



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
ESCUELA DE POSGRADO ALTÁGORA



MESTRIA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

TESIS

Exclusión de la Prueba Ilícita en la Etapa de Investigación

Preparatoria Distrito Judicial de Lambayeque periodo

2015 – 2016.

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.**

AUTOR

CARLOS EDILTER DIAZ FERNANDEZ

ASESOR

DR. CÉSAR NELSON ESPINOZA GUERRERO

Lambayeque – Perú

2021



**UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
ESCUELA DE POSGRADO ALTAGORA**



MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

TESIS

Exclusión de la Prueba Ilícita en la Etapa de Investigación

Preparatoria Distrito Judicial de Lambayeque periodo

2015 – 2016.

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.**

AUTOR:

CARLOS EDILTER DIAZ FERNANDEZ

ASESOR:

DR. CÉSAR NELSON ESPINOZA GUERRERO

Lambayeque – Perú

2021

TÍTULO DE LA TESIS

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA ETAPA DE
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DISTRITO JUDICIAL DE
LAMBAYEQUE PERIODO 2015 - 2016.

Tesis presentada para obtener el Grado Académico de Maestro en Derecho
Penal y Procesal Penal.

.....

Carlos Edilter Díaz Fernández

Autor

.....
Dr. César Nelson Espinoza Guerrero

Asesor

Aprobado por el siguiente jurado:

.....
Dr. Oscar Benjamin Sánchez Cubas
Presidente

.....
Dr. Reinaldo Marino Alarcón Cubas
Secretario

.....
Mg. José Santos Ventura Sandoval
Vocal

DEDICATORIA

A mi esposa María Elena Vilchez Angeldones y mis hijos
Juan Carlos y Karla Vania Díaz Vilchez.

AGRADECIMIENTO

A Dios ya que sin él no podríamos desarrollar nuestras actividades cotidianas, a mi compañera de toda la vida María Elena Vílchez Angeldones, quien ha contribuido para que el presente trabajo de investigación pueda concretarse.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación analiza la exclusión de la prueba ilícita dentro de la etapa de investigación preparatoria, tomando como referencia el distrito judicial de Lambayeque, además con ello las diversas apreciaciones por parte de la comunidad jurídica en relación a la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria, como bien es sabido nuestra legislación peruana está llena de vacíos legales, los cuales afecta la aplicación del derecho para el legislador, en relación al tema de investigación podemos encontrar que existe el Proyecto de Ley N° 4844/2015-CR que permite la admisión de la prueba prohibida en casos de corrupción de funcionarios.

Esta investigación también analiza el principal efecto de la prueba ilícita el cual es que su admisión y valoración queda prohibida, no puede ser subsanada ni convalidada, su efecto puede equipararse a su inexistencia y, con ello, todos los actos procesales que se hayan realizado a partir de la prueba ilícita. En consecuencia, la exclusión no procede en todos los casos, sino solo en aquellos que habiendo sido obtenida vulnerando derechos fundamentales, la prueba sirvió de sustento para la imposición de medidas de coerción de naturaleza penal u otros actos propios del proceso penal.

Lo que busca la investigación es que de manera directa la casuística nacional impulsado por diversas doctrinas nacional e internacionales, para poder corroborar con los directos autores con respecto a la vulneración de derechos que se han fundamentado en relación al proceso penal y la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de la investigación preparatoria, a fin de contrastar y verificar las variables en relación a la investigación.

El autor

RESUMEN

La presente investigación titulada, “Exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria distrito judicial de Lambayeque periodo 2015 – 2016.”, en donde se llegará a analizar cómo influye la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria en Lima – 2018, respecto a lo mencionado se tiene que si se logra la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria entonces se preservaría los derechos y libertades fundamental del investigado llegando a regular mecanismos que buscan la vigencia de los derechos y la tutela de estos, todo esto se logra en relación a la investigación la cual será aplicada debido a que tenemos como objetivo resolver un determinado problema o planteamiento específico ya que vamos a fundamentar si se puede excluir la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria, teniendo en cuenta como población para efectos de la presente investigación, Fiscales y los Abogados especialistas en Derecho del Penal del distrito judicial de Lambayeque.

Palabras clave: prueba ilícita, investigación preparatoria.

ABSTRACT

This research entitled, “Exclusion of unlawful evidence in the preparatory investigation stage of the judicial district of Lambayeque period 2015 - 2016.”, where it will be analyzed how the exclusion of illicit evidence influences in the preparatory investigation stage in Lima - 2018, with respect to the aforementioned, it is that if the exclusion of the illicit evidence is achieved in the preparatory investigation stage then the fundamental rights and freedoms of the investigated would be preserved, arriving to regulate mechanisms that seek the validity of the rights and the protection of These, all this is achieved in relation to the investigation which will be applied because we aim to solve a specific problem or specific approach and we will base whether the illegal evidence can be excluded in the preparatory investigation stage, taking into account as a population for the purposes of this investigation, Prosecutors and Lawyers two specialists in Criminal Law of the judicial district of Lambayeque.

Keywords: *illicit evidence, preparatory investigation*

INDICE

CAPÍTULO I.....	13
EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	13
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.2.1. Problema general	15
1.2.2. Problemas específicos.....	15
1.3. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	16
1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
1.5.1. Justificación	16
1.5.1.1. Desde el punto de vista científico	16
1.5.1.2. Desde el punto de vista social	17
1.5.1.3. Desde el punto de vista económico	17
1.5.2. Importancia	17
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.7. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.7.1. Objetivo General.....	18
1.7.2. Objetivo Específico	18
CAPÍTULO II.....	19
MARCO TEÓRICO – CIENTÍFICO	19
2.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN.....	19
2.1.1. Internacionales	19
2.1.2. Nacionales	20
2.2. BASE TEÓRICO – CIENTIFICO	23
2.3. MARCO DE REFERENCIA.....	23
2.3.1. MARCO TEÓRICO	23

La prueba ilícita	23
La prueba ilícita en la doctrina	27
La exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal.....	29
Teorías de las excepciones de la prueba ilícita.....	30
Test de relevancia y fiabilidad de la prueba	35
Prueba ilícita, exclusión y averiguación de la verdad. Tres vértices de un mismo triángulo	38
2.3.2. MARCO CONCEPTUAL.....	41
2.3.3. MARCO HISTÓRICO	45
La prueba ilícita en la historia	45
La teoría del “fruto del árbol envenado” (<i>fruit of the poisonous tree doctrine</i>)..	47
2.3.4. MARCO NORMATIVO	48
En el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.....	48
La prueba y su orientación constitucional.....	51
2.4.1. Hipótesis general	52
2.4.2. Hipótesis específicas	52
2.5. VARIABLES	52
2.5.1. Identificación de las variables	53
2.5.1.1. Variable independiente	53
2.5.1.2. Variable dependiente	53
2.6. DEFINICIÓN DE VARIABLES	53
2.6.1. Definición conceptual.....	53
2.6.2. Definición operacional.....	54
2.8. MATRÍZ DE CONSISTENCIA.....	59
CAPÍTULO III.....	61
MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	61
3.1. TIPOS DE INVESTIGACIÓN	61

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACION /CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS .	61
3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	61
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	63
3.5. VALIDACIÓN Y CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO.....	63
3.6. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE . DATOS	64
3.7. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS Y REPRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	64
CAPÍTULO IV	66
RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN	66
4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	81
4.3. ANÁLISIS DE EXPEDIENTE	84
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES.....	88
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90
ANEXO	95

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	66
Tabla 2	67
Tabla 3	68
Tabla 4	69
Tabla 5	70
Tabla 6	71
Tabla 7	72
Tabla 8	73
Tabla 9	74
Tabla 10	75
Tabla 11	76
Tabla 12	77
Tabla 13	78
Tabla 14	79
Tabla 15	80

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

La prueba ilícita es uno de los temas que se continúa debatiendo en la actualidad, pues esta doctrina nace en las decisiones de casos ocurridos en los EE. UU., y ha ido adquiriendo auge en el mundo, aun cuando no se ajustan, necesariamente, a las mismas características del contexto estadounidense. Pues uno de los principales aspectos polémicos que gira en torno al conflicto de la prueba ilícita es el de la protección de los derechos fundamentales y su tensión con la protección de otros bienes o valores importantes que también son protegidos por el derecho.

Consecuentemente la regla de exclusión de prueba ilícita nace en la jurisprudencia y la doctrina estadounidense. El objetivo que se perseguía con esta regla era extraer del proceso pruebas que habían sido obtenida de manera arbitraria, mediante violación de derechos fundamentales de los ciudadanos, por parte de la policía o agentes federales. Una forma de restaurar esa vulneración de derechos era excluir aquellas pruebas obtenido de ese modo.

Así mismo se establece que en la doctrina, las principales perspectivas que se hallan en cuanto a la definición de prueba ilícita son dos: a) la prueba ilícita comprendida como aquella prueba que resulta de la violación de derechos fundamentales, y b) la prueba ilícita concebida como aquella que se obtiene mediante la vulneración de normas del ordenamiento jurídico. Esta última perspectiva presenta algunas diferencias en función de los tipos de normas jurídicas vulneradas (Miranda, 2010, p. 135).

Hasta el momento se pudo analizar el problema relativo a los sentidos en que la doctrina define a la prueba ilícita. En resumen, la primera posición

se refiere a que es prueba ilícita aquella que resulta de la vulneración de derechos fundamentales, mientras que una segunda posición entiende que la prueba ilícita no es solo la que resulta de la violación de derechos fundamentales, sino que llega más allá y señala que es prueba ilícita la obtenida o practicada mediante la violación de normas del ordenamiento jurídico en general.

Sin embargo, el primer enfoque considera las pruebas ilegales como pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales. Aunque otros afirman que se trata de prueba resultante de una violación a las normas del ordenamiento jurídico, se toma en cuenta que admitir prueba prohibida viola el derecho humano al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados previsto en el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política del Perú.

El problema radica en que, a la fecha, la reconstrucción de la verdad histórica, o simplemente la búsqueda de la verdad, no se concibe como un valor absoluto en el proceso penal, sino que, por el contrario, han levantado ciertos obstáculos que el estado no puede pasar. Nos referimos a derechos fundamentales y garantías de actuación. Estos frenos se convierten en el límite de la acción estatal en los procesos penales. Cualquier acción fuera de los límites establecidos se vuelve ilegal y cualquier evidencia recopilada en el proceso se convierte en evidencia ilegal o prohibida.

Pues bien, en esta investigación se intenta descubrir la verdad real, material o histórica en el proceso penal. No se puede obtener a ningún precio, sino solo al precio legítimo de lo que es sostenible y alcanzable de acuerdo con los elevados principios del Estado de derecho. Para ello la exclusión de la prueba ilícita tiene un espacio importante para el debate ante el objetivo de la averiguación de la verdad. En general, se dice que la prohibición de medios de prueba útiles o relevantes y la exclusión de la prueba ilícita son obstáculos para averiguar la verdad; sin embargo, quizás paradójicamente, uno de los fundamentos que podrían alegarse

para prohibir o excluir esta prueba es que ello se hace en pro de la averiguación de la verdad. ¿Cómo puede la exclusión de pruebas ir en beneficio del descubrimiento de la verdad?. Esto se debe, básicamente, a la siguiente razón: la ilicitud de una prueba puede llevar a reducir su fiabilidad.

Cuando el proceso penal debe estar rodeado de garantías tan vinculantes y estables que el imputado cometa un error imposible, evitando así el castigo sobre la base de pruebas aportadas en todo el mundo. El tribunal Constitucional ha señalado que el problema del proceso penal no radica únicamente en el reconocimiento de la verdad física, sino que debe lograrse en relación con el proceso judicial de acuerdo con los principios rectores y protegido por los derechos fundamentales. Por tanto, sólo cuando se garantice esta coherencia se podrá establecer legalmente la verdad.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿De qué manera se ejecuta la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria en el Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2015 -2016?

1.2.2. Problemas específicos

- a. ¿En qué casos dentro de la etapa de investigación preparatoria se excluye a la prueba ilícita?
- b. ¿Son las deficiencias normativas las que excluyen la prueba ilícita?
- c. ¿Cómo actúa la prueba frente a la exclusión de la investigación preparatoria?

1.3. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Se desea encontrar si hay una exclusión por parte de la prueba ilícita dentro de la etapa de la investigación preparatoria, llegando analizar el distrito Judicial de Lambayeque en su periodo 2015-2016, dicho criterio de análisis actúa como énfasis a la presente investigación.

1.4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El proceso penal debe estar rodeado de garantías tan sólidas y estables que el imputado no cometa un error imposible de remediar, evitando así el castigo basado en pruebas aportadas a nivel mundial. La Corte Constitucional ha señalado que el problema del proceso penal no radica únicamente en el reconocimiento de la verdad física, sino que debe lograrse en relación con el proceso judicial de acuerdo con los principios rectores y protegido por los derechos fundamentales. Por tanto, sólo cuando se garantice esta coherencia se podrá establecer legalmente la verdad.

