa que impide que se utilice un medio de prueba de cargo que viole otros derechos; hecho que fundamenta en si mismo su contenido esencial; además de contener la estructura necesaria para ser considerado un derecho fundamental independiente –esto es, que goza de disposiciones, normas y posiciones constitucionales- que le dan esta calidad.

4. El derecho fundamental de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, como todo derecho, no es absoluto, pues de los límites de él, en caso exista una antinomia o duda en su aplicación, podrá utilizarse mecanismos de interpretación constitucional que diluciden si se debe amparar este derecho a toda costa como regla general, o si podría encontrarse matices que permitan realizar una salvedad valida a esta regla y se pueda determinar su admisión en el proceso.

5. El derecho fundamental de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, no se trata solo de un cambio de nomine iuris, pues se encuentra sustentado en su propio contenido esencial, en su propia naturaleza jurídica y en su carácter no absoluto y secuencial, pues si bien goza de autonomía, se va ver relacionado en su desenvolvimiento con otros derechos fundamentales, pues; por decirlo en palabras sencillas, el desenvolvimiento de este derecho será plenamente visible cuando se encuentra enfrentado a otros derechos fundamentales como explícitos en la Constitución-el derecho a probar, a la defensa, etc.- implícitos como derecho a la verdad-; derechos para los cuales el intérprete

deberá analizar alguna posibilidad de salvar esta prueba de cargo y pueda admitirse válidamente y de conformidad al paradigma de Estado Constitucional.

6. Es necesario evaluar la posibilidad de realizar este modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, en determinados casos –realizando una excepción a la regla general de exclusión; toda vez que la exclusión de este medio probatorio podría perjudicar severamente otros derechos fundamentales de la contraparte, tal como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a la verdad y la ponderación del interés público.

7. La interpretación constitucional juega un rol importantísimo a la hora de realizar el Control Constitucional del derecho a la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, pues mediante ella se puede llegar a abstraer el sentido compatible de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, pues si se toma en cuenta con las disposiciones constitucionales que permitan concluir su validez, se podrá determinar su admisión al proceso; o en su defecto, permitirá encontrar un sentido incompatible con los derechos constitucionales que invaliden de modo insalvable la prueba “ilícita” de cargo, determinando su exclusión del proceso.

8. El intérprete de la Constitución debe tener en cuenta las dimensiones de cada derecho fundamental involucrado a la hora de realizar el control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, asimismo, deberá analizar los

bienes jurídicos protegidos en la comisión de delitos a ser investigados y sobretodo de la esencia del derecho a no probar en contracara a otros derechos. Todo ello con la finalidad de ser analizados e interpretados de conformidad al paradigma de Estado Constitucional.

9. Proponemos un modelo de control constitucional de la prueba de cargo obtenida con violación de derechos fundamentales sustentado en tres pasos: 1° Análisis de constitucionalidad de la prueba de cargo; 2° El empleo de la tesis de la ponderación como eje del control constitucional; y, 3° Decidir la admisión o inadmisión de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales, supone contar con competencia constitucional.

10. Seguir este esquema metodológico de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales se establece como una herramienta útil para que el intérprete, al momento de realizar un Juicio de Ponderación o ponderación de intereses y se determinen los valores o grados que coadyuven a hallar un sentido incompatible o incompatible de la prueba de cargo obtenida con violación de derechos fundamentales.

11. El Control Constitucional en una etapa previa al juzgamiento dentro del proceso penal permitirá no solo que se eviten perjuicios al imputado por someterlo a dilatados procesos judiciales, sino que además evitara que la víctima quede con una sensación de impunidad tras ver como el *Ius puniendi* del derecho penal es obstruido por la exclusión de una prueba de cargo con violación a derechos fundamentales; puesto que el medio probatorio podría resultar relevante para la determinación de responsabilidades en algunos casos de notable

interés público; asimismo, este modelo de Control Constitucional a la luz de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales coadyuvaría a evitar costos administrativos innecesarios, propios de cada proceso y la sobrecarga procesal en un sistema judicial ya recargado como el peruano.

12. Es necesario que se reconozca la potestad del juez para realizar el modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en la etapa de investigación e incluso en la etapa intermedia del proceso penal, pues es necesario que el juzgador pueda pronunciarse sobre la licitud de la prueba no solo hasta la conclusión del proceso sino en la etapa donde realmente contiene un aporte sobre los hechos cuestionados. En ese sentido, la facultad de realizar el control constitucional planteado en la presente debe ser permitido mediante una norma que reconozca la discrecionalidad del juez en determinados casos donde impere el interés público o el derecho a la verdad frente una posible prueba de cargo con violación a derechos fundamentales.

c) Asimismo, Orlando Frank Camacho Espinoza (2017), investigó: “Hacia el Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita y sus Implicancias en el Debido Proceso Penal”, siendo sus conclusiones las siguientes:

1. Las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Mientras que las excepciones a las reglas de

exclusión están determinadas por los siguientes criterios; fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable; ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admite e incorpora válidamente en el proceso penal, y la prueba de fuente ilícita que se excluye por atentar los derechos fundamentales tiene una implicancia directa en el debido proceso.

2. Las reglas de exclusión de la prueba ilícita tienen su fuente principal en la protección del sistema constitucional y la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ello se derivan las reglas de exclusión probatoria que se debe aplicar para excluir una determinada prueba que afecte el núcleo del derecho fundamental: A.- Que la irregularidad en la obtención y la incorporación sea suficiente para comprometer el debido proceso, B.- Aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, C.- Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, D.- La condición de prueba ilícita para que no tenga efectos en el proceso debe ser declarada judicialmente, E.- Afectación a la dignidad de la persona, F.- Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita a fin de generar derechos y obtener ventaja; y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a conocer la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación incluso restringiendo algunos derechos para enfrentar a la corrupción sistemática y organizada.

3. En un Estado democrático de derecho, las excepciones a las reglas de exclusión probatoria están enmarcadas dentro del principio de proporcionalidad de intereses, entre la protección absoluta de los derechos fundamentales frente al derecho a la verdad que implica el cabal conocimiento de la realidad de los hechos; los mismos que deben ser aplicadas

verificando estrictamente las siguientes reglas o supuestos de excepción: A.- Notoria realidad de los hechos descubiertos, B.- El vínculo atenuado, C.- El descubrimiento inevitable, D.- Derecho a la verdad, E.- Buena Fe, F.- Fuente independiente, G.- Urgencia y necesidad, H.- Consentimiento; y el fundamento de las excepciones a la exclusión probatoria, radica en el derecho a la verdad, y la eficacia probatoria para enfrentar las olas de la criminalidad organizada nacional y transnacional.

4. La prueba que se admita e incorpore válidamente al proceso penal, y la prueba que se excluye por atentar los derechos fundamentales, tiene una implicancia directa en el debido proceso, pues de ello dependerá el éxito (sentencia condenatoria) del proceso o en su defecto el fracaso (nulidad) del proceso penal. La obtención y la incorporación de la prueba son componentes esenciales del debido proceso, tal es así que ante el defecto de ésta, la consecuencia directamente se manifiesta en el proceso, en razón que su finalidad se ve perturbada, desviada de su cauce normal; si una prueba es ilícitamente obtenida pero se incorpora lícitamente en el proceso penal evidentemente vulnera el derecho fundamental, sin embargo, hay medios probatorios que se debe incorporar pese a tener algunos defectos, ello aplicando estrictamente el principio de proporcionalidad en el caso concreto.

4.2. Marco conceptual

Corte Superior de Justicia. Es aquel órgano que ejerce las funciones de un tribunal de última instancia (Lex Jurídica, 2012).

Expediente. Es la carpeta material en la que se recopilan todas las actuaciones judiciales y recaudos que se establecen en un proceso judicial de un caso concreto (Lex Jurídica, 2012).

Juzgado Penal. Es aquel órgano investido de poder jurisdiccional con competencia establecida para resolver casos penales (Lex Jurídica, 2012).

Medios probatorios. Son las actuaciones que, dentro de un proceso judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio (Lex Jurídica, 2012).

Primera instancia. Es la primera jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).

Segunda instancia. Es la segunda jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).

Poder Judicial.

En el Perú el ente estatal encargado de la administración de justicia es el Poder Judicial. Quién con procedimientos preestablecidos y con jueces pre designados brinda solución a los conflictos.

Tribunal Constitucional

Órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes, y procesos referentes a la

Constitución y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos legislativos o del poder ejecutivo, a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos.

Debido Proceso

Es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

Tutela Jurisdiccional Efectiva

Consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aun sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez. Es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables, y no manifiestamente arbitrarias, ni irrazonables. Las normas que regulan el sistema recursivo deben aplicarse a la luz del principio de favorecimiento del proceso, es decir, en sentido favorable para posibilitar el

acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito.

Resulta así, criticable aquella jurisprudencia del supremo tribunal que señala que el derecho a la tutela jurisdiccional es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso, y que se agota cuando las partes, mediante el derecho de acción, hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda.

Derecho a la defensa

El derecho de defensa que es una garantía constitucional que busca resguardar la posibilidad que tiene el ciudadano de realizar aquellas actividades procesales que le permitan sostener una postura procesal determinada; ya sea extraproceso y/o intraproceso.

Prueba

En el lenguaje común que no es otro que el de comprobación de la verdad o exactitud de una proposición (Carnelutti, s.f.).

Prueba Ilícita

Es aquella que en su obtención ha vulnerado derechos fundamentales, lo que implica necesariamente la transgresión de normas constitucionales y no ordinarias (Miranda Strampes, 2004).

Prueba Prohibida

La prueba prohibida no es más que la consecuencia de la prueba ilícita, entendida como aquella que no puede ser traída al proceso puesto que deriva de otra producida con directa afectación de derechos fundamentales protegidas constitucionalmente. (RIVES, 2010)

Sobreseído

Alude al proceso penal que ha finalizado por decisión del órgano jurisdiccional y en razón de que no corresponde seguir procesando al inculpado, pues los hechos que se le imputan no encuadran en el ámbito de la Ley Penal o han dejado de ser sancionadas por estas, o por considerar que las pruebas obtenidas no son suficientes para acreditar la comisión del delito (Diálogo con la Jurisprudencia, 2011).

Valoración probatoria

Actividad intelectual de análisis realizada por el juez o tribunal antes de expedir sentencia y respecto de la eficacia de las pruebas presentadas por las partes para acreditar los hechos que estas respaldan. Hace referencia a la convicción y certeza que las pruebas generan en el juzgador, lo cual se plasma al resolver. (Diálogo con la Jurisprudencia, 2011)

V. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE TRABAJO

5.1. Hipótesis General

El nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015-2016, es deficiente debido a la ausencia de valoración excepcional de la prueba ilícita.

5.2. Hipótesis específica

El nivel de interpretación sobre la valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016, es deficiente debido a la aplicación literal de la norma penal.

VI. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE VARIABLES E INDICADORES

6.1. Identificación de variables

6.1.1. Hipótesis General:

El nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016, es deficiente debido a la ausencia de valoración excepcional de la prueba ilícita.

✓ Variable Independiente (X)

La prueba ilícita

✓ Variable Dependiente (Y)

Impunidad del procesado

VII. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES E INDICADORES

Previamente con fines metodológicos representaremos a cada una de las variables con su símbolo, señalándole sus indicadores respectivos.

7.1. Indicadores de la hipótesis general

✓ Variable Independiente (X)

Valoración de la prueba ilícita

✓ Variable Dependiente (Y)

Criterios de impunidad del procesado

Tipo	Variable	Definición conceptual	Dimensiones	Indicadores
Variable independiente	Prueba ilícita	Son aquellas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona	Constitucional	- Número de Derechos fundamentales - Número de Derechos e intereses afectados
			Jurisprudencial	- Grado de ausencia de regulación - Cantidad de normas que prohíben su valoración
			Doctrinal	- Cantidad de posturas que consideran es una restricción de la fuente de conocimiento al Juez o Colegiado - Cantidad de posturas que consideran es un mecanismo de defensa del imputado
Variable dependiente	Impunidad	Ausencia de castigo después de cometer un crimen o delito	Concepción de justicia	- Número de Indefensiones a los derechos fundamentales de las víctimas
			Concepción de Criminalidad	- Número de absoluciones en la comisión de un delito.

VIII. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

8.1. Tipo y nivel de investigación

8.1.1. Tipo de investigación:

Básica y aplicada, se recurre a conocimientos ya existentes inmersos en el ámbito normativo, doctrinario y jurisprudencial; de los cuales a su vez, se extraerán criterios que guiarán el estudio, conocimiento que marcará su importancia en diversos momentos de la investigación, entre ellos, la recogida de datos y discusión de los resultados. En cuanto al objeto de estudio (sentencias), estas no corresponde a una realidad interna, sino externa contenidas en un documento llamado expediente judicial (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

8.1.2. Nivel de investigación

Es descriptivo, porque el examen intenso del fenómeno a la luz de conocimientos existentes, permitirá determinar si la variable en estudio evidencia o no en su contenido un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004). En suma, es descriptivo.

8.2. Método y diseño de la Investigación

8.2.1. Método de la investigación

Analítico – inductivo, comparativo, síntesis.

8.2.2. Diseño de la investigación.

No experimental, porque no existirá manipulación de la variable, sino observación del fenómeno tal como se da en su contexto natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador. Retrospectivo, porque la planificación de la toma de datos se efectuará de

registros (sentencias) donde el investigador no tendrá participación. En el caso concreto, la evidencia empírica estará referida a una realidad pasada. Transversal, porque el número de ocasiones en que se medirá la variable será una sola vez; lo que significa que el recojo de datos se realizará en un momento exacto del transcurso del tiempo. También se le conoce como transeccional (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

8.3. Universo, población y Muestra

8.3.1. Universo

Sentencias y autos penales sobre prueba ilícita

8.3.2. Población

30 sentencias y autos penales sobre prueba ilícita en los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga.

8.3.3. Muestra

En términos metodológicos podría denominarse como unidad muestral, seleccionada intencionalmente utilizando la técnica por conveniencia, que viene a ser un muestreo no probabilístico, porque se ha elegido en base a la experiencia y comodidad del investigador (Casal, 2003).

Fragmento representativo de sentencias y autos penales sobre prueba ilícita, constituida por 13 expedientes penales que se elegirán aleatoriamente. Determinada bajo la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 pq * N}{E^2(N - 1) + Z^2 * pq}$$

$$n = 13$$

8.4. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos

8.4.1. Técnicas

- Análisis bibliográfico
- Evaluación documental
- Análisis cualitativo
- Comparación.

8.4.2. Instrumentos

- Se utilizará como instrumento:
- Fichas bibliográficas
- Registro de Expedientes
- Formato de entrevista a jueces

8.4.3. Fuentes:

- Libros nacionales e internacionales especializados en Derecho Penal y Procesal Penal.
- Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga.
- Sitios Web, normas legales.

8.5. Técnicas de procesamiento y análisis de Datos Recolectados

8.5.1. Selección y Representación por variables

8.5.2. Matriz Tripartita de Datos:

UNIVERSO	POBLACION	MUESTRA
Sentencias y autos penales sobre prueba ilícita	30 Sentencias y autos penales sobre prueba ilícita.	13 sentencias y autos sobre prueba ilícita.

8.5.3. Utilización del procesador sistematizado computarizado

8.5.4. Pruebas estadísticas

8.5.5. Análisis cualitativo de datos

TÍTULO II
DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL
MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I
LA IMPUNIDAD EN EL PROCESO PENAL

Problema Social

1. Derecho Procesal Penal

1.1. Concepto

Según Clariá (1996) “el Derecho Procesal Penal como la ciencia que estudia sistemáticamente, el conjunto de principios y normas referidos a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal” (p.37). Si a ello se le quisiera agregar el elemento modal, podría continuarse esa definición con lo que viene a ser la tarea a cumplir: organizando la magistratura penal con especificación de las respectivas funciones y estableciendo los presupuestos, modos y formas del trámite procesal.

Por su parte, García (1973) define al Derecho Procesal Penal como el conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto organizar los tribunales en lo criminal y regular la actividad jurisdiccional destinada a hacer efectivo el Derecho Penal Material, fijando los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares (p.18).

Desde la perspectiva de Arbulú Martínez (2017), es el conjunto de procedimientos dentro del cual se ventila los intereses de las partes en conflicto, siendo la vía para aplicar el Derecho Penal material. Además, son las normas las que regulan la organización judicial donde se desarrolla el proceso penal (pág. 9)

1.2. Ámbito funcional del derecho procesal penal

Son cuatro los ámbitos en los que incide o se ocupa el derecho procesal. Genéricamente, el derecho procesal penal se ocupa de la actuación del derecho de penar del estado, que sin embargo no puede ser focalizado en la sola pretensión penal estatal. A esta función, sin duda legítima y fundamental, se agregan a otras tres: la protección a los derechos a la libertad del imputado, tutela de la víctima y la reinserción del imputado.

El proceso penal y con él la totalidad de la justicia penal busca el control de la criminalidad. El proceso penal, en esta perspectiva, es visto como el instrumento último de la política pública de seguridad. Sirve como respuesta a la delincuencia, sancionando con una pena las conductas calificadas de delictivas por el legislador, y lo hace en una doble dimensión: al conflicto que se plantea entre el delincuente y la sociedad, y al que surge entre el agresor y el agredido. La pretensión de castigar y la imposición de sanciones penales, que conforman un monopolio estatal, debe realizarse en el seno del proceso penal, en que la idea de eficacia es central.

El proceso penal también se ocupa de declarar y restablecer el derecho a la libertad del inocente, derecho que tiene u ostenta una posición preferente a la potestad sancionadora. Los

principios de respeto a los derechos básicos de la persona en el tratamiento que los órganos públicos que intervienen en la represión de los delitos han de dispensar al imputado cuyo norte es el principio de la libertad individual - constituyen un sello distintivo del moderno procesal, que además reconoce algunos derechos fundamentales de contenido procesal, como las garantías de presunción de inocencia y de defensa procesal - que opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal, todos los cuales configuran un estatus procesal propio de un Estado constitucional.

Más allá del rol de las normas penales y de la finalidad de la pena, el derecho procesal y el proceso penal asumen como ámbito de su preocupación y su regulación la tutela de la víctima -consideración específica de la garantía de tutela jurisdiccional que también ha de dispensársele como consecuencia de resultar afectada en sus derechos e intereses legítimos por el delito. La respuesta represiva al delinciente no es suficiente, se requiere la efectiva reparación de la víctima, que incluso supera lo meramente económico o material. Esta tiene derecho no solo a la verdad - a saber lo que verdaderamente sucedió (art. 95.1 NCPP) y que el estado investigue eficazmente los hechos en su perjuicio-, sino para garantizar esa reparación tiene derecho a intervenir en el proceso penal (arts., 98 y 194 NCPP). En nuestro proceso penal se acumula obligatoriamente la acción civil resarcitoria a la acción penal, salvo que la propia víctima decida acudir a la vía civil (art. 12.1 NCPP).

La última función del derecho procesal penal es la de contribuir o, en todo caso, no entorpecer la reinserción del imputado. Es cierto que esta función es propia de las penas (arts. 139.22 de la Constitución y del art. IX del TP del CP), pero, sobre la base de evitar las penas

cortas privativas de libertad y expandir, en lo proporcionalmente imprescindible, las alternativas de la misma, corresponde al derecho procesal penal hacer viables esas perspectivas, arbitra un conjunto de medidas alternativas a la prisión preventiva, centrar esta última a los casos graves y siempre que esté en riesgo los fines del proceso, y consolidar el principio de oportunidad, de manera que pueda contribuir también a la efectiva reinserción del imputado (San Martín, 2015, p.10-12).

1.3. Esencia del derecho procesal penal

Como el derecho procesal penal, integrante del derecho público, es un derecho de realización del derecho penal, sus normas deben ser compatibles entre sí, debe exhibir la misma actitud fundamental, resulta imprescindible que para lograr su efectividad se imponga al ciudadano aun cuando oponga resistencia y trate de impedir que la pretensión penal se lleve a cabo. Con la finalidad, justificada a partir de esa conocida relación de sujeción del individuo frente al Estado, característica del derecho público, se arbitran las medidas coerción procesales (Sección III del Libro II) y, de modo más amplio, las medidas limitativas de derechos - que incluyen las medidas instrumentales restrictivas de derecho que el Código denomina "búsqueda de prueba y restricción de derecho (título III de la Sección II del Libro II). Los elementos comunes a ellas son, de un lado, la necesaria jurisdiccionalidad para su imposición que, como es obvio, ratifica la supremacía del juez, que como regla tiene la primera palabra, salvo en los casos de urgencia en que tiene la última palabra y, de otro, tanto los principios de legalidad y motivación de la restricción, en cuanto a los de intervención indiciaria y proporcionalidad - base fundamental para la

legitimidad de toda limitación de derechos fundamentales (art. VI del TP del NCPP) (San Martín, 2015, p.13).

También se reconoce, desde la perspectiva de los principios oficial y acusatorio, al Ministerio Público como órgano encargado de la persecución del delito y de descubrir y sostener la verdad real o material (arts. 159.4-5 de la Constitución y IV.2, 61.1 y 65.1 del NCPP). El Ministerio Público es concebido como un órgano independiente del poder judicial – encargado de la función decisoria- aunque para evitar su dominio incontrolado en perjuicio del imputado y las demás partes procesales, se le somete al control del juez. Ello no obsta, desde su relación con las demás partes procesales y la exigencia de un proceso justo y equitativo, a que – principalmente, en el juicio oral, se consolide la necesaria igualdad de armas con la parte acusada, y a que en sede de investigación preparatoria, cuyo señorío no puede desconocérsele, se reconozcan un conjunto de derechos instrumentales a las demás partes, y a que, a su vez, se afirme que las actuaciones del fiscal no tienen carácter de definitivas (art. 325 NCPP).

Por último, es de la esencia del derecho procesal penal su carácter de derecho referido al procedimiento. La solución de la controversia, que regula al proceso penal, se lleva a cabo por grados. Si bien el fin del proceso es la decisión sobre el objeto procesal (el hecho atribuido al imputado), existen en los distintos grados fines intermedios y, por consiguiente, una regulación disímil de los derechos y deberes de los sujetos que participan en el proceso en los diferentes grados o etapas (San Martín, 2015, p.14):

a) En la etapa de procedimiento de investigación preparatoria se reúnen los elementos de convicción, de cargo y descargo, para que el fiscal funde su acusación y la parte investigada prepare su defensa (art. 321 NCPP), en la que existe una clara predominancia del fiscal, sin desconocer el principio de contradicción y el derecho de defensa de las demás partes procesales, en especial del imputado (art., 337.4-5 NCPP).

b) En la etapa de procedimiento intermedio se examina, desde las actuaciones de la investigación preparatoria, si existe base suficiente para acusar y pasar a la siguiente etapa (art. 344.1 NCPP), cuyo principio dominante, a la par de reconocer el señorío del Tribunal y la plena igualdad procesal con una amplia posibilidad de intervención de las partes frente al requerimiento fiscal (arts. 345.2 y 350.1 NCPP), es el de seriedad de la pretensión punitiva, en cuya virtud no basta con que esté configurado por el fiscal, o el querellante particular en su caso, la pretensión punitiva, es necesario, además, como presupuesto de la admisibilidad del juicio, que se valore la seriedad de la pretensión por el órgano jurisdiccional, en sentido favorable, a la continuidad del proceso -que es lo se denomina "juicio de acusación"- a fin de evitar los juicios carentes de fundamentos y ya lastrados por la inconsistencia jurídica relativa a los hechos delictivos.

c) En la etapa de enjuiciamiento o procedimiento principal se decide sobre el objeto del proceso, en función de la acusación. El rol principal corresponde al juez y se reconoce una amplia y pareja actividad de las partes, bajo la vigencia del conjunto de principios que dominan la escena procesal: contradicción, igualdad de armas, publicidad, oralidad, inmediación y concentración (art. 356.1 NCPP). El rol activo corresponde a las partes en lo

que respecta al aporte probatorio, y el juez se limita a controlar la corrección del trámite y a que el esclarecimiento, como meta fundamental del proceso, se cumpla en todo lo que fuera materialmente posible, exigencia que en última instancia modula intervención del juez en su cumplimiento (arts. 363.1 y 375. 4 NCPP).

1.4. Metas y Medios del derecho procesal penal

La meta del proceso penal en un Estado constitucional no puede ser otra que la búsqueda de la verdad material o, mejor dicho, de la verdad judicial-acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, en su caso, castigar al autor o partícipe de su comisión; por consiguiente, el fin: del proceso es solucionar un conflicto, pero con una aplicación correcta de la regla de juicio y luego, de una regla de derecho, cuya estructura es condicional -una reconstrucción posiblemente verdadera de hechos es una premisa necesaria para demostrar que la decisión es correcta, pero no es suficiente. De ahí que el juez. en la sentencia que pone fin al proceso penal declarativo de condena deberá incluir, desde su libre convicción (art. 158.1 NCPP), "cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probadas o improbadas [...]" (art. 395.3 NCPP). Por lo demás, en la investigación del delito, el fiscal "deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a _ los autores o partícipes en su comisión" (art, 65.1 NCPP). En esta perspectiva la Policía, como ayudante principal del fiscal, en el ejercicio de su función de investigación, debe "reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan server a la aplicación de la ley penal" (art. 67.1 NCPP) (San Martín, 2015, p.15-16).

Si el Estado de derecho obliga a orientar toda su acción social de conformidad con el principio de justicia material (art. 44 de la Constitución), este rige incluso si se reconoce - como así es- que el fin del proceso penal es el restablecimiento de la paz jurídica. Lo fundamental es admitir, de un lado, que el proceso penal busca esclarecer una sospecha, es decir, los cargos de criminalidad que pesan contra una persona; y, de otro, que la justicia material es compatible con esta línea tendencia! de todo proceso penal democrático: en este ha de averiguarse lícitamente la verdad, desde las premisas constitucionales, ya que de lo contrario es inconcebible una sentencia justa: *veritas delicti*. En esta perspectiva, como regla, se tiene que la condena a una pena contra una persona está unida necesariamente a la comprobación de su culpabilidad -el derecho material se realiza comprobando la verdad material, resultando insuficiente al respecto la mera justicia de procedimiento, esto es, considerar al proceso penal como una lucha. Cuyas sanciones serían legítimamente sufridas por el perdedor, por ser justas las condiciones de combate. No solo se requiere un procedimiento ordenado, el poder del Estado necesita subordinarse a su propio fin que es la justicia.

Desde el principio de instrucción, plenamente constitucional, le corresponde al juez, de conformidad con el derecho, respetando el principio de contradicción y las demás garantías procesales, elaborar una imagen acerca de los hechos que sea tan fiel a la realidad como sea posible -no que se imponga el punto de vista postulando por alguna de las partes o de un testigo o perito acerca de la verdad.

La verdad judicial de los hechos es, a final de cuentas, una condición necesaria de toda decisión apropiada, legítima y justa, sin ella esta no es posible. La verdad, a su vez, se obtiene a partir de las fuentes y medios de prueba información a partir de la cual se puede derivar la verdad de los hechos en litigio, y su selección se hace desde dos criterios básicos: relevancia de los medios de prueba y admisibilidad (jurídica) de los medios de prueba. El primero es un estándar lógico de acuerdo con el cual solo se admiten y se tienen en cuenta aquellos medios de prueba que mantienen una conexión lógica- con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos - pertinencia y utilidad-. El segundo dice de las normas sobre admisibilidad de los medios de prueba. Las reglas de exclusión se estructuran en función de diversos factores muy diversos, unas veces referidos con la posición particular de las personas involucradas y otras con la materia específica que tiene que ser probada. En ocasiones su propósito es evitar posibles errores y malentendidos en la valoración de los medios de prueba específicos y en otras su objetivo es evitar procesales inútiles (San Martín, 2015, p.17-18).