Por tal motivo la presente investigación propone contribuir al análisis y estudio crítico, con miras a lograr comprensión que ayuden a los operadores del Derecho a resolver eficazmente los problemas de esta naturaleza que se presenten en el ámbito de los casos concretos.

1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Justificación

1.5.1.1. Desde el punto de vista científico

En relación a lo científico tenemos que tener en cuenta la vulneración del artículo 2 inciso 10 de la constitución al admitir la prueba prohibida en el proceso penal, dicho acto aún carece de mucho análisis, teniendo en cuenta que la doctrina extranjera lo desarrolla de manera adecuada, buscando mecanismos para la mejor aplicación de derecho y buscando una seguridad jurídica para su población.

Debido a que el Estado ha abandonado su rol de garante de los derechos reconocidos, poniendo en tela de juicio la neutralidad con la que se debe actuar en la aplicación de las normas, generando además una serie de conflictos y caos en la sociedad.

1.5.1.2. Desde el punto de vista social

Esta investigación se justifica en las diversas apreciaciones por parte de la comunidad jurídica en relación a la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria, como bien es sabido nuestra legislación peruana está llena de vacíos legales, los cuales afectan la aplicación del derecho para el legislador, en relación al tema de investigación podemos encontrar que existe el Proyecto de Ley N° 4844/2015-CR que permite la admisión de la prueba prohibida en casos de corrupción de funcionarios.

1.5.1.3. Desde el punto de vista económico

Dado que, la prueba en el proceso penal es la actividad mediante la cual se busca que un tribunal condene por hechos previamente alegados por las partes. Más específicamente, en un sistema acusatorio, donde existe una clara diferencia entre los supuestos de las partes sobre el hecho, porque cuando el imputado está involucrado en la multa, el abogado debe tomar la prueba del imputado para obtener la sentencia del juez. En el delito de ser culpable, la defensa puede proponer pruebas defensivas y adoptar una tendencia de simple negación o completo silencio.

1.5.2. Importancia

La investigación es importante ya que se puede ver de una manera directa la casuística nacional impulsada por diversas doctrinas nacional e internacionales, para poder corroborar con los directos autores con respecto a la vulneración de derechos que se han fundamentado en

relación al proceso penal y la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de la investigación preparatoria.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo se consideró como limitaciones temporales el acceso a la información, pues lo que se quiere lograr es aplicar el instrumento diseñado y validado por juicio de experto a fin de contrastar y verificar las variables en relación a la investigación.

1.7. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.7.1. Objetivo General

Determinar de qué manera se ejecuta la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria en el Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2015 -2016.

1.7.2. Objetivo Específico

- a. Identificar los casos que excluye a la prueba ilícita dentro de la etapa de investigación preparatoria.
- b. Analizar si las deficiencias normativas excluyen la prueba ilícita.
- c. Describir cómo actúa la prueba frente a la exclusión de la investigación preparatoria.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO – CIENTÍFICO

2.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Internacionales

Según los doctrinarios Urbano Castrillo y Torres Morato, en su libro “La Prueba Ilícita Penal”, señalan, que:

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha evolucionado en torno a la idea de un juicio, y aunque el acuerdo no incluye reglas de procedimiento asignadas a la legislatura nacional, el derecho interno es un proceso para garantizar que se respete la protección de los derechos. Pueden hacer reclamos de discusión y objeción y aportar pruebas a su favor, y de acuerdo con la interpretación del principio del artículo 6.2 de la Convención, prueba ilegal, es decir evidencia obtenida mediante procedimientos irrazonables, restringidos e irregulares (Urbano y Torres, 2016, p. 109).

López Caballero, en su investigación titulada, “La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana”, tesis para optar el título profesional de abogado de la Universitat de Girona, en donde se concluye que:

El proceso penal moderno significa el reconocimiento y respeto de diversos derechos y garantías, el caso probatorio es un escenario clave donde surge la necesidad de este reconocimiento. Este respeto debe tener un equilibrio de interés estatal representado por una acción efectiva y la protección de los derechos individuales. Por

otro lado, para ciertas reglas derivadas de la prohibición anterior, como la regla de exclusión, se requiere un control posterior a la actividad dado que, en el caso de una solicitud, el delito debe determinarse después de la conducta, que se analiza de manera especial. Esta distinción debería poner fin a la confusión actual entre la doctrina española y el uso de prueba restringida utilizada en la jurisprudencia y los términos de prueba ilegal. La principal razón para adoptar la regla de exclusión de la prueba ilegal en el ordenamiento jurídico español fue la necesidad de proporcionar un recurso legal para hacer frente a la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales. (López, 2018, p. 112).

2.1.2. Nacionales

El maestro Lamas Puccio, en su libro denominado “Prueba Indiciaria”, concluye que:

La regla de exclusión de prueba ilegítima acepta excepciones que han sido específicamente desarrolladas en jurisprudencia extranjera, minimizando la influencia del sentido de emancipación suscitado por la aplicación de excepciones a la prueba y reemplazando los derechos individuales sobre los derechos colectivos. El peso del interés entre derechos individuales versus derechos mayoritarios implica una interpretación racional para resolver el caso de estas características. Nos referimos a una decisión equilibrada de toda persona que resuelve una controversia, considera la investigación de la verdad en el proceso penal como el objetivo supremo y, a su vez, la protección ilimitada de los derechos fundamentales de la persona humana. Es decir, se refirió a un comportamiento indudablemente admirado por la ciudadanía, no solo por ser una ciudadana que juega un papel particularmente importante en la vida nacional, sino también como presidenta del partido gobernante. Concluyeron que nuestra jurisprudencia penal general no es lo suficientemente clara como para establecer un debate sobre

pruebas consistentes, uniformes e ilegales, lo cual es importante para resolver las denuncias de lavado de activos contra la Primera Dama. En cuanto a la legalidad de la prueba, toda prueba debe ser evaluada solo si es tomada e incluida en el proceso, siempre que el proceso constitucional legal haya sido mediado, que la prueba obtenida afecte directa o indirectamente a la jurisprudencia. contenido de los derechos fundamentales de las personas con la violación, porque cualquier norma de garantía constitucional impuesta a favor de un abogado no puede ser ejecutada en su contra si no se cumple. Las violaciones de los derechos fundamentales pueden ocurrir no solo en el momento de obtener la fuente de prueba, sino también en el momento de la participación en el proceso y en el momento de la producción. Entre estas últimas se encuentran aquellas pruebas cuyas contradicciones, originalidad, garantía constitucional de propaganda y no se respetan de inmediato y no se relacionan con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (Lamas, 2017, p. 401).

El jurista Talavera Elguera, en su libro “La Prueba Penal”, precisó, que:

Otra cosa sucede cuando las violaciones procesales no afectan esos derechos, porque también se ha recordado a la Tribunal Constitucional que los reclamos no son valores formales, valores autónomos, que tienen su existencia (debilidad), sino simples medios de legítima finalidad; Por ello, aboga por una interpretación final o teleológica de las formas previstas en las leyes de procedimiento, una prueba del peso proporcional entre la sanción legal y el sujeto real del defecto, según el cual no toda irregularidad está en camino. a la ejecución. La investigación o evidencia lo lleva esencialmente a negar el valor potencial. Las pruebas obtenidas en contra de las normas que limitan el testimonio del cónyuge o determinados parientes del imputado en contra de este, son pruebas ilegítimas: prohibidas, pero no ilícitas, porque solamente

contrarían disposiciones eminentemente procesales (Talavera, 2017, p. 202).

Villegas Salazar, en su investigación titulada, “Criterios jurídicos para valorar a la prueba irregular en el proceso penal peruano”, tesis para optar el título profesional de abogado de la Universidad Nacional de Cajamarca, en donde se analiza:

El criterio legal por el cual se puede evaluar la prueba irregular dentro de un proceso penal es que no existe violación del contenido esencial de los derechos fundamentales, y pueden aplicarse excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilegal y, en ciertas circunstancias, las pruebas de peso deben aplicarse en determinados casos. No se puede descartar la realización de pruebas físicas por no vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales y, en consecuencia, no afectará a los derechos del imputado. Dependiendo del caso específico, la prueba irregular se puede presentar en una prueba de peso, para ello se muestran sus efectos obvios, de modo que se puede utilizar tanto un procedimiento como una prueba de descarga (Villegas, 2018, p. 101).

Camacho Espinoza, en su investigación titulada, “Hacia el debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus implicancias en el debido proceso penal”, tesis para optar el título profesional de abogado de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, en donde se determina:

Las reglas de exclusión se refieren a los siguientes supuestos; Por el impacto del contenido esencial de los derechos fundamentales, la irregularidad (tomada e incluida) es suficiente para comprometer con el debido proceso y debe ser valorada en base a evidencias, supuestos obtenidos de fuentes ilícitas, supuestos, objetivos, garantías y efectividad. Está determinada por los siguientes criterios;

Fuente independiente, enlace oscuro, descubrimiento inevitable; Sin embargo, las pruebas de origen ilícito que han sido introducidas legalmente y están involucradas en procesos penales, y las pruebas de fuentes ilegales excluidas por la violación de derechos fundamentales tienen un impacto directo en el proceso (Camacho, 2017, p. 92).

2.2. BASE TEÓRICO – CIENTIFICO

2.3. MARCO DE REFERENCIA

2.3.1. MARCO TEÓRICO

La prueba ilícita

En la doctrina, las principales perspectivas que se hallan en cuanto a la definición de prueba ilícita son dos: a) la prueba ilícita comprendida como aquella prueba que resulta de la violación de derechos fundamentales, y b) la prueba ilícita concebida como aquella que se obtiene mediante la vulneración de normas del ordenamiento jurídico. Esta última perspectiva presenta algunas diferencias en función de los tipos de normas jurídicas vulneradas (Miranda, 2010, p. 133).

Como ya señalamos, el primero de los enfoques considera a la prueba ilícita como aquella prueba obtenida mediante violación de derechos fundamentales; mientras que el segundo plantea que es la prueba que resulta de la vulneración de normas del ordenamiento jurídico. En los siguientes acápites desarrollaremos ambos enfoques.

A. Prueba ilícita como resultado de la violación de derechos fundamentales

Para un sector de la doctrina, la prueba ilícita se entiende como aquella prueba que se obtiene mediante violación de derechos fundamentales (Parra, 2002, p. 39).

Uno de los principales exponentes de esta postura es Miranda Estrampes, quien define la prueba ilícita como “aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales” (Miranda, 2010, p. 133).

El argumento que sustenta este punto de vista es la defensa del ideal del Estado democrático de derecho. Así, según este ideal existe razones para poder declarar una prueba como ilícita:

Desde un enfoque democrático, no autoritario, los resultados obtenidos de acciones contrarias a los derechos fundamentales son inaceptables o muy difíciles de verificar; No hacerlo, y legitimarlos, equivale a reducir su efectividad a una simple formalidad, ya que la respuesta penal, civil o disciplinaria a las acciones contra los derechos fundamentales no es del todo satisfactoria y, por supuesto, no garantiza el fondo de la investigación (Asencio, 2006, p. 246).

Este argumento se sostiene en la denominada “concepción democrática de los derechos fundamentales”, para la cual esos derechos tienen también un aspecto democrático (Häberle, 1997, p. 71).

En el mismo sentido, Bustamante Alarcón enfatiza que “los derechos fundamentales, además de ser un aspecto personal y privado, tienen un aspecto democrático y público, lo que los convierte en un estado de democracia en sí mismo, porque sin su reconocimiento y ejercicio no puede existir la democracia del sistema de política ” (Bustamante, 2018, p. 62).

Esta posición defiende la noción específica de Estado de Derecho democrático en la que los derechos fundamentales son un elemento

esencial. La presencia de los derechos fundamentales, la clara expresión del poder político por las leyes de un estado democrático y la forma de ejercicio caracterizan el paradigma del carácter. Asencio Mellado se refiere a la “validez” como uno de los aspectos de especial importancia a tener en cuenta en relación con los actos que resultan de la violación de derechos fundamentales. En este sentido, la validez va de la mano con la legitimidad, y ello se debe, en parte, a la propia prohibición que tiene el Estado de violar esos derechos fundamentales.

Un sistema democrático no debe permitir actos contrarios a los derechos fundamentales, ya que estos derechos son uno de los componentes esenciales de dicho sistema (Pérez, 2017, p. 101).

Miranda resume estas ideas afirmando que “el Estado democrático de derecho no puede permitirse el lujo de admitir y valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, pues eso sería ir en contra de las propias garantías constitucionales que constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta” (Miranda, 2018, p. 36).

B. Prueba ilícita como resultado de la violación de normas del ordenamiento jurídico

Este segundo enfoque define a la prueba ilícita como aquella que resulta de la vulneración de normas del ordenamiento jurídico. Para el estudio de esta posición tendré en consideración los criterios de varios autores que asumen esta postura, dando cuenta de algunos de los debates que se sostienen en la doctrina (Vescovi, 1997, p. 58).

Esta posición se sustenta en que “la prueba ilícita puede ser obtenida mediante la violación de normas constitucionales, legales o reglamentarias, y debe ser por ello considerada inadmisibile como principio general del derecho, aunque no exista una norma procesal expresa que proclame su nulidad” (Vescovi, 1970, p. 360).

Considero que, efectivamente, ello funcionaría como un principio del derecho, en la medida en que los principios también suelen ser concebidos como implícitos en el ordenamiento jurídico (Guastini, 1991, p. 112).

Aunque es válido aclarar que en el análisis de una institución como esta no resulta adecuado tratar las cuestiones conceptuales y las consecuencias jurídicas en conjunto, por ello no continuaré ahondando este punto sino hasta llegar a la parte que se aborde únicamente las consecuencias jurídicas de la prueba ilícita.

Otro punto discutible es el de establecer la nulidad como única consecuencia de la prueba ilícita, cuando puede haber otras alternativas de solución como son las respuestas desde el derecho civil, el derecho de daños o hasta el derecho penal que no conlleven necesariamente a la nulidad absoluta del acto en caso de que este fuese el tipo de nulidad que se aplique al caso en concreto. Pero esta es, en esencia, una discusión sobre las consecuencias de la prueba ilícita, y ello se abordará más adelante, basta con mostrar aquí que la definición de ilícita de una prueba es una cuestión independiente de los efectos que deba tener esa ilicitud.

Hasta el momento se pudo analizar el problema relativo a los sentidos en que la doctrina define a la prueba ilícita. En resumen, la primera posición se refiere a que es prueba ilícita aquella que resulta de la vulneración de derechos fundamentales, mientras que una segunda posición entiende que la prueba ilícita no es solo la que resulta de la violación de derechos fundamentales, sino que llega más allá y señala que es prueba ilícita la obtenida o practicada mediante la violación de normas del ordenamiento jurídico en general.

Luego de haber analizado los dos sentidos en que la prueba ilícita es definida por la doctrina, considero que la segunda perspectiva es la más adecuada. A mi manera de ver, la prueba ilícita es aquella prueba que resulta de la violación de normas jurídicas. Y es que, si el análisis del

concepto pretende ser lo suficientemente abarcador para los casos de prueba ilícita, entonces bajo esta concepción se permiten incluir casos de ilicitud resultantes de la violación de derechos fundamentales y de los que resulten de la violación de otras normas jurídicas. La posición defendida tiene una mayor cobertura para dar cuenta de los casos paradigmáticos de prueba ilícita, pudiendo llegar incluso, hasta los casos de prueba ilícita resultantes de la violación de normas procedimentales (o administrativas, etc.) relativas a la cadena de custodia, donde se puede ver afectada la fiabilidad de la prueba (punto que se tratará en otro acápite del presente artículo).

Los argumentos anteriormente planteados se sustentan en la definición del acto ilícito como todo acto contrario al derecho. Al final de cuentas, cuando se trata de prueba ilícita, los diferentes autores se refieren a pruebas obtenidas contraviniendo normas jurídicas ya sean normas reguladoras de derechos fundamentales u otras normas jurídicas. En ese mismo sentido, Roca afirma que “el concepto de acción ilícita se puede dibujar también a partir de la idea de violación de una norma de deber (sea que se trate de una regla de fin o de acción-prohibición o de un principio)” (Roca, 2015, p. 175).

Lo importante de esta postura es que, a pesar de su amplitud, permite delimitar mejor las consecuencias jurídicas que le vamos a atribuir a la prueba declarada como ilícita. Al tener en cuenta el tipo de norma jurídica vulnerada y la acción de la que resulta una prueba ilícita, se podrá identificar cuál sería la consecuencia que se ajuste mejor a los fines que cumple la prueba ilícita en la actividad probatoria.

La prueba ilícita en la doctrina

La doctrina distingue ambos conceptos. En la prueba prohibida, la obtención de la prueba vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales, mientras que en la prueba ilícita se infringe los procedimientos previstos para el efecto. Tal y como se adelantó, la sutil

diferenciación entre uno y otro concepto no es substancial para el propósito del presente trabajo, dada la naturaleza del examen que aquí se hace. (Peña, 2014, p. 622).

El concepto de prueba ilícita está asociado a la forma cómo ha sido obtenida, esto es, con infracción de derechos fundamentales, los cuales, incluso, pueden restringirse durante la investigación penal en virtud de la consecución de los fines legítimos del proceso penal, aunque, naturalmente, bajo ciertos límites que en ningún caso pueden invadir la esfera mínima de derechos y libertades reconocidos al investigado como persona. (Asencio, 2000, p. 27).

Asencio Mellado sostiene que esta restricción o limitación de utilizarse una prueba ilícita en el proceso penal debe valorarse de acuerdo al principio de proporcionalidad, de lo que se colegie que dicha restricción no tiene carácter absoluto, sino relativa, lo cual tiene contenido y sustento en la propia norma.

Castillo Alva define como "Pruebas ilegales" a "aquellas cuya adquisición o enjuiciamiento viola derechos fundamentales o atenta contra la legitimidad de los procesos, por lo que resultan ineficaces o inútiles procesales". En el mismo sentido, Villegas Paiva equipara los conceptos de prueba ilegal y prueba prohibida para decir que "la prueba ilegal o prueba prohibida debe entenderse como prueba obtenida y / o practicada en violación de derechos fundamentales. (Paiva, 2008, p. 74).

La infracción de derechos fundamentales puede estar reconocida en forma directa o indirecta por la Constitución Política. Por último Asencio Mellado, en la misma línea, señala que la prueba ilícita "Se refiere a la categoría jurídica, con base constitucional, que no es procesal, sino que se deriva de fuentes probatorias en violación de derechos fundamentales de carácter material". (Talavera, 2016, p. 64).

Los derechos fundamentales, que cuando se violan, dan lugar a la aparición de pruebas ilegales, son la libertad, la dignidad humana, la

voluntad humana, la permeabilidad personal, la privacidad, la confidencialidad de la comunicación, la invisibilidad del hogar, las reservas fiscales, el secreto bancario y la autodeterminación informática. (San Martín, 2014, p. 764).

La exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal

Tal y como quedó dicho, la prueba ilícita debe *ser expulsada* del proceso penal cuando vulnera directa o indirectamente derechos constitucionales sustantivos, entre otros como bien apunta San Martín Castro el derecho a la libertad personal, el derecho a la libertad domiciliaria o el derecho a la intimidad; sin embargo, la doctrina discrepa cuando contraviene derechos constitucionales “procesales”, tales como el derecho al debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional, derecho a la presunción de inocencia y el derecho de igualdad procesal. (San Martín, 2014, p. 770).

Además de las diversas visiones que puedan existir sobre la naturaleza del derecho fundamental o procesal vulnerado como sustrato de prueba ilícita, coincido con San Martín Castro, quien considera indirectamente que “la trascendencia de las violaciones procesales por parte de la participación en conflictos debe ser intereses evaluados”. Se determinó “cuando el incumplimiento de tal empresa tiene por objeto lesionar las garantías procesales básicas”.

Existe un reconocimiento positivo sobre la exclusión de la prueba ilícita del proceso penal (regla de exclusión), con el objeto de que la prueba ilícita no produzca ningún efecto sobre el cual puede fundarse en última instancia la decisión definitiva. Villegas Paiva, la define del siguiente modo:

La exclusión es el requisito de que aquellas fuentes o pruebas que fueron recibidas en violación de derechos fundamentales o incluidas en el procedimiento no tienen consecuencias legales, es decir, no

pueden ser aceptadas o evaluadas en el proceso. (Paiva, 2010, p. 207).

La norma de exclusión tiene un origen y alcance constitucional: los documentos privados que violen este requisito no tienen efecto legal; Las explicaciones obtenidas a través de la violencia no tienen valor. También está regulado explícitamente en el art. VIII.2 TP CPC: "Las pruebas reunidas directa o indirectamente que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales de una persona no tienen efecto jurídico", y en el artículo 159 de la misma ley: "Un juez no puede, directa o indirectamente, utilizar fuentes o prueba obtenida en violación del contenido de los derechos fundamentales de una persona".

Conforme se dijo, el principal efecto de la prueba ilícita es que su admisión y valoración queda prohibida, no puede ser subsanada ni convalidada, su efecto puede equipararse a su inexistencia y, con ello, todos los actos procesales que se hayan realizado a partir de la prueba ilícita. (Villegas, 2016, p. 225).

Teorías de las excepciones de la prueba ilícita

El derecho a probar, implícito también el debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pone de manifiesto y en contraste, las excepciones a la regla de expulsión de la prueba ilícita, lo que es preocupación jurisdiccional manifiesta en el Perú desde el 2004; luego el Tribunal Constitucional subrayaría en un caso concreto, el derecho a la intimidad frente a su vulneración para justificar un despido.(STC N.º 1058-2004/AA/TC, García Mendoza vs. SERPOST.).

Se conoce jurisprudencialmente en el caso de la prueba ilícita directa u originaria las siguientes excepciones recopiladas en nuestra doctrina por San Martín Castro, entre otros:

a. Buena fe

La exclusión de la prueba no ocurre porque la persona que violó el derecho fundamental actuó (razonablemente) en la creencia de que su conducta lo respetaría; por ejemplo, la policía intervino presentando una orden judicial válida para el agente, que no mostró la firma del juez, sino del oficial. Generalmente, es producto de un error o desconocimiento de la negligencia o desconocimiento del agente como hecho aislado. En el caso de León C. en 1984, los Estados Unidos "Las pruebas ilegales obtenidas mediante un registro policial con lo que parecía ser una autoridad judicial válida pero inadecuada fueron aceptadas de tal manera que se creía que los agentes de policía actuaban de buena fe".

b. Seguridad pública

El imputado no está obligado a autoinculparse, pero sin dar una señal sobre su derecho a no declarar, se obtienen datos sobre la fuente del daño público, como la ubicación de una bomba. En el caso *Quarles vs. New York* se justificó la excepción a la exclusión de prueba obtenida con violación de derecho constitucional cuando el imputado reveló donde se encontraba un arma de fuego sin previa lectura de sus derechos. (Talavera, 2016, p. 158).

c. Ponderación de intereses

Cuando dos derechos constitucionales entran en conflicto, deben ser opuestos y / o sometidos a una prueba de ponderación que se analiza en base a los principios simultáneos de conveniencia, necesidad o mínima intervención y proporcionalidad. (Irabedian, 2002, págs.95 y 96) para justificar la excepción.

d. Teoría del riesgo

El imputado está solo en los registros, si admite el delito, entonces se arriesga y no puede pretender que lo hará el juez si no atiende sus garantías. Por ejemplo, antecedentes entre coacusados, confesión de un delito a un periodista, etc.; Cuando una persona se reúne voluntariamente con otra para descubrir o informar sobre sus actividades delictivas o para

cometer ciertos actos relacionados con un delito penal, corre el riesgo de ser engañado.

e. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros o la infracción constitucional ajena.

Un área importante de la justicia nacional ha considerado la posibilidad de utilizar de manera efectiva las pruebas reunidas directamente en violación de los derechos fundamentales para condenar a los imputados que no han sufrido tal daño.

La regla de exclusión probatoria como consecuencia de la prueba ilícita

La regla de exclusión o exclusionar y rule como se le denomina en el derecho anglosajón es una regla jurídica que se establece en los ordenamientos con el fin de proteger determinados valores que subyacen en los derechos fundamentales u otros que se relacionan con bienes jurídicos que juegan un papel diferente en la sociedad y que también le interesa al Estado amparar. La regla de exclusión es la consecuencia jurídica que más comúnmente se le atribuye a la prueba ilícita, tal como se ha indicado con anterioridad. Ahora bien, ¿qué se entiende por regla de exclusión?, ¿cuál es el marco de su aplicación? Es necesario hacerse estas preguntas en aras de buscar las respuestas adecuadas para determinar cuándo es plausible o no excluir una prueba ilícita.

La regla de exclusión de prueba ilícita nace en la jurisprudencia y la doctrina estadounidense. El objetivo que se perseguía con esta regla era extraer del proceso pruebas que habían sido obtenidas de manera arbitraria, mediante violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por parte de la policía o agentes federales. Una forma de restaurar esa vulneración de derechos era excluir aquellas pruebas obtenidas de ese modo (Nieva, 2013, p. 51).