El descubrimiento de la verdad material obliga a considerar permanentemente la posibilidad de que el imputado sea realmente inocente. Todas las regularizaciones del derecho procesal penal, del proceso en concreto, deben atender a esa posibilidad y, por ende, arbitrar mecanismos jurídicos que impidan el sometimiento ilegal de un imputado a un procedimiento penal o la imposición o subsistencia de medidas limitativas de derechos sin base fáctica o legal.

Unida a la posibilidad de una decisión correcta, que sea compatible con la verdad material, la meta del procedimiento requiere, además, que la decisión sobre la punibilidad del imputado sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico-procesal, y que restablezca la paz jurídica. En este ámbito los medios que se vale el Estado para alcanzar la verdad, informados por el principio de formalidad -vinculación formal de la prueba de la verdad-, deben ser respetuosos del ordenamiento jurídico y del contenido esencial de los derechos constitucionales del imputado, pues de otro modo las evidencias obtenidas de esa forma son inutilizables, son de valoración prohibida (art. VIII 1 – 2 del TP y 159 NCPP). Por consiguiente, la meta del proceso penal no consiste en alcanzar la verdad material a cualquier precio.

2. Proceso Penal

2.1. Contexto

El proceso penal constituye el instrumento legal, que emplea el estado para la imposición de penas y/o medidas de seguridad a todos aquellos que han lesionado los bienes jurídicos fundamentales de la persona y la sociedad. Arbitrio y razón son los postulados que sostienen la persecución penal en un orden democrático de derecho y una impartición a los dictados de la Ley y la Constitución Política del estado. Con ello, no estamos postulando un carácter accesorio del derecho Procesal Penal, así lo expresa en la doctrina que el Derecho Penal por cuanto que su cometido es actuar la norma penal en tanto en cuanto se aplique la norma procesal con arreglo a su propia y autonomía sistema de garantías.

Una de las variadas y tal vez el medio más importante de la política criminal, en orden a prevenir y contener toda manifestación delictiva, es el proceso penal pues a través de su aplicación es que se expresa el sometimiento de los individuos al poder estatal de los individuos al poder penal estatal. No hay otra forma legítima de intromisión de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que a través de las diversas medidas (coerción y/o limitativas derecho), a tomar lugar en el proceso penal. Como bien exponen en la cientificidad procesal, el proceso constituye en la mejor garantía que tenemos todos y cada uno de los ciudadanos de un Estado para ser un espacio de discusión pacífica y equilibrada. Donde las partes en discordia ponen en manos de un tercero imparcial la decisión de alguna controversia entre ambas.

Una justicia penal nacional desacreditada y con un bajo índice de aprobación ciudadana, en merito a su letanía e ineficacia para resolver las causas que se someten a su competencia (órganos judiciales); a ello se agregan otros factores, como impunidad, sobre prisionización y el desbordamiento de los ajusticiamiento populares. La existencia de un plazo razonable, es evidente que la justicia que tarda no es justicia, ni para el agraviado, ni para el propio investigado, no puede someterse a plazos indefinidos la duración de un proceso. La justicia que tarda no es justicia, ni para aquel que se acerca al órgano jurisdiccional y luego de largos años le dan razón de su pedido, ni mucho menos para el otro que también luego de un plazo, se le da una palmada en la espalda y se le dice que no es responsable por los hechos que se le han juzgado en los últimos cinco años.

Estado situacional que significó la urgencia y necesidad por adoptar un nuevo modelo procesal de corte acusatorio, conjugando dos pilares elementales del debido proceso penal: garantía y eficacia. Según esto último había que imprimir la celeridad procesal en la actuación fiscal y jurisdiccional; si algo iba en contra de las reglas del *due process ow law*, era la dilación excesiva en el trámite de los procedimientos penales, generando los problemas que ahora se quieren resolver con los preceptos del Código Procesal Penal (Peña Cabrera, 2016, p.7-8).

Como sabemos, en materia penal de por medio se debate dos intereses fundamentales: el de la sociedad ofendida por el delito y el de la persona humana que se ve eventualmente amenazada con un castigo. Por otro lado, el proceso penal busca satisfacer dos finalidades esenciales: una que es genérica, mediata abstracta: que se le aplique la ley penal; y otra específica, inmediata concreta: que en la decisión definitiva, el juzgador se encuentre efectivamente en posición de la verdad real; de esta manera conjugando estas dos finalidades, tendremos que el esfuerzo por la verdad, la búsqueda de la verdad de hecho debe ser lo que ha de preocupar en todo proceso, deben dominarlo.

De esta manera, el actual derecho procesal penal reafirme el interés público que inspira, mueve y domina el proceso penal, exigiendo de esta manera que aquella anhelada verdad sea aprendida por el juzgador, para que el juicio de valores que haga, le decida a pronunciarse bien sea por la absolución o por la condena y que ello sea la expresión fiel, genuina y auténtica de esa verdad de hecho que fue descubierta y comprobada en el proceso. Es de ahí que surge el problema para el derecho procesal penal, en el sentido que ha de encontrar el

camino más apto, eficaz y útil no solo para proteger los intereses de las partes sino también para alcanzar la finalidad inmediata que tiene el proceso penal encontrar la verdad concreta, así como también llegar a la verdad ulterior: la aplicación de la ley penal al culpable o bien la absolución del inocente, en este caso, incluso en la posibilidad de que exista duda.

Ahora bien, tenemos además que la idea principal y que fortifica la teoría del proceso penal y básicamente, la teoría del juicio oral o juzgamiento vendría a ser la función del estado a través de su órgano funcional; como ente protector del orden jurídico constituido, mediante la correcta aplicación jurisdiccional de la norma jurídica sustantiva represiva. Es el punto de convergencia de la finalidad del Derecho Procesal penal con la del Derecho penal (De la Cruz Espejo, 2012, p.106).

El sistema acusatorio, sigue asegurando en la etapa de investigación y juzgamiento, la oralidad de los actos, el principio de la igualdad absoluta entre las partes, colocando al juez en un punto central que asegure su imparcialidad, que permite la continuidad de los actos procesales, el total respeto a la defensa, la libertad que se otorga al juez para apreciar la prueba y sobre todo, la intervención del pueblo en la recta administración de justicia. En cuanto al acusado, este se constituye en sujeto de derecho, que hace que este en una situación jurídica que no ha de variar sino hasta que dicte sentencia.

Acá la valorización de las pruebas se da con esa sana crítica que ha de guiar a los jueces para emitir su fallo, votando sin sujeción a regla alguna, en donde la sentencia dictada es el resultado del escrutinio de los valores, en forma individual o según sea por simple mayoría

debidamente determinada o si no por unanimidad por parte de los jueces; es decir, hay la innovación de la libertad de defensa, el juicio contradictorio, la concurrencia del debate y la publicidad de todos los actos (De la Cruz Espejo, 2012, p.107).

2.2. Concepto de proceso penal

MONTERO AROCA anota que en el Derecho penal se actúa única y exclusivamente por los tribunales y precisamente por medio del proceso. En tal sentido, el proceso penal es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional.

Giovanni LEONE, refiere que la mayoría de los autores han definido el proceso penal, coincidiendo en caracterizarlo como "una compleja y progresiva actividad jurisdiccional que ha sido concebida para indagar sobre la verdad del contenido de la notitia criminis y la consiguiente aplicación de la norma penal sobre el caso concreto. La actividad compleja y progresiva es la sucesión de actos procesales penales concatenados y gradualmente cumplidos. El caso concreto es la cuestión penal materia del proceso mostrada a través de la imputación. La averiguación de la verdad sobre la cuestión propuesta es, en fin, la finalidad inmediata del proceso penal.

De tal modo, el proceso penal es el instrumento proporcionado al Estado por el derecho procesal penal como único medio legal de una posible concretización de su pretensión punitiva y para que sus órganos judiciales y los particulares interesados colaboren, frente a un caso concreto, para el descubrimiento de la verdad.

San Martín (2003), citando a BINDER, define al proceso penal, desde un punto de vista descriptivo, como el “conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y; en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última” (p.40). En otros términos más precisos, el proceso penal es un instrumento previsto por el Estado para la realización del derecho punitivo y, como tal, tiene un carácter necesario, es de interés público y tiene una finalidad práctica.

Así pues, el proceso penal, tiene como marco de referencia un conflicto suscitado entre el delincuente y la sociedad, que es del caso que el Estado decida. Todo proceso penal importa enjuiciar una conducta que se reputa delictiva. Para que sea posible este enjuiciamiento, debe existir una imputación del MP y reconocerse el equivalente derecho de defensa del imputado; además, su dilucidación requiere de una contradicción efectiva, sobre la base de argumentos jurídicos y pruebas concretas y determinadas, cuyo corolario es la sentencia penal (Urtecho Benites, 2014, p. 57-58).

2.3. Etapas del Proceso Penal Peruano

El Código Procesal Penal del 2004 establece un trámite común para todos los delitos contenidos en el Código Penal, dejando atrás el procedimiento ordinario (mixto) y el inconstitucional procedimiento sumario (inquisitivo), caracterizado por ser eminentemente escrito, reservado y sin juicio oral. Dicho proceso común cuenta con tres etapas: 1) la investigación preparatoria, 2) la etapa intermedia, y 3) la etapa de juzgamiento o juicio oral.

Según Sánchez Velarde (2005), el proceso común cuenta con cinco etapas: 1) investigación preliminar; 2) investigación preparatoria; 3) Etapa intermedia; 4) Etapa de Juzgamiento y 5) Etapa de ejecución (P.120).

2.3.1. Etapa de Investigación preparatoria

La etapa de investigación es aquella que busca reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permiten al fiscal decidir si formula o no acusación y al imputado preparar su defensa.

En la nueva dinámica del proceso penal, el sistema de justicia penal se moviliza cuando se acusa a una persona de haber incurrido en la comisión de un ilícito penal. Este deber de comunicar tales pretensiones recae, en principio, en el agente del Ministerio Público.

Sin embargo, el hecho de que el agente del Ministerio Público decida formular una acusación penal debe ser la consecuencia de una investigación que ha realizado previamente y que le permita reunir información que genere en él convicción de la existencia de un hecho que reúne los elementos que lo califiquen como delito, así como de la presencia de un presunto responsable. En tal sentido, las funciones de investigación y acusación son inseparables, inescindibles de la actuación del Ministerio Público.

Su defensa a diferencia del CPP de 1940, la fase de investigación es una sola y comprende desde las diligencias iniciales hasta la investigación preparatoria propiamente dicha (Cubas Villanueva, 2009, p.16,19-26)

En ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha señalado lo siguiente: "La etapa de investigación preparatoria presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y, la segunda que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha" (Considerando séptimo - Casación La Libertad, 2008).

En suma, en el Código Procesal penal del 2004 la investigación preparatoria es la fase inicial del proceso penal y constituye el ámbito en el cual el fiscal asignado reúne evidencias que decidirán el ejercicio de la acción penal. En esta fase, la intervención del juez es mínima y se manifiesta esencialmente, en la concesión de órdenes de allanamiento, aplicación de medidas cautelares o coercitivas a los imputados, etc.

2.3.1.1. Finalidad de la etapa de investigación

Como en el Código de Procedimientos Penales de 1940 se distingue la averiguación previa de la instrucción, debemos señalar que, por un lado, la finalidad de la averiguación previa es que el fiscal cuente con los suficientes elementos de convicción que doten de fundamentos a su decisión de ejercer la acción penal; mientras que, por el otro, la finalidad de la instrucción es que el juez penal lleve a cabo una sucesión de actos procesales para que se llegue al conocimiento de la verdad histórica y de la personalidad del procesado y

permitir el dictado de una sentencia que resuelva en su oportunidad la situación jurídica del imputado.

En el Código Procesal Penal del 2004, la finalidad de la investigación preparatoria es que el fiscal establezca o rechace la delictuosidad de la conducta incriminada y determine las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor, partícipes y la víctima, así como la existencia del daño causado (Cubas Villanueva, 2009, p.21).

2.3.1.2. Características de la etapa de investigación

Según Cubas Villanueva (2009), para que la etapa de investigación sea eficaz debe cumplir con las siguientes características (p.22-24):

Presenta una finalidad u objetivo. La finalidad de la investigación es que el fiscal establezca si la conducta incriminada es delictuosa y determine las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor, partícipes y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

Presenta un director o responsable de su realización. La dirección de la investigación se encuentra a cargo del Ministerio Público.

Debe observar un plazo procesal. Dentro de la garantía del debido proceso, recogida por el Pacto de San José de Costa Rica, ninguna persona puede quedar sujeta de forma indeterminada a una investigación penal; admitir esta posibilidad significaría colocar al

imputado en una situación de incertidumbre con respecto a su situación jurídica; esto es, si va ser o no objeto de una acusación penal.

El agente del Ministerio Público debe contar con una estrategia. La dinámica del proceso penal exige pasar por cada una de las etapas procesales con una estrategia, diseño o planteamiento metodológico. En el caso de la investigación penal, es responsabilidad del Ministerio Público el diseño de una estrategia o estructura de indagación o investigación. De acuerdo con los parámetros contemplados por nuestro ordenamiento jurídico, este diseño sería:

- Realizar las diligencias o actos de investigación, usualmente encomendadas a la policía.
- La aplicación de medidas cautelares o de coerción que aseguren la eficacia de la investigación, aun desde sus inicios.
- La aplicación de medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos que permitan la obtención de la información básica e inicial sobre la presunta comisión de un hecho delictivo.

e) Es reservada. La investigación tiene carácter reservado. Solo las partes podrán enterarse de su contenido ya sea directamente o a través de sus abogados debidamente acreditados, quienes en cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones (en ejercicio del derecho de defensa, así como, del principio de igualdad de armas o igualdad procesal).

f) La defensa debe contar con una estrategia durante la investigación. En principio, desde el momento que el abogado defensor toma conocimiento de los hechos que se le atribuyen al imputado o indiciado y decide aceptar el caso debe desarrollar una estrategia que beneficie a su cliente aun cuando se esté atravesando la fase de investigación inicial o preliminar. Sería una mala decisión dejar todo en manos del fiscal esperando que este realice una defectuosa o irregular investigación para echar mano de ello y ganar puntos ante el juzgador, porque eso no siempre ocurrirá. La estrategia de la defensa (al igual que la del fiscal) debe ser la de ir elaborando su teoría del caso.

g) La defensa puede participar en las diligencias de investigación. En ejercicio del derecho a la defensa, el abogado defensor puede participar en todas las diligencias de investigación; incluso, aportando sus propias investigaciones (por ejemplo, sus pericias de parte, algún documento que aclare las investigaciones, etc.). Además, se le debe facultar para solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; en ese sentido, el fiscal ordenará que se lleven a cabo las que estime conducentes a ese fin.

En algunas legislaciones la etapa de investigación se divide en dos subfases. En efecto, con la intención de hacer más dinámica y eficiente la investigación penal es usual que en la reforma procesal penal latinoamericana la investigación se cuente, en primer lugar con una serie de diligencias de indagación iniciales o preliminares conocidas como averiguación previa, la que consiste en la preparación del ejercicio público de la acción penal que realiza el Ministerio Público con la colaboración de la policía. En ese sentido, practica las diligencias

necesarias y que le permiten considerar que se encuentra ante una causa probable de delito, la que deberá comunicar al órgano jurisdiccional o bien, aplicar algún criterio de oportunidad. Como es el primer contacto del agente del Ministerio Público con los hechos presuntamente delictuosos, durante la averiguación previa deberá practicar las diligencias de investigación más urgentes e indispensables que permitan descartar la idea de un evento fortuito, de fuerza mayor o irrelevante para la justicia penal. Asimismo, como no es necesario que el fiscal realice todos los actos de investigación para lograr este cometido, el plazo procesal que se le otorga en la legislación comparada a la averiguación previa es muy breve (sumarísimo).

Por otro lado, el agente del Ministerio Público no debe satisfacerse solo con haber eliminado la posibilidad de que el hecho sea fortuito o por fuerza mayor, pues ello aún no sería suficiente para sostener una acusación penal. Por el contrario, una vez culminada la averiguación previa, si cree conveniente complementar los actos de investigación realizados con otras diligencias, debe optar por pasar a la segunda subfase de la etapa de investigación penal, que en las legislaciones latinoamericanas, es denominada investigación preparatoria propiamente dicha. Esta persigue la reunión de los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permiten al fiscal decidir si formula o no acusación y al imputado la preparación de su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la investigación preparatoria propiamente gira en torno a dos ideas: a) que solo se pasa a ella por decisión del fiscal, cuando ante un caso probable de delito decide complementar sus diligencias de investigación iniciales; y, b) las diligencias que se practiquen en ella no deben ser las mismas llevadas a cabo durante la averiguación previa porque de lo contrario se estaría contradiciendo el carácter complementario de esta segunda subfase de investigación; la repetición de una diligencia se hará solo cuando se pretenda obtener una nueva información, o bien cuando lo solicite la defensa; fuera de ello, no tendrá justificación alguna.

En la etapa de investigación, el juez solo cumple funciones de control o de garante. En América Latina, en muchas ocasiones el Estado ha utilizado al proceso como un instrumento para violar derechos humanos (en concreto, del indiciado). Para evitar esa instrumentalización se requiere de un funcionario que al interior del proceso penal garantice el respeto a los derechos humanos, aun desde su etapa inicial como es la investigación. Al respecto, se ha considerado que tal función de garantía debe recaer en alguien distinto a quien dirige la investigación, con la finalidad de que este último no se convierta en juez y parte al mismo tiempo. Por ende, si el Ministerio Público es quien dirige la investigación deberá ser el Poder Judicial (a través de sus jueces) quien tenga a su cargo la función de controlar y garantizar el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en una investigación.

Asimismo, en los jueces deberán recaer las siguientes facultades:

a) autorizar cualquier medida procesal que afecte el ejercicio de derechos constitucionales,

- b) autorizar la constitución de partes en el proceso penal,
- c) exigir el cumplimiento de los plazos procesales, y,
- d) las demás que señale la ley, y que se vinculen con la actividad de control y garantía de los derechos de las personas sometidas a un proceso penal.

En América latina a quien ejerce estas funciones se le conoce como juez de investigación preparatoria o juez de control o de garantía, diferente al juez o jueces encargados del juzgamiento.

2.3.1.3. Valor jurídico de diligencias realizadas en la etapa de investigación

Las actuaciones o diligencias de indagación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia; solo excepcionalmente tienen el valor de la prueba aquellas diligencias practicadas durante la investigación preparatoria que sean objetivas e irreproducibles (la denominada prueba anticipada), cuya lectura en juicio oral autoriza el código procesal penal del 2004. Completamente lo señalado, cabe decir que las diligencias de investigación, por regla general, tienen un valor meramente formativo, de preparación a las partes para el eventual enfrentamiento del futuro juicio oral (Cubas Villanueva, 2009, p.28).

2.3.2. Etapa Intermedia

2.3.2.1. Concepto

Según Cubas Villanueva (2009), existen dos posiciones en torno a la definición de la etapa intermedia (p.17-18): una que la considera como un conjunto de actos preparatorios de la acusación y de la audiencia y otra, que la considera como una etapa de naturaleza

crítica. Para nosotros, la etapa intermedia es una fase de saneamiento que tiene por fin eliminar todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de lo actuado y que haga imposible la realización de juicio oral. Esta función de filtro gira en torno a: Los requerimientos tanto de acusación como de sobreseimiento, y la prueba presentada por las partes.

Según Nakazaki Servigón (2009), existen dos posiciones en torno a la definición de la etapa intermedia (p.26-28): Por un lado, esta aquella posición que la considera como un conjunto de actos preparatorios de la acusación y la audiencia de juicio oral, siendo actos meramente administrativos. Por otro lado, está aquella posición que le da una naturaleza crítica en oposición a la investigativa, donde predomina la labor práctica.

Asimismo, citando a Ortells Ramos señala que la etapa intermedia es el conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción (o investigación) está completa y en su caso completarla y resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación. De igual modo, citando a Julio Maier, el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, que se hacen en mérito a la etapa preliminar.

Al respecto, y tomando posición por la segunda corriente, consideramos que la etapa intermedia funge como una fase de saneamiento tendiente a eliminar todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de todo lo actuado, y que imposibilite la realización del

juicio oral. Esta función de filtro gira en torno a: Los requerimientos, tanto de acusación como de sobreseimiento, emitidos por el fiscal; y La prueba presentada por las partes.

2.3.2.2. Características de la etapa intermedia:

Para Nakazaki Servigón (2009), las características de la etapa intermedia son los siguientes (p.27):

Es judicial. Como la investigación penal ha concluido, el fiscal debe formular su respectiva decisión (de acusación o de sobreseimiento), la cual será presentada al juez, que en la dinámica del nuevo proceso penal latinoamericano debe ser el juez que ejerció las funciones de control y garantía durante las investigaciones, es decir, ante el juez de la investigación preparatoria o juez de control o de garantía, quien asume la dirección de la etapa intermedia.

Observancia de los plazos procesales. Igualmente, la etapa intermedia debe respetar los plazos procesales que señale la ley, todo ello en aras del derecho a un debido proceso.

Finalidad de crítica y saneamiento. Como se indicó, la etapa intermedia busca la eliminación de todo vicio o defecto procesal que afecte la eficacia de todo lo actuado, así como el juicio oral. Esta función de filtro gira en torno a:

- Análisis de pronunciamiento del ministerio público: acusación y sobreseimiento; y
- Las pruebas presentadas por las partes, que esperan se actúen durante la fase del juzgamiento.

2.3.3. Etapa de Juzgamiento o Juicio Oral

2.3.3.1. Concepto

El proceso penal común es una unidad pero fraccionada en etapas. Sin temor a dudar, el juicio es la etapa más importante del proceso penal, pues solo en ellas se producirán las pruebas, y a partir de dicha producción nacerán los fundamentos para decidir sobre la culpabilidad o no del acusado. Por ello, la jurisprudencia colombiana ha considerado que el juicio oral representa la oportunidad para que la defensa ponga a prueba la consistencia de la acusación (Neyra Flores, 2010, p.318).

Conforme el predicamento del artículo 356 del código adjetivo, el juicio ubicado como tercera fase es la etapa principal del proceso común, pues en ella confluyen en su expresión máxima los principios de contradicción, concentración, inmediación, oralidad y publicidad.

El juicio oral constituye el verdadero debate que presenta el proceso penal, en donde se pone de manifiesto todos los principios del sistema acusatorio y en donde se puede destruir la presunción de inocencia que inspira todo el proceso penal.

En ese orden de ideas, esta fase del proceso común inicia con la emisión del auto de citación a juicio, resolución judicial que señala el lugar donde se realizara el juicio oral, así como la fecha y hora de la misma. Así también, el juez penal - unipersonal o colegiado – estará cargo de su dirección y se encargara de las notificaciones a las partes y testigos o peritos que deben concurrir al juicio (sin perjuicio de que las partes colaboren con el órgano

judicial). La etapa de juzgamiento culmina con la emisión de la sentencia, que puede ser condenatoria o absolutoria.

El juicio de esta manera, conforme afirma Espinoza Ramos (2016), se divide en tres momentos (p.279): fase inicial; fase probatoria; y fase decisoria. Respecto al inicio de la audiencia de juzgamiento, esta debe instalarse con la presencia obligatoria del juez penal, el fiscal, el abogado defensor y el acusado. Luego de instalada la audiencia, su desarrollo se enfocara en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su culminación, en garantía del principio de concentración. Además si no fuera posible el debate probatorio en una sola sesión, se programara fecha para su continuación en los días sucesivos hasta que concluya. La ley fija plazos de continuación de sesiones para evitar el quiebre del juicio (8 días para procesos comunes y 12 para casos complejos); no obstante estos son los plazos máximos, por lo que alentamos a los juzgadores a llevar sesiones tan pronto se pueda, incluso fines de semana, porque la libertad y la tranquilidad de un ser humano está en juego. De esta forma, una vez instalada la audiencia, el juez penal enunciara el número de proceso, la finalidad de juicio, la identificación del imputado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.

Luego en la fase probatoria se desarrollara la práctica o actividad probatoria con contradicción plena, donde las partes interrogan y conainterrogan testigos y peritos, introducen evidencias físicas o materiales y debaten sobre las pruebas documentales. Termina, así, el debate de las partes conducido por el juzgador con los alegatos de conclusión, donde estas formulan su posición sobre la prueba actuada en juicio (que se aprobó, con que

se aprobó y la conclusión de la prueba). Finalmente en la fase decisoria, los jueces inmediatamente entran a deliberar en secreto y, por exigencia de la inmediación, el juez unipersonal o colegiado expresa su sentencia en las partes importantes con cargo a citar a una posterior sesión para una lectura integral de la decisión judicial. En Colombia – pero no en nuestro país – el juez emite el sentido de su fallo, si es de declaración de responsabilidad penal, solicita a las partes que le den criterios para individualizar la pena a imponer, y si la víctima está constituida, a petición suya, del fiscal o del Ministerio Público en los casos que la ley autoriza, cita para audiencia de reparación integral y proferir la sentencia.

En resumen, la fase inicial del juicio comprende desde la instalación hasta la discusión de prueba nueva. Luego, se ingresara a la fase probatoria, donde se empezara con el examen de los medios de prueba admitidos a juicio y el contradictorio de todos los sujetos procesales. Finalmente la fase decisoria comprende deliberación y decisión donde debe tener asiento la valoración probatoria racional y objetiva del órgano juzgador.

2.3.3.2. Desarrollo del Juicio

En rigor, para Jauchen (2014) el juicio se compone por un conjunto de actos formales ordenados conforme a un sentido lógico, es decir, la presentación de tesis incriminatoria, luego una antítesis, seguidamente la producción de pruebas y la decisión – síntesis – que manifestara el contenido de una conclusión judicial (p.19-20). En esta etapa, las sesiones son el escenario donde se practicara las pruebas de cargo y descargo, espacio donde tienen lugar los planteamientos de acusación y defensa basados en debates probatorios sobre afirmaciones de hechos de relevancia penal.

La primera faz del proceso, la investigación, no es suficiente para satisfacer la garantía constitucional del juicio previo para imponer una condena. Ello es así, por cuanto como su propia designación lo anuncia, está destinada a pesquisar si existió el hecho delictivo hipotético que le da origen, y si quien se encuentra como imputado de haber intervenido en él es probable que así lo sea. Si esa probabilidad no se logra obtener con el material recolectado, luego de transcurrido el plazo procesal que la ley fija como límite para realizar esta pesquisa, o bien se comprueba con certeza negativa, esto es, con toda evidencia, que el hecho no existió que quien se encuentra imputado no intervino en el, o que aun habiendo intervenido concurre alguna causal exculpatoria, se lo deberá absolver anticipadamente mediante resolución de sobreseimiento.