Pues bien, ¿bajo qué fundamentos se excluye la prueba ilícita? Por un lado, se defiende la idea de que la exclusión se basa en la disuasión, es decir, se debe prescindir de la prueba ilícita para enseñarles a los que violaron los derechos de los ciudadanos por lo general la policía que las pruebas obtenidas de ese modo no se van a tener en cuenta en el proceso, precisamente por el modo en que fueron obtenidas. En este primer fundamento de la disuasión lo que interesa es la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otro lado, está el fundamento de la integridad del proceso, que se explica a través de la siguiente idea: se debe extraer la prueba ilícita porque al haber sido obtenida de forma contraria a las normas jurídicas (dígase derechos fundamentales u otras normas) no debe ser tenida en cuenta como prueba por haberse obtenido como resultado de un quebrantamiento del propio ordenamiento jurídico. Sería como permitir la entrada de una prueba que devino de una violación de las normas reguladoras del propio proceso, y con ello se podría romper esa denominada “integridad del proceso”.

Muy vinculado a este segundo fundamento está el que aboga por la defensa del debido proceso. De lo cual se sigue que el debido proceso como macro garantía debe respetarse en todas las actuaciones que se realicen durante el proceso, y la prueba ilícita, al ser una prueba que en su obtención ha vulnerado el debido proceso, lo que le corresponde es la exclusión.

Teniendo en cuenta los diferentes fundamentos sobre los cuales se erige la exclusión de la prueba ilícita, corresponde plantearse las siguientes interrogantes: ¿por qué es la exclusión una regla contra epistémica?, ¿siempre que se excluye la prueba se estaría actuando bajo fundamentos contra epistémicos?.

Para muchos epistemólogos, la regla de exclusión es una regla contra epistémica, y siempre que se habla de ella es como mentarle el diablo a

muchos de los que se dedican a la epistemología. Todo ello porque en esencia “excluir” significa extraer pruebas del proceso, pruebas que, de ser relevantes, deberían formar parte de ese conjunto de elementos de juicio, que mientras más rico sea, más se acerca al cumplimiento del objetivo del proceso: la búsqueda de la verdad (Gascón, 2012, p. 77).

Sin embargo, no toda regla de exclusión de prueba funciona bajo fundamentos contra epistémicos. Ferrer afirma que la regla de exclusión de prueba puede en algunos supuestos beneficiar al cumplimiento del objetivo de la averiguación de la verdad y, por tanto, tener fundamentos epistémicos. El referido autor señala: “Lo que pretendo es demostrar que el principio general de que ninguna regla de exclusión está justificada epistemológicamente, salvo la regla de relevancia, debe ser matizada” (Ferrer, 2007, p. 73).

¿Cómo puede suceder esto?, sucede cuando se establecen reglas de exclusión en el ordenamiento jurídico que favorecen el cumplimiento del objetivo de averiguación de la verdad. Según Ferrer, una regla sobre la prueba será irracional como medio para conseguir la finalidad de la averiguación de la verdad si no es adecuada para maximizar las posibilidades de alcanzar esa finalidad (Ferrer, 2007, p. 41).

En esa línea, Gascón distingue entre reglas jurídicas epistémicas (o reglas jurídicas con fundamento epistémico) y reglas contraepistémicas, esto dependiendo de si tienen como función coadyuvar a la averiguación de la verdad o suponen, en cambio, un obstáculo para dicho objetivo (Gascón, 1999, p. 125).

Ahora bien, dicho lo anterior creo que se puede abordar el punto relacionado con el caso de que la ilicitud contamina la fiabilidad de la prueba, la propia ilicitud es la que estaría dificultando la obtención de dicho objetivo y, por tanto, su exclusión sería ir en favor de la averiguación de la verdad.

La exclusión de la prueba ilícita tiene un espacio importante para el debate ante el objetivo de la averiguación de la verdad. En general, se dice que la prohibición de medios de prueba útiles o relevantes y la exclusión de la prueba ilícita son obstáculos para averiguar la verdad; sin embargo, quizás paradójicamente, uno de los fundamentos que podrían alegarse para prohibir o excluir esta prueba es que ello se hace en pro de la averiguación de la verdad. ¿Cómo puede la exclusión de pruebas ir en beneficio del descubrimiento de la verdad? Esto se debe, básicamente, a la siguiente razón: la ilicitud de una prueba puede llevar a reducir su fiabilidad.

Antes de entrar en el punto específico que interesa es importante partir del análisis de los denominados test de relevancia y fiabilidad, como elementos esenciales para el debate y para las conclusiones a las que se pretende arribar.

Test de relevancia y fiabilidad de la prueba

Veamos ahora de qué se trata la relevancia y la fiabilidad como condiciones que deben cumplir las pruebas para ser introducidas en el proceso. Comenzaré por la explicación relativa a la relevancia porque considero que para valorar si un elemento de juicio resulta útil para el proceso primero cabría preguntarse si este cumple o no con esta condición, para luego hacerle el test de fiabilidad. No cabría plantearse la idea de contar con un elemento de prueba que sea fiable y que no sea relevante, puesto que de ser así no podría formar parte del conjunto de elementos de juicio, más adelante explico por qué (Laudan, 2006, p. 121).

Relevancia significa relación entre los elementos de juicio y las hipótesis sobre el caso dicha relación puede ser de apoyo o de refutación. Como bien afirma Twining, una prueba es relevante cuando “aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso, a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia” (Twining, 1990, p. 179).

La relevancia es especialmente importante como criterio para la selección de los elementos de juicio, puesto que funciona como un estándar lógico relativo a la conexión entre los elementos de prueba y los hechos. Al respecto, Taruffo (2008) señala:

La pertinencia es un estándar lógico, según el cual el único medio de prueba que debe introducir y examinar un juez es el que mantiene una conexión lógica con los hechos, de modo que cualquier conclusión sobre el hecho sea apoyada por ellos. Tales hechos. El concepto de coherencia se basa en la conexión lógica entre el enunciado que se expresa en el enunciado sobre el resultado esperado de la prueba y la existencia del hecho discutible (p. 38).

De la definición antes citada, interesa señalar tres cuestiones esenciales sobre el concepto de relevancia: a) los elementos de prueba mantienen una conexión lógica con los enunciados sobre los hechos; b) son esos elementos de prueba los que deben ser admitidos y tenidos en cuenta por el juzgador, y c) con esas pruebas se podrá sustentar una conclusión acerca de la verdad de los enunciados fácticos. Lo significativo de esos tres puntos es la conexión lógica que indica una relación entre el elemento de prueba y las proposiciones sobre los hechos. Esta relación puede ser de apoyo o de refutación de alguna de las hipótesis. De modo que teniendo esas pruebas relevantes se va conformando, en parte, el conjunto de elementos de juicio con el que contará el juzgador para tomar una decisión acerca de los hechos ocurridos (Taruffo, 1970, p. 135).

La relevancia es una condición necesaria para que la prueba sea admitida en el proceso, debiéndose inadmitir elementos de prueba por el simple hecho de ser irrelevantes. Además, se debe señalar que la relevancia de la prueba no es una cuestión de grado: una prueba o es relevante o no lo es (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 99).

Una vez aclaradas las ideas más importantes sobre la relevancia como criterio de admisibilidad probatoria, veamos qué se entiende por fiabilidad, segunda condición que deben cumplir los elementos de prueba para coadyuvar al objetivo de la averiguación de la verdad. La fiabilidad es un término utilizado con diversos sentidos en la doctrina (Vásquez, 2014, p. 188); sin embargo, si se trata del contexto relacionado con la actividad probatoria, la fiabilidad adquiere un determinado significado.

Según González, la fiabilidad de los datos a partir de los cuales se infiere una hipótesis es uno de los criterios que se exigen para que la misma se considere fundamentada:

En el campo de la evidencia, la credibilidad depende de cómo se puedan conocer los hechos basados en la evidencia. El conocimiento sobre ellos depende de: a) observación directa del juez, b) conclusión científica (por ejemplo, prueba de ADN), c) por otro lado puede ser el resultado de otras conclusiones. En las dos primeras partes se aumenta la confiabilidad de los hechos claros, mientras que en el último caso serán la conclusión basada en otras sugerencias (González, 2006, p. 116).

El aspecto que particulariza la fiabilidad de la prueba es el “cómo se haya llegado a conocer los hechos probatorios”, de ello dependerá que la prueba sea o no fiable. Siendo así, considero que importa el “cómo se adquirió el conocimiento sobre los hechos”, pero ese “cómo” debe complementarse con otro elemento: “por medio de qué mecanismos se llegó a ese cómo”.

Los mecanismos utilizados para llegar al “cómo se adquirió ese conocimiento” se refieren al modo por el cual se puede verificar la adquisición del conocimiento: un testimonio, documento u objeto ocupado, etcétera. Se debe tener en cuenta ambos elementos para cada prueba en particular porque el modo de medir y verificar la fiabilidad depende del objeto respecto del cual se la quiere elucidar; es decir, según

cuál sea el objeto serán distintos los mecanismos a utilizar para que se afirme si la prueba extraída resulta fiable o no. (Devis, 2002, p. 98).

Como bien afirma Laudan, refiriéndose a las pruebas materiales y testimoniales, “estas son fiables solo cuando se tienen fundamentos sólidos para creer que son verdaderas” (Laudan, 2013, p. 177). Con estas ideas en mente, que sirven como base para lo que sigue, se explicará a continuación la tríada que forman la prueba ilícita, la exclusión y la averiguación de la verdad, considerados como los vértices del triángulo procesal entorno a la verdad. En los supuestos donde se da una prueba ilícita es necesario pensar en cómo se logra ese objetivo la búsqueda de la verdad con o sin exclusión de prueba.

Prueba ilícita, exclusión y averiguación de la verdad. Tres vértices de un mismo triángulo

Como ya se ha venido explicando, una parte de la doctrina manifiesta que la exclusión de prueba ilícita es un obstáculo para descubrir la verdad de los enunciados sobre los hechos. Este argumento se basa en la asunción de que el objetivo de la prueba es la búsqueda de la verdad; así, declarar a una prueba como ilícita y excluirla podría disminuir el caudal de información relevante con que se cuenta en el proceso, de tal modo se estaría obstaculizando el cumplimiento de ese objetivo (Taruffo, 1992, p. 332).

En ese sentido, se puede afirmar que la ilicitud de una prueba puede conllevar a reducir su fiabilidad, y una prueba con déficit epistémico (con afectación en su fiabilidad) debe ser excluida. La exclusión en este caso encuentra fundamento en la búsqueda de la verdad, o sea, se realiza u optimiza el fin de la averiguación de la verdad, puesto que una prueba afectada en su fiabilidad no podrá aportar en nada al proceso.

La explicación de algunos ejemplos puede ayudar a la claridad de las ideas indicadas. Primer ejemplo: “X” graba las conversaciones telefónicas

de “Y” sin autorización judicial, y la prueba obtenida, en este caso la grabación de esa conversación telefónica, es declarada como ilícita. Este ejemplo tiene dos puntos relevantes. El primero de ellos referido a que la grabación telefónica se realizó sin autorización judicial, y el segundo punto es que como consecuencia de la falta de esta autorización la prueba se declara ilícita, ello a causa de la violación de un derecho fundamental secreto de las comunicaciones.

Ahora bien, ¿la ilicitud afecta a la fiabilidad de la prueba en este supuesto?; al menos en principio pareciera que la respuesta es “no”, ya que existen mecanismos para verificar si una grabación ha sido manipulada o no. De manera que se puede demostrar la autenticidad de dicha grabación, y con ello se podría afirmar que no hubo afectación en la fiabilidad de esa prueba. Que la ilicitud pueda afectar la fiabilidad de la prueba es una cuestión contingente, pero, en caso de que sucediera, es importante analizar su connotación.

Veamos un segundo ejemplo: “Z”, agente policial, realiza un registro en el domicilio de “W” sin autorización judicial ni la presencia de testigos, y de ello establece que en el domicilio se encontró drogas y armas de fuego. Al igual que en el primer ejemplo, hay un punto que funciona como causal de la ilicitud: la violación de un derecho fundamental inviolabilidad del domicilio, derecho a la intimidad, etc. Asimismo, se ha vulnerado, en este caso, uno de los requisitos legales establecidos para realizar el registro, la presencia de dos testigos. En este segundo ejemplo, el problema es diferente, porque ante la ausencia de testigos se torna difícil verificar la veracidad de lo declarado, es decir, que durante el registro se encontró drogas y armas de fuego. La ilicitud en este supuesto sí afecta a la fiabilidad de la prueba, ya que, si no hubo presencia de testigos que sirvan como garantía, la prueba es menos fiable. Si no hay testigos en el registro, hay una afectación en la fiabilidad de la prueba, es decir, como señala Ferrer, “hay un déficit epistémico en la prueba” (Ferrer, 2016, p. 84).

En ambos ejemplos subyace la violación de un derecho fundamental como causa principal de la ilicitud. Lo que hace la diferencia es que en el segundo de los casos hay, adicionalmente, una imposibilidad de verificar el valor epistémico de lo obtenido. Esta imposibilidad como particularidad del segundo supuesto es lo que conlleva a que se afecte la fiabilidad de la prueba y, por tanto, el fin de búsqueda de la verdad. De ahí que en el segundo caso se pueda justificar la exclusión de prueba con base en fundamentos epistémicos.