Esto quiere decir que el fiscal acusa solo si alcanza probabilidad cualificada o alta. Con esto se ha puesto final a la antigua e inadecuada distinción entre acusación sustancial – se producía cuando el fiscal se convencía del delito y responsabilidad del encausado – y formal- si el fiscal abrigaba dudas razonables.

Pero si antes vencido el plazo legal las pruebas indican la probabilidad aludida, a semejanza de un fruto que llega su madurez, ello no basta ni autoriza la imposición de la pena, sino por el contrario, el suficiente estado indicativo que torna viable la apertura de una etapa de discusión plena, suscitada por una acusación concreta contra el imputado y su correlativo derecho a responder la misma (Mizan Mass, 1998, p.75).

Esta discusión no es otra cosa que la civilizada dialéctica que en un estado de Derecho republicano y democrático debe necesariamente agotarse a fin de comprobar, mediante la

producción de pruebas y la argumentación pertinentes, la certeza del contenido de la acusación, y solo así quebrar el estado de inocencia, legitimando la aplicación de la sanción penal. En este sentido, se advierte que el proceso penal, como realización de la garantía del juicio previo, adquiere su relevancia suprema recién en la etapa que posibilita la plena y amplia controversia, o sea en el juicio. De ahí que cuando no se concluye en un sobreseimiento, la investigación solo tiene una naturaleza meramente preparatoria, en tanto preparatoria del juicio, como etapa más importante y culminante del proceso. A su vez, dentro del juicio, su núcleo esencial es el debate oral y público, oportunidad en la que en puridad se lleva a cabo la incorporación probatoria con el controlar de todas las partes y el derecho de estas de argumentar sobre el valor de las mismas (Espinoza Ramos, 2016, p.282).

2.3.3.3. Finalidad del Juicio

No existe en la doctrina una aceptación unánime sobre la finalidad del juicio. No obstante, a partir del corte acusatorio con tendencia adversarial del sistema procesal peruano, consideramos que el juicio sirve como un espacio democrático y civilizado para que el estado le endilgue a un ser humano el código de culpable o si mantiene su presunción de inocencia. Para ello, es en el juicio – y nunca antes – donde se debaten las pruebas que son las que guían todo el desarrollo del plenario. Por ello con acierto Baltelman & Duce (2004) han resumido que el lenguaje del juicio es el lenguaje de la prueba (p.89).

A decir de Espinoza Ramos (2016), el juicio es un completo integrado de actos sucesivos que, como adelantaremos, bien puede disgregarse – con fines de sistematización – en tres fases (p.283-286):

En cuanto a la fase inicial, se desenvuelve estrictamente desde la instalación de la audiencia, y continúa con los alegatos preliminares o de apertura, cuya finalidad radica en fijar el objeto del debate: los hechos de la acusación que se formula oralmente deben ser los hechos que se debatan en la fase probatoria y clausura en la discusión sobre nueva prueba en juicio que se da en virtud del artículo 373, en dos supuestos:

i.- Reexamen de prueba denegada en etapa intermedia y con reserva expresa de la parte oferente de la prueba pero sobre todo especial argumentación – 373.2,

ii.- Prueba conocida con posterioridad a la audiencia de control de acusación – 373.1, debemos decir, por lo demás, que la redacción del inciso 1 artículo 373 que regula una prueba sobreviniente no es muy feliz porque genera confusiones, ya que solo se refiere a la audiencia de control de acusación. En realidad debería decir conocida con posterioridad a la audiencia preliminar, porque como hemos anotado – la audiencia preliminar de la etapa intermedia no solo comprende el control de acusación sino muchas mini audiencias.

Luego sigue la segunda fase – la de la práctica probatoria -, escenario crucial e irremplazable del contradictorio, que tiene por finalidad que las partes debatan la prueba del juicio bajo el principio de comunidad de las pruebas. Y para tener éxito en el debate probatorio deben seguirse las siguientes pautas bajo un modelo de 4 pasos para refutar.

El primer paso es la paráfrasis: para que la audiencia el juez puede seguir con la más facilidad nuestra línea de pensamiento, es importante ser breves para poder usar más tiempo al explicar nuestros propios argumentos .

En segundo lugar “ofrecer nuestros argumentos de refutación o contra argumento”: esta afirmación puede ser una afirmación opuesta a la de nuestro contrincante, una objeción a su razonamiento o la evidencia presentada, o bien una explicación del porque su a argumento no es importante. Después del primer paso diríamos “pero” lo importante de este segundo paso es sentar de manera clara la afirmación que vamos a defender en nuestro argumento de refutación.

El tercero consiste en mostrar cual es el razonamiento y la evidencia con la que respaldamos nuestros argumento.

Finalmente, el cuarto paso es proveer una conclusión que compara argumentos presentados por nuestro oponente con el nuestro argumento de refutación debe prevalecer sobre el argumento de refutación debe prevalecer sobre el argumento original.

En cuanto a la fase final del juicio, la decisoria, es una etapa de deliberación de los jueces que han recibido información de calidad en el juicio. El artículo 393 inciso 1 de la norma procesal establece que el juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes aquellas legítimamente incorporadas en el juicio y con ello se asegura la inmediación probatoria al tiempo que se clausura toda posibilidad para los jueces de utilizar prueba que no se actúa frente a sus ojos.

En cuanto al Juez, en el sistema acusatorio, el Juez unipersonal o Colegiado, o también llamado de conocimiento, es el que dirige y controla todos los actos procesales en la etapa de juzgamiento, y es el llamado a adoptar la decisión conclusiva producto de la acusación de

la fiscalía. La etapa de juzgamiento se llevara bajo la dirección de un Juez Penal Unipersonal cuando el delito objeto de acusación en el extremo mínimo de su pena conminada no supere los seis años de pena privativa de libertad, en tal caso, cuando los delitos en su extremo mínimo de la pena abstracta superen dicho quantum el juez competente será un órgano colegiado. En este sentido creemos que el órgano colegiado es de mejor garantía, por su pluralidad, que uno unipersonal, porque las decisiones se toman en corporación y no solitario.

Ahora bien, es necesario anotar que pese a todas sus bondades, esta etapa del juzgamiento tiene algunos detractores, los que sostienen que el debate oral se permite mediaciones que el sistema escrito, en desmedro de la originalidad de las pruebas; que la sentencia se dicta por jueces apremiados y fatigados que valoran en determinado momento pruebas no documentadas, lo cual ocasiona el desprestigio de la sentencia por defecto en el mecanismo de control de raciocinio, y además lo consideran antieconómico por que exige la intervención de un buen número de jueces e incluso tildan de impopular y malsana porque exhibe públicamente las imputaciones formuladas contra el acusado (De la Cruz Espejo, 2012, p.110-111).

3. La Impunidad

3.1. Noción de impunidad

La impunidad es la imposibilidad de ser sancionado. Se trata de una excepción de condena o una forma de escapar de la justicia. Es común en algunos países en los que se carece de un sistema político limpio y que repercute en un sistema judicial corrupto y débil.

Etimológicamente, procede del vocablo latino *impunitas*. Se trata de la circunstancia resultante al no recibir un castigo o no ser juzgado. Y al hablar de castigo, se trata de alguna pena o condena que se ha impuesto y que tenga que cumplir el acusado por haber intervenido en algún hecho delictivo.

En un sentido general y amplio, cuando se habla de impunidad se estará dando cuenta de la falta de castigo que alguien recibió por realizar una acción contraria a lo que establece la ley de la comunidad en la cual habita. (definicionabc, 2018)

Se habla de impunidad cuando el acusado de cometer algún delito en particular no recibe la pena que le corresponde por su accionar. Por lo tanto, no se enmienda su conducta, ni aprende de ella. Es entonces cuando la maniobra de evasión de castigo o impunidad se produce por motivos políticos o de otro tipo, y éste que es acusado por transgredir la ley, no recibe ningún castigo ni condena. Es decir, el principal motivo por el cual se diseña un sistema de castigos para los culpables dentro del sistema de justicia y dependiendo de cada país, se trata de no sólo hacer pensar al delincuente en el mal que ocasionó a otros, sino que también la condena del acusado -victimario- es, de cierta manera, un acto de reparación para con la víctima. (Pérez Porto, 2014)

3.2. Impunidad en el derecho penal

La impunidad es la ausencia de castigo frente a un ilícito tipificado en la ley. En tanto, a instancias del derecho propiamente dicho se llamará impunidad al estado en el cual se encuentra un hecho delictivo que no ha sido debidamente castigado con la pena que para el mismo tiene prevista la ley correspondiente (definicionabc, 2018).

Es una situación recurrente que aquella persona que comete un delito o ilícito escape de la acción judicial correspondiente y por caso es que se hablará en términos de hecho impune, individuo impune.

La complicidad policial o asimismo también la de los órganos encargados de administrar la correspondiente justicia son los motivos más comunes que desencadenan la impunidad; es decir, cuando los policías dejan escapar a un delincuente o directamente no lo buscan, o cuando la justicia no se ocupa de librar las correspondientes acciones para investigar a fondo un hecho delictivo, contribuyen directamente a crear un estado de impunidad alrededor de una persona o de un acontecimiento. Esta falta de acción por parte de las autoridades correspondientes resulta ser muy dañina para la sociedad porque se dejan libres a delincuentes y sin sus correspondientes castigos.

También debemos hablar de impunidad cuando la justicia actúa tarde y no en el momento inmediato a la producción de un ilícito. Esto no solamente permite que el delincuente escape sino también que el delito prescriba. Y por otro lado no podemos soslayar que muchas veces

son las propias víctimas quienes al no denunciar a sus victimarios, oportunamente, contribuyen en la impunidad de los mismos.

En consecuencia, la reiterada impunidad se enquistada en la sociedad y provoca tremendos daños en el progreso de la comunidad; entonces, la impunidad supone una desprotección tal para el tejido social que lamentablemente contribuirá a que la misma se enquiste dentro del mismo y después será muy difícil erradicarla, porque todos de alguna u otra manera comenzarán a actuar sin atender a la ley, desparramando y contagiando la impunidad, porque no respetar la ley se convirtió en algo natural y que además nadie castiga.

La presencia de este estado de impunidad en cualquier nación que quiera avanzar y crecer, sin dudas, se erige como un escollo para el mencionado desarrollo. Siendo así, estaremos en condiciones de hablar de impunidad cuando un sujeto comete un crimen y aun habiendo pruebas suficientes para condenarlo por el mismo, no resulta ser ni juzgado ni castigado. Debemos mencionar que es común que cuando la justicia no actúa como debiera, las víctimas, cansadas y muy dolidas por esa falta de castigo actúen per se y terminen tomando la justicia en sus propias manos, es decir, usen la violencia para ajusticiar a los delincuentes. Por supuesto este panorama es desolador y terrible para cualquier comunidad que aspire al desarrollo, la paz y el fortalecimiento de sus instituciones.

La Impunidad penal trata de delitos que entran oficialmente al sistema y sobre los cuales este tiene que responder. Admitimos que la impunidad social es indirectamente responsabilidad de las autoridades de policía y de la administración de justicia, pues si estos

fueran más eficientes probablemente la gente denunciaría más los delitos de los que ha sido víctima y colaboraría más con la justicia en su esclarecimiento. Sin embargo, por ahora nos limitaremos a aclarar conceptos y no a ahondar en aspectos más polémicos de la administración de justicia.

3.3. Tipos de impunidad

Según la causa hay tres categorías de impunidad (nacion.com, 2016):

La impunidad pre-judicial se da cuando un hecho denunciado o conocido por la Fiscalía no se judicializa, es decir no se investiga preliminarmente, cuando en verdad se trataba de un delito y existe un posible responsable. La impunidad relativa es aquel movimiento del proceso penal que se da sin que se haya realizado una investigación de fondo por parte de la Fiscalía, pero el proceso sale de la competencia del fiscal o de la Fiscalía.

Asimismo, la impunidad absoluta se da cuando los delitos que se judicializaron se quedan sin resolver por que el paso del tiempo hace que “mueran” (prescriban) por vencimiento de los términos legales establecidos.

Finalmente, la impunidad relativa que es aquel movimiento del proceso penal que se da sin que se haya realizado una investigación de fondo por parte de la Fiscalía, pero el proceso sale de la competencia del fiscal o de la Fiscalía.

Cabe precisar que, la impunidad absoluta se da principalmente cuando los delitos que se judicializaron se quedan sin resolver por que el paso del tiempo hace que “mueran” –

prescriban por vencimiento de los términos legales establecidos. La impunidad absoluta en la tercera etapa ocurre por prescripción pero también por la nulidad que ocurre cuando el fiscal o el juez ha violado normas procedimentales durante el proceso que hacen que este muera definitivamente aunque exista un acusado y unas pruebas sólidas en su contra.

CAPÍTULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES

Importancia de los derechos fundamentales

1. Nociones básicas

El derecho como la moral, la ciencia, el arte, la técnica o la fe, pertenece al mundo del hombre. Así, le corresponde a este en tanto le sirve como instrumento para que se realice como tal y para que alcance sus fines propios.

La persona humana, entendida como una estructura individual de potencia racional y voluntad libre, es, por eso según la feliz expresión de Tomás de Aquino "lo más perfecto de la naturaleza". Todos tienen el deber de defenderla y protegerla.

Esta responsabilidad es una exigencia social. No solo significa un compromiso con nosotros mismos de comportarnos de cierta manera, sino que además es una responsabilidad plena de alterabilidad. (Victor & Cuba de Quintanilla, 1989)

El hombre es un ser que existe en sí y no en otro; constituye "un fin en sí mismo"; por eso es que jamás puede ser utilizado como medio. En tal virtud, tiene como atributos esenciales la libertad, la racionalidad y la sociabilidad sustentada en la plasmación de valores que son la raíz y el fundamento de su dignidad.

De acuerdo con su esencia le corresponden determinados derechos básicos que son facultades, atribuciones, poderes o potestades sobre todo aquello que le es necesario para cumplir con su destino, es decir para realizarse como ser humano.

Como bien afirma (Serra, 1977), existen derechos (...), que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y, que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política han de ser por este consagrados y garantizados" (p. 298).

La doctrina que auspicia dicha denominación señala que su existencia no depende de su otorgamiento o concesión plasmada en reglas político jurídicas de convivencia. Estos tienen la condición de inherentes y necesarios en grado sumo, ya que como consignan (Hernández & Fuentes , 1991) "son los que la persona tiene por su calidad humana". (p. 158)

Por emanar de la calidad misma de ser miembros de la especie humana, son exigibles ante la sociedad y el Estado, a efectos que cada uno de sus integrantes pueda alcanzar su plena y cabal realización. De aquí que se dirijan a la persona como tal o en su calidad de ciudadanos.

Estos derechos tienen una expresión formal inacabada y están en continuo desenvolvimiento social, cultural, político y jurídico de lo que constituye el modo de

ser cabalmente hombres. Es decir, son consustanciales con la matriz ontológica de aquellos.

La necesidad de su reconocimiento y protección se ampara en la necesidad de conservar, desarrollar y perfeccionar la autonomía del ser humano en el cumplimiento de sus fines de existencia y asociación. A través de ellos este alcanza su libre e íntegra personalidad; o sea, aluden al derecho de ser genuina y enteramente hombres (Toma, 2013, p. 16).

La singularidad de estos derechos radica en que excluyen cualquier otro atributo adjetivo como la idiosincrasia; el sexo u otro hecho extraño y ajeno al de pertenecer categorialmente a esa peculiar especie de seres capaces de manifestar razón, deseo, esperanza, frustración, convicción o conciencia. Aun cuando sea aparentemente contradictorio, dicha condición humana es inalienable, pues, como dijera, Ernesto Sábato, "alberga tanto a un santo como a un torturador".

La referencia a los derechos fundamentales lleva implícita la noción asociada de dignidad humana e historia, ya que de un lado, la primera exige que la sociedad y el Estado respeten la esfera de libertad, igualdad y desarrollo de la personalidad del hombre; y del otro, porque a través de los tiempos este "descubre" y posteriormente "normativiza" aquellas facultades que le sirven para asegurar las condiciones de una existencia y coexistencia cabalmente "humanas".

En efecto, tal como expresan (Correa, Eguiguren Praeli , & Bernales Ballesteros, 2010) el catálogo de dichos derechos "ha ido variando y, normalmente, se ha ido ampliando a lo largo de la evolución de la historia en función de los valores y principios políticos, ideológicos, morales y religiosos imperantes o predominantes en una realidad social histórica determinada". (p. 453)

Valle (2006) señala que en perspectiva histórica se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de una vida digna; y que pueden o no encontrarse positivados en los diferentes ordenamientos jurídicos (p. 68).

Esta visión suprapositiva condiciona la actividad del Estado y la sociedad a asumir la responsabilidad permanente e inexcusable de afirmar su plena verificación en la realidad. Por ende, las estructuras, formas de organización y funciones de estas tienen como fin el garantizamiento y promoción de estos atributos y facultades incitas del ser humano; que por tales son superiores a las que propiamente emanan de la adjudicación o concesión de la organización social o estadual.

En ese contexto, Toma (2013) citando a Pedro Nikken señala que las actividades de los cuerpos sociales y políticos no pueden ser empleadas para su menoscabamiento arbitrario. (p. 10)

Dichas acciones deben convertirse necesariamente en "correos de transmisión" para que los seres humanos puedan vivir y convivir en condiciones consonantes con la dignidad.

Esta cosmovisión jurídica cobró "Carta de Universalización" a raíz de la decisión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de titularizar las declaraciones, cartas y tratados multilaterales que hacen referencia a las facultades derivadas de la dignidad de la persona bajo la denominación de derechos humanos. En puridad, dicha expresión es errada, ya que incurre en una tautología jurídica, ya que se trata de una denominación repetitiva, en razón a que los derechos de por sí son "humanos", ya que estos son los únicos sujetos titulares de derechos y deberes. Como bien sabemos ni las plantas ni los animales ostentan titularidad sobre las prerrogativas jurídicas.

Ahora bien, casi de manera paralela se ha acuñado el término de derechos fundamentales. Como bien nos relata Yzaguirre (2012) "derecho fundamental" es una invención alemana del siglo XIX ("Grundrechte"), quienes lo emplearon por primera vez en la Constitución de 1848 aprobada por la Asamblea Nacional en la Paulkirche de Frankfurt, la cual incorporó una sección de disposiciones bajo el título "Los Derechos Fundamentales del Pueblo Alemán". Desde aquel tiempo a la actualidad, notamos la gran aceptación que ha obtenido al punto que ha pasado a formar parte del lenguaje común (p. 176).

En nuestra historia, la Constitución de 1979 recogiendo de lo expuesto en la Constitución alemana de 1949 fue la primera en emplear tal nomenclatura para titular su sección dogmática.

Los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del sistema jurídico instituido por el cuerpo político.

En ese sentido, Toma (2013) citando a Rubén Hernández Valle expone que "son aquellos reconocidos y organizados por el Estado, por medio de los cuales el hombre, en los diversos dominios de la vida social, escoge y realiza su comportamiento, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico" (p. 11).

Esta expresión, recoge binariamente una moralidad y juridicidad básica, las cuales sustentan la razón de ser del cuerpo social y político en un espacio de tiempo determinado.

Asimismo, Toma (2013) citando a Luigi Ferrajoli señala que la precisión de su incorporación en la Constitución franquea la garantía de observancia de ciertas "prerrogativas no contingentes e inalterables". Por ende, son irreversibles ya que no puede desconocerse el deber de su defensa y promoción. (p.12)

De igual modo, (Toma, 2013) expone que tras dicho reconocimiento estatal a la persona no se le puede despojar de su goce y ejercicio. Más aún, en caso que dicha situación se produjese, el derecho "desterrado" adquiere la calidad de derecho implícito; por ende, debe ser objeto de custodia por la jurisdicción constitucional. (p.15)

En el caso de nuestro país, la Constitución hace uso de la expresión derechos humanos en los artículos 14, 44, 56 inciso 1 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; emplea la expresión derechos fundamentales en los artículos 1, 2, 3, 32, 74, 137 inciso 2, 139 y 149; y utiliza la expresión derechos constitucionales en los artículos 23, 137 inciso 1, 162 y 200. En suma, emplea indistintamente expresiones de fuentes jurídicas diferentes.

Ante dicha situación el Tribunal Constitucional en su extendida jurisprudencia ha utilizado dichas expresiones con el carácter de sinónimos; vale decir, les ha asignado un significado equivalente.

2. Eficacia de los derechos fundamentales

Según Toma (2013), el tribunal constitucional en el caso Sindicato Unitario de trabajadores de telefonía del Perú ha señalado que la constitución es la norma máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al estado y la sociedad en general. De conformidad al artículo 38 de la constitución. Todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir la constitución. Esta norma establece que la vinculación de la constitución se proyecta erga omnes, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares

y el estado, sino también a aquellas entre particulares. Ergo informan y se irradian con carácter absoluto. (p. 21)

En consecuencia, tienen eficacia vertical y horizontal.

En relación a la eficacia vertical los derechos fundamentales aparecen como atributos de defensa oponibles al Estado, cuando este genera acciones u omisiones arbitrarias y lesivas a la dignidad de la persona.

En relación a la eficacia horizontal los derechos fundamentales aparecen como atributos de defensa oponibles a una persona natural o jurídica de derecho privado, cuando esta genera acciones u omisiones arbitrarias y lesivas a la dignidad de otra persona.

Asimismo, debe tenerse en cuenta tal como señala Arroyo (2010), que los derechos fundamentales se insertan en la Constitución con distintas formulaciones deónticas; esto es, bajo una serie de premisas lógicas que permiten identificar su contenido normativo. (p.267)

En ese sentido, pueden aparecer como normas de mandato, normas de permisión y normas de prohibición.

Por último, en la línea de develar la estructura normativa de los derechos fundamentales, se hace importante distinguir entre principios y reglas constitucionales.

Los principios constitucionales aluden a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa. Como tales están destinadas a asegurar la impulsión preceptiva de los valores o postulados éticos políticos de la Constitución.

Se trata de formulaciones desprovistas de delimitación y detallamiento preceptivo que una norma jurídica pura tiene *per se*. Esta generalidad hace que sean vistas como "encargos eludibles de perfección", en donde su verificación concreta depende de la dación de normas de desarrollo constitucional la capacidad de asignación presupuestal para generar de manera adecuada una prestación. Tal el caso de buena parte de los derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la salud, derecho a la pensión, etc.). En suma, su efectivización tiene diversos grados de intensidad.

Las reglas constitucionales aluden a normas con mandato preceptivo, las cuales pueden y deben ser efectivizadas de manera inmediata. Se trata de cláusulas imperativas concretas delimitadas y detalladas, en donde basta realizar una reflexión lógico - subsuntiva (supuesto normativo, sub-sunción del hecho y consecuencia jurídica). Tal el caso de los derechos civiles y políticos. En suma, su efectivización tiene homólogo grado de intensidad.

Como bien refiere Alexy (1993) "el punto decisivo para distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo

depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas [...] las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado" (p. 27).

3. Clasificación de los derechos fundamentales

La doctrina ha formulado una serie de distinciones teóricas en relación a los derechos fundamentales. Ello no obsta para señalar que más allá de las definiciones académicas todos los derechos fundamentales son interdependientes y complementarios; ello en razón a que están destinados a asegurar un mismo objetivo: la defensa y promoción de la dignidad humana.

Al respecto, veamos lo siguiente: De acuerdo con esta distinción los derechos fundamentales pueden ser de primera, segunda y tercera generación.

3.1. Derechos de primera generación

Reciben tal denominación por ser históricamente los que iniciaron el proceso de reconocimiento y protección formal a través de la legislación constitucional. Su aparición se encuentra vinculada con el auge del denominado constitucionalismo liberal. Por ende, responden al plexo ideológico de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX.

Dicho bagaje ideológico se sustenta en la persona como un fin en sí mismo y en la antinomia Estado Sociedad. Mediante esta última se promueve la separación tajante y clara entre vida pública y vida privada. De allí la aspiración de garantizar el ejercicio cabal de la libertad, al margen y sin necesidad de que a la persona le sea exigida el cumplimiento de determinados fines u objetivos políticos. En ese marco aparecen los denominados derechos civiles y políticos.

Los derechos civiles son aquellos que garantizan el disfrute de la libertad personal y la plena autonomía de la voluntad. Aluden a la exigencia de respeto a la autodeterminación personal frente al Estado.

En puridad se les concibe como facultades o atribuciones de defensa contra la injerencia estatal en la vida de las personas. Por ende, sus titulares que son todos los seres humanos pueden desenvolverse libre y autónomamente, sin que sus actividades puedan ser objeto de intromisión o interferencia por parte del cuerpo estadual.

Toma (2013) citando a Francisco J. Bastida Freijedo señala que donde existe un derecho civil se acredita la ausencia de poder público. Ergo, el Estado se encuentra vedado de interferir en la vida privada de sus miembros (p. 29).

Los derechos políticos permiten la participación activa en la formación de la voluntad del Estado en los distintos órganos y niveles de este.

Se les concibe como las facultades o atribuciones reconocidas a sus titulares (los ciudadanos) de intervención en los asuntos públicos de la comunidad. Por ende, implican la participación legitimante en la estructuración y desarrollo de la sociedad política.

Toma (2013) citando a Francisco J. Bastida Freijedo, señala que filosóficamente los derechos civiles serían aquellas facultades o atribuciones que los hombres "conservan" del estado de naturaleza al contrato social; en tanto que los derechos políticos son una creación ex novo derivada de la institucionalización de la sociedad política; de allí que solo esté destinada a resguardar los derechos de los ciudadanos (p.169).

En puridad, los derechos de primera generación importan el afianzamiento de la libertad, la igualdad ante la ley, la propiedad y la participación política. Los derechos civiles son oponibles al Estado; en tanto que los derechos políticos son concesiones de este en aras de legitimar sus manifestaciones de poder.

Su reconocimiento formal puede encontrarse en la Declaración de Derechos del Gran Pueblo de Virginia (1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789). Cabe señalar que estos textos heredaron los reconocimientos estamentales consagrados por el pueblo inglés a través de la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1689) y la Declaración de Derechos (1789).

3.2. Derechos de segunda generación

Reciben tal denominación por ser cronológicamente sucedáneos a los anteriormente señalados. Su aparición se encuentra vinculada con auge del denominado constitucionalismo social. Por ende, responde al plexo ideológico de comienzos del siglo XX (Toma, 2013, p. 32).

Se sustentan en la necesidad de expandir los principios y valores democráticos a la esfera social y económica, a efectos de resolver el tema del denominado "problema comunitario"; es decir, responde a la inquietud de remover los obstáculos que castran el pleno desarrollo de la personalidad y hasta erosionan las bases mismas de la dignidad. Por ende, aspiran a que el hombre sea realmente lo que quiera y puede ser, retirando las barreras económicas y sociales que interrumpen su paso hacia una real vivencia humana. Así, en aras que el decoro "sobreviva" en el hombre, se hace imperativo asegurarle un conjunto de condiciones materiales.

Toma (2013) citando a Ernest Turgendhat expone que estos se sustentan en la necesidad de satisfacer condiciones básicas de existencia. Así, apunta a asegurar mediante el acceso a determinados bienes y servicios de una calidad de vida, pues ella es expresión cabal de dignidad (p. 31).

En esa perspectiva Roig (1994) ha señalado que existen "situaciones o estados que se constituyen en una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en

consecuencia, nos coloca directamente con la noción de daño, privación, sufrimiento grave [...] estas repercuten directamente en la calidad de vida humana" (p. 27).

Estos plantean un conjunto de prestaciones exigibles ante el Estado y los grupos económico sociales, en aras de obtener de estos determinados comportamientos positivos. Implican la promoción del bienestar y el desarrollo máximo de las facultades físicas, espirituales e intelectuales de las personas; amén de la búsqueda del aseguramiento de una existencia y coexistencia acorde con su calidad y condiciones de "seres humanos".

En ese contexto, el Estado interviene activamente como tutor, promotor, regulador y hasta como gestor del bienestar general y la procura de la igualdad real en favor de sus miembros, en aras de resolver la "cuestión social".

En ese marco aparecen los derechos sociales, los derechos económicos y los derechos culturales. Los derechos sociales son aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas en relación a otros, por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico - sociales, o sea, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida no acordes con la dignidad humana

Los derechos económicos son aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos insertos en las relaciones de producción como prestadores de

trabajo. Ello con el objeto de dotarlos de un status económico acorde con el esfuerzo físico o intelectual desplegado en la relación laboral.

Adicionalmente, se incluyen como tales los vinculados con el ejercicio de las actividades económicas y los adscritos a las personas que actúan en el mercado como consumidores o usuarios.

Los derechos culturales son aquellas facultades que permiten a la persona acceder a los aspectos cualitativos del mundo reflejados en los bienes de la educación, el arte y la cosmovisión cultural en un Estado pluriétnico y pluricultural. Como expone Luño (1993) estos permiten "a cada uno de los ciudadanos hacer suyo el ideal fáustico de que [...] todo lo que sea dado por la humanidad lo quiere gustar dentro de sí mismo, captando con su espíritu lo más alto y lo más profundo" (p. 162).

En ese contexto, se trata también de otorgar tuitividad a aquellos grupos humanos que vivencian un comportamiento comunitario disímil como consecuencia de una peculiar identidad étnica y cultural. Ello, en aras de preservar la "personalidad histórica" y los conocimientos, experiencias y percepciones heredadas por las distintas generaciones de los pueblos que integran un Estado.

Esta "identidad" se sustenta en la capacidad de desarrollo de las potencialidades comunitarias en un espacio tiempo determinado.

Así, lo cultural comprende los valores, las creencias y el patrimonio científico, artístico e institucional que redundan en un estilo de vida, por el cual una comunidad se expresa, desarrolla, define, identifica y diferencia de los restantes.

En puridad, los derechos de segunda generación importan afianzamiento de la solidaridad, el principio derecho a la igualdad y el derecho al desarrollo de la personalidad.

Su reconocimiento se manifiesta primigeniamente en la Constitución mejicana (1917), la Constitución alemana (1919) y la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (1918).

Cabe señalar que estos textos heredan los reconocimientos consagrados en la Constitución francesa de 1791, la Declaración francesa de Montagnarde de 1793 y el preámbulo de la Constitución francesa de 1848.

3.3. Los derechos humanos de tercera generación

Reciben tal denominación por ser cronológicamente los últimos en alcanzar reconocimiento y protección formal a través de la legislación positiva. Su aparición se encuentra vinculada con el auge del denominado solidarismo jurídico. Por ende, responden al avocamiento de la comunidad internacional por la creación de un orden mundial sustentado en la protección extranacional y colectiva de ciertos derechos cuya titularidad recaerá en la humanidad en su conjunto. (Toma, 2013, p. 35)

Dicho bagaje ideológico se sustenta en el reconocimiento de la entera comunidad de intereses y responsabilidades en torno a determinados derechos que rebasan con largueza la esfera estatal; además de trasladar el respeto de la autodeterminación de la voluntad política al ámbito transnacional. Por ende, promueve el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, etc.

Los derechos humanos de tercera generación se inspiran en una "cierta" concepción de la vida humana en una comunidad global. En esa perspectiva solo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos los individuos, los estados y hasta las entidades y órganos internacionales públicos y privados (Toma, 2013, p.36).

La naturaleza jurídica de estos se enmarca dentro de los derechos de la personalidad; habida cuenta que tienen como fin la satisfacción de necesidades de tutela que presentan determinadas situaciones de gran relevancia, por afectar directamente a la persona. Por lo tanto, provocar un movimiento de sensibilidad jurídica, y son, por la misma esencia de la vida en sociedad, mutables según el contexto histórico al que se hagan referencia.

Su reconocimiento formal se manifiesta principalmente en la declaración de los derechos de los pueblos, la declaración sobre el medio ambiente y el desarrollo etc.

CAPÍTULO III

MOTIVACION DEL RESOLUCIONES JUDICIALES

Iniciativa de valorar excepcionalmente la prueba ilícita

1. La Motivación de Resoluciones

1.1. Nociones básicas

La motivación de las resoluciones judiciales debe ser expresa y se realiza a través de una enunciación sucinta y objetivada de los hechos probados durante el proceso, expresándose las razones jurídicas y la norma aplicable que justifican la decisión adoptada en la resolución de un caso concreto. La motivación evita que el razonamiento y la discrecionalidad del juez opere sin ningún control (Lamadrid Ibañez, 2012, p.96-98).

El juez no está obligado a enumerar y analizar todos los hechos alegados por las partes, sino sólo aquellos que estime relevantes para la determinación del fallo. La motivación contradictoria, insuficiente y defectuosa, o que no guarde concordancia con los postulados de la demanda o de la reconvención conduce a la anulación de la sentencia. En el Perú, la motivación de las resoluciones judiciales forma parte del derecho a un debido proceso formal. Frente a un eventual violación de este derecho, aparte del recurso ordinario de apelación puede interponerse un recurso extraordinario de casación o excepcionalmente recurrirse a la vía del amparo o del hábeas corpus.

El principio derecho de la motivación escrita, requiere además que las resoluciones estén redactadas con un lenguaje sencillo y claro, que sean accesibles al público a

través de los diferentes canales o medios de difusión, verbigracia Internet, compendios de jurisprudencia, etc; esto para garantizar la transparencia de las decisiones judiciales.

La teoría de la motivación de las resoluciones se ocupa de estudiar los procesos de razonamiento y resolución de problemas que tienen lugar en sede judicial o administrativa. Es decir, de los procesos involucrados en la toma de decisiones, a partir de la información recopilada del material probatorio seleccionado para comprobar la veracidad de los hechos alegados por las partes y someterlos a la aplicación de la norma jurídica pertinente.

La teoría de la motivación de las resoluciones se edifica en base a un conjunto de elementos que forman parte de lo que se entiende como juicio de hecho y juicio de derecho. Estos son dos modelos estándar de razonamiento práctico que se conjugan al interior de una sentencia para garantizar la corrección material y formal de las premisas que le dan sustento y justificación al fallo.

La teoría de la motivación de las resoluciones proporciona los medios ideales para que el proceso de razonamiento jurídico se desarrolle de la mejor manera posible. Las prescripciones establecidas son lo suficientemente flexibles como para adaptarse a la resolución de distintos casos.

En el Perú, se ha registrado un importante avance en el desarrollo de la teoría de la motivación de las resoluciones judiciales, con la elaboración de una "Guía de pautas

Metodológicas para la Elaboración de Sentencias”. Esta guía es muy útil porque contiene también un listado de control de calidad de verificación de los principales aspectos que debe contener una sentencia expedida en un proceso civil o en un proceso penal.

La guía de pautas metodológicas nos permite determinar razonablemente en que caso estamos ante una sentencia ideal o que responde al requisito de buena jurisprudencia y, en que caso falta este requisito. (Lamadrid Ibañez, 2012, p. 98)

1.2. Significado de motivar

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española (2005), motivar es dar causa o motivo para algo. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo (p.1047). Para Lamadrid Ibañez (2012), motivar una resolución es dar razones suficientes acerca de las condiciones de validez de los argumentos utilizados para entender justificada una decisión judicial o administrativa (p.99).

Asimismo, citando a T. Sauvel, en un excelente artículo titulado "Historia del juicio motivado" escribe: "Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que las toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de "maldecir a los jueces". Los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en caso, ir a la casación. Igualmente le permitirán no colocarse de nuevo en una situación que haga nacer un segundo proceso. Y, por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos. Hacen comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y la manera de combinarlas

con las antiguas. Da a los comentaristas, especialmente a los comentaristas de las sentencias la posibilidad de compararlas entre sí, analizarlas, agruparlas, clasificarlas.

1.3. Motivación y argumentación jurídica

Algunos autores sostienen que no es lo mismo motivar que fundamentar o justificar una decisión. Otros creen que la motivación debe cumplir con ciertos requisitos para que pueda equipararse con lo que en la teoría de la argumentación jurídica se entiende como justificación. Finalmente no faltan aquellos que consideran a la motivación como argumentación jurídica especial (Mixan Mass, 1998, p. 361).

1.4. Fines de la motivación

Los jueces motivan sus decisiones a fin de que los justiciables y la comunidad en general, principalmente por razones de seguridad jurídica, conozcan la forma como se ha evaluado y resuelto un determinado conflicto de intereses

La motivación en una primera etapa tuvo un carácter "endoprocesal", orientado a facilitar o permitir a las partes que intervienen en un proceso conocer el sentido de la decisión, para que ante un eventual desacuerdo con ella puedan impugnarla ante las instancias superiores. En una segunda etapa, la motivación adquiere un carácter "extraprocesal" o político, convirtiéndose en un instrumento para controlar democráticamente los poderes del juez.

La doctrina recogiendo los puntos de vista expuestos por Tribunal Constitucional Español, reconoce como fines de la motivación (Lamadrid Ibañez, 2012, p.104):

Que el juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión en virtud del derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlos;

Que se compruebe que la decisión judicial adoptada responde a una correcta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad, es decir, es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento;

Que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir en su caso la decisión;

Que los tribunales competentes tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

Estos criterios han sido recogidos en innumerables sentencias por la judicatura nacional, sólo falta que la Corte Suprema como es su obligación legal establezca doctrina jurisprudencial vinculante en lo que respecta al tema de la motivación de las resoluciones judiciales en sus diferentes facetas.

1.5. Fases de la motivación

La motivación de una sentencia judicial es un proceso intelectual que se desarrolla en las siguientes fases (Lamadrid Ibañez, 2012, p.105):

- a) Estudio y análisis del caso propuesto.
- b) Actitud reflexiva del operador judicial frente al caso analizado para obtener una conclusión anticipada al respecto.

- c) Empleo de argumentos y de estándares jurídicos de decisión.
- d) Revisión y corrección ortográfica del texto de la sentencia para asegurar contenidos claros y bien redactados.

1.6. Características de la motivación

A nuestro entender, la motivación de las resoluciones judiciales tiene las siguientes características (Lamadrid Ibañez, 2012, p.105):

Es una institución de derecho público. Ello se debe a que tiene su origen en la Constitución de la República.

Es de naturaleza procesal. Se emplea en la resolución de los casos judiciales. Es el único recurso metodológico que existe para evitar que el razonamiento y la discrecionalidad de los jueces opere sin ningún control.

La motivación para ser considerada como tal no necesariamente debe ser extensa; puede variar dependiendo de las circunstancias del caso a resolver, pero obligatoriamente, tiene que estar referida a los hechos y al derecho.

El juez no está obligado a enumerar y analizar todos los argumentos expuestos por las partes, sino sólo aquellos que considere relevantes para la determinación del fallo.

La motivación tácita o implícita se puede deducir del propio tenor de la sentencia. No se considera motivada una sentencia revisoría que es absolutamente remisiva a los fundamentos de la recurrida.

La motivación de una sentencia forma un todo con el fallo, siendo imposible separarlos, pues no se podría apreciar el nexo lógico que debe existir entre la decisión adoptada y la argumentación que sirve de sustento.

El hecho de que una sentencia este erróneamente motivada no la invalida, si tales errores no son determinantes en el fallo. En un todo caso, la prueba del motive determinante corresponde aquel que lo alega.

1.7. La importancia de la motivación de la sentencia y su forma

La fundamentación de la sentencia es la parte más difícil en la elaboración de una decisión judicial. Una sentencia debe ser fundamentada con todos los elementos esenciales que respaldan la parte dispositiva. Para cualquier juez esta es una tarea difícil. Y se complica aún más pues, además de tener que ser comprensible para el acusado, las víctimas y el público en general tiene que convencer al tribunal de alzada de que la decisión asumida es correcta.

Esto significa que el juez tiene que esforzarse para que, la sentencia pueda ser comprendida sin problema. Si las partes no entienden la sentencia esto ocasiona que aumenten los recursos contra las decisiones judiciales y que éstas no encuentren credibilidad para ser aceptadas, todo lo cual afecta severamente la seguridad jurídica.

También implica eliminar lo excesivo del texto, lo cual se puede detectar quitando una palabra o frase sin que el texto pierda su comprensibilidad, es decir, sin afectar la asociación de ideas que conducen a la decisión. Cumplir con esta exigencia lleva como consecuencia no copiar partes de otros textos u otras sentencias en la fundamentación, pues existe el peligro que las partes copiadas no aporten nada indispensable a la fundamentación de la sentencia, impidiendo en muchos casos observar con claridad una relación directa con el caso resuelto,

siendo únicamente excepcional el uso de éstas, tanto más, si prescindiendo de todo ello, también se evitarían contradicciones en la fundamentación (Schönbohm, 2014, p. 33-38).

1.7.1. Impacto del estilo empleado en la fundamentación del contenido de la sentencia.

1.7.1.1. El estilo con que se fundamenta determina la forma y también el contenido.

Una sentencia que puede convencer se caracteriza por un buen estilo. Un juez no solamente deber administrar justicia, sino también hacerlo correctamente. Una característica esencial de un buen estilo es la claridad, la cual únicamente puede ser expresada por quien piensa también con claridad. La expresión en forma ampulosa y marañosa esconde, la mayoría de veces, la falta de claridad del pensamiento.

Un juez no sólo debe administrar justicia, sino también debe hacerlo correctamente; en ese sentido, para que una sentencia alcance un cierto grado de convencimiento, éste debe considerar como característica esencial, el uso de un buen estilo, que deberá desarrollarse con total claridad, el cual sólo podrá ser esgrimido por quien piensa de igual forma; más aún, si se tiene en cuenta que en muchos casos la redacción en forma ampulosa y marañosa, oculta una carencia de claridad en el pensamiento.

Por eso Friedrich NIETZSCHE ha manifestado: «Mejorar el estilo no significa otra cosa que mejorar el pensamiento». Y, SCHOPENHAUER expresó: «El estilo es solamente la sombra del pensamiento, escribir poco y preciso significa pensar indistinto o confuso».

Esto nos permite concluir, que si optimizar el estilo significa mejorar el pensamiento y la fundamentación de una sentencia significa conducir el pensamiento del lector a un resultado determinado, entonces el estilo y la calidad de la conducción de la argumentación en una sentencia están estrechamente relacionados.

Existen muchas formas de estilo que dependen de las personas y también del idioma, pero siempre la comprensibilidad del texto debe ser el norte para cualquier estilo, que en el caso de la sentencia se refiere a la claridad de su fundamentación. Para las sentencias se ofrecen dos formas diametralmente opuestas de estilo (Schönbohm, 2014, p.40-43):

- a. Conducir al lector al resultado de la sentencia que es la parte resolutive o fundamentar la decisión ya tomada.

La primera alternativa es practicada por los tribunales de casi todo Latinoamérica y tiene sus raíces en la tradición francesa. Consiste en estructurar la fundamentación de la sentencia partiendo del desarrollo de los considerados uno tras otro, hasta arribar a la conclusión de los considerandos que es la parte final y resolutive de la sentencia. Para el juez esta forma de argumentar hace muy difícil expresar sus ideas frente a terceros y hace difícil entender cuáles son los fundamentos centrales que justifican su decisión.

- b. La otra alternativa supone empezar la redacción de la sentencia con la exposición de la decisión ya tomada por los jueces, que en el caso de una sentencia es un acto soberano, para luego proceder a la fundamentación y justificación de la decisión arribada por la judicatura, todo ello, significaría partir de la decisión, juntando todos

los elementos necesarios para su justificación, punto medular que profundizaremos más adelante. En resumen, el estilo de un texto muestra lo que sabemos y si sabemos comunicarlo.

La comprensibilidad empieza con la formulación de las frases. Los abogados de todo el mundo tienen la tendencia de formular frases largas con muchas preposiciones, dichas frases tienen tal longitud que muchas veces abarca más de media página, lo que demanda tener que realizar varias lecturas para lograr entender lo que se quiere decir.

Si estas frases son complicadas de entender para los abogados, para la población en general resultan siendo incomprensibles; sobre todo, en el caso de quienes tienen un alto grado de dificultad en la comprensión de textos escritos.

En resumen, se puede constatar que: La brevedad lleva a más claridad, en el texto y las frases.

1.7.1.2. El uso de conceptos jurídicos, el lenguaje jurídico, palabras en idioma extranjero y el uso de palabras en latín

Las palabras son el único recurso que tienen a su disposición los abogados para hacerse entender y para convencer. No solamente escriben y argumentan para sus colegas, sino también para quienes no son abogados y en muchas ocasiones tienen que hacerse entender frente a personas con un grado bajo de formación escolar.

Por ello, las personas de leyes deben, en lo posible y casi siempre es posible evitar en las sentencias el empleo de palabras y conceptos en latín, dado que muy pocas personas están en condiciones de entenderlas. Una justicia que no sabe hacerse entender no es una justicia democrática ni accesible para el ciudadano. Ello obviamente, no es tarea fácil, dado que, el latín ocupa una posición especial entre los idiomas, de él derivan muchas lenguas como el español, por ello no es extraño detectar en el vocabulario común, el uso de palabras en latín, tanto más, si durante centenares de años el latín ha sido el idioma de los europeos bien educados y también de los abogados. En consecuencia, en algunas disciplinas como el derecho penal, la lista de palabras en latín empleadas es bastante extensa. A esto, se suma que las fuentes del derecho moderno se basan –en muchos aspectos– en el derecho romano. De allí que resulte usual encontrar términos en latín en los tratados jurídicos y en las obras académicas dirigidas a lectores académicos e intelectuales.

No obstante, esta misma terminología no es adecuada para la redacción de las sentencias, las cuales están dirigidas a otro público que, por lo general, no está en capacidad de entender las palabras y conceptos en latín. La sentencia, aún cuando encuentra su fundamento en las ciencias jurídicas, no es un trabajo científico. La sentencia penal resuelve un caso penal y fundamenta la decisión del tribunal. ¿Cuántos ciudadanos en el Perú o también en cualquier otro país entienden por ejemplo el sentido del «non bis in ídem», «reformatio in peius» o «in dubio pro reo»? Sería más adecuado explicar que una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa, que no se puede cambiar una sentencia en perjuicio de la persona condenada y que si hay dudas en un proceso penal debe resolverse a favor del acusado.

Otro problema es el reiterado uso en las sentencias de términos que no son parte del lenguaje común o coloquial. Así, por ejemplo, se emplea la palabra progenitor/a/es en lugar de emplear términos tales como, padre, madre o padres. Suena menos científico y menos académico, pero la sentencia no es, como ya lo ha manifestado, una obra científica académica, aun cuando se cimiente en las ciencias jurídicas. Además los lectores quienes participan en el juicio son no son sólo los abogados, sino también el acusado, la víctima y el público participante en el juicio oral; por ello, la fundamentación debe ser clara para poder ser comprendida por todos y no solamente por los abogados.

Esto no significa que se debe evitar a toda costa el uso de palabras que vienen de otro idioma. En el idioma español, como en las demás lenguas, se encuentra una gran cantidad de palabras que se usan frecuentemente y que provienen de otros idiomas. Además, no siempre es posible encontrar una palabra precisa en el propio idioma para reemplazar aquélla proveniente de otra lengua; en estos casos no hace sentido usar una palabra en español por la fuerza. Si se trata de una palabra que ya es usada en el lenguaje común se puede usar sin problemas, si no tiene esta calidad y si no es muy conocida es recomendable, en lugar de usar esta palabra, solamente describir su contenido explicando de qué se trata el asunto (Schönbohm, 2014, p.43-46).

1.7.1.3. El uso de conceptos jurídicos y técnicos también debe hacerse con el debido cuidado, garantizando su empleo en el sentido correcto y siempre en el mismo sentido.

Existen sentencias en las cuales no se usan los conceptos jurídicos de manera adecuada o correcta. La razón es, que con el NCPP también se ha introducido cambios a los conceptos, muchos de los cuales todavía no se ha internalizado por completo. Con frecuencia, aún en el contexto del NCPP, las sentencias refieren a la “formalización de la denuncia”, concepto que sólo debe ser usado en el marco del antiguo Código de Procesos Penales de 1940 que sí ha previsto la formalización de la denuncia. El NCPP, por su parte, dispone en el art. 336, inc. 1 que dadas las condiciones se dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria.

También encontramos muchas sentencias caracterizadas por la continua repetición de las mismas palabras y términos, lo cual proyecta la imagen de un mal estilo. El empleo de palabras sinónimas puede mitigar el problema pero hay que usarlas con cuidado. No siempre la palabra alterna que se usa tiene el mismo contenido y sentido que la ya usada, y en ocasiones se presta además a diferentes interpretaciones.

En caso se utilice conceptos jurídicos es necesario siempre usar las mismas palabras y preferentemente las palabras que emplea la norma. Igual se tiene que proceder cuando se trate de nombres, por ejemplo de empresas. Esta regla es válida para todos los elementos centrales de la fundamentación si se trata de conceptos jurídicos (Schönbohm, 2014, p. 47-48).

1.7.1.4. La incorporación de citas

Las citas se tienen que usar con precisión. Usar una cita que se ha encontrado en otra publicación y ponerla sin revisar es peligroso. Si no se puede verificar su origen es necesario

identificar la fuente donde se ha encontrado la cita. En este caso se podría poner por ejemplo «así Cesar San Martín... en...».

Pero lo recomendable es usar citas solamente si es necesario para fundamentar una posición en base a la jurisprudencia o la doctrina y aún así, su utilización debe limitarse a lo indispensable. Para resolver un mismo caso, no se requiere citar todas las sentencias que han decidido en el mismo sentido en casos similares; en este supuesto es recomendable solamente mencionar en forma genérica la jurisprudencia, citando de manera específica sólo la sentencia más relevante. Tampoco se debería poner citas para temas que no necesitan ningún respaldo sea de la opinión de la literatura o de otras sentencias. De lo contrario, las citas en vez de aclarar y respaldar la argumentación pierden en su conjunto poder de convicción (Schönbohm, 2014, p.50).

1.7.1.5. Bases legales y jurisprudenciales para la redacción de sentencias

Las bases legales para las sentencias son reguladas principalmente en los artículos 139 inc. 5 de la CPE y en los artículos 394, 395, 397, 398, 399, 425, 433 y 444 del NCPP. Estas normas no agotan las reglas que se tiene que tomar para la fundamentación de una sentencia, son complementadas por la práctica y las necesidades de lograr la debida claridad y comprensibilidad de la fundamentación.

Además, la jurisprudencia de la Corte Suprema y del TC han definido las exigencias que deben cumplirse para la debida fundamentación de una sentencia, las que serán desarrolladas más adelante. La norma central para la estructura de la sentencia se encuentra en el Art. 394

NCPP, ésta dispone el contenido mínimo de una sentencia, el cual consiste en los siguientes elementos:

Cabecera (Art. 394.1)

- Juzgado penal
- Lugar y fecha
- Nombres de los jueces y de las partes
- Datos personales del acusado.

Además de lo dispuesto en el NCPP, debería incluirse: el número del expediente, el delito imputado al acusado, los datos del defensor (si se cuenta con esta información).

Resumen de la acusación (art. 394.2 primera parte)

- Las pretensiones del fiscal y de la defensa (art. 394.2 segunda parte).
- Orden: pretensión penal, pretensión civil (ésta no es obligatoria), pretensión de la defensa.
- Constatación real: los hechos y las circunstancias objeto de la sentencia (art. 394.3).
- Parte probatoria: motivación clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias probadas y valoración de prueba (art. 394.3).
- Calificación jurídica: fundamentos de derecho para calificar jurídicamente los hechos y circunstancias (art. 394.4).
- Parte resolutive (art. 394.5).
- Firma del juez o de los jueces (art. 394.6).

La norma del art. 394 no exige al juez mantener una estructura secuencial. Por ello, para su cabal acatamiento sería suficiente que el juez cumpliera con incorporar el conjunto de elementos exigidos por el art. 394. No obstante, las reglas de la lógica exigen mantener en

principio el orden secuencial seguido por el legislador al listar el contenido mínimo de las sentencias en el art. 394.

El único elemento que podría exceptuarse de la secuencia seguida por el texto del art. 394 sería el correspondiente a la parte resolutive, que está listado en el inc. 5 luego de la calificación jurídica y antes de las firmas de los jueces. Si bien el orden secuencial seguido por el legislador al ubicar la parte resolutive coincide con la tradición imperante en el Perú y América Latina, podría invertirse dicha posición y pasarse a la parte inicial de la sentencia; es decir, al final de la cabecera. El sentido de este cambio radica en que cuando se inicia la redacción de la sentencia el órgano estatal ya tiene tomada su decisión respecto al caso concreto, por tanto es más lógico, que primero se consigne la decisión que consta en la parte resolutive y luego recién se pase a su fundamentación. Además a las partes les interesa conocer lo más temprano posible el resultado del proceso plasmado en la decisión del tribunal. Con la parte resolutive al inicio de la sentencia, inmediatamente después de la cabecera, el tribunal da a las partes desde el inicio una orientación que les permitirá entender mejor la fundamentación. Esto es de especial importancia cuando se realiza la lectura de la sentencia (Schönbohm, 2014, p. 51-53).

1.8. Jurisprudencia sobre motivación de resoluciones

El Tribunal Constitucional Peruano, en varias sentencias ha dejado establecido que los procesos constitucionales como el amparo y el hábeas corpus, no constituyen una instancia jurisdiccional, donde puedan ventilarse o resolverse los aspectos de fondo de cada proceso común, pues para ello sólo existen los recursos internos, especialmente habilitados con ese

objeto. Por el contrario, sólo son atendibles en la vía procesal constitucional, aquellas situaciones en las que el proceso cuestionado resulte irregular o atentatorio contra el derecho fundamental al debido proceso; por ejemplo, cuando se infringe la obligación de motivar las resoluciones judiciales, por ser éste un principio básico que informa el ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido y para saber cuál es el tratamiento jurisprudencial que el Tribunal Constitucional le brinda al tema de la motivación de las resoluciones judiciales, hemos seleccionado las siguientes ejecutorias (Lamadrid Ibañez, 2012, p.121-123):

"En efecto, uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139° de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciados. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarda relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que el juez (...) corresponde resolver" (Ex p. N° 88172005-PHC/ TC):

"(...) El derecho a la motivación de las resoluciones es un derecho implícito. Genera la obligación de que dichas resoluciones deban contar con suficiente motivación tanto de los hechos como de la interpretación y/o razonamiento de las normas invocadas(...)" (Exp. N° 21922004AA/ TC).

"(...) El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que tal fundamentación por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa, o se presenta un supuesto de motivación por remisión" (Exp. N° 42282005HC/TC).