La fiabilidad puede afectarse también en un caso de incumplimiento de normas relativas a la cadena de custodia. La cadena de custodia es un procedimiento destinado para garantizar la integridad de las pruebas (las que precisen de ella). Dicha integridad contribuye con el criterio de fiabilidad al que me estoy refiriendo, por tanto, la cadena de custodia tiene fundamentos epistémicos para existir. Entonces, violar la cadena de custodia puede tener implicaciones epistémicas y no solo legales o morales, con esta violación podría ocasionarse una afectación en la fiabilidad de la prueba.

La violación de la cadena de custodia se aborda como un punto importante por dos cuestiones. Uno, porque se puede ver afectada la fiabilidad (con lo que ello implica); y dos, porque puede verse como ejemplo de la violación de normas que no tienen rango de derechos fundamentales y, sin embargo, ello puede resultar en una prueba ilícita.

Pues bien, he de subrayar que la fiabilidad, a diferencia de la relevancia, es un criterio gradual, lo que implica que puede haber una prueba con mayor o menor grado de fiabilidad. Una prueba debe tener un mínimo de fiabilidad para que sea incorporada al acervo probatorio junto al resto de los elementos de juicio. Aunque, en la medida en que mayor sea el grado de fiabilidad (además de ser relevante), mayor serán las probabilidades de averiguar la verdad sobre lo ocurrido.

Una prueba ilícita en ocasiones se ve afectada en su fiabilidad como ya se distinguió en los ejemplos antes expuestos, pero no necesariamente tiene que afectarse la fiabilidad de la prueba cuando esta es ilícita, ello dependerá del tipo de prueba que se trate y según el caso concreto. Pero, si la ilicitud produce una prueba menos fiable, se estará viendo afectada esa búsqueda de la verdad, precisamente porque el conjunto de elementos de juicio contará con pruebas que tienen un déficit epistémico en detrimento de ese objetivo.

El hecho de que un elemento de prueba pase con éxito el juicio de fiabilidad en modo alguno implica la verdad del enunciado fáctico que se dirige a probar. La fiabilidad y la relevancia son juicios sobre la posibilidad de usar una prueba concreta como instrumento de apoyo o de refutación de las hipótesis fácticas. Aun así, ambas funcionan como condiciones necesarias que deben tenerse en cuenta para el ingreso de las pruebas en el proceso en aras de coadyuvar a la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido. Y si a ello se suma la posibilidad de excluir la prueba con fundamento epistémico, creo que se completarían los vértices del triángulo de la justicia, con elementos de prueba relevantes y fiables, los cuales deben introducirse en el proceso, pero en caso de que haya que excluirlos, esta acción también deberá hacerse en favor de la verdad.

2.3.2. MARCO CONCEPTUAL

• Prueba

Se entiende todo aquel medio probatorio o fuente de prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental o bien jurídico constitucionalmente protegido.

• Prueba ilícita

El medio de prueba cuya ilicitud se cuestiona, mínimamente debe haber sido ofrecido como parte del caudal probatorio de la fiscalía; y mientras ese acto procesal no se haya producido, no estará cumplida una condición para que las partes puedan oponerse a que determinado medio

de prueba o elemento de convicción sea llevado a juicio, pues, dentro de las facultades discrecionales con las que cuenta el Ministerio Público es decidir de acuerdo a su estrategia de defensa los medios probatorios que ofrecerá para acreditar sus pretensiones.

- **Investigación preparatoria**

La fase de investigación, el proceso previo al juicio y la investigación formalizada por el Ministerio de Asuntos Públicos y la Policía Nacional del Perú para recabar y recabar pruebas para la condena del CPP de 2004, que se utilizarán para que el director investigador pueda asistir en sus solicitudes de contratación. Debe entenderse por investigación preliminar y proceso probatorio el que las partes realicen ante el juez sobre las determinaciones del juez penal en la audiencia para presentar sus pruebas y mostrar sus propuestas reales que forman parte de su teoría del caso. Al respecto, el ministerio público en el centro de investigación monitorea de oficio las acciones investigativas y las propuestas por las partes.

- **Prueba indiciaria**

García señala: “En la teoría procesal, la prueba se entiende generalmente como prueba destinada a convencer al poder judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen una hipótesis de enjuiciamiento, pero que, según el derecho científico, permiten que las reglas razonables de la lógica o las máximas de la experiencia tengan por efecto. un particulaR. (García, 2011, p.33).

- **Diligencias preliminares**

Este "proceso preliminar" comprende la duración inicial y muy corta de la investigación del delito y la totalidad de las diversas actuaciones, algunas consideradas y planificadas y otras circunstanciales, previas a la apertura formal de la investigación, que confirmarán o negarán la existencia de ilegalidad. (Sánchez, 2005, p. 55).

- **Ministerio Público**

El estándar indica que se requiere la presencia del demandante, pero se pueden hacer excepciones cuando el demandante no es el primero en llegar a la noticia del crimen y dice que iniciará los procedimientos previos al juicio. Dijo que los procedimientos podrían haberse llevado a cabo por su cuenta o requerir la intervención de la policía (artículo 329° y 330° inciso 1).

• **Policía Nacional**

La policía nacional del Perú es quien se encarga de brindar seguridad y cuidar el orden interno de la sociedad.

• **Elementos de convicción**

"Los elementos de una condena con arreglo al artículo 326 del Código de Procedimiento Penal consisten en los resultados de las actuaciones llevadas a cabo en la fase preparatoria, que conducen a la identificación de los delitos penales y a la identificación de los autores y participantes como base para el enjuiciamiento penal de personas por las que informan". (Doctrina del Ministerio Público).

• **Teoría del caso**

Una promesa u oferta consiste en que la fiscalía y / o la defensa envíen a un juez para examinar los hechos a probar. la evidencia que tengo y el significado legal que tiene. (Rojas Yactayo, Fiscal Superior).

• **Partes procesales**

Las partes procesales son las personas que intervienen en un determinado proceso, ya sea con legitimidad procesal u legitimidad para obrar.

• **Investigado**

Es la persona sindicada por la comisión de un delito, el cual afronta un proceso para determinar su inocencia.

• **Acusado**

Es la persona que después de una investigación penal, se le encuentra responsable de un ilícito penal.

- **Órganos de persecución penal**

Según el Código Procesal Penal el único responsable de la persecución penal es el Ministerio Público, en coordinación con la Policía Nacional del Perú.

- **Derecho de defensa**

Es un derecho constitucional que le corresponde a toda persona que enfrenta una investigación, este derecho empieza desde que la persona es detenida y hasta que termine su proceso.

- **Presunción de inocencia**

Es un derecho constitucional que goza toda persona a no ser privado de su libertad mientras no se demuestre su responsabilidad, esto según el artículo 2° inciso 24, literal e), de la Constitución Política del Perú.

- **Legislación comparada**

Tiene que ver con las opiniones de diferentes autores de los diferentes países respecto de un tema en específico.

- **Prueba ilícita**

Se infringe los procedimientos previstos para el efecto.

- **Debido proceso**

El debido proceso es un derecho constitucional de toda persona, a la que se le respeta sus derechos fundamentales como: derecho de defensa, a presumir su inocencia, derecho de contradicción, a una debida motivación de resoluciones, etc.

- **Derecho a la tutela jurisdiccional**

Es estado está en la obligación a proteger los derechos constitucionales de las personas y velar por que no se vena vulnerados por ninguna autoridad u cualquier otra persona.

- **Derecho de igualdad procesal**

Toda persona tiene derecho a estar en iguales condiciones al momento de enfrentar un proceso, a que se le brinde la oportunidad de presentar sus descargos por hechos que se imputen, además que se le garanticen una igualdad sin discriminación de ningún tipo.

- **Sentencia**

Es la parte final dentro de un proceso penal, donde el Juez a través de una resolución motivada se pronuncia respecto a los hechos en controversia y según los medios probatorios ofrecidos por las partes.

- **Delito**

Es toda conducta típica, antijurídica y culpable de acción u omisión que contraviene la norma Penal y puede ser cometida por cualquier persona.

2.3.3. MARCO HISTÓRICO

La prueba ilícita en la historia

La prueba ilícita tiene sus principales asideros históricos en la jurisprudencia estadounidense de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, en casos relativos a registros e incautaciones arbitrarias, decidió que debía prevalecer la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación desmedida de los agentes del Estado.

También se pueden encontrar referentes históricos importantes en Inglaterra y Alemania entre finales del siglo XVIII e inicios del siglo XX. En la Alemania de 1903, Beling acuñaba la expresión “prohibiciones probatorias” para referirse a los límites impuestos a la averiguación de la

verdad en el proceso penal, cuestión que tuvo similar acogida en Inglaterra en el análisis de casos donde se valoró que la confesión arrancada bajo presión no tenía validez alguna para el proceso (Belling, 1903, p. 74).

Ahora bien, teniendo en cuenta dichos referentes históricos la interrogante sería: ¿cómo llega la doctrina de la prueba ilícita a la actualidad? Por lo general, la doctrina relativa a la prueba ilícita llega acompañada de la regla de exclusión probatoria. Además, llega con los vaivenes propios del abordaje de un tema tan complicado y polémico. Vaivenes entre las posiciones que se encuentran a favor o en contra de declarar una prueba como ilícita; y luego de declarar su ilicitud, se debe determinar qué corresponde hacer con esta: si se debe excluir o no; aplicar otras alternativas concernientes al derecho de daños, derecho civil y hasta del derecho penal, etc.

Estudiar un tema como el de la prueba ilícita implica que haya que enfrentarse a todos los problemas que giran en torno a ella y que son variados. Por un lado, están los de índole conceptual, y por otro, los relativos a las consecuencias atribuibles a la prueba ilícita. En este espacio me dedicaré especialmente a la cuestión de la regla de exclusión, como una de las consecuencias fundamentales que se le atribuyen a la prueba ilícita, y a uno de los fundamentos centrales que considera a la prueba ilícita como obstáculo al objetivo de la averiguación de la verdad en el proceso.

Para realizar este análisis comenzaré por ahondar un poco en la definición de prueba ilícita y las principales posiciones doctrinales al respecto. Luego me referiré a la regla de exclusión como la consecuencia que se aplica más comúnmente a la prueba ilícita, al mismo tiempo que estudiaré lo que se denominó test de relevancia y fiabilidad entendido como todo acto de verificación que debe aplicarse a cada uno de los elementos de prueba con los cuales se conformará el conjunto de elementos en el juicio. Por último, explicaré qué sucede cuando se

declara la exclusión de una prueba ilícita y cómo es que no necesariamente se tiene que obstaculizar la búsqueda de la verdad sobre los enunciados fácticos en el proceso.

Veamos ahora el punto relacionado a qué se entiende por prueba ilícita y cuáles son los principales sentidos en que esta es definida, pues en la medida en que se tenga clara la definición se podrá establecer con mayor precisión la función de la exclusión como una de las consecuencias jurídicas de la prueba ilícita y bajo qué fundamentos se puede sostener la misma.

La teoría del “fruto del árbol envenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*)

Como se ha adelantado, el problema de la prueba ilícita debe partir de la consideración de que las agendas llegaron a manos del Estado (Procuraduría Pública de Lavado de Activos) por parte de privados. Esta cuestión es de primera importancia, ya que las normas del Código Procesal Penal están pensadas en la lógica de que hayan sido los propios órganos de persecución estatales quienes infringieran las normas procesales (por ejemplo, no se le informa al cónyuge del investigado que puede guardar silencio; en el derecho alemán). Es por ello que Roxin señala: "Cuando estas personas proceden ilegalmente con esto (por ejemplo, roban documentos) y así ponen las pruebas a disposición de los investigadores, se investiga si las pruebas obtenidas pueden ser valoradas en el proceso penal. Dadas las disposiciones del Código Procesal Penal "Los procesos penales alemanes (y, sobre todo, la prohibición de métodos externos) están dirigidos únicamente a las autoridades fiscales, tales pruebas son, en principio, válidas". (Roxin, 2000, p. 206).

La regla en el derecho procesal penal alemán, es la siguiente: cuando se trata de pruebas ilícitas por parte de particulares, la perfecta valoración de los medios probatorios. La excepción a esta regla se produce cuando el particular obtiene la prueba mediante una extrema violación de los

derechos humanos. La justicia alemana, en ese sentido, excluyó una confesión lograda a base de insoportables tormentos.

a) Teniendo ya una primera aproximación a la forma de resolver la problemática, veamos ahora algunas posturas frente a la “teoría del fruto del árbol envenenado” (en el derecho alemán: *Theorie der Früchte des verbotenen Baumes*). Como se sabe, esta teoría se originó en los Estados Unidos. Ejemplifiquemos su aplicación práctica, en aplicación de esta teoría no solamente se debería excluir la confesión obtenida por medios ilícitos, sino que el efecto extensivo (*Fernwirkung*) de la prohibición llegaría hasta las mismas muestras de sangre que ya no podrían ser aprovechados para probar su culpabilidad. Otro ejemplo: ya no se podrían utilizar los documentos comerciales del acusado quien se vio forzado a revelar, bajo tortura, el lugar donde se encontraban escondidos.