"La motivación de las resoluciones judiciales está comprendida en el debido proceso. La doctrina ha convenido en que la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales es la explicación detallada que hace el juez de las razones de su decisión final, explicación que va dirigida a las partes, al juez de grado superior (que eventualmente conocerá en impugnación la decisión del inferior jerárquico) y al pueblo, que se convierte en "juez de sus jueces". El juez debe de efectuar una conexión relación lógica entre los hechos narrados por las partes y las pruebas aportados por ellos, estando en el deber de aplicar con sentido, igualmente lógico, cuáles son las razones que le permiten establecer la correspondiente consecuencia jurídica (fallo de la sentencia)". (Exp. N° 9598 2005 PHC/TC).

CAPÍTULO IV

VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

Medida excepcional de aplicación ante la notoria claridad de los hechos

1. La Prueba

1.1. Noción de prueba

Es necesario establecer un concepto de la Prueba, y para ello debemos recurrir a su sentido etimológico, pues la palabra prueba, deriva del término latin probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno, por tanto lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa (Barrientos, s.f, p.1-2).

1.2. Concepto jurídico procesal de la prueba

En la doctrina procesal se ha resaltado la multiplicidad de conceptos de prueba procesal, al punto que se ha señalado que el primer problema con el que el estudioso se enfrenta en esta materia es precisamente dicha cuestión

En el lenguaje común prueba significa tanto como "razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo" o "ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva". Es de apreciarse que el lenguaje común alude tanto al significado de medio o herramienta que sirve para acreditar la verdad o falsedad de algo, como al de ensayo o verificación.

Montero · Aroca, convencido acerca de la imposibilidad que el proceso pueda alcanzar la verdad absoluta y reconduciendo la prueba más bien hacia la certeza respecto de las afirmaciones que las partes han esgrimido sobre los hechos, define la prueba como "la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes.

Por su la lado García Valencia, tras anotar cuatro enfoques o puntos de vista sobre la prueba procesal: . como manifestación formal, desde el punto de vista procedimental, en virtud de su contenido y como resultado, intenta una definición sintética o integral afirmando que entiende por prueba "los diversos medios, allegados al proceso mediante el cumplimiento de los requisitos legales, que contienen los motivos o razones para llevar al funcionario judicial, el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso."

Miranda Estrampes además de resaltar el carácter meta jurídico o extrajurídico de la prueba, toda vez que es una actividad humana que tiene aplicación en otras áreas del conocimiento distintas del Derecho e inclusive en la vida cotidiana, ha clasificado sintéticamente las posiciones doctrinales relacionadas con la noción de prueba procesal o jurídica en tres grandes grupos:

a) La prueba como actividad de las partes y del juez, cuyos defensores resaltan la noción de actividad de las partes y del órgano jurisdiccional en orden a aportar la convicción sobre la verdad de los hechos o afirmaciones del proceso.

b) La prueba como equivalente de convicción o certeza del juzgador, cuyos sostenedores destacan como elemento central de la noción de prueba a la función desplegada por ella que no sería otra que lograr el convencimiento del juez.

c) La prueba como actividad de verificación, postura que relleva en la noción de prueba la actividad de verificación o comprobación de la exactitud de las afirmaciones o proposiciones sostenidas en el proceso por las partes, actividad que es realizada por el juez.

La actividad probatoria está relacionada con el conjunto de actos realizados por las partes y el juez para allegar al proceso los instrumentos, datos o medios encaminados a formar la convicción judicial. Es en este sentido que se dice que se ha incorporado al proceso determinado documento, se ha practicado tal o cual pericia o se ha recibido una declaración testimonial. En cambio, cuando se afirma que el juez está persuadido o convencido que el acusado es culpable, debido a que el resultado de las pericias y el mérito de las declaraciones de los testigos lo incriminan, se alude directamente a la prueba como equivalente de convicción o certeza del juzgador. Asimismo, cuando se señala que del examen y evaluación de tales medios o elementos se desprende que el imputado estuvo en la escena del crimen en determinada fecha y horario, se utiliza la noción de prueba como actividad de verificación.

En la doctrina nacional también se ha visto reflejada la multiplicidad conceptual en lo que se refiere a la prueba.

Así tenemos a San Martín (2001), citando textualmente a Ortells Ramos, define la prueba como "la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hechos aportados" (p.581).

Por su parte Oré Guardia (1996) considerando los diferentes aspectos de enfoque, considera que prueba puede significar lo que se quiere probar, la actividad destinada a ello, el procedimiento legal de introducción de la prueba en el proceso, el dato que contribuya al descubrimiento de la verdad y el resultado reflejado en la convicción del juez (p. 279).

De una manera sencilla y concisa Cubas Villanueva (2003), sostiene que "prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, agregando que si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de investigación, prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin" (p. 325).

A su turno Peña Cabrera (2007), lacónicamente define la prueba como "la suma de los motivos que producen la certeza", para luego completar la idea afirmando que "prueba, en el procedimiento penal, es todo aquello que puede servir de medio de convicción al funcionario para formarse conceptos en relación con los hechos ilícitos que se investigan y

juzgan, con los autores o partícipes, con la responsabilidad de los mismos, con su personalidad y con los daños y perjuicios ocasionados” (p. 415).

Con lucidez Mixan Mass (1990) da a entender que se trata de un concepto complejo y es por eso que propugna la necesidad de comprenderla esencial e integralmente: como actividad finalista, como resultado y como consecuencias jurídicas que le son inherentes (p. 136).

Castro Trigos (2009), citando a Carnelutti advirtió que en el lenguaje jurídico hasta cierto punto se conserva el significado asignado al vocablo "prueba" en el lenguaje corriente que no es otro que el de comprobación de la verdad o exactitud de una proposición o afirmación (p.40-44). Es evidente que en el proceso de lo que se trata es de comprobar los hechos controvertidos, es decir, las afirmaciones de una parte que no han sido admitidas por la contraparte. Si bien la terminología puede parecer moneda corriente únicamente en el ámbito del proceso civil, sin embargo, no es del todo ajena al proceso penal en el que también las partes introducen y discuten afirmaciones o proposiciones contrapuestas: la tesis del Ministerio Público se opone a la tesis de la defensa. No obstante, como enseña el maestro italiano. La coincidencia entre los significados de los lenguajes corriente y jurídico llega hasta este punto, puesto que la finalidad de la prueba en el proceso no es precisamente la demostración de la verdad sino, según el punto de vista del autor citado, la fijación o la determinación de los hechos mediante procedimientos preestablecidos, conforme tendremos oportunidad de discurrir con mayor detalle más adelante.

De otro lado se afirma que la prueba en materia jurídica es aquella en la cual los procedimientos, mecanismos y medios a través de los cuales se desarrolla la actividad probatoria. La prueba se presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento. De lo expuesto debemos dejar en claro que la prueba es algo distinto a la averiguación o investigación, para probar es necesario previamente investigar, averiguar o indagar. La averiguación es siempre anterior en el tiempo a la prueba, así tenemos que se investigan y averiguan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a los mismos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de las mismas, es decir la verificación de su exactitud, así vemos que siendo necesaria la investigación, la misma no forma parte del fenómeno probatorio (Barrientos Corrales, s.f, p.4).

Para Couture la prueba en su acepción común, equivale tanto a la operación tendente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto.

Así el concepto de prueba puede entenderse desde los siguientes aspectos (Barrientos Corrales, s.f, p. 5):

Objetivo: Se considera prueba al medio que sirve para llevar al Juez al conocimiento de los hechos, definiéndose la prueba como el instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza Judicial. Luego entonces, la prueba abarcaría todas las actividades relativas a la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, así como la práctica de los diferentes medios de prueba a través de los cuales, las fuentes de las mismas se introducen en el proceso.

Subjetivo: Este caso se equipara la prueba al resultado que se obtiene de la misma, dicho de otro modo al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del Juez, la prueba es el hecho mismo de la convicción judicial o del resultado de la actividad probatoria.

Mixto: En un tercer aspecto se combinan el criterio objetivo de medio y el subjetivo de resultado, esta apreciación permite definir la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso que se deducen de los medios aportados.

El desarrollo del presente trabajo de investigación indica claramente que nos encontramos frente a una cuestión bastante complicada en la que la doctrina no ha alcanzado consenso.

Es obvio que la noción de prueba procesal admite diversos enfoques y es por ello que podemos señalar que se trata de un concepto complejo. De conformidad con la postura dominante creemos que puede ayudar a comprender mejor la cuestión la delimitación de los diferentes elementos o aspectos del fenómeno probatorio, a saber (Castro Trigos, 2009, p.44-47):

Objeto de prueba, según se suele señalar, es todo aquello que puede probarse, sea que se trate de hechos naturales o humanos, psicológicos o físicos, etc. Sin embargo, en puridad, lo que se prueba o debe probarse en el proceso penal no son hechos en sí, que no son verdaderos ni falsos, sino enunciados o afirmaciones. Es imposible reproducir un hecho del pasado como es el delito, pero sí es posible predicar verdad o falsedad de las afirmaciones expuestas

sobre éste por las partes en el proceso. Naturalmente hay cuestiones que no pueden ser objeto de prueba, tales como las presunciones legales, los hechos notorios, las normas jurídicas nacionales, las máximas de la experiencia, etc.

Fuente de prueba, es todo hecho, fenómeno, cosa, actitud, etc. que suministra al juez un conocimiento originario sobre el hecho a probar y que tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio. Carnelutti distinguía las fuentes de prueba en sentido estricto de las fuentes de presunción. Las primeras vendrían a ser los hechos que permiten la deducción del hecho a probar y que están constituidos por la representación de éste. Ejemplos: la fotografía de una escena, la narración efectuada por un testigo, que son representaciones del hecho fotografiado o narrado). Las segundas serían los hechos que igualmente permitirían la deducción del hecho a probar pero que no están constituidos por la representación de éste. (Ejemplos: la posesión por parte del imputado del cuchillo con el que se cometió el homicidio, las manchas de sangre encontradas en la ropa del imputado). Debe destacarse que la fuente de prueba es una realidad extraprocesal pero que tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio, característica que ha sido destacada como esencial en la doctrina procesal.

Elemento de prueba, es todo hecho o dato objetivo que es incorporado legítimamente al proceso. Además de su objetividad y legalidad, debe también reunir las características de relevancia y pertinencia. Nótese que la única diferencia entre elemento de prueba y fuente de prueba es que ésta, aun cuando tiene la aptitud de convertirse en argumento

probatorio, no ha ingresado todavía en el proceso; mientras que aquel es todo dato proveniente de la realidad y que ya ha sido incorporado al proceso.

Medio de prueba, se identifica con el procedimiento legalmente previsto para la incorporación de la fuente de prueba al proceso. Es en este sentido que se habla de declaración de testigos o de pericia. Se ha dicho con propiedad que el medio vincula al objeto de prueba con el conocimiento del juez.

Órgano de prueba, es la persona que introduce en el proceso el elemento de prueba. Como bien ha sido señalado por Cafferata Nares, la función específica del órgano de prueba es la de servir de intermediario entre la prueba y el juzgador, transmitiendo el dato o el conocimiento del hecho con relevancia probatoria. Son órganos de prueba, verbigracia, testigo, el perito, el agraviado.

El conocimiento de los distintos aspectos o aristas del fenómeno probatorio que acabamos de reseñar, puede permitir un concepto más completo o integral de la prueba procesal. Naturalmente ésta participa de las características de la prueba tal como es entendida en el lenguaje común. Sin embargo, es innegable también que su naturaleza jurídica procesal permite asignarle características propias. En este orden de ideas, puede afirmarse que prueba, en sentido jurídico - procesal, es todo hecho o dato extraprocesal, con aptitud de convertirse en argumento probatorio, que es legítimamente incorporado al proceso, a través de medios o mecanismos preestablecidos, por personas legalmente autorizadas, con la finalidad de iluminar el conocimiento del juzgador y buscar su convicción y certeza sobre

los enunciados materia del proceso. Es en este sentido que Roxin enseña que "probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho. Es relevante en toda definición de prueba su finalidad. Es por ello que acertadamente Mixan Mass ha precisado que si bien es verdad en la doctrina no se ha alcanzado el consenso sobre la cuestión conceptual, también lo es que ello sí ha sido logrado en cuanto a considerar que la prueba persigue la convicción del juzgador para encontrar la certeza "de haber descubierto la verdad (Castro Trigoso, 2009, p.49-50).

2. Prueba Ilícita

2.2. Noción y concepto

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la República ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la prueba prohibida, o prueba ilícita en diversas ejecutorias, no ha trabajado un concepto de prueba ilícita. La jurisprudencia nacional se ha esforzado más bien por desarrollar criterios para excepcionar la regla de exclusión, esto es para no obstante verificar la lesión a un derecho fundamental en la obtención de Fuentes de prueba, poder utilizar dicha evidencia.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional sí ha intentado configurar una noción de lo que es prueba ilícita a efectos de establecer sus alcances. Así, en sentencia del 15 de septiembre de 2003, expediente N° 2053-2003-HC/TC, caso: Edmi Lastra Quiñonez, definió la prueba ilícita como aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable.

Como se puede advertir, nuestro Tribunal Constitucional asume un criterio sincrético, de un lado, asume que estamos frente a una prueba ilícita cuando se lesiona un derecho fundamental y, por el otro, cuando se viole la legalidad procesal. El primero se puede estimar como un criterio estricto, y el segundo como un criterio amplio de la noción de prueba ilícita.

Talavera Elguera (2009), cita a los siguientes autores (p.149-150): SILVA MELERO, que asume el criterio amplio sobre la noción de prueba ilícita, consideran que es aquella que atenta contra la dignidad humana. Según VÉSCOVI, prueba ilícita es contraria a una norma de derecho, es decir la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas. Para CONSO todas las normas relativas a las pruebas penales son reglas de garantía del acusado, toda infracción de las normas relativas a la obtención y práctica de la prueba debe estimarse ilícita, por cuanto implicaría una vulneración del derecho a un debido proceso.

Entre los que sostienen un criterio restrictivo de la noción de prueba ilícita, al que nos adscribimos, MINVIELLE afirma que únicamente podemos hablar de prueba ilícita toda vez que comparezca un medio de prueba obtenido, fuera del proceso, en violación de derechos constitucionales, principalmente los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad. PICOL JUNOY y GONZALES MONTES limitan el concepto de prueba ilícita a aquella adquirida o realizada con infracción de derechos fundamentales, ARMIJO agrega que deben implicar un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso.

Asumiendo el criterio restrictivo, PARRA señala que prueba ilícita es la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr, la fuente de prueba o el medio de prueba. En el mismo sentido, PELLEGRINI apunta que se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida infringiendo normas de naturaleza material y principalmente constitucionales.

Los límites al derecho a la prueba tienen que suponer una infracción del mismo nivel. Desde esta perspectiva existe, en un segundo nivel, la noción de prueba irregular o ilegal, que es aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica, y como tal tienen como efecto la nulidad de actuaciones, no así la prueba prohibida, que genera una prohibición de valoración del resultado probatorio.

PEREZ DELVALLE , define que la prueba ilícita «implica una defensa de la posición del sujeto mediante una protección real de sus intereses básicos ante la posibilidad de decisiones de preferencia arbitraria a favor del interés del Estado.

Y sitúa al órgano judicial ante un juicio de corrección jurídica que, en vez de adentrarse por el terreno de la búsqueda de la «verdad», trata de restringir la fuente de conocimiento del Tribunal en beneficio de la posición del imputado, ya que la prueba ilícita no sería más que «una restricción de las fuentes de conocimiento del Tribunal» a fin de que

éste pudiera administrar justicia conforme a los diferentes valores básicos, sin preferencias arbitrarias entre ellos.

En esta posición, se defiende, por tanto, un control que compruebe la corrección de la fundamentación jurídica en que se basa la decisión judicial, la cual ha de tener en cuenta los valores del proceso como exigencia del bien común sin preferencias arbitrarias que pudieran pretender la obtención de la «verdad material» a ultranza.

MARTÍN SANCHEZ, define por el reequilibrio de la cuestión del lado de los intereses de la sociedad y de la víctima ante «la incorrecta interpretación y valoración de los derechos fundamentales en conflicto, que ha de realizarse, no en abstracto, sino en función de cada caso concreto».

En particular, se alza contra las consecuencias de la doctrina vigente ya que «con la no utilización de la prueba ilícitamente obtenida se sanciona no a quien violó el derecho fundamental, sino a la víctima o a la sociedad en general, que contemplan estupefactas cómo se «premia» al delincuente, absolviéndolo y, en cambio, al menos en cierta medida se les sanciona a ellas. Y estima que podría sancionarse a quien actúa mal, para limitar abusos, «pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe, pues de esta manera se extralimita la protección del derecho fundamental del posible autor (De Urbano castillo & Torres Morato, 2010, p.72).

Por su parte, San Martín Castro (2003) se adscribe a un criterio restrictivo cuando estipula que para que pueda hablarse de prohibición probatoria, la actividad probatoria (obtención de

la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental (p.64).

Agrega dicho autor, aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles mediante su lesión de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y el secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática. En tanto que tratándose de derechos fundamentales de naturaleza procesal (Art. 39°), en principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional.

El nuevo Código Procesal Penal asume un concepto estricto de prueba ilícita cuando señala en el artículo VIII.2 del Título Preliminar: "Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

Y, al prescribir el artículo 159°: "El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

Por otro lado, la prueba es ilegal o irregular toda vez que su obtención configure violación de normas legales o principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida.

Bajo la denominación de prueba irregular se incluirían las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como también los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, pero sin que a raíz de tales infracciones se haya afectado un derecho fundamental

2.2. Posturas sobre la admisión de la prueba ilícita

A criterio de Talavera Elguera (2009), citando a BARBOSA MOREIRA existen dos opiniones radicales sobre las pruebas obtenidas, mediante infracción a una norma jurídica (p.151).

Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la Justicia por el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponda al infractor;

Para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella se derive un provecho para quien no haya respetado el

precepto legal. Por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida.

Entre estos extremos se han propuesto soluciones más matizadas. Piensan muchos que la complejidad del problema repele el empleo de fórmulas apriorísticas y sugiere posiciones flexibles. Sería más prudente conceder al juez la libertad de evaluar la situación en sus varios aspectos, habida cuenta de la gravedad del caso, de la índole de la relación jurídica contravertida, de la dificultad para el litigante de demostrar la veracidad de sus alegaciones mediante procedimientos perfectamente ortodoxos, el juzgador decidiría cuál de los intereses en conflicto debe ser sacrificado. Y en qué medida.

2.3. Posturas a favor de la admisibilidad de la prueba ilícita

El juez norteamericano Cardozo, en el caso *Defoe vs. United States* de 1926, consideraba que la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado (Talavera Elguera, 2009, p. 151-152).

En ese sentido, agrega dicho autor, que la prueba ilícitamente obtenida debe admitirse en el proceso, y ser eficaz pudiendo por tanto ser objeto de apreciación por el juez, sin perjuicio de que castigue a las personas que obtuvieron de esa forma la prueba. Debe predominar el interés de descubrir la verdad y a los delincuentes.

2.4. Posturas contra la admisibilidad y valoración de la Prueba Ilícita

La prueba ilícita no es admisible. Debe ser excluida (exclusionary rules). Existe el lujo que el Estado no puede darse, como sería el hecho de violar los derechos constitucionales de las personas, que por definición debe proteger. En 1928, en un voto particular, el juez norteamericano Holmes señaló que era necesario elegir y preferir que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes de que el gobierno desempeñe un papel indigno.

Tampoco se puede cobijar bajo el manto de la impunidad la Violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido.

Es una consecuencia que el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida desalentara quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importantísimo paso para la consecución del Estado de Derecho. Y no debe olvidarse que la policía está sometida a directivas y presiones gubernamentales dirigidas a la consecución de una mejor estadística de casos resueltos. Además, la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida produce una ausencia de control sobre la policía y ello, a nuestro modo de ver, no redundaría en beneficios sociales (Talavera Elguera, 2009, p.152).

2.5. Posturas intermedias sobre la prueba ilícita

2.5.1. Teoría de la ponderación de intereses en conflicto:

Talavera Elguera (2009) citando a PASTOR BORGONÓN, estima que el interés público por la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se

integra el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en el ordenamiento en tanto derechos fundamentales (p.152). En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones que puedan proceder contra la persona responsable de ello.

2.5.2. Teoría del ámbito jurídico (Rechts kreis theorie):

Se trata de una teoría desarrollada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), conforme a la cual en aquellos caso en los que se transgredió la prohibición de practicar la prueba, la utilización (mediante su valoración o apreciación) de la prueba así obtenida depende de “ si la lesión afecta esencialmente el ámbito jurídico del reclamante o si para él es secundaria o de poca significación”

La teoría obliga a realizar un examen pormenorizado, caso por caso, teniendo en cuenta la formulación general y las soluciones que la jurisprudencia proporciona en los distintos supuestos contemplados: filmaciones clandestinas y otros (Talavera Elguera, 2009, p.149-152.).

3. Valoración de la Prueba

3.1. Concepto

A decir de Rosas Yataco (2016), la valoración o apreciación de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en el proceso penal. Mediante la misma se trata de determinar la eficacia o influencia que los

datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador (p.113-128).

Así también, agrega dicho autor, en verdad la valoración de la prueba es la segunda fase de la llamada prueba judicial o jurisdiccional, sigue a la práctica de las pruebas, la valoración sigue a la práctica de las pruebas que radica en la obtención de información a partir de ellas, la valoración de la prueba consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase, la práctica, que se corresponde con el denominado "razonamiento probatorio", realización de la inferencia que permite pasar de las premisas propias de la primera fase a la conclusión, eso en buena cuenta es valoración.

La valoración de la prueba puede definirse como la operación intelectual, que realiza el juzgador para determinar si se considera probado el dato generalmente, el hecho que se intentó probar; sin embargo, de la actividad de valoración de la prueba hay que distinguir una operación intelectual que es previa a la valoración, la interpretación del resultado de la práctica del medio de prueba, con la antelación lógica a juzgar sobre el valor legal o la credibilidad de los resultados del medio de prueba, el juzgador ha de formarse un juicio sobre el contenido del aporte informativo de cada medio de prueba, antes de valorar, tengo que saber que valoro y tengo que interpretar adecuadamente el ámbito de información que me proporciona un determinado medio de prueba, darle un sentido propio, no desnaturalizarlo, etc., porque si se desnaturaliza se incurre en un factor que implica una sentencia arbitraria, susceptible de ir en casación y anularla, eso ya está dicho por la casación nacional sobre el particular, entonces, hay que estar al tanto de este entendido.

La prueba, ya todos lo han dicho, se aprecia según el criterio racional conforme a la libre convicción, la sana crítica racional al que hace mención, creo yo, el Artículo 158 del Código Procesal Penal, significa que la valoración la realiza el juez, no por reglas apriorísticas sino advirtiendo la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del cual se ha desprendido la convicción judicial. Estas reglas de la sana crítica no hacen sino aportar criterio de solidez de la inferencia probatoria en cuya concreción puede ayudar las pautas de razonabilidad epistemológica, ofrecidas por la filosofía de la ciencia, que aportan reglas o criterios acerca de las razones de la inferencia probatoria, de las máximas de experiencia y presunciones y de la hipótesis de un caso concreto; ello conlleva pues a la obligación de razonar el resultado probatorio en la denominada declaración de hechos probados.

En suma, la valoración es una operación intelectual que realiza el juzgador con la finalidad de establecer la eficacia conviccional que se infiere de los medios de pruebas.

Si el derecho a probar tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por los sujetos procesales, este resultaría ilusorio si el juez no apreciara razonadamente todos los medios probatorios actuados en el proceso con el fin de sustentar su decisión. De modo que uno de los derechos de todo sujeto procesal es que los medios actuados sean debidamente valorados por el juzgador, ya que de lo contrario se le estaría quitando toda su virtualidad y eficacia.

Para el maestro Mixán Máss, la valoración de la prueba en el acto procesal mediante el cual se determina cualitativamente el significado de los medios de prueba y el poder de presunción racional de los mismos para resolver correctamente el caso.

En la sentencia al caso Fujimori (Exp. N° 10-2001/Acumulado N° 45-2003-A.V., sentencia del siete de abril de dos mil nueve se señala que "desde la perspectiva de la libre valoración de a prueba, como precisa Gimeno Sendra, se necesita que esta se realice con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica, lo que conlleva la obligación, máxime si se trata de la denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados. En consecuencia, no es de aceptar, desde la racionalidad del proceso valorativo, que el juez se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos; el razonamiento de la sentencia o puede ser, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente erróneo.

3.2. Sistema de valoración de la prueba

Este tema de la valoración de la prueba es, sin duda alguna, más importante de la etapa de la actividad probatoria, ya que no solo se trata de culminante y decisiva, sino que significa un proceso intelectual y racional que el juez debe evaluar y examinar, teniendo en cuenta una serie de situaciones, que no solo va desde los jurídico, sino entra la lógica, el sentido común y sobre do, las máximas de la experiencia. Lógicamente, para realizar te análisis, el juez tiene que haber presenciado e intervenido el juzgamiento, esto es que a través del principio de la inmediación, contradicción y oralidad tenga una apreciación de la actuación

probatoria y el valor que le va a otorgar a cada uno y luego conjuntamente (Rosas Yataco, 2016, p. 115-118).

Veamos pues, cómo se ha ido desarrollando un tema tan controvertido y delicado, porque en la actividad probatoria puede haberse cumplido con todas las etapas desde su incorporación hasta su actuación, y el respeto a los principios probatorios pero llegado al punto determinante, fracasa la valoración de la prueba que el juzgador pudiera hacer y deslucen todo un proceso que pudo ser el mejor caso resuelto y con justicia.

Francois Gorphe, citando al sociólogo Enrico Ferri y a su escuela positivista, distingue cinco fases en la evolución del sistema probatorio y en la del sistema penal:

a) La fase étnica, la de las sociedades primitivas, en la cual las pruebas quedaban abandonadas al empirismo de las impresiones personales, y cuya forma típica de procedimiento estaba constituida por el delito flagrante.

b) La fase religiosa, que mejor se denominaría mística, en que se invocaba el juicio de Dios o de los dioses y se utilizaban las ordalías, probanzas diversas que en cierto modo, las peritaciones divinas legales del pasado.

c) La fase legal, en la cual la ley no solo fija los medios de prueba, sino además el grado de fuerza de cada uno; y en la cual se considera la confesión como reina de las pruebas, de manera que se hacen esfuerzos para obtenerla a toda costa, aun por la tortura o quæstio.

d) La fase sentimental, aquí por el contrario, el juez aprecia libremente las pruebas, de acuerdo tan solo con su convicción íntima; se trata del sistema actual, instituido en función del jurado.

e) Fase científica, la del porvenir, cuya prueba por excelencia la proporciona la labor pericial y que no pretende tan solo establecer los hechos delictivos, sino explicarlos asimismo, de modo metódico, mediante resultados experimentales.

En una concepción racional de justicia, y especialmente de las pruebas, el convencimiento que implica la decisión debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento objetivo, comunicable y controlable. De esa manera, la verdad judicial, desprendida de la jurisprudencia, puede aspirar positivamente a un carácter impersonal que se imponga a todos, no solo sobre las cuestiones de derecho, sino también sobre las de hecho, en la medida en que las circunstancias de los casos particulares resulten semejantes.

El mismo Gorphe señala que el método para examinar las pruebas, para ser a un tiempo sólido y útil, debe reunir el doble carácter de científico y práctico. Se trata de perfeccionar un arte, el arte probatorio, sobre conclusiones científicas, constitutivas de esta "ciencia de la prueba pericial": todavía en formación:

a) El método de examen debe basarse sobre los principios esenciales de la prueba, que representan el curso natural del espíritu humano para apreciar los hechos y elementos probatorios y el intento racional de descubrir la verdad en los procesos, con independencia

de las reglas de forma (especialmente sobre la admisión y presentación de pruebas), más o menos variables y artificiosas.

b) Este método no se propone proporcionar procedimientos ya preparados, ni una técnica precisa y completa, sino únicamente las directrices racionales y adecuadas para determinar el valor de las pruebas o elementos de prueba (pruebas completas o incompletas) producidos, guiar la prudencia de los jueces y desarrollar su perspicacia profesional en la investigación y descubrimiento de la verdad judicial (la que en cada proceso se inquiera).

Rubén A. Chaía conceptúa a la valoración de la prueba como una práctica de corte intelectual que tiene por objeto establecer la eficacia o valor intelectual que tiene por objeto establecer la eficacia o valor convictivo que le serán asignados a los elementos de prueba incorporados al proceso. En todo momento las pruebas son evaluadas, las valora el fiscal y la querrela al momento de requerir la elevación de la causa a juicio y también al tiempo de acusar; el defensor al oponerse al juicio y al pedir la absolución de su ahijado, el juez al decidir la situación de mérito como también cuando resuelve elevar una causa a juicio, y allí precisamente es el tribunal el que hará la valoración final.

Del mismo modo Cafferata Nores enseña que la valoración es la operación intelectual argumentativa destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos (o sea, qué "prueba" la prueba). Tiende a determinar cuál es su verdadera utilidad a los fines de la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso; en otras palabras, cuál es el grado de conocimiento que puede aportar sobre la acusación. Coincidiendo este autor con el primero mencionado, dice que si bien esta

es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales (y que se exterioriza en la motivación de las distintas resoluciones dictadas durante el proceso), también corresponde a las partes civiles, al querellante, al ministerio fiscal y al defensor del imputado.

Veamos con el mismo Cafferata Nores cuando indica que casi es unánime la doctrina en este planteamiento tres son los principales sistemas de valoración de la prueba: prueba legal, íntima convicción y sana crítica. Aunque algunos autores como Rodríguez Serpa", agrega un cuarto sistema de valoración de la prueba denominada "la tarifa científica", definiéndolo como un sistema de valoración probatoria relativamente nueva, no obstante, ha estado silenciosamente oculto bajo el medio de conocimiento de la prueba pericial, la cual con los avances de la ciencia y de las tecnologías le llevan certeza sobre los hechos históricos al juez. Frente a este sistema, es necesario establecer dos consideraciones: La primera, es si este sistema es autónomo e independiente o necesariamente está ligado al sistema de la sana crítica y segundo si se afirma que está vinculado a la sana crítica, como justificar ese vínculo cuando el margen de valoración dejado al juez por la prueba pericial es casi inexistente ante el grado de verosimilitud de este medio de prueba. Por tal razón, no es gratuita tal denominación, pues la actuación del perito sobre el fenómeno, desde el horizonte científico y tecnológico excluye cognitivamente al juez del margen de valoración; por ello, resulta retórico afirmar que el juez valora un hecho a partir de una prueba pericial. Sin embargo, a lo anterior se plantean dos antítesis:

1) Ante el peligro del cientificismo es noble preservar la idea de duda razonable, para no caer en el autoritarismo científico; y

2) Aún en la tarifa científica el juez conserva un amplio margen de valoración racional de la prueba, a través de la construcción de indicios.

Si bien todo esto nos invita a un debate más profundo sobre la tarifa científica, queda claro que este sistema, de acuerdo a Alejo Cañón, "tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen.

3.2.1. Prueba Legal

Conocido también como tarifa legal, donde es la ley procesal la que prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

También denominada "sistema de la prueba tasada": se caracteriza porque el "legislador le señala a cada medio probatorio el grado de convicción; dice qué medio es plena prueba y cuál no lo es": Lo importante de este sistema es que el juez no forma su convencimiento, sino que le es impuesto por la ley. La labor del juez es únicamente mecánica en este sistema, pues solo debe comparar el medio de prueba con el valor que el legislador le ha dado a ese medio; y a pesar de que considere que un hecho existe, si no corresponde a lo establecido por el legislador, no puede darlo por existente. En palabras de Cuello Iriarte, es aquel sistema en que "la convicción del juez no se forma espontáneamente por la apreciación de las

diligencias probatorias practicadas en el proceso sino que su eficacia depende de la estimación que la ley hace previamente a cada uno de los medios que integran el Derecho Probatorio. En el, la prueba tiene un valor inalterable y constante independiente del criterio del juez': Además, usando "este sistema, el juez podría resultar aceptando como cierto lo que no creería como hombre.

Al respecto Bustamante Alarcón, explica que se trataba de un sistema que en la operación intelectual del juez y la razón eran dejados de lado en aras de salvaguardar una imparcialidad y una seguridad jurídica mal entendidas. Pero como la realidad supera muchas veces el derecho, este sistema produjo un divorcio entre la justicia y la sentencia, pues al mecanizar la actuación del juez, impidiéndole formarse un criterio personal, muchas veces se declaraba como verdad una simple apariencia formal, lo que daba lugar a decisiones absolutamente irracionales.

En suma, este sistema propio de los pueblos germánicos y del proceso de tipo inquisitivo, soslayaba la posibilidad de operación intelectual del juez, mecanizándolo en tan importante función, pues todo cae por su propio peso, al proscribirse este sistema.

Coincidimos y concluimos con Santiago Sentís Melendo que la denominada prueba legal no es tal prueba porque, además de su carencia de libertad, en todos los aspectos procesales de ella, no constituye una verificación que conduzca a un resultado sino que constituye la imposición directa de ese resultado al juez cualquiera que sea su convicción, con la imposibilidad, no solo de apartarse de él, sino de seguir otros itinerarios que los

señalados por el legislador para caminar hacia él. Para concretar nuestro pensamiento nos basta con afirmar, como hemos dicho en reiterados estudios, que la prueba legal no es prueba y que, a lo más constituye un sucedáneo de prueba (Rosas Yataco, 2016, p.119-121).

3.2.2. Íntima Convicción

La íntima o libre convicción es "el sistema que consagra la libertad absoluta del juez para formar su convencimiento a través de los diferentes medios de prueba; para, por un juicio, adquirir su certeza de acuerdo con la impresión que un medio de prueba le produzca". De acuerdo con este sistema no existen reglas que determinen previamente el valor de cada prueba, por lo que, el juez aprecia y analiza en conciencia y según la impresión que le cause, determina si es o no plena prueba.

En este sistema, no se implanta regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender. Otra característica de este sistema, es la no obligación del juez de fundamentar su decisión judicial, de modo que esto conduciría irre mediamente a la arbitrariedad y, por lo mismo, a la injusticia.

Este sistema acompaña al enjuiciamiento acusatorio puro, con sus tribunales populares o, modernamente, con el jurado clásico; la definición legal de la ley francesa de 1791, inmediatamente posterior a la revolución, que introdujo el jurado, es la mejor caracterización posible: "la ley no pide una explicación su convicción; ella no le prescribe ninguna regla a la cual ellos deben ajustar particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige preguntarse a ellos mismos en silencio y recogimiento, y buscar,

en la sinceridad de sus conciencias, que impresión han hecho sobre su razón las pruebas apostadas contra el acusado y los medios de defensa.

Con la concepción o denominación de prueba en conciencia, y a veces de íntima convicción. se quiere representar el polo opuesto en materia de apreciación de la prueba: la libertad absoluta; la falta de sujeción a normas en materia de apreciación. A veces se habla de libérrima convicción. Pero tanto la referencia a la conciencia como la referencia a la convicción no significan una novedad de nuestros códigos, y menos de los que regulan el procedimiento laboral. Sus orígenes hay que buscarlos en Francia, y de manera particular en la formación del Código de Instrucción Criminal que, como nos recuerda Baños, alude, en la advertencia contenida en el art. 342 a la "sinceridad de la conciencia": No es, en verdad, esta una frase muy feliz, ya que la conciencia o es sincera o no es conciencia, pero en aquél precepto, o mejor en aquella admonición, se contiene todo un sistema procesal en orden a la prueba: "La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales se hayan convencido; no les prescribe reglas de las cuales deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba", y después el recuerdo de la sinceridad de su conciencia; en seguida la terminante interrogación: ¿tenéis una convicción íntima? Prueba en conciencia, convicción íntima, convicción libérrima; y, sobre todo, la no rendición de cuentas; no rendirlas a la ley, pero sí a su conciencia, a la que se le exige sinceridad (Rosas Yataco, 2016, p.121-122).

3.2.3. Libre Convicción o Sana Crítica Racional

También denominada "la apreciación razonada de las pruebas" o "persuasión racional": Para este sistema "el juez es libre de formarse su convencimiento, pero tiene que dar razones que expliquen cómo o el porqué de su convicción sobre la masa de pruebas o determinado medio de prueba": "En la sana crítica, interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera que el magistrado puede analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no sea lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas".

A decir de Rubén A. Chaía estos sistemas no han sido tratados por la doctrina de manera uniforme. Si bien ambos representan una forma de valoración que niega ataduras a pruebas legales y dejan margen para que el juez decida de acuerdo a las pruebas, incluso contra ellas, para algunos autores se trata de dos sistemas distintos, o bien complementarios. Nos adherimos a esta última postura: se parte de la posibilidad de echar mano a la sana crítica racional del juez y a partir de allí, por medio de criterios selectivos de libre convicción, el magistrado debe formar su línea de argumentos, los que oportunamente deberá exponer bajo premisas de razonabilidad. Esta forma de resolver conflictos es la que mejor se adapta a nuestra historia procesal e idiosincrasia jurisdiccional. En efecto, se traten juntos, como complemento o por separado, estos sistemas son los que otorgan más garantías contra la arbitrariedad judicial, pues permiten con mayor amplitud, verificar los fundamentos utilizados en la 'sentencia, otorgándole la posibilidad de impugnarlos o rebatirlos, lo que

los ha llevado a contar con una gran adhesión tanto en la doctrina como en la legislación procesal.

Cafferata Nores dice que este sistema, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en que se apoye. Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La libre convicción, por otro lado, exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica (exigencia externa).

Manuel Jaen Vallejo, explicandonos sobre la valoración de la prueba en España, señala que la libre valoración, apoyado en España en el Artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal, a diferencia del sistema anterior, el juez es libre para obtener su convencimiento,

porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba; puede convencerse por lo que diga un único testigo, frente a los que digan varios.

Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa, como lo ha entendido el Tribunal Supremo español durante mucho tiempo, que el Tribunal tenga una facultad "libérrima y omnímoda: sin limitaciones, con total irrevisabilidad de la convicción del órgano a quo respecto de los hechos probados. El principio de libre valoración de la prueba significa que el juez debe apreciar las percepciones durante el juicio "según las reglas del criterio racional": es decir, según las reglas de la lógica y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia. Agrega que un correcto entendimiento del principio de libre convicción exige distinguir dos momentos diferentes en el acto de valoración de la prueba: a) el que depende de la inmediación, de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones testimoniales, de los peritos y de los acusados; y, b) el momento en que hay que darle el necesario soporte racional al juicio que se realice sobre dicha prueba (Rosas Yataco, 2016, p.122-128).

De otro lado, según (Barrientos Corrales, s.f, p.12-14), tres sistemas han consagrado la teoría general de la prueba, para la valoración de las mismas:

1.- El sistema de libre apreciación de la prueba.

En este sistema existe determinada o cierta desconfianza a las normas apriori que fijan el valor a cada medio de prueba y se sustituye con la fe o confianza que se tiene a la autoridad judicial; este sistema se conoció desde la época romana.

2.- El sistema de la prueba legal o tasada.

Este sistema fue introducido en el derecho canónico, como un freno, un obstáculo, a los ilimitados poderes que tenía el juez, que ejercía absoluto dominio sobre el acusado y que frecuentemente se traducían en arbitrariedades.

3.-El sistema de prueba mixta.

En éste sistema se suprime el poder absolutista del Juez, ya que no son los jueces los que según el dictado de su conciencia debe juzgar el hecho determinado, sino que sus fallos han de ajustarse a la pauta de la norma jurídica; ya no es solo su convicción la que prevalece, sino que sus resoluciones deben dictarse apreciando la prueba de acuerdo con las normas procesales.

Por tanto, el sistema de la prueba tasada es aquel que consistía en el establecimiento de ciertas reglas a que de manera rígida asignaba un determinado resultado a los medios de prueba en sentido formal que se utilizaban en el proceso, y que no se dirigían a formar el conocimiento del juzgador sino a la obtención de un resultado absoluto, en un principio y más tarde sustituido por normas que obligaban al juzgador a formar un criterio según el contenido de éstas.

Este régimen puede lograrse de dos modos que se denominan por la doctrina (Rosas Yataco, 2016, p.131):

1. Teoría Positiva de la Prueba

Es en la que se vincula al juzgador tener como probado un hecho, siempre que ciertas pruebas produjeran un determinado resultado.

2. Teoría Negativa de la Prueba.

Es la que hace depender de la condena del imputado de un mínimo de requisitos del resultado de las pruebas o de algún particular.

El sistema mixto surge de la reunión de los sistemas anteriores, el cual por mucho tiempo se ha aplicado a los tribunales, existiendo en la actualidad la tendencia de transformar moldes probatorios por un sistema relacionado con la evolución jurídica del mundo, pues el procedimiento moderno en materia de pruebas deja a el Juez en libertad para admitir como tales aquellos elementos probatorios que no estén expresamente clasificados en la ley, siempre que a su juicio puedan constituirlos, pero en su valoración debe expresarse los fundamentos que tuvieron en consideración para admitirlos o para rechazarlos.

Así de acuerdo con el ofrecimiento de las pruebas y al origen de la misma, existen las llamadas pruebas validas e ilícitas.

3.3. Valoración de la prueba en el Código Procesal Penal

Veamos algunos artículos del NCPP referidos a la valoración de la prueba:

Artículo VIII. Legitimidad de la prueba:

Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

Artículo 158. Valoración:

1. En la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.
2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

Artículo 160. Valor de prueba de la confesión:

1. La confesión, para ser tal debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado.
2. Solo tendrá valor probatorio cuando:
 - a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;
 - b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; y,
 - c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado.

Artículo 162. Capacidad para rendir testimonio:

Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la ley.

Si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el juez.

Artículo 393. Normas para la deliberación y votación:

El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.

El juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjunta mente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

Artículo 394. Requisitos de la sentencia:

La sentencia contendrá:

1. La mención del juzgado penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado;
2. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado;
3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o impro badas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique;

Artículo 425. Sentencia de Segunda Instancia:

1. Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el Artículo 393. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.
2. La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Como se puede apreciar, se habla de una valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica. Parece ser esta la posición del NCPP. Pero, ¿qué será la sana crítica, además de una expresión idiomática? Nadie nos lo ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina. Se identifica algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces en la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia; rectitud y sabiduría de los jueces; debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean",

En sentido amplio y partiendo de las acepciones que nos da el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, aplicándolas al interés de la unidad conceptual de sana crítica, aplicado al proceso de enjuiciamiento ya sea civil o penal, en tendemos que la sana crítica es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni

error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso. Si bien los procesos de enjuiciamientos civil y penal son ciencia en base a la cual se juzga la conducta de hombres y mujeres que infringen las reglas de convivencia social; los procesos de enjuiciamiento civil y penal, entendidos como la ciencia que en efecto son, se explica en el conjunto de normas reguladoras de las fases y momentos procesales, dentro de los cuales, también, se manifiesta la determinación de decisiones sobre la situación jurídica de las personas y los bienes, y la responsabilidad o culpabilidad del procesado (Juicio, propiamente), y todo ello en base al análisis de la prueba.

No obstante, ello no impide entender que juzgar, con base al sistema de la "sana crítica" es, también, un arte, por cuanto que debemos partir del entendimiento que, igualmente, el hombre o la mujer que juzga debe tener la virtud o disposición de valerse del conjunto de principio, preceptos y reglas necesarias para juzgar bien; porque al tratarse de una actividad humana que tiene como propósito hacer el bien o por lo menos lo correcto, debe tener, también, una finalidad ética: por lo que debemos atender a las virtudes y no a las desvirtudes; a la disposición para hacer el bien o por lo menos lo correcto y no a la predisposición para hacer el mal lo incorrecto. Es por ello que el juzgar, además, de atender a la ciencia del proceso penal debe entenderse, también, como un arte; porque solo bajo esta concepción se puede entender que para juzgar bien se debe atender a la bondad y a la verdad de lo: hechos, sin vicio ni error.

En efecto, es un error entonces entender que el sistema de la sana crítica o libre convicciones, tal como está establecido en nuestro país, otorga al sentenciante una amplia libertad en la apreciación de la prueba que sola se encuentra sujeta a la lógica y la razón. Menos aún es posible pensar que esa lógica y razón son las propias del sentenciante. Pretendemos demostrar concretamente, que en primer lugar, la lógica y la razón como límite no es poco, es más, diremos que es un sistema muy exigente, pues la decisión del juzgador debe estar sustentada en las reglas de la lógica y el razonamiento humanos, pero no en se propia lógica y razonamiento, sino en las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que deben apoyarse. En segundo lugar, pretendemos demostrar que lo dicho no es la única limitación, sino que existen otras que surgen de la ley, inspiradas justamente en las garantías constitucionales, y que conforme al principio de la dinámica del derecho han tomado más relevancia (Rosas Yataco, 2016, p.129-132).

3.4. Correcta Valoración de la Prueba

En el contexto general 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 (Barrientos Corrales, s.f, p.1-2).

Así entonces desde todos los tiempos la prueba tiene una gran importancia en la vida jurídica tal como nos lo hace saber la doctrina, así Davis Echandia sostenía que: “No se concebía una administración de justicia sin el soporte de una prueba”.

Entonces, sin la prueba el Juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocésal. Y, por ello la forma mediata de comprobar que la persona a la cual se le causa de haber cometido un hecho punible, es culpable o es inocente; tratándose de Derecho Penal, solamente se puede llegar a esta conclusión agotando todos los medios de la prueba legales. Facultad que la misma ley ha concedido tanto al Estado representado por el Ministerio Público y el Juez así como al acusado y a su defensa.

Porque en el procedimiento penal por ser el instrumento de la definición de las relaciones de orden público, el Tribunal debe procurar llegar al conocimiento de la verdad efectiva analizando escrupulosamente el material probatorio, en su doble aspecto de cargo y de descargo.

Consecuentemente, tenemos que como lo dice García Falconí, la prueba –de cargo y descargo- no habla por sí sola, está llena de detalles, de inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos caracteres para valorarlas y para fundamentar la

sentencia a dictarse, y que por ello la prueba debe ser necesaria, legal, oportuna, libre, controvertida y practicada en la etapa del juicio.

Entonces dada la importancia de los medios de prueba en el proceso penal, resulta necesario que el Juzgador realice una correcta valoración de los medios de prueba para arribar a la verdad histórica de los hechos y con base a ello sentenciar al acusado.

Por su parte la prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, es contraria a la forma establecida en la norma o va contra principios y garantías protegidos por el derecho positivo, que recoge además la protección contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lo que significa que la prueba es ilícita por su origen, ya que es obtenida medios ilícitos.

La prueba ilícita tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido o ilícito, que es aquel que proporciona elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho o la responsabilidad de un sujeto, pero que el ordenamiento jurídico lo prohíbe utilizar, por ser contrario a sus principios y garantías; es decir son pruebas obtenidas o utilizadas en contra de lo que señala la ley y su consecuencia directa es la inadmisibilidad, sin importar de qué tipo de prueba se trate. Siendo que las pruebas ilícitas pueden ser detectadas desde la etapa de investigación preparatoria o bien cuando el Juzgador se dispone a dictar Sentencia.

Siendo así, el procedimiento moderno en materia de pruebas deja al Juez en libertad para admitir como tales aquellos elementos probatorios que no estén expresamente clasificados

en la ley, siempre que a su juicio puedan constituirlos, pero en su valoración debe expresarse los fundamentos que tuvieron en consideración para admitirlos o para rechazarlos. Así de acuerdo con el ofrecimiento de las pruebas y al origen de la misma, existen las llamadas pruebas validas e ilícitas.

Ahora bien de acuerdo a la concepción de las pruebas ilícitas surge la necesidad de establecer cuáles deben ser su efecto dentro del proceso: Desde luego que, toda prueba que sea ilegal desde su origen no tendrá validez alguna, es nula e inadmisibile como medio para sustentar la acusación que se vierta sobre el sujeto activo del proceso.

Por lo que el Juzgador, desde mi opinión, al detectar que dentro del proceso existe una prueba ilícita debe considerarla nula de manera directa y abstenerse incluso a analizarla para argumentar en su caso si es legal o no, ya que ello puede influenciar su ánimo al momento de resolver en definitiva.

Ya dentro si pretendemos que prevalezca un sistema democrático, la base de cualquier declaración ya no puede sustentarse en maltrato físico o psicológico o con la utilización de medios ilegales para allegarse pruebas al proceso. Porque no podemos separar la consecuencia ilícita de una prueba ilícita.

Si bien es cierto, al negarle a las pruebas obtenidas con medios ilícitos valor alguno, habrá un sin número de casos que van a quedar impunes por no existir prueba legal que los sustente, pero justamente esto será la consecuencia no deseada que se actualice en un sistema

democrático y respetuoso a las garantías del gobernado que a la larga beneficiara a la mayoría de la sociedad al avalar una correcta valoración de los medios de prueba que se encuentren un proceso y sobre todo al del carácter penal.

En síntesis (Barrientos Corrales, s.f, p.12-14), la valoración de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental, de gran importancia en todo proceso y, más aún en el proceso penal, puesto que de ella depende que el tribunal llegue o no a una certeza; es decir va a determinar el carácter absolutorio o condenatorio de la sentencia para el acusado.

Porque, precisamente al momento de la valoración de las pruebas el Juez no solo pone al servicio del Estado su intelecto y raciocinio, sino incluso su honestidad como persona.

Entonces, 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, porque 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.

Estableciendo que debe considerarse como pruebas y los tipos de objetivos que con ellas se pretenden.

De ahí entonces que al valorar los medios de convicción debe analizarse el sistema que se sigue, el cual puede ser libre, tasado o mixto.

Podemos decir que en el sistema libre apreciación de la prueba el Juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación; no es la ley quien fija el valor de la prueba, es el juzgador.

Mientras que en el sistema de la prueba tasada, la ley fija de manera determinada el valor de la prueba; con lo que se pretende evitar arbitrariedades por parte del Juzgador.

Y, en el sistema mixto se predetermina el valor de unas pruebas y en otras se deja al órgano jurisdiccional libertad de valorar.

Así entonces, 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.

Y, existe la posibilidad que al considerar nula una prueba ilícita no se puede sustentar alguna acusación, lo que ocasionara hechos impunes pero como se dijo es un riesgo que debe de tomarse al pretender garantizar un estado de derecho.

3.5. Contenido de la valoración de la prueba

Valorar la prueba supone percibir los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Puede extrañar esta definición, que se refiere únicamente a la “percepción” de esos resultados, porque puede echarse de menos el “análisis” que encierra toda actividad valorativa.

Sin embargo, lo anterior se comprende mucho mejor si se capta que para percibir es necesario haber interpretado al mismo tiempo. Es decir, aquello que no se interpreta, simplemente no se ve, es decir, pasa desapercibido. En cambio, aquello que ha sido objeto de percepción se sabe lo que es, justamente porque se ha interpretado e identificado. Por tanto, con la valoración de la prueba lo único que es necesario es que el Juez perciba los resultados que arroje cada medio de prueba. Si es capaz de hacerlo, habrá entendido lo que implicaba la práctica de dichos medios y estará en condiciones de dictar sentencia (Nieva Fenoll, 2012, p.6-7).

3.5.1. Enfoques para estudiar la valoración de la prueba

La actividad valorativa se ha intentado explicar por la Ciencia desde cinco diferentes puntos de vista. En primer lugar, se trató de darle a la valoración de la prueba un contenido jurídico describiendo los sistemas de prueba legal y prueba libre. Pero ese análisis no explica

la esencia de la actividad, sino que solamente constata la existencia de esos sistemas en las leyes, sin ir más allá.

Por ello la doctrina intentó un enfoque epistemológico o gnoseológico que ha tenido bastante éxito entre los autores, aunque no realmente entre la judicatura. Consiste, fundamentalmente, en describir los tipos de hechos que existen y cómo procede el juez, desde la lógica, a su averiguación.

Existen muy diferentes tendencias en esta materia, pero finalmente de lo que se trata es de establecer una especie de probabilidad epistemológica de que un hecho haya sucedido. En realidad, se utilizan diferentes variantes del antiguo sistema silogístico, analizando la elección de las premisas y la regularidad en la obtención de los resultados aplicando el método científico. Finalmente se concluye que sólo es “probable” aquello que sea “demostrable”, descartándose hipótesis alternativas de lo sucedido que sean refutables, pudiendo llegar a medirse numéricamente, por cada juez, la probabilidad que atribuye a cada hecho a la vista de las pruebas practicadas.

Este enfoque es utilísimo para la construcción de la motivación. Se obliga al Juez a exponer sus inferencias con claridad, de manera que si no puede exponer esa inferencia, sino que tiene que recurrir a una hipótesis no demostrada para dar por probado un hecho, su conclusión será errónea y, por tanto, será desterrada del razonamiento probatorio. Ello constituye una victoria clara para los litigantes, que pueden seguir el esquema lógico del juez y criticarlo en los recursos, pero también es una victoria de la razón sobre la intuición, porque

mientras la primera puede explicitarse, la segunda solamente con grandes dificultades puede reflejarse por escrito.

Sin embargo, la solución epistemológica es deficitaria en dos puntos principales. Siguiendo el método silogístico para mayor claridad en esta explicación, cabría decir que el enfoque epistemológico no explica suficientemente cómo se escogen, de entre todo el acervo probatorio del proceso, las premisas menores, es decir, los hechos a demostrar, dependiendo ello de la “experiencia” del juez, lo que supone acercarse peligrosamente a la intuición. Y en segundo lugar, tampoco se argumenta con precisión cómo se construyen las “premisas mayores”, es decir, las llamadas “máximas de experiencia”, lo cual supone que con demasiada frecuencia dichas máximas, en su imprecisión, dependen de lo mismo, nuevamente de la intuición.

Es por ello por lo que cabe intentar una aproximación psicológica a la mente judicial para resolver esos problemas. Y en dicha aproximación se descubre que el Juez, a la hora de escoger los hechos, obra inducido por el “modelo mental” que se haya formado a la hora de elucubrar cómo ha sucedido una historia. Un “modelo mental” no es más que una hipótesis que le parece plausible al juez en virtud de su propia experiencia. En caso de que no halle otros modelos mentales razonables para explicar la ocurrencia de esos mismos hechos, considerará, sin duda, la hipótesis como probada. Y desde luego, la hipótesis será juzgada como menos probable cuantos más modelos mentales alternativos aparezcan.