2.3.4. MARCO NORMATIVO

En el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116

En el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116, la Corte Suprema establece la condición mediante la cual procede excluir una prueba ilícita. Su f. j. N.º 17, dice literalmente:

De manera similar, a través de una audiencia de custodia, se puede hacer una solicitud para excluir el material potencialmente recibido cuando esto sea la base para una acción o acción adicional, siempre que no haya una manera adecuada de lograr este objetivo y para que ellos lo hagan. Influencia o violación de cualquier derecho fundamental de un acusado y se encuentra establecido en el artículo 71 NCPP [...].

En consecuencia, la exclusión no procede en todos los casos, sino solo en aquellos que habiendo sido obtenida vulnerando derechos

fundamentos, la prueba sirvió de sustento para la imposición de medidas de coerción de naturaleza penal u otros actos propios del proceso penal.

En la Resolución N.º 9, materia de la presente investigación, la Sala Penal Nacional atribuye una importancia capital a la oportunidad en la cual una prueba considerada ilícita puede ser objeto de tutela de derechos, negando la posibilidad, en primer término, de cuestionar precisamente su ilicitud en la etapa de investigación preparatoria.

La etapa de investigación preparatoria conforme a su denominación constituye una de preparación del juicio, en la que no se realiza actividad probatoria; solo se considera prueba a la practicada dentro del juicio, ante los jueces de juzgamiento bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, y es la que será valorada en la sentencia (artículos 356 y 393). (Resolución N.º 9-2017, 2017).

La Sala señala, además, que la oportunidad para solicitar la exclusión de la prueba ilícita debe producirse cuando está ya ha sido ofrecida por el fiscal:

Este acto procesal no se haya producido, no estará cumplida una condición para que las partes puedan oponerse a que determinado medio de prueba o elemento de convicción sea llevado a juicio, pues, dentro de las facultades discrecionales con las que cuenta el Ministerio Público es decidir de acuerdo a su estrategia de defensa los medios probatorios que ofrecerá para acreditar sus pretensiones. (Resolución N.º 9-2017).

Sin embargo, esta regla general adoptada por el Colegiado tiene excepciones, reconocido por él mismo, a través de las cuales puede solicitarse la expulsión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria cuando se cumplen las condiciones previstas en el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-2016, estudiado *supra* (servir de base de medidas coercitivas y diligencias).

En ese sentido, Talavera indica que el momento adecuado para examinar las circunstancias en las que se obtuvo la fuente de prueba radica durante su admisión al proceso. (Talavera, 2010, p. 248).

En la fundamentación de su decisión, el Tribunal realiza un examen detallado acerca de la cuestión que le fue planteada consistente en que si las agendas (pruebas) dieron lugar al establecimiento de medidas cautelares, así como a reiterados actos de investigación, condiciones que, como hemos visto, de cumplirse, deberían dar lugar a que se declare fundada la tutela de derechos solicitada por los investigados.

En ese sentido, el razonamiento del Tribunal se centró en dos aspectos: el primero, en determinar si las agendas sirvieron de sustento para imponer la medida de coerción personal de comparecencia con restricciones, lo que resuelve el Colegiado no se produjo por existir otros elementos de convicción además de las agendas; y, segundo, en determinar si la agenda dio lugar a diferentes actos de investigación, lo que en efecto aconteció mediante declaraciones de los investigados, declaraciones de testigos, requerimiento de informes, pericia grafo técnica y otros.

En el supuesto anterior y en la medida que las agendas dieron lugar a otros actos de investigación, el discurrir argumentativo efectuado por el Colegiado condujo a prestar atención a la ilicitud de la prueba por haber sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de los imputados, para quien el superior jerárquico no existieron suficientes elementos de convicción que corroboren lo sustentado por la defensa técnica de los imputados, más aún cuando la sustracción ilegal aducida no fue realizada por el fiscal. (Sala Penal Nacional, Resolución N.º 9-2017).

Finalmente, se debe destacar que, en su análisis, el Tribunal concluye que al no haber violación de los derechos fundamentales de los

investigados al momento de la obtención de la prueba cuya ilicitud se cuestiona vía tutela de derechos, esta no es ilícita, por lo que su exclusión no tiene asidero.

La decisión jurisprudencial bajo examen responde, pues, a los estándares normativos prescritos, donde los argumentos elaborados por la Sala confirman en lo sustancial la motivación realizada por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional.

La prueba y su orientación constitucional

El derecho a la prueba puede conceptualizarse como el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensable para la decisión del litigio sometido a proceso; sin embargo, el motivo del presente artículo no es efectuar un análisis dogmático de esta institución, sino evaluar el derecho de las partes procesales a que los medios probatorios ofrecidos sean admitidos por el juez de juzgamiento bajo una orientación constitucional que adopta el CPP. (Cafferta, 2000, p. 4).

Así mismo, afirmo que el derecho a la prueba si bien es un derecho fundamental; empero, este tiene peculiaridades al tener dos dimensiones: subjetiva y objetiva. Según la primera, Las partes de un proceso o proceso tienen derecho a presentar las pruebas necesarias para establecer los hechos que constituyen su reclamo o defensa ante terceros o legítimos; en segundo lugar, el caso incluye también la solicitud, el procedimiento y el deber del juez de asegurar los méritos legales correspondientes a los medios de sentencia. Otro aspecto necesario de conocer, es que este derecho no es absoluto, pues tiene un límite intrínseco y otro extrínseco indispensable de aprender para fines de establecer su factibilidad. (Expediente N.º 1014-2007-PHC/TC, 2004).

Finalmente, dentro del escenario procesal penal cobra también relevancia el derecho a probar, debido a que su reconocimiento está ligado, casi

exclusivamente, con la presunción de inocencia, disposición que guarda correlato con lo prescrito en el art. 2.24.e de la Constitución Política del Perú, que reproduce lo estipulado por el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Expediente N.º 4831-2005-PHC/TC, p. 2005)

2.4. HIPÓTESIS

2.4.1. Hipótesis general

Si se determina la ejecución de la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria entonces se preservaría los derechos y libertades fundamental del investigado llegando a regular mecanismos que buscan la vigencia de los derechos y la tutela de estos.

2.4.2. Hipótesis específicas

- a. Si se identifican los casos de exclusión de prueba ilícita dentro de la etapa de investigación preparatoria, entonces estos casos se pueden tomar como referencia para poder darle solución al problema planteado.
- b. Si se analiza las deficiencias normativas entonces se determina que estas son las causas para la exclusión de la prueba ilícita.
- c. Si se describe cómo actúa la prueba frente a la exclusión de la investigación preparatoria, entonces se podrá llegar a determinar la verdad de los hechos materia de imputación.

2.5. VARIABLES

2.5.1. Identificación de las variables

V1: La prueba ilícita

V2: Investigación preparatoria

2.5.1.1. Variable independiente

V1: Investigación preparatoria

2.5.1.2. Variable dependiente

V2: La prueba ilícita

2.6. DEFINICIÓN DE VARIABLES

2.6.1. Definición conceptual

• Investigación preparatoria

Es una etapa la cual está formada por el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú en donde tienen como objetivo recoger todo tipo de prueba denominado elementos de convicción según nuestro código Procesal Penal del año 2004 para ser utilizados en dicha investigación para que puedan sustentar aquellos pedidos de diligencia.

• La prueba ilícita

Es un medio probatorio en donde se ofrece por parte del causal probatorio de la fiscalía se le considera como un elemento de convicción para que luego esto sea llegado a juicio y sea juzgado teniendo en cuenta su valoración, este medio de prueba debe ir de acuerdo con la defensa y las pretensiones que acrediten las partes.

• Exclusión de la prueba

Se denomina regla de exclusión a la exigencia de que aquellas fuentes o medio de pruebas que hayan sido obtenidas o incorporadas al proceso

mediante vulneración de derechos constitucionales, no produzcan ningún tipo de efecto legal, es decir no deberán ser admitidas ni valoradas en el proceso.

2.6.2. Definición operacional

- **Investigación preparatoria**

Constituye una de preparación del juicio, en la que no se realiza actividad probatoria; solo se considera prueba a la practicada dentro del juicio, ante los jueces de juzgamiento bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.

- **La prueba ilícita**

Valora los medios probatorios para llegar a un juicio de apariencia y verosimilitud sobre la realización del hecho criminal y sobre la autoría o participación, profundas discusiones debido a los valores que se conjugan, al decir que un proceso es nulo por razón de que las pruebas sean prohibidas o se practicaron con violación de normas fundamentales o por el desconocimiento de procedimientos legalmente determinados.

- **Exclusión de la prueba**

La excepción de la fuente independiente señala que no procede la exclusión si existen otras pruebas que para su obtención no se ha dependido causalmente de la prueba ilícita sino se deriva de una fuente independiente. No requiere previo pronunciamiento fiscal o judicial respecto de la ilicitud incurrida en su obtención.

2.5. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍNDICES	INSTRUMENTO DE MEDICIÓN
VI: Investigación preparatoria	Es una etapa en la cual tiene participación el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú instituciones que tienen como objetivo recoger todo tipo de prueba, denominados elementos de convicción según nuestro Código Procesal Penal, los mismos que son	Constituye una etapa de preparación del juicio, en la que no se realiza actividad probatoria; solo se considera prueba a la practicada dentro del juicio, ante los jueces	Procesal Penal	Art. 334 CPP	Análisis	Encuesta

	utilizados en dicha investigación para sustentar pedidos de diligencia.	de juzgamiento bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción y concentración.				
VD: La prueba ilícita	Es un medio probatorio que es ofrecido dentro del caudal probatorio de la fiscalía. Se le considera como un elemento de convicción para que luego esto sea llegado a juicio y sea juzgado teniendo en cuenta su valoración, este medio de prueba debe ir de acuerdo con	Valora los medios probatorios para llegar a un juicio de apariencia y verosimilitud sobre la realización del hecho criminal y sobre la autoría o participación, profundas	Medios probatorios. Valoración de la prueba	Objeto de prueba. Vulneración de derechos	Acreditación Admisión del juez	Encuesta

	la defensa y las pretensiones que acrediten las partes.	discusiones debido a los valores que se conjugan, al decir que un proceso es nulo por razón de que las pruebas sean prohibidas o se practicaron con violación de normas fundamentales o por el desconocimiento de procedimientos legalmente determinados.				
--	---	---	--	--	--	--

VD: Exclusión de la prueba	Se denomina regla de exclusión a la exigencia de que aquellas fuentes o medio de pruebas que hayan sido obtenidas o incorporadas al proceso mediante vulneración de derechos constitucionales, no produzcan ningún tipo de efecto legal, es decir no deberán ser admitidas ni valoradas en el proceso.	La excepción de la fuente independiente señala que no procede la exclusión si existen otras pruebas que para su obtención no se ha dependido causalmente de la prueba ilícita sino se deriva de una fuente independiente. No requiere previo pronunciamiento fiscal o judicial	Limitación de medios de prueba.	Pertinencia Prohibición	Analogía	Encuesta
-----------------------------------	--	--	---------------------------------	--------------------------------	----------	----------

		respecto de la ilicitud incurrida en su obtención.				
--	--	--	--	--	--	--

2.8. MATRÍZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS
P. General	O. General	H. General
¿De qué manera se ejecuta la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria en el Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2015 - 2016?	Determinar de qué manera se ejecuta la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria en el Distrito Judicial de Lambayeque periodo 2015 -2016.	Si se determina la ejecución de la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria entonces se preservaría los derechos y libertades fundamental del investigado llegando a regular mecanismos que buscan la vigencia de los derechos y la tutela de estos.
P. Específicos	O. Específicos	H. Específicas
a) ¿En qué casos dentro de la etapa de investigación preparatoria se excluye a la prueba ilícita?	a) Identificar los casos que excluye a la prueba ilícita dentro de la etapa de investigación preparatoria.	a) Si se identifican los casos de exclusión de prueba ilícita dentro de la etapa de investigación preparatoria,

b) ¿Son las deficiencias normativas las que excluyen la prueba ilícita? c) ¿Cómo actúa la prueba frente a la exclusión de la investigación preparatoria?	b) Analizar si las deficiencias normativas excluyen la prueba ilícita. c) Describir cómo actúa la prueba frente a la exclusión de la investigación preparatoria.	entonces estos casos se pueden tomar como referencia para poder darle solución al problema planteado. b) Si se analiza las deficiencias normativas entonces se determina que estas son las causas para la exclusión de la prueba ilícita. c) Si se describe cómo actúa la prueba frente a la exclusión de la investigación preparatoria, entonces se podrá llegar a determinar la verdad de los hechos materia de imputación.
--	--	--

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo básica, y se desarrollará bajo el nivel correlacional.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACION /CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La presente investigación se desarrollará bajo el método no experimental, transversal correlacional, mediante descriptivo. El diseño de la investigación es básicamente un plan para recopilar datos, aunque algunos autores incluyen un plan para realizar principalmente pruebas estadísticas, análisis de datos. El plan de recolección debe ser lo más simple y económico posible, aunque esto no debe significar que el modelo de investigación se pueda realizar en horas o días: la investigación puede llevar meses y años. (Hernández & Baptista, 2018).