El peligro evidente de este modo de trabajar es que el juez se quede con el primer modelo mental que le venga a la mente, y no sea capaz de contemplar ninguno alternativo. O bien que un exceso de imaginación le lleve a concebir excesivos modelos mentales que parezcan plausibles pero que, en realidad, no lo sean. Pero el problema es que el esquema de los modelos mentales nos conduce de nuevo a la “experiencia” del juez, sin explicarnos cómo se genera la misma. Pero eso justamente es lo que consiguieron explicar TVERSKY y KAHNEMAN con sus trabajos sobre los llamados “heurísticos”, que aún sin tener una finalidad de Derecho probatorio, sino más bien económica, explican bastante bien cómo toman los seres humanos sus decisiones, también las que suponen formulación de hipótesis, como sucede en el razonamiento probatorio (Nieva Fenoll, 2012, p.8-9).

3.52. Aplicación de los saberes científicos precisos a la valoración de cada medio de prueba

La correcta valoración de la prueba pasa precisamente por la utilización de ese método científico hasta las últimas consecuencias, acercándonos, para ello, a las ciencias que estudian cada medio de prueba. De lo contrario, la actividad probatoria vendrá guiada simplemente por prejuicios, como digo, intuitivos, olvidando que existen ciencias que ofrecen todo un acervo extraordinario de conocimientos para que el juez tome sus conclusiones de la manera más satisfactoria.

En este sentido, en todas las pruebas que suponen una declaración de personas (partes, testigos o peritos), es de inevitable consulta la psicología del testimonio, que nos instruye acerca de los fallos de la memoria en los que incurre cualquier declarante en diferentes circunstancias. Pero además nos enseña que para valorar la credibilidad de una declaración,

es muy útil acudir principalmente a cuatro puntos: la coherencia del relato, la contextualización de la declaración, la existencia de corroboraciones periféricas y la aparición de detalles oportunistas en la declaración. Desde luego, una declaración resulta mucho más creíble si es coherente internamente y si, además, el declarante es capaz de describir con precisión el contexto en el que sucedieron los hechos, de manera que podamos acreditar que verdaderamente estuvo allí. Si, además, otros medios de prueba corroboran lo que dice el declarante y, por último, dicho declarante no desliza comentarios que no añaden información alguna, sino que solamente intentan condicionar psicológicamente al oyente sobre la veracidad de la declaración, sin duda esa declaración, en la mayoría de las ocasiones, va a merecer credibilidad.

Pero téngase muy en cuenta que no se puede tomar lo anterior al pie de la letra, sino que hay que adaptar el análisis de esos cuatro puntos a cada declarante. Por ejemplo, es muy frecuente que un perito haga comentarios oportunistas sobre la regularidad y brillantez de su trabajo, y no por ello resulta menos creíble. O es natural, por ejemplo, que la víctima de un delito tenga dificultades en su contextualización, porque estaba impresionada por los hechos delictivos que sucedieron en su propia persona. Sin embargo, ni siquiera lo anterior es siempre y sistemáticamente así, sino que hay que analizar cada caso concreto, con la asistencia de esas herramientas que van a poder ayudar al juez a convencerse de un hecho y, a posteriori, a motivar por qué cree que dicho hecho ha sucedido, siguiendo los criterios propuestos y excluyendo por completo la intuición. Y descartando, por fin, que la “inmediación” sea una especie de experiencia que permita al juez, en primer lugar, no equivocarse en sus percepciones y, en segundo lugar, desestimando que a través de

la misma desarrolle una especie de intuición infalible e inmotivable que no pueda ser revisada a través de los recursos. Al contrario, si el juez explica, con claridad, qué le ha llevado a entender creíble a un declarante siguiendo, al menos, las pautas propuestas, quedará expuesta claramente la fundamentación, o bien la inconsistencia de sus conclusiones. Lo contrario sólo hará del juez una especie de oráculo insondable que aleje a la Justicia de la racionalidad, practicándose impunemente la arbitrariedad y convirtiendo los juicios en algo, desde luego, mucho más evolucionado y racional que las ordalías, pero con idéntica perplejidad ante los resultados a los que se llegue, sobre todo por la inaceptable inexplicabilidad de lo concluido (Nieva Fenoll, 2012, p.12-18).

3.5.3. Requisitos imprescindibles para una adecuada valoración probatoria.

Algunas de las características que actualmente solemos atribuir a un juez, en primer lugar, es urgente e imprescindible mejorar la formación del juez en materia probatoria. El juzgador, antes de serlo, debe seguir un programa de aprendizaje en el que aprenda los hechos que más típicamente se va a encontrar en su labor cotidiana, para que sepa identificarlos rápidamente como indicios, lo que evitará que adquiera este conocimiento a través de una siempre desigual “experiencia”, que es lo que ocurre hoy en día.

Paralelamente debe ser formado en las técnicas de obtención de vestigios, sobre todo en el proceso penal, que se utilizan normalmente en los procesos, a fin de que los procedimientos de los distintos exámenes no le sean desconocidos. Entre esas técnicas es imprescindible que aprenda psicología del testimonio y semiótica textual, al menos a un nivel elemental. Por último, el juez debe ser instruido en los dictámenes periciales que

se practican más frecuentemente en los procesos. No se trata de que conozca en detalle la ciencia implicada en los mismos, sino de que tenga unas nociones mínimas de vocabulario especializado y de cómo funcionan los aspectos principales de cada dictamen.

Al mismo tiempo, es necesario enseñar al juez a motivar sus sentencias, siguiendo sobre todo las directrices de la epistemología, aunque también de la ciencia de la argumentación jurídica. Sólo de ese modo será capaz de realizar correctamente la exposición de resultados obtenidos de forma deductiva, no inductiva, durante la práctica de la prueba. No se trata solamente de que exponga ordenadamente su juicio, sino de que describa sus inferencias relacionándolas con cada medio de prueba, de manera que se conozcan con precisión los antecedentes de su juicio.

Pero además, el juez debe utilizar aprender también a recopilar la prueba, perdiendo el miedo a implicarse en esta actividad que, al fin y al cabo, está dirigida a él. Pero enseñándole a actuar con la más absoluta imparcialidad, es decir, trabajando para la averiguación de todos los hechos, y no solamente de algunos que inductivamente pudieran interesarle, habiendo sido víctima probablemente de algún “modelo mental” o, peor aún, de alguna intuición errónea que luego le introduzca en los peligros del “anclaje y ajuste” que antes fueron analizados.

No parece adecuado pensar que si el juez se implica en esta actividad de recogida de vestigios, perderá su imparcialidad. Desde luego, no debe implicarse hasta el punto de anular la actividad de las partes o convertirse en un inquisidor. Simplemente tiene que

llevar a cabo exactamente la misma actividad que ejecuta en fase de admisión de medios de prueba. En ese momento de la admisión, precisamente, también puede discriminar vestigios que pueden ser útiles para el proceso, y sin embargo no se ponen demasiados inconvenientes a que ello sea así.

Lo que se propone, siguiendo esa misma orientación, la labor del juez no solamente consista en restar elementos de juicio inadmitiendo medios de prueba, sino que también contribuya a sumar evidencias en el proceso que conduzcan a la averiguación de la realidad de los hechos, y no solamente al sustento de la versión que desea cada parte.

Insisto, en que ello no va a conducir al juez a llevar a cabo una actividad inquisitiva, sino simplemente a no adoptar la actitud casi exclusivamente pasiva que le guía en muchos lugares en el momento actual. El proceso es un mecanismo de resolución de controversias que intenta otorgar la paz a los litigantes a través del descubrimiento, lo más preciso posible, de la realidad de los hechos y de la determinación correcta del derecho aplicable al caso concreto. Desde luego, en absoluto es una herramienta para un litigante obtenga una victoria sustentada en la picardía o en la pura retórica de sus declaraciones, y hasta de sus acciones. El Juez no puede permanecer pasivo y silente ante la lucha de los litigantes, sino que tiene que dialogar con los mismos, averiguando, a través de esa implicación, las posibles sombras en los hechos, que deberán ser objeto de prueba. De ahí, sobre todo, la importancia de la “inmediación”, como veremos seguidamente.

Pero para conseguir que un juez se comporte de esta forma sin extralimitarse, debe ser formado para que, en primer lugar, en la valoración de la prueba siga esquemas

deductivos y no inductivos, y para que, como dije, no pierda su imparcialidad. En cuanto a lo primero, el juez no tiene que centrarse en confirmar una hipótesis preconcebida, como si fuera un mal policía, sino en extraer de los medios de prueba todos los datos que tengan que ver con un caso concreto, reconstruyendo, tras esa fase, el rompecabezas probatorio hasta obtener un resultado. Imaginar a priori el resultado no es más que intentar hacer las cosas más fáciles falseando la realidad, lo que al final se traduce en el riesgo de una resolución injusta.

En cuanto a lo segundo, el mantenimiento de su imparcialidad, la misma no tiene que sustentarse solamente en las consabidas, y muy conocidas, causas de abstención y recusación, que le llevan, en general, a excluirse o ser excluido por el afecto o el odio que sienta hacia las partes o hacia el objeto del proceso. Además, tiene que ser consciente de los posibles fallos más comunes del pensamiento humano, en el sentido antes expresado, a fin de que conozca las tendencias al error más frecuentes, pudiendo evitarlas. En este sentido, no bastará con que conozca los heurísticos antes citados, sino también los llamados “sesgos”, que son los errores normalmente consecuencia de esos heurísticos. Algunos tan comunes como el sesgo de confirmación, que es el error más frecuente fruto del “anclaje y ajuste” antes visto, y que consiste en creer confirmada una hipótesis pese a la concurrencia de datos que la descartan. O bien el sesgo egocéntrico, que lleva al ser humano a creer que todos piensan como él en un determinado tema. Y otros sesgos que ahora sería farrogoso enumerar y explicar aquí, pero que deben ser aprendidos por los jueces para evitar su incidencia, que sin duda rompe la imparcialidad de su juicio.

Con todo ello, nuevamente, es necesario advertir de que no se va a conseguir un juez perfecto, pero sí un juzgador más consciente de los peligros y dificultades de su actuación en el proceso, y también mejor formado en cuanto a la materia iudicandi. Hasta ahora la formación de un juez ha sido, en general, casi exclusivamente jurídica. Hora es ya de darse cuenta de que un juez juzga la realidad, y que por tanto debe conocer esa realidad y la ciencia que la disciplina, al menos en la medida en que pueda serle abarcable, aunque sin pretender jamás llegar a la imposible omnisciencia (Nieva Fenoll, 2012, p.19-21).

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO

Diseño comparativo de sistemas jurídicos diversos

Respecto a la legislación internacional en materia de prueba ilícita podemos enumerar los siguientes antecedentes (Chavarry Correa, 2011, p.89-93):

1. En La Legislación Europea:

1.1. Legislación alemana:

Art. 136 de la Ley procesal penal.

Inc. 1: "No podrá menoscabarse la libertad de decisión voluntaria, ni de la actuación de la voluntad del inculpado, por malos tratos, agotamiento y violencia corporales, administración de fármacos, por tortura, por engaño o por hipnosis. Podrá aplicarse la coacción tan solo cuando el derecho procesal penal lo admita. Estarán prohibidas la amenaza como una medida inadmisibles según sus disposiciones, y la promesa de ventaja no prevista en la ley".

Inc. 2: "Las medidas que menoscaben la memoria o capacidad de comprensión del inculpado, no se permitirán".

Inc. 3: "La prohibición de los incs. 1) y 2) regirán independientemente del consentimiento del inculpado. Las declaraciones que se hubiesen producido transgrediendo esta prohibición tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización.

En la jurisprudencia alemana ha tenido vigencia la "teoría del criterio de proporcionalidad" la cual considera que los operadores de justicia (jueces) para admitir o no

las pruebas ilícitas deben tener en cuenta que el criterio de razonabilidad y proporcianabilidad debe ser aplicado a un caso concreto, en concordancia con el principio de la no aplicación de analogía en el derecho penal; de esta forma deberá analizarse la relación que existe entre la prueba cuestionada y el derecho proclamado y protegido para determinar si se admite o deniega dicha prueba.

1.2. En la legislación española.

Ley Orgánica del Poder Judicial de julio de 1985; art. 1 Inc. 1: "Prevé que no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Ley de enjuiciamiento criminal, arts. 717 y 741, "que establecen dos reglas probatorias de relevancia, respecto a la observancia de las garantías constitucionales, que son: "Libre apreciación de la prueba" y los arts. 6.2, del Convenio Europeo de DD.HH y art. 24.2 de la Constitución española que establecen la "presunción de inocencia".

Art. 18 incs. 1, 2 y 3 de la Constitución española, "que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y también protegen la inviolabilidad del domicilio y el uso de la informática para garantizar el honor e intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de sus derechos; y que tienen relación con los procedimientos legales en la investigación del delito y obtención de los indicios de prueba".

Art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español, según la cual "no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". Normatividad que en palabras de Gimeno Sendra se ha decantado claramente por la teoría refleja; y la jurisprudencia Española ha actuado con criterio de prudencia, no habiendo consagrado plenamente lo que ordena el precitado articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y agrega respecto a la aplicación del tema materia de estudio; "en general puede afirmarse que, como regla general los Tribunales españoles aplican la teoría directa, salvo en aquellos derechos fundamentales con respecto a los cuales su aplicación provocaría la desprotección del derecho fundamental; por cuyos motivos tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional Españoles en el caso de las escuchas telefónicas resolvieron aplicando la teoría refleja, puesto que de no haberle hecho siempre se podría condenar al acusado a través de otro medio probatorio "no contaminado", cita como ejemplo: recibiendo la declaración testifical del funcionario que intervino la escucha ilícita; sin que esto conlleve a que en la práctica se estimulen las escuchas inconstitucionales con claro sacrificio del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

1.3. En la legislación italiana.

Código de Procedimiento Penal Italiano: art. 188 inc. 1: "No pueden ser utilizados ni siquiera con el consentimiento de la persona interesada, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de auto determinación o para alterar la capacidad de recordar y valorar los hechos".

Art. 189: "Cuando sea solicitada una prueba no reglamentada por la ley, el Juez podrá practicarla en cuanto fuere idónea para asegurar el esclarecimiento de los hechos y que no perjudique la libertad moral de la persona".

2. En la Legislación Norteamericana

2.1. En la legislación de Estados Unidos de América - U.S.A.

La enmienda IV; de la Constitución Política de los Estados Unidos que protege el derecho a la intimidad, textualmente regula lo siguiente: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

"El derecho de los ciudadanos a la seguridad de las personas, domicilio, papeles y efectos contra pesquisas y embargos arbitrarios, es inviolable; no se decretará entrada y registro alguno sin motivo fundado y corroborado por palabras de honor o juramentos o sin que se determine el lugar que debe ser objeto de reconocimiento y las personas o cosas de las que haya de apoderarse".

Esta es la base constitucional para la protección contra todo tipo de detención personal, en la que se sustenta la "prueba Ilícita" materia de estudio.

Conforme lo señala el jurista Ernesto Chieza; la cuarta enmienda constituye la protección contra todo tipo de actuación ilícita: contra todo tipo de detención personal (arresto u otra clase de intervención con la libertad de movimiento, registros e incautación del hogar, vehículos, efectos personales o cualquier propiedad o lugar sobre la que el ciudadano tenga algún tipo de expectativa razonable en cuanto a intimidad. El concepto clave es la razonabilidad de la actuación gubernamental. La protección es contra la actuación irrazonable del gobierno. El concepto de " Warrant" se refiere a la orden judicial. Entre el interés del ciudadano y el interés del ejecutivo se interpone la figura neutral del Magistrado Judicial.

Es menester precisar la concepción que se tiene en los Estados Unidos de Norteamérica, respecto del Derecho, en relación con el tema submateria, así el Common Law, que es la unificación del Derecho, en cuanto tiene la característica el principio proverbial "Judge makes law" (El juez hace el Derecho), en donde el derecho tiene como fuente de inspiración a la Costumbre. El Derecho Penal y Procesal Penal han evolucionado en relación con el debido proceso o proceso justo.

2.2. En la Legislación de Puerto Rico

La Constitución Política del estado Libre asociado de Puerto Rico, en las secciones I, 8 y 10 del artículo II, contempla un conjunto de protecciones de carácter constitucional sobre los derechos fundamentales a que tiene lugar cualquier individuo inmerso en un proceso penal, y que a continuación se describen:

Sección 1: "La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discriminación por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnaran estos principios de esencial igualdad humana".

Sección 8: "Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada o familiar". 93

Sección 10: "No se violara el derecho del pueblo a la protección de sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, incautaciones y allanamientos irrazonables. No se interceptara la comunicación telefónica.

Solo se expedirán mandamientos autorizando registros, allanamientos cuando exista causa probable apoyada en el juramento o afirmación, describiendo particularmente el lugar a registrarse y las personas a detenerse o las cosas a ocuparse. "Evidencia obtenida en violación de esta sección será inadmisibile en los tribunales".

3. La prueba ilícita en la legislación latinoamérica

3.1. En la Legislación Colombiana.

La Constitución Nacional Colombiana contempla la figura del tema materia de estudio en los siguientes artículos:

Art. 1: "Fundada en el respeto de la dignidad humana". Art. 13: "Referente al reconocimiento de la igualdad ante la ley".

Art. 29: "Menciona el reconocimiento a la nulidad de pleno derecho de la prueba, no solo cuando se violan las formalidades sino los derechos fundamentales del inculpado. Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

3.2. En la Legislación Argentina.

En el Derecho argentino la evolución de la tortura comienza con la ley constitucional sobre prohibición de usar tormentos de la Asamblea del año de 1813, que en su texto regulaba lo siguiente: "La Asamblea General ordena la prohibición del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor antes del feliz día 25 de mayo los instrumentos destinados a este efecto".

La Constitución Política de 1952, el artículo 19 dice: "el tormento y los castigos horribles son abolidos para siempre y en todas circunstancias".

Código Penal artículo 144, considera a la tortura y tormentos como un delito agravado sancionado severamente.

En la jurisprudencia argentina debe considerarse el fallo de la Corte Suprema del 10 de diciembre de 1981 que representa un hito sobre la cuestión al decidir la absoluta imposibilidad de valorar una confesión bajo tortura (caso Montenegro Luciano Bernardino, delito de robo con armas.

TÍTULO III

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

1. Descripción de resultados

1.1. Descripción de resultados (Resoluciones y Autos)

Tabla 1

Conclusión de procesos penales tramitados ante tres Juzgados Unipersonales y un Colegiado de Huamanga, durante el periodo 2015-2016, donde se excluye la prueba ilícita

Exp.	Cantidad	de	Resoluciones	Decisión/ Fallo	Tota	%
					1	
Procesos Penales			Sentencias	Absolutoria	08	62%
donde se excluye	13		Autos	Sobreseimiento	03	23%
la prueba ilícita			Sentencias	Condenatoria	02	15%

Fuente: Datos obtenidos del Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Abril 2018
(Elaboración propia)

Nota: Del análisis realizado a 13 expedientes penales donde se excluyó pruebas ilícitas, se advierte que 08 procesos penales concluyeron con Sentencia Absolutoria, equivalente a 62 %; 03 procesos penales concluyeron con Auto de Sobreseimiento, equivalente a 23 %; y, 02 procesos penales concluyeron con Sentencia Condenatoria, equivalente a 15 %.

**Tabla 2**

Etapas donde se excluye la prueba ilícita, en procesos penales tramitados ante tres Juzgados Unipersonales y un Colegiado de Huamanga, durante el periodo 2015-2016.

	Exp. penales	Etapa del proceso	N°	%
			Procesos	
Procesos donde se excluye la prueba ilícita	13	Juicio Oral	9	69%
		Investigación preparatoria (Tutela de derechos)	4	31%

Fuente: Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y Sistema de Información Judicial del Poder Judicial (SIJ), abril de 2018 (Elaboración propia).

Nota: Del análisis realizado a 13 expedientes penales, se advierte que en 09 procesos penales, durante la etapa de juzgamiento se excluyeron pruebas ilícitas, equivalente a 69 %; y, en 04

procesos penales, durante la etapa de investigación preparatoria se excluyeron pruebas ilícitas, a través de la Tutela de Derechos, equivalente a 31 %.



Tabla 3

Interpretación del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal sobre prohibición de valorar la prueba ilícita, en los procesos penales tramitados ante tres Juzgados Unipersonales y un Colegiado de Huamanga, durante el periodo 2015-2016.

Exp. penales	Tipo interpretación	de	Tota	%
Procesos donde se excluye la prueba ilícita	Literal	13	100%	
13	Extensiva	0	0%	

Fuente: Datos obtenidos del Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho (Elaboración propia).

Nota: Del análisis realizado a 13 expedientes penales, se advierte que en todos los procesos penales el juez ha interpretado literalmente el artículo VIII para excluir las pruebas ilícitas, equivalente a 100 %.



1.2. Descripción de resultados (Entrevista a Magistrados)

Tabla 4

¿En el ejercicio de su función, conoció algún medio de prueba declarado “prueba ilícita” y su consiguiente exclusión del proceso penal?

	Total jueces	Respuesta	N° jueces	%
Jueces de Investigación				
Preparatoria,		SI	13	81 %
Unipersonales, Colegiado		NO	3	19 %
y Sala de Apelaciones de	16			
Huamanga				

Fuente: Datos obtenidos de entrevista a Magistrados, abril de 2018 (Elaboración propia).

Nota: De la entrevista realizada a dieciséis (16) jueces especializados en materia penal, se advierte que 13 magistrados conocieron procesos donde se excluyeron pruebas ilícitas, equivalente a 81 %; y, 3 magistrados desconocen haber excluido pruebas ilícitas en proceso alguno, equivalente a 19 %.



Tabla 5

¿Considera que no valorar excepcionalmente la prueba ilícita conlleva a absolver al imputado y en consecuencia a la impunidad?

	Total	Respuesta	N° Jueces	%
Jueces				
Jueces de Investigación				
Preparatoria,	16	SI	12	75 %
Unipersonales, Colegiado		NO	4	25 %
y Sala de Apelaciones de				
Huamanga				

Fuente: Datos obtenidos de Entrevista a Magistrados, abril de 2018 (Elaboración propia).

Nota: De la entrevista realizada a dieciséis (16) jueces especializados en materia penal, se advierte que, 12 magistrados afirman que al no valorar excepcionalmente la prueba ilícita el proceso penal se resolvería absolviendo al imputado, equivalente a 75 %; y, 4 magistrados niegan la necesidad de valorar excepcionalmente la prueba ilícita, indicando que con otros medios de prueba suplen la prueba ilícita, equivalente a 25%.

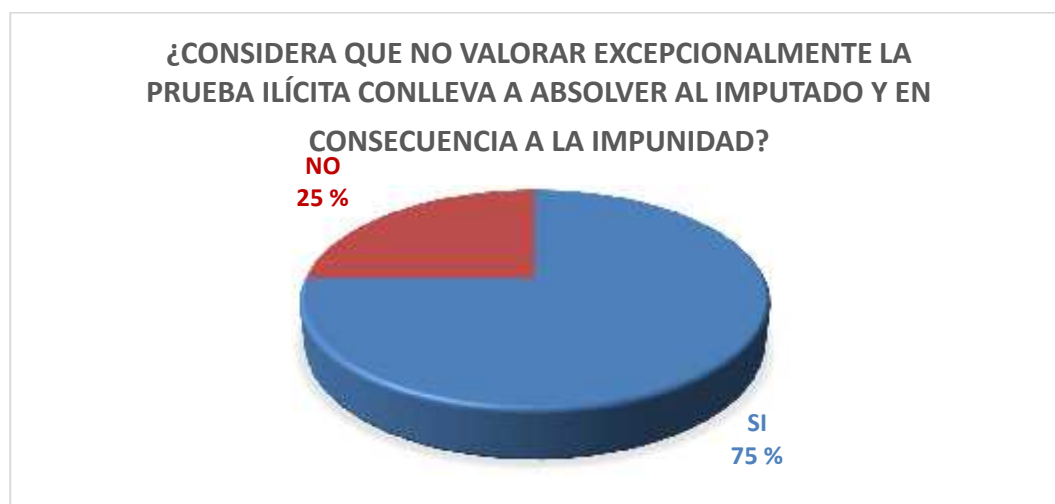


Tabla N° 6

¿Para excluir la prueba ilícita, se limita a aplicar el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, sobre la prohibición de valorar la prueba ilícita?

	Total Jueces	Respuesta	N° jueces	%
Jueces de Investigación				
Preparatoria, Unipersonales,	16	SI	14	88 %
Colegiado y Sala de		NO	2	12 %
Apelaciones de Huamanga				

Fuente: Entrevista a Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, abril-2018 (Elaboración propia)

Nota: De la entrevista realizada a dieciséis (16) jueces especializados en materia penal, se advierte que, 14 magistrados realizan una interpretación literal conforme lo prescribe la norma, equivalente a 88%; y, 2 magistrados realizan una interpretación extensiva de la norma, adecuándose a la realidad de cada caso concreto, equivalente a 12%.

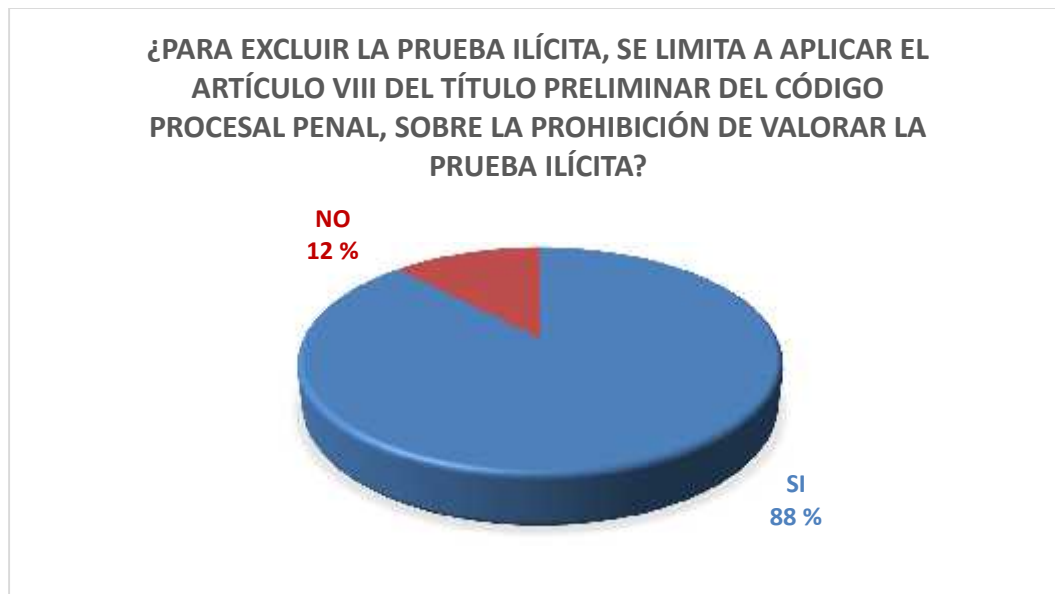


Tabla 7

¿Se debe valorar excepcionalmente la Prueba Ilícita, ponderando los derechos o intereses afectados de la víctima, a fin de combatir la impunidad del imputado?

	Total Jueces	Respuesta	N° Jueces	%
Jueces de Investigación				
Preparatoria,	16	SI	3	19 %
Unipersonales, Colegiado y		NO	13	81 %
Sala de Apelaciones de Huamanga				

Fuente: Datos obtenidos de entrevista a Magistrados, abril de 2018 (Elaboración propia).