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.3.1. Población

Es un grupo de personas u objetos que desea conocer durante una investigación. "El universo o población puede estar formado por personas, animales, historiales médicos, nacimientos, muestras de laboratorio, accidentes de tráfico, etc." En nuestro campo pueden ser artículos de prensa, editoriales, películas, videos, novelas, series de televisión, programas de radio y por supuesto personas. (Hernández & Baptista, 2018).

Se considera como población para efectos de la presente investigación, Fiscales y los Abogados especialistas en Derecho del Penal del distrito judicial de Lambayeque.

Fiscales	Fiscalía Corporativa Penal	10
	Asistentes judiciales	10
	Practicantes	5
Abogados penalistas	Consultorios jurídicos	10
	Asistentes	5
	Practicantes	10

3.3.2. Muestra

La técnica de muestreo es el proceso de muestreo de una población, cuando la muestra es parte de la población disponible o está claramente seleccionada para el estudio de esa población. Las muestras pueden ser simples, dobles o múltiples, dependiendo de si elige una plantilla, dos plantillas o más de dos plantillas.

Cuando los resultados del primero no son suficientes o definitivos, es necesario retirar la segunda muestra. Por ejemplo, el investigador toma otro ejemplo aleatorio de personas que no respondieron al cuestionario y visitaron temas seleccionados para obtener más información y credibilidad de la información (Hernández & Baptista, 2018).

La muestra la conforman los Fiscales y los Abogados especialistas en Derecho del penal, lo cual hace un total de 50 personas.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Encuesta

Si es posible, se utilizará un cuestionario, que se puede aplicar para dar una opinión sobre las sentencias dictadas a los abogados de la ciudad de Lambayeque. La técnica de muestreo es el proceso de muestreo de una población, cuando la muestra es parte de la población disponible o está claramente seleccionada para el estudio de esa población.

Las técnicas experimentales deben ser teóricas y experimentales o experimentales contradictorias o válidas. Experimentalmente porque no pueden funcionar, y teóricamente, porque, aunque funcionen, tal trabajo puede ser por alguna razón distinta a la asumida (Hernández & Baptista, 2018).

3.5. VALIDACIÓN Y CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO

Según (Hernández & Baptista, 2018), La confiabilidad de un instrumento de medición se refiere al grado en que su aplicación repetida sobre el mismo sujeto u objeto del objeto da resultados similares, entonces se puede decir que la confiabilidad indica un instrumento: similar a un estudio de preguntas utilizadas por la mayoría de más de un resultado.

De igual forma, a juicio de los peritos, se verificó la validez del equipo, mediante los criterios de evaluación interna, se verificó que el instrumento se elaboró a partir de un concepto técnico, los parámetros, indicadores y ítems se rompieron, así como una evaluación sistema basado en sus objetivos de investigación establecidos Gestión para medir lo que se ha sugerido.

La validez de los instrumentos será valorada a través del juicio de expertos para los cuales se solicitará el apoyo de especialistas en la materia.

3.6. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

La investigación actual involucra el método de resta el cual tiene parámetros positivos desarrollados en el complejo de conclusión, considerando que la conclusión es un resultado de premisa necesaria: cuando la premisa es positiva y el razonamiento deductivo es válido, no hay forma de que la conclusión no sea real (Hernández & Baptista, 2018).

3.7. ANÁLISIS ESTADÍSTICOS Y REPRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Presentación de datos

Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera (Hernández & Baptista, 2018):

- a. Los datos cualitativos, serán presentados en fichas.
- b. Los datos cuantitativos, serán presentados en cuadros y gráficos.
- c. También podrá incluirse fotografías y filmaciones editadas.

Procesamiento de datos

Estado a lo precedentemente expuesto, el trabajo de gabinete comprenderá el siguiente procedimiento:

- a. Tabulación de datos.** - A los datos que hayan sufrido un proceso de crítica y discriminación de datos, y que se presenten en fichas, tablas, gráficos y otros, a cada ficha, tabla, gráfico u otro se le asignará un código, el cual tendrá en cuenta el plan de investigación adjunto al final de este proyecto de investigación (Hernández & Baptista, 2018).
- b. Tratamiento de datos.** - Los datos presentados en la tabla serán listados de acuerdo al código que se les asigne para su respectivo análisis como se muestra en el método de análisis anterior (Hernández & Baptista, 2018).

CAPÍTULO IV

RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Tabla 1

Investigación preparatoria

ITEMS	N°	%
Desacuerdo	2	4.0
No Opina	10	20.0
De acuerdo	16	32.0
Totalmente de acuerdo	22	44.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas.

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 44% de Fiscales y abogados Penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que se debería dar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria, el

32% se encuentra de acuerdo, mientras que el 20% de la población prefieren no dar su opinión y el 4.0% están en desacuerdo.

Tabla 2

Agendas de Nadine Heredia

ITEMS	N°	%
Totalmente en desacuerdo	20	40.0
Desacuerdo	2	4.0
De acuerdo	28	56.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 56% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron de acuerdo que el caso de las agendas de Nadine Heredia resulta siendo pruebas ilícitas, mientras que el 40% se encuentra totalmente en desacuerdo, y el 4% se encuentra en desacuerdo.

Tabla 3

Derechos fundamentales

ITEMS	N°	%
Totalmente desacuerdo	15	30.0
Desacuerdo	8	16.0
No opina	1	2.0
De acuerdo	26	52.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 52% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron de acuerdo que una prueba ilícita viola derechos fundamentales de los investigados, el 2.0% prefieren no emitir su opinión, mientras que el 16% de la población se encuentra en desacuerdo y el 30% está totalmente desacuerdo.

Tabla 4

Proceso penal

ITEMS	N°	%
Desacuerdo	12	24.0
De acuerdo	38	76.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 76% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron de acuerdo que, otras personas que no están a cargo de la recopilación de medios de prueba pueden contribuir aportando al proceso penal, mientras por otra parte el 24% se encuentra en desacuerdo sobre la recopilación de medios probatorios.

Tabla 5

Ministerio Público

ITEMS	N°	%
Totalmente en desacuerdo	3	6.0
Desacuerdo	17	34.0
De acuerdo	30	60.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 60% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron de acuerdo que solamente el Ministerio Público debe ser quien recopile los medios probatorios para juzgar a una persona, el 34% se encuentra en desacuerdo, mientras que el 6.0% se encuentra totalmente en desacuerdo.

Tabla 6

Prueba ilícita

ITEMS	N°	%
No opina	16	32.0
Totalmente de acuerdo	34	68.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 68% de Fiscales y abogados Penalistas, se mostraron totalmente de la exclusión de la prueba ilícita garantiza la presunción de inocencia del investigado, mientras por otra parte el 32% prefieren no brindar su opinión.

Tabla 7

Actos de violencia

ITEMS	N°	%
Desacuerdo	10	20.0
No opina	2	4.0
De acuerdo	15	30.0
Totalmente de acuerdo	23	46.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: El 46% de Fiscales y abogados Penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que la policía en algunos casos comete actos de violencia contra los detenidos con el fin de hacer revelar sus actividades delictuosas, el 30% se encuentra de acuerdo, mientras que el 4.0% de la población prefieren no dar su opinión y 20% están en desacuerdo.

Tabla 8

Excepciones de la prueba ilícita

ITEMS	N°	%
Totalmente en desacuerdo	2	4.0
No opina	8	16.0
De acuerdo	13	26.0
Totalmente de acuerdo	27	54.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 54% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que debería aplicarse las excepciones de la prueba ilícita en el caso de Nadine Heredia, el 26% se encuentra de acuerdo, mientras que el 16% de la población prefieren no dar su opinión y 04% están en totalmente en desacuerdo.

Tabla 9

Derecho a la intimidad

ITEMS	N°	%
Totalmente en desacuerdo	5	10.0
Desacuerdo	3	6.0
De acuerdo	2	4.0
Totalmente de acuerdo	40	80.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 80% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que se vulneraría el derecho a la intimidad si se aplican las excepciones de la prueba ilícita, el 4.0% están totalmente de acuerdo, mientras que el 6% de la población se encuentra en desacuerdo y el 10% está totalmente desacuerdo.

Tabla 10

Inviolabilidad de domicilio

ITEMS	N°	%
No opina	7	14.0
Totalmente de acuerdo	43	86.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 86% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que se vulneraría el derecho a la inviolabilidad de domicilio si se aplican las agendas de Nadine Heredia, mientras que el 14% prefieren no emitir su opinión.

Tabla 11

Excepciones de la prueba ilícita

ITEMS	N°	%
Desacuerdo	10	20.0
No opina	2	4.0
De acuerdo	15	30.0
Totalmente de acuerdo	23	46.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: El 46% de Fiscales y abogados Penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que, dentro de las excepciones de la prueba ilícita, debería aplicarse la excepción de buena fe al caso de las agendas de la ex primera dama Nadine Heredia, el 30% se encuentra de acuerdo, mientras que el 4.0% de la población prefieren no dar su opinión y 20% están en desacuerdo.

Tabla 12

Auxiliares jurisdiccionales

ITEMS	N°	%
Totalmente en desacuerdo	12	24.0
Desacuerdo	8	16.0
De acuerdo	30	60.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas.

Nota: De la table anterior se deduce, que el 60% de fiscales y abogados penalistas, se mostraron de acuerdo que debería aplicarse las excepciones de la prueba ilícita en el delito de corrupción de funcionarios en su modalidad de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, el 16% se encuentran en desacuerdo, mientras que el 24% está totalmente en desacuerdo.

Tabla 13

Criterios de admisión

ITEMS	N°	%
Desacuerdo	10	20.0
Totalmente de acuerdo	40	80.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior se deduce, que el 80% de Fiscales y abogados Penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que los criterios para la admisión de la prueba ilícita deben ser bien rígidos, mientras por otra parte el 20% se encuentra de acuerdo que el gobierno no garantiza correctamente una vía judicial.

Tabla 14

Excepción de la prueba ilícita.

ITEMS	N°	%
Totalmente en desacuerdo	4	8.0
Desacuerdo	4	8.0
No Opina	22	44.0
Totalmente de acuerdo	20	40.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: El 40% de Fiscales y abogados Penalistas, se mostraron totalmente de acuerdo que en proceso penal peruano se aceptan las reglas de excepción de la prueba ilícita, el 44% prefieren no comentar sobre el tema, mientras que el 8.0% de la población se encuentra en desacuerdo y el 08% están totalmente en desacuerdo.

Tabla 15

Relevancia del caso

ITEMS	N°	%
Totalmente en desacuerdo	7	14.0
Totalmente de acuerdo	43	86.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a fiscales y abogados penalistas

Nota: De la tabla anterior, se deduce, que el 86% de Fiscales y abogados Penalistas, se mostraron de totalmente de acuerdo que se debería admitir la prueba ilícita dentro del proceso penal, según la relevancia del caso en específico, el 14% se encuentra totalmente desacuerdo.

4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

De acuerdo a los resultados obtenidos por medio de la encuesta aplicada se puede analizar que en la Tabla N° 1 que el 44% de los especialistas que son fiscales y abogados penalistas, manifestaron estar totalmente de acuerdo en que se deba excluir la prueba ilícita en la etapa preparatoria, así mismo el 32% están de acuerdo, sin embargo, existe un 20% que prefieren no brindar su opinión y por último el 4.0% como resultado menor se encuentran en desacuerdo. Mediante estos resultados se puede interpretar que 76% de la población encuestada se encuentran a favor de que existe una vulneración de derecho por no excluir la prueba ilícita etapa conocida como preparatoria.

Por lo tanto, al ser comparado por lo investigado por los doctrinarios Urbano y Torres en su libro llamado “La Prueba Ilícita Penal”, donde llega a concluir que toda prueba que vulnere cualquier derecho del procesado deba ser considerado ilícita, por el tan solo hecho que en materia de procedimiento las personas encargadas de ejercer justicia deben de respetar y asegurar los derechos de defensa con el propósito de ejercer una correcta justicia mediante la adecuada contradicción de la acusación.

Esta posición se sustenta en que “la prueba ilícita puede ser obtenida mediante la violación de normas constitucionales, legales o reglamentarias, y debe ser por ello considerada inadmisibles como principio general del derecho, aunque no exista una norma procesal expresa que proclame su nulidad”. Desde este punto de vista, la prueba

ilícita es entendida como aquella prueba que resulta de la violación de cualquier norma jurídica.

Continuando con los resultados se puede analizar que en la Tabla N° 2 señala que el 56% de los especialistas encuestados manifiestan estar de acuerdo que en el caso Nadine Heredia sobre el asunto de sus agendas consideran que las pruebas obtenidas son ilícitas, mientras que, por otro lado, existe dos resultados negativos con 40% que se encuentran totalmente en desacuerdo así mismo el 4% de igual manera se encuentra den desacuerdo. Tomando en cuenta lo manifestado por los encuestados lo considera como prueba ilícita por la vulneración de su privacidad.

Entonces al ser comparado por lo investigado por López en su investigación titulada La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana, donde llega a concluir que toda persona que se encuentra bajo un proceso penal se le deba reconocer y garantizar todos sus derechos sin excepción alguna, es por ello que considera que en el estado peruano es uno de los asuntos donde se requiere el reconocimiento de estos derechos. Los derechos de los procesados mantienen el equilibrio tanto del interés del estado como el de la misma población en la búsqueda de la justicia.

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos y lo investigado por López se puede señalar que la prueba ilícita es un punto esencial en la investigación, pues cuando se tenga claro este tema podremos analizar su exclusión como una de las consecuencias jurídicas más señaladas. El mejor modo de responder a esta interrogante es contrastando los argumentos de los distintos enfoques. La presentación de estos enfoques tiene como finalidad analizar qué se concibe como prueba

ilícita a partir de un estudio de los sistemas jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia.

Conforme al resultado en la Tabla N° 3 donde señala que el 52% de los especialistas manifestaron estar de acuerdo la prueba ilícita viole y vulnera los derechos fundamentales de cualquier persona que se encuentra investigado, sin embargo, existe un 2.0% que no brindaron su opinión, así mismo por otra parte el 16% se encuentran en desacuerdo y de igual manera el 30% está totalmente en desacuerdo. Estos resultados dan a conocer que algunos especialistas consideran que las pruebas ilícitas no vulneran los derechos de los procesados por el tan solo hecho de poner en una balanza los derechos de una sociedad.

Es por ello que al ser comparado por lo investigado por Lamas en su investigación “Prueba Ilícita”, donde llega a concluir que, desde este punto de vista, la prueba ilícita es entendida como aquella prueba que resulta de la violación de cualquier norma jurídica. Se puede afirmar que es una postura más amplia en cuanto a los posibles casos de ilicitud que pueda abarcar.

Mediante la correcta interpretación del autor Lamas y los resultados obtenidos se puede referir que es inadmisibile una prueba producida de esta forma, dicha inadmisibilidad funciona como un principio general del derecho, incluso para el caso de que no exista una norma que declare la nulidad de estas pruebas.

El resultado obtenido en la tabla N° 4 señala que el 76% de los fiscales y abogados se encuentran de acuerdo que otras personas no deban involucrarse en el proceso es decir que no presente pruebas ilícitas, mientras que por otra parte existe un resultado negativo con el 24%

estando en desacuerdo. Esto quiere decir que el ministerio público es considerado el ente idóneo para obtener pruebas correctas para la acusación de uno o un grupo de personas.

Teniendo en cuenta lo investigado por Talavera en su investigación titulada La Prueba Penal en donde concluye que esta es una posición que tiene algunos puntos discutibles. Por un lado, el punto relativo a la nulidad, se está dando por hecho que la prueba que resulte de la violación de normas jurídicas debe declararse prueba nula. En ese caso faltaría la precisión sobre el tipo de nulidad al cual se estaría refiriendo. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Es importante señalar que la nulidad que afecta derechos constitucionales, entonces suele considerarse que es absoluta. La nulidad absoluta se entiende como aquella por la que los actos procesales no producen efectos jurídicos por no cumplir con los requisitos propios del acto, mientras que la nulidad relativa o anulabilidad es aquella que responde a los vicios o irregularidades que se presenten en el acto, pero que pueden ser subsanables

4.3. ANÁLISIS DE EXPEDIENTE

Expediente N.º 1111-2018-29

Se analiza la aplicabilidad de la prueba ilícita en los casos en donde se presenta un allanamiento y no se cuenta con la presencia del fiscal o del abogado, tomando en consideración que la prueba ilícita, puede aplicarse cuando persiste una violación de los derechos fundamentales o cuando se vulnera alguna norma prescrita en el ordenamiento jurídico.

Responder qué se entiende, en general, por prueba ilícita es un punto esencial del presente ensayo, pues cuando se tenga claro este tema podremos analizar su exclusión como una de las consecuencias jurídicas más señaladas dentro del expediente, esto se da cuando el policía acude a ser un allanamiento sin presencia del fiscal ni del abogado de la defensa para determinar a través de una prueba de video la participación del coautor del delito, sin embargo al no tener la presencia del fiscal ni del abogado esta prueba queda ilícita debido a que llega a violentar normas prescritas, considerándose como una prueba irregular, es por ello que dentro de la sentencia absolvieron al acusado de la calidad de coautor, por el motivo de que la prueba presentada es ilícita y ya no hay más pruebas suficientes.

Pese a lo analizado por el expediente, la prueba ilícita se entiende como aquella prueba que se obtiene mediante violación de derechos fundamentales, esta posición se sustenta en que “la prueba ilícita puede ser obtenida mediante la violación de normas constitucionales, legales o reglamentarias, y debe ser por ello considerada inadmisibles como principio general del derecho, aunque no exista una norma procesal expresa que proclame su nulidad” (Vescovi, 1970, p. 345).

Desde este punto de vista, se puede afirmar que es una postura más amplia en cuanto a los posibles casos de ilicitud que pueda abarcar, es por ello que el ensayo requiere analizar los casos de allanamiento y las ilicitudes probatorias frente a la no participación del fiscal o del abogado. Además, esta ilicitud dentro del expediente, se presenta para garantizar el consentimiento informado y la corrección jurídica de la diligencia, pues para que tenga validez dicha prueba tendría que estar bajo el fiscal o el abogado de la defensa, con la finalidad de evitar cualquier manipulación probatoria.

Concluyendo que la prueba ilícita es aquella que se obtiene mediante la violación de normas jurídicas, pues para que dichas pruebas entren en proceso se busca el cumplimiento de la verdad de los hechos. Al aplicar el análisis del expediente, se determina que, en los casos de allanamientos se debe tomar en consideración la presencia del fiscal o del abogado de la defensa, pues de caso contrario dicha prueba de registro sea considerada ilícita. Se reconoce que es una cuestión contingente que la exclusión de prueba ilícita va en favor de la averiguación de la verdad, ayudando a profundizar la verdad de los hechos y la fiabilidad probatoria.

CONCLUSIONES

- 1) Se determina que la tutela de derechos y la exclusión de la prueba prohibida en la etapa que una persona se encuentre investigada se rige, como la vía idónea para solicitar la exclusión de la investigación penal de una prueba calificada como ilícita, esto comprende que los ha sido obtenida vulnerando los derechos y libertades fundamentales del imputado, pese a ello hay parámetros que se encuentran expresamente contemplados en la codificación procesal penal, donde la pretensión de exclusión planteada simplemente no procede.
- 2) Al identificar los casos que excluye a la prueba ilícita dentro de la etapa de investigación preparatoria, se toma en cuenta que desde una la prueba ilícita no a sido considera como excluida dentro de la investigación, motivo por el cual se puede evidenciar que se han violentado derechos dentro de las etapas de investigación preparatoria e intermedia del proceso penal.

- 3) Dentro de la norma se han presentado deficiencias que excluyen la prueba ilícita, ante esto se aprecia a afectación de la tutela de derecho y la exclusión de la prueba prohibida son llevadas a cabo por el Ministerio Público, pues existe a priori un alto grado de dificultad para preservar los derechos y libertades fundamentales del investigado, por ello, se han regulado mecanismos que garantizan la plena vigencia de dichos derechos, como la “tutela de derechos”.
- 4) De acuerdo a la exclusión de la investigación preparatoria, se describe que la exclusión de una prueba del proceso penal vía tutela de derechos, es condición *sine qua non* que dicha prueba sea ilícita, es por ello que el Estado tiene el *ius puniendi* para el cumplimiento de las garantías que respaldan el bienestar humano, protegiendo y resguardando el bienestar jurídico de las personas.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda precisar el actuar de las partes en el proceso, respecto de la temeridad y mala fe, puesto que el juez se constituye en juez del caso (litigio) y del proceso. Incluso, el juez podría incurrir en las mismas, lo que de darse sería doblemente perjudicial como preocupante.
2. Se realice una adecuada modificatoria del art. 71.4 del Código Procesal Penal, a efectos que no sólo el investigado pueda acogerse a la tutela judicial de derechos, sino también, la víctima (y las demás partes procesales).
3. Se realice denuncias de la vulneración de derechos fundamentales y los bienes jurídicos en el proceso, demostración la lesión a tales *ius* fundamentales.

4. De modo alguno, los abogados en ejercicio del distrito judicial de Lambayeque deben efectuar un minucioso análisis del artículo 71° del Código Procesal Penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asencio, J. (2006). "El proceso penal con todas las garantías", en *Ius et Veritas*, n.º 33, Lima
- Asencio, J. (2008). "*Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2000*", en Asencio Mellado, José María (dir.), *Prueba ilícita y lucha anticorrupción*, Lima: Grijley.
- Asencio, J. (2016). "*Derecho procesal penal: Estudios fundamentales*", Lima: INPECCP y CENALES.
- Beling, D. (1903). *beweisverbote als grenzen der wahrheitserforschung im strafprozess*, 1.^a ed., reimp., Darmstadt: Die Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Bustamante A. (2018). Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, 2.a ed., Buenos Aires: Ediciones Olejnik.
- Cafferta, J. (2000). "*La prueba en el proceso penal*", 4.a ed., Buenos Aires: Depalma.
- Camacho, O. (2017). "Hacia el debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus implicancias en el debido proceso penal", Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, recuperado de: <http://repositorio.uancv.edu.pe/bitstream/handle/UANCV/913/TESIS.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Carrió, A. (1997). "*Garantías constitucionales en el proceso penal*", 3.a ed., Hammurabi.
- Castillo, J. (2013). "*La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*", Lima: Grijley, 2013.
- Devis, H. (1970). "*Teoría general de la prueba judicial*", t. 1, Buenos Aires: Editorial Zavalia.

- Devis, H. (2002). Teoría general de la prueba judicial, 5.a ed., Bogotá: Temis.
- Ferrer, J. (2007). La valoración racional de la prueba, Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2016). Repensando la exclusión de la prueba ilícita”, en IV Jornadas Chilotas de Derecho, Verdad y Proceso.
- García, P. (2011). “*La prueba indiciaria en el proceso penal*”. ARA Editores, Lima.
- Gascón, M. (1999). Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, 2.a ed., Barcelona: Marcial Pons.
- Gascón. (2012). ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita, en Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional, Bogotá: Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional / Universidad El Bosque.
- González, D. (2006). La prueba de la intención y la explicación de la acción”, en Isegoría, n.º 35, Madrid.
- Guastini, R. (1991). Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho, Barcelona: Editorial Gedisa.
- Häberle, P. (1997). La libertad fundamental en el Estado constitucional, Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Hernández, R. & Baptista, P. (2018). Metodología de la Investigación, Mexico: Punta Santa Fe.
- Irabedián, M. (2002). “*Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 95 y 96).
- Laudan, L. (2006). Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica, Cambridge: Editorial Cambridge University Press.

- Laudan, L. (2013). Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica, traducción de la 1.a ed., reimp. por Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons.
- López, F. (2018). “La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana”, Universitat de Girona, recuperado de: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/659086/tfalc_20180525.pdf?sequence=9&isAllowed=y
- Miranda, M. (2010). La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones, Revista Catalana de Seguretat Pública, Cataluña.
- Miranda, M. (2018). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Especial referencia a la exclusionar y rule estadounidense, México D. F.: Ubijus Editorial.
- Nieva F. (2013). Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base, México D. F.: Ubijus Editorial.
- Ortells, M. (2006). Introducción al derecho procesal, Granada: Editorial Comares.
- Parra, J. (2002). Manual de derecho probatorio, 15.a ed., Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Peña Cabrera, A. (2016). “*Manual de derecho procesal penal*”, 4.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- Pérez, A. (2017). Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, 11.a ed., España: Tecnos.
- Roberts, P. y Zuckerman A. (2004). Evidencia criminal, Oxford: Oxford University Prensa.
- Roca, V. (2015). Ilícito, responsabilidad y sanción”, en González Lagier, Daniel (coord.), Conceptos básicos del derecho, Madrid: Marcial Pons