Nota: De la entrevista realizada a dieciséis (16) jueces especializados en materia penal, se advierte que, 3 magistrados afirman que valorarían excepcionalmente la prueba ilícita ponderando los derechos fundamentales de la víctima sobre los derechos fundamentales del imputado, equivalente a 19 %; y, 13 magistrados niegan valorar excepcionalmente la prueba ilícita, equivalente a 81 %.



Tabla 8

¿Considera necesario implementar excepciones para que el Juez valore la prueba ilícita en casos concretos?

	Total Jueces	Respuesta	Nº	%
Jueces de Investigación				
Preparatoria,	16	SI	7	44 %
Unipersonales,		NO	9	56 %
Colegiado y Sala de				
Apelaciones de				
Huamanga				

Fuente: Datos obtenidos de entrevista a Magistrados, abril de 2018 (Elaboración propia).

Nota: De la entrevista realizada a dieciséis (16) jueces especializados en materia penal, se advierte que, 7 magistrados consideran necesario implementar excepciones para valorar la prueba ilícita en casos concretos, equivalente a 44 %; y, 9 magistrados afirman ser innecesario valorar excepcionalmente la prueba ilícita, equivalente a 56%.



Tabla 9

¿El poder Judicial debe desarrollar jurisprudencia sobre la prueba ilícita y su valoración excepcional, a fin de contrarrestar la impunidad?

	Total Jueces	Respuesta	N°	%
Jueces de Investigación				
Preparatoria,	16	SI	16	100 %
Unipersonales, Colegiado y Sala de Apelaciones de Huamanga		NO	0	0 %

Fuente: Entrevista a Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, abril-2018 (Elaboración propia).

Nota: De la entrevista realizada a dieciséis (16) jueces especializados en materia penal, se advierte que, todos los magistrados indicaron la necesidad de desarrollar jurisprudencialmente la institución jurídica de la prueba ilícita y su aplicación excepcional en determinados casos concretos, equivalente a 100%.



2. Contrastación de las hipótesis

La hipótesis general de la presente investigación consiste en que: *El nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016, es deficiente debido a la ausencia de valoración excepcional de la prueba ilícita.*

Para el examen de la contrastación y comprobación de la hipótesis de trabajo, vamos a comenzar por definir la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico peruano, así como su valoración excepcional, para pasar a continuación, a la exposición de la impunidad del

procesado ante la ausencia de valoración excepcional de la prueba ilícita en la función jurisdiccional.

Atendiendo a que el proceso penal dentro de un sistema garantista debe tener plena vigencia de los principios de legalidad y del debido proceso en el que la licitud de la prueba tiene que predominar a efecto de compatibilizar la justicia penal con el estado democrático; sin embargo, a nivel de doctrina y especialmente en la magistratura hay dos corrientes respecto al tema: una concepción amplia y otra restringida.

En la concepción amplia, se considera que si en la obtención de una prueba se ha incurrido en irregularidad procesal o en la vulneración de un derecho fundamental se produce un grave vicio que trastoca una prohibición normativa y, por tanto, ya existiría una ilicitud probatoria o prueba ilícita.

La concepción restringida es la que considera que prueba ilícita es la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental del imputado, y que esta transgresión atenta en si contra la persona física del inculcado. El Jurista SAN MARTÍN CASTRO se adscribe a este criterio restrictivo cuando estipula que para que pueda hablarse de prohibición probatoria, la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental.

También el Nuevo Código Procesal Penal asume un concepto estricto de prueba ilícita cuando señala en el artículo VIII.2 del Título Preliminar: "Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona". Y, al prescribir el artículo 159º: "El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

Respecto a valorar excepcionalmente la prueba ilícita, nuestra postura se ciñe a la solución matizada y flexible que la doctrina propone, es decir *a favor de la valoración excepcional de la prueba ilícita en un proceso penal, aplicado a determinados casos concretos*; considerando que la prueba obtenida Ilícitamente debe ser válida y eficaz, es decir debe admitirse en el proceso para ser objeto de apreciación por el juez, predominando el interés de la Justicia por descubrir la verdad y a los responsables, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; siendo así la prueba admisible.

Por tanto, resulta necesaria para impedir la absolución y consecuente impunidad del procesado, ante la evidente comisión del hecho ilícito. Alternativa que queda justificada con las ventajas que supone para las víctimas y el propio Estado la valoración excepcional de la prueba ilícita en el proceso penal; pues, sería absolutamente lesivo y absurdo que por causa de una irregularidad en el proceso un peligroso criminal quedase libre y exento de sanción penal.

Situación que se evidencia en la Tabla N° 1, donde se advierte que de 13 expedientes penales donde se excluyeron pruebas ilícitas, 08 procesos concluyeron con Sentencia Absolutoria, 03 con Auto de Sobreseimiento, y sólo 02 con Sentencia Condenatoria; la Tabla N° 2 que muestra en qué etapa del proceso se excluyeron las pruebas ilícitas; la Tabla N° 4 que representa la cantidad de magistrados que en el ejercicio de su función conocieron procesos donde se excluyó pruebas ilícitas; y, la Tabla N° 5 donde la mayoría de magistrados considera que no valorar excepcionalmente la prueba ilícita, conlleva a absolver al imputado y en consecuencia a su impunidad.

Ahora bien, en cuanto a la hipótesis secundaria: *El nivel de interpretación normativa del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016, es deficiente debido a la aplicación literal de la norma penal.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los siguientes fundamentos, cuyas conclusiones son las siguientes:

1. Respecto a la valoración de la prueba ilícita, la doctrina ha desarrollado diversas teorías que la justifican o conceden validez, sin embargo nuestra postura se inclina por la teoría de la ponderación de intereses, que se sustenta en que la actividad persecutoria del delito y la aplicación de la función punitiva que el Estado ejerce a través del órgano jurisdiccional debe considerar que si bien existe la obligatoriedad de reconocer los principios de: "supremacía

constitucional", "de razonabilidad" y "proporcionalidad", también de tener en cuenta que la propia Constitución reconoce la prerrogativa del Estado para aplicar una violencia legitimada en el ejercicio de su función antes citada.

Según esta teoría se establece que en determinados casos no tiene sentido excluir la prueba ilícitamente obtenida y lo fundamental no es que se vulnere un derecho humano fundamental del inculcado o acusado para obtener la fuente de prueba, sino lo trascendental es que se quebranten las reglas de juego y las pautas procesales hasta el punto de violar un derecho fundamental de cualquier persona que esté inculcada, acusada o no.

Para esta teoría no es posible que se pueda negar radicalmente eficacia probatoria a este tipo de actos, puesto que el Estado tiene imperiosa necesidad en ejercer su autoridad y razón de ser para ordenar y prevenir la continuación del orden público, por lo que sería absolutamente lesivo y absurdo que por causa de una irregularidad en el proceso un peligroso criminal quedase libre y exento de sanción penal.

La teoría de la ponderación de intereses también es conocida como la teoría del equilibrio o la doctrina de la proporcionalidad, por la cual para valorar en ciertos casos los medios o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente debe de realizar una valoración conjunta de todas las pruebas ofrecidas, admitidas y obtenidas durante el proceso y en esta valoración confrontar los derechos en conflicto con la finalidad de encontrar un equilibrio entre ellos.

La adopción de la propuesta planteada en el presente trabajo de investigación: *“la valoración excepcional de la prueba ilícita en los procesos penales”*, hace necesario su desarrollo jurisprudencial para su aplicación; es decir, determinar si la excepción contenida en la *“Teoría de la ponderación de intereses”* resulta necesaria para impedir la absolución y consecuente impunidad del procesado, ante la evidente comisión del hecho ilícito. Alternativa que queda justificada con las ventajas que supone para las víctimas y el propio Estado la valoración excepcional de la prueba ilícita en el proceso penal; pues, sería absolutamente lesivo y absurdo que por causa de una irregularidad en el proceso un peligroso criminal quedase libre y exento de sanción penal.

Hecho, que en nuestra realidad ayacuchana se evidencia en la Tabla N° 9, al haber indicado el 100% de magistrados, la necesidad de desarrollar jurisprudencialmente la institución jurídica de la prueba ilícita y su aplicación excepcional en determinados casos concretos, a fin de contrarrestar la impunidad.

Sin embargo, plantear dentro de la Administración de justicia, proyectos como el que se propone con la presente tesis, teniendo en cuenta la pasividad del Juzgador, al aplicar literalmente la Ley de prohibición de valorar la prueba ilícita contenida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, se dirige únicamente a excluir una prueba ilícita dentro de un proceso, en vez de adentrarse por el terreno de la búsqueda de la “verdad”, “restringiendo así la fuente de conocimiento del Juzgador sobre los hechos en beneficio de la posición del imputado”; en consecuencia, no busca el reequilibrio de los intereses de la sociedad y la víctima ante “la incorrecta interpretación y valoración de

los derechos fundamentales en conflicto, que ha de realizarse, no en general, sino en función de cada caso concreto”.

Circunstancia que se evidencia en la Tabla N° 3, donde se advierte que para excluir pruebas ilícitas en 13 expedientes penales, el 100% de jueces han interpretado literalmente el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, sobre prohibición de valorar la prueba ilícita; y, de acuerdo a la Tabla N° 6, donde el 88 % de magistrados refieren limitarse a aplicar la norma sobre la prohibición de valorar la prueba ilícita.

Asimismo, con la no utilización de la prueba ilícitamente obtenida se sanciona no a quien violó el derecho fundamental, sino a la víctima o a la sociedad en general, que contemplan estupefactas cómo se “premia” al delincuente, absolviéndolo y, en cambio, al menos en cierta medida se les sanciona a ellas. En ese sentido, podría sancionarse a quien actúa mal, para limitar abusos, pero en ningún caso considerar inexistente lo que existe, pues de esta manera se extralimita la protección del derecho fundamental del posible autor (imputado).

Si bien es cierto, al negarle a las pruebas obtenidas con medios ilícitos valor alguno, habrá un sin número de casos que van a quedar impunes por no existir prueba legal que los sustente, pero justamente esto será la consecuencia no deseada que se actualice en un sistema democrático y respetuoso a las garantías del gobernado que a la larga beneficiará a la mayoría de la sociedad al avalar una correcta valoración de los medios de prueba que se encuentre en un proceso y sobre todo al de carácter penal.

Por ello, la cantidad de procesos penales donde se identificó la actuación de pruebas ilícitas y se excluyeron de la carga probatoria llegan a 13 casos; de los cuales 08 procesos judiciales concluyeron en absolución, 3 en sobreseimiento y 2 en condena, según lo descrito en la Tabla 1.

Referidas cifras resultan preocupantes para este tema. Esta situación pone en peligro la administración de justicia que persigue como fin la búsqueda de la verdad, pues no es aceptable que en estos casos se haya excluido la prueba ilícitamente obtenida, no es posible que se pueda negar radicalmente eficacia probatoria a este tipo de pruebas, porque resulta absolutamente lesivo y absurdo que por causa de una irregularidad en el proceso un peligroso criminal quede libre y exento de sanción penal.

Asimismo, durante el periodo 2015 al 2016, los Juzgados unipersonales y Colegiado de Huamanga han resuelto 13 casos donde se excluyó pruebas ilícitas, de las cuales 09 fueron excluidas durante la etapa de Juicio Oral y 04 bajo la institución jurídica de la Tutela de Derechos, según se describe en la Tabla N° 2.

Al respecto, el Juzgador para valorar en ciertos casos los medios o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente debe de realizar una valoración conjunta de todas las pruebas ofrecidas, admitidas y obtenidas durante el proceso y en esta valoración confrontar los derechos en conflicto con la finalidad de encontrar un equilibrio entre ellos.

Situación que se evidencia ante la pasividad del Juez, conforme se muestra en la Tabla N° 7, donde el 81 % de magistrados se niegan a valorar excepcionalmente la Prueba Ilícita,

ponderando los derechos fundamentales de la víctima sobre los derechos fundamentales del imputado, a fin de combatir la impunidad del mismo; y la Tabla N° 8, donde el 56 % de magistrados consideran innecesario implementar excepciones para que el Juez valore la prueba ilícita en casos concretos?

3. Aporte Académico

Texto Original del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004:

- 1.- Todo medio de prueba será valorado si solo ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
- 2.- Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
- 3.- La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Propuesta:

Incorporar un cuarto supuesto de aplicación al artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, en el siguiente sentido:

4.- Se valorará excepcionalmente la prueba ilícita realizando un adecuado test de ponderación entre los derechos fundamentales del imputado y su contraparte, teniendo en cuenta la finalidad del proceso y la obligatoriedad de aplicación de los principios de supremacía constitucional de razonabilidad y proporcionalidad.

TÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

Se concibe al derecho de prueba o derecho de probar como un componente del derecho genérico al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. De ese modo, se plantea que, si toda persona sometida a proceso es presumiblemente inocente hasta no ser condenada firmemente, entonces debe aceptarse que el único modo de destruir o enervar esa presunción de inocencia, es a través del ejercicio del derecho a producir una actividad probatoria suficiente.

La falta de valoración excepcional de la prueba ilícita, ha sido producto de la interpretación literal de la norma que realiza el Juzgador, reflejada en la pasividad del órgano jurisdiccional y ausencia de desarrollo jurisprudencial para valorar excepcionalmente la prueba ilícita; esto explica la impunidad del procesado en los procesos penales de los tres Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016.

La valoración probatoria es el momento culminante del desarrollo procesal en el que el órgano jurisdiccional debe *hacer un análisis crítico y razonado*, sobre el valor acreditante de los elementos probatorios introducidos y admitidos en el proceso penal. La valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Y el objetivo de la valoración es determinar el grado de corroboración que el material probatorio aporta a cada una de las posibles hipótesis fácticas del conflicto penal.

La prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales y, en esencia, se constituye en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. En el caso del Perú, los derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados por la prueba ilícita son los consagrados en el capítulo I del título I de la Constitución, teniendo en cuenta a su vez el artículo 3 que incluye los demás derechos no enumerados que ella garantiza.

La valoración excepcional de la prueba ilícita con vulneración de derechos fundamentales es posible a través de una adecuada interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales que de ella derivan, pues si bien es importante garantizar el respeto a todos los derechos de los imputados, pues es necesario que el juzgador de la causa adopte los mecanismos jurídicos necesarios que también prevean efectivamente el respeto a los derechos de la contraparte (víctima), de modo tal que la exclusión de la “prueba ilícita” no sea una regla absoluta como consecuencia de una interpretación literal de la norma y que no sea un blindaje para la impunidad.

2. Recomendaciones

Que, el personal jurisdiccional y operadores vinculados al sistema de administración de justicia, bajo la dirección del Ministerio Público, durante la investigación preliminar, deben enmarcar su actuación con preeminencia y conocimiento de las garantías constitucionales, así como de las garantías establecidas en el Código Procesal Penal, previsto en el artículo VIII inciso 2 del Título Preliminar, el mismo que prevé, carecen de efecto legal las pruebas

obtenidas directa e indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Así como conforme a lo establecido en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución, que preserva el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. A efectos de evitar la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona entre ellos a la presunción de inocencia.

Los operadores de la persecución penal deben ceñirse, en el acopio y/o obtención de los medios de prueba, para la acusación del imputado, conforme exige un sistema acusatorio garantista, el mismo que permite, elevar a primer nivel la proclama de reconocimiento constitucional, evitando alcanzar la verdad a cualquier precio, vulnerando los derechos constitucionales de los imputados.

La falta de valoración excepcional de la prueba ilícita obedece a la pasividad del Juzgador ante la ausencia de iniciativa de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho para desarrollar jurisprudencialmente medidas excepcionales de valoración de la prueba en su labor de administrar justicia; siendo el factor determinante que incide en el incremento de la absolución y consecuente impunidad del procesado. Por lo que, se recomienda a los Jueces Penales de Huamanga promover el estudio y análisis de la valoración excepcional de la prueba ilícita, acorde a los principios constitucionales, con la finalidad de contrarrestar la impunidad en nuestra ciudad y el país.

Se recomienda realizar el test de ponderación o test de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de evaluar su valoración dentro del proceso penal, este equilibrio se realizará entre los

derechos fundamentales del imputado que entran en conflicto con los derechos fundamentales de la víctima, determinando qué bien jurídico prevalecerá en cada caso concreto; por ejemplo, se puede presentar conflicto entre el derecho a la libertad personal de la víctima y la inviolabilidad de domicilio del imputado, supuesto que debe ser solucionado por el órgano jurisdiccional, este órgano deberá motivar adecuadamente porque está valorando excepcionalmente la prueba ilícita aplicando la teoría de la ponderación, o en su defecto porque está excluyendo la prueba ilícita.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos [un damentales . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.*
- Arbulú Martínez, V. (2017). *El Proceso Penal en la Practica: Manual del Abogado Litigante.* Perú: Gaceta Jurídica.
- Arroyo, C. L. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Palestra.
- Baltelman, A., & Duce, M. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba.* Santiago: Universidad Diego Portales.
- Barrientos Corrales, R. (s.f). Artículo sobre la Correcta Valoración de las Pruebas. *México – Irapuato*, 1-2.
- Carnelutti, F. (s.f). *La Prueba Civil.* Buenos Aires: Ediciones Arayú.
- Castro Trigos, H. (2009). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano.* Lima: Jusrista Editores.
- Chavarry Correa, E. (2011). *Tesis sobre La Prueba Ilícita penal en la Administración de Justicia en el Perú.* Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- Clariá, J. (1996). *derecho Procesal Penal Tomo I.* Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Considerando séptimo - Casación La Libertad, N° 02-2008 (Sala Penal Permanente 2008).
- Correa, M. R., Eguiguren Praeli , F., & Bernales Ballesteros, E. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Cubas Villanueva, V. (2003). *El Proceso Penal, Teoría y Práctica* . Lima: Editorial Palestra.
- Cubas Villanueva, V. (2009). *Instrucción e Investigación Preparatoria*. Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal.
- De la Cruz Espejo, M. (2012). *El Nuevo Juicio Oral*. Lima: FFCAAT E.I.R.L.
- De Urbano castillo, E., & Torres Morato, M. (2010). *La Prueba Ilícita Penal, Estudio Jurisprudencial*. España: Editorial THONSOM REUTERS ARANZADI.
- definicionabc. (2018). Obtenido de <https://www.definicionabc.com/derecho/impunidad.php>
- Diálogo con la Jurisprudencia. (2011). *Vocabulario de Uso Judicial*. Lima.
- Diccionario de la Lengua Española. (2005). Vigésima segunda edición .
- Espinoza Ramos, B. (2016). *Litigación Penal – Manual de Aplicación Práctica del Proceso Penal Común*. Lima: ESIPPEC.
- García, D. (1973). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Imprenta Carrera.
- Hernández, M. T., & Fuentes , D. (1991). *Hacia una cultura de los derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos.
- Jauchen, E. (2014). *Estrategias de Litigación Penal Oral. Sistema Acusatorio Adversarial. Teoría y Práctica*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lamadrid Ibañez, H. (2012). *Motivaciones de las Resoluciones Judiciales y Control de Logicidad Materiales para el Análisis*. Lima: Marsol.
- Luño, A. E. (1993). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Miranda Strampes, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Mixan Mass, F. (1990). *La prueba en el procedimiento Penal*. Lima: Ediciones Jurídicas.

- Mixan Mass, F. (1998). *Juicio Oral*. Lima: Marsol.
- Mixan Mass, F. (1998). *Lógica para Operadores del Derecho*. Lima: Ediciones BLG.
- nacion.com. (2016). Obtenido de <https://www.nacion.com/archivo/impunidad/>
- Nakazaki Servigón, C. (2009). *Juicio Oral*. Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal – Guía Práctica N° 2.
- Neyra Flores, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. Lima: Idemsa.
- Nieva Fenoll, J. (2012). Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. *Civil Procedure Review*, 3-24.
- Oré Guardia, A. (1996). *manual de derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas.
- Peña Cabrera, A. (2007). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas.
- Peña Cabrera, A. (2016). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Pacífico S.A.C.
- Pérez Porto, J. y. (2014). *concepto.de*. Obtenido de <https://concepto.de/impunidad/>
- Roig, M. J. (1994). *Necesidades y derechos*. Madrid: CEC.
- Rosas Yataco, J. (2016). *La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Legales Instituto.
- San Martín Castro, C. (2003). Breves apuntes en torno a la Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal. *Proceso y justicia: Revista de Derecho Procesal N° 04*, 64.
- San Martín, C. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal Penal”, Tomo I*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal – lecciones*. Lima: INPECCP.

- Sánchez Velarde, P. (2005). *Introducción al Nuevo Proceso Penal*. Lima: Moreno S.A.
- Schönbohm, H. (2014). *Manual de sentencias penales: Aspectos generales de estructura, argumentación y valoración probatoria - Reflexiones y sugerencias*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Serra, A. T. (1977). *Los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- Simon, F. (s.f). Proceso Penal e Impunidad. *Flacso Sede Ecuador*, 15-17.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal - Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las Pruebas*. Lima: Gráfica EBRA E.I.R.L.
- Toma, V. G. (2013). *Derechos Fundamentales* . Lima: ADRUS S.R.L.
- Urtecho Benites, S. (2014). *Los Medios de Defensa Técnicos y el Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima: Idemsa.
- Valle, R. H. (2006). *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*. Lima: Jurista Editores.
- Victor, Q., & Cuba de Quintanilla, V. (1989). *Pensamientos y Refranes Seleccionados y Clasificados*. Lima: Princeliness.
- Yzaguirre, J. V. (2012). *El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales* . Arequipa: Adrus S.R.L.

ANEXOS

1. Entrevista

Juez()	Dr.:.....
Entrevistador	Jhon Ricardine Bautista Fernández
Data	Lugar:..... Fecha:...../...../..... Hora:.....
CUESTIONARIO SUGERIDO	
1. ¿Indique si en el ejercicio de su función, conoció algún elemento de prueba declarado “Prueba Ilícita” y su consiguiente exclusión del proceso?	
2. ¿Considera que no valorar excepcionalmente la prueba ilícita conlleva a absolver al imputado y en consecuencia a la impunidad?	
3. ¿Para excluir la prueba ilícita, se limita a aplicar el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, sobre la prohibición de valorar la prueba ilícita?	
4. ¿Se debe valorar excepcionalmente la Prueba Ilícita, ponderando los derechos o intereses afectados de la víctima, a fin de combatir la impunidad del imputado?	
5. ¿Considera necesario implementar excepciones para que el Juez valore la prueba ilícita en casos concretos?	
6. ¿El poder Judicial debe desarrollar jurisprudencia sobre la prueba ilícita y su valoración excepcional, a fin de contrarrestar la impunidad?	
7. ¿Considera que la valoración excepcional de la prueba ilícita es una restricción de la fuente de conocimiento para el Juez o Colegiado, impidiendo con ello la búsqueda de la verdad material respecto de la comisión de un ilícito penal?	

8. ¿Cree que la valoración excepcional de la prueba ilícita es considerado como un mecanismo de defensa del imputado, para obtener su absolución, impidiendo con ello la búsqueda de la verdad material respecto de la comisión de un ilícito penal?

.....

9. ¿Cree que con la NO utilización de la prueba ilícita obtenida se sanciona no a quien violó el derecho fundamental, sino a la víctima o a la sociedad en general que contempla estupefactos como se premia al delincuente, absolviéndolo y, en cambio en cierta medida se les sanciona a ellas?

.....

10. ¿Considera positivo o negativo que la Jurisprudencia debiera desarrollar la institución jurídica de la prueba ilícita y su valoración excepcional (frente a la notoria claridad del hecho delictivo), a fin de garantizar la administración de justicia e impedir la impunidad y aumento de la criminalidad?

.....

	Nº de Orden: FE – 10
--	----------------------

2. Matriz de consistencia

Titulo	Problema	Objetivo	Hipótesis	Variables	Metodología
<p>Valoración de la prueba ilícita e impunidad en el proceso penal”.</p> <p><i>Una aproximación a la necesidad de valorar excepcionalment e la prueba ilícita para contrarrestar la impunidad en el proceso penal”</i></p>	<p><u>Problema Principal</u> ¿Cuál es el nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016?</p> <p><u>Problema Secundario</u> ¿Cuál es el nivel de interpretación sobre la valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016?</p>	<p><u>Objetivo General</u> Identificar el nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016.</p> <p><u>Objetivo Específico</u> Identificar el nivel de interpretación sobre la valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016.</p>	<p><u>Hipótesis General</u> El nivel de valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016, es deficiente debido a la ausencia de valoración excepcional de la prueba ilícita.</p> <p><u>Hipótesis Especifica</u> El nivel de interpretación sobre la valoración excepcional de la prueba ilícita en la impunidad del procesado en los procesos penales de los Juzgados Unipersonales y Colegiado de Huamanga, período 2015 -2016, es deficiente debido a la aplicación literal de la norma penal.</p>	<p><u>Variable Independiente</u> X. La prueba ilícita</p> <p><u>Indicadores</u> X1. Número de Derechos fundamentales X2. Número de Derechos e intereses afectados X3. Grado de ausencia de regulación X4. Cantidad de normas que prohíben su valoración X5. Cantidad de posturas que consideran es una restricción de la fuente de conocimiento al Juez o Colegiado X6. Cantidad de posturas que consideran es un mecanismo de defensa del imputado</p> <p><u>Variable Dependiente</u> Y. Impunidad</p> <p><u>Indicadores:</u> Y1. Número de Indefensiones a los derechos fundamentales de las víctimas Y2. Número de absoluciones en la comisión de un delito.</p>	<p>1.Tipo de Investigación Básica y aplicada</p> <p>2.Nivel de Investigación Descriptivo</p> <p>3. Método Deductivo/inductivo -Análisis/síntesis -Comparativo -Interpretación -Estadístico</p> <p>4. Diseño No experimental</p> <p>5. Matriz Tripartita: Universo: Sentencias y autos penales sobre prueba ilícita Población: 30 Sentencias y autos penales. Muestra: 13 sentencias y autos.</p> <p>6. Instrumentos Guía de entrevistas Cuestionario Ficha de análisis de expedientes judiciales.</p>

3. Relación de expedientes judiciales Analizados (13)

Expedientes Por Juzgado	
N° de Expediente	Juzgados Penales
00185-2016-81-0501-JR-PE-03	Juzgado Colegiado
01785-2015-93-0501-JR-PE-04	Juzgado Colegiado
00123-2016-05-0501-JR-PE-03	Juzgado Colegiado
00287-2016-43-0501-JR-PE-03	Juzgado Colegiado
00354-2016-66-0501-JR-PE-02	Juzgado Colegiado
01421-2015-27-0501-JR-PE-05	Juzgado Colegiado
00233-2016- 09-0501-JR-PE-01	Juzgado Colegiado
01997-2016-69-0501-JR-PE-06	Juzgado Colegiado
00742-2015-97-0501-JR-PE-03	Juzgado Unipersonal
01024-2016-15-0501-JR-PE-04	Juzgado Unipersonal
00126-2015-0501-JR-PE-06	Investigación Preparatoria
00746-2015-0-0501-JR-PE-01	Investigación Preparatoria
00623-2016-0-0501-JR-PE-05	Investigación Preparatoria

4. Sentencia sobre Prueba Ilícita, correspondiente al expediente penal N° 00185-2016-81-0501-JR-PE-03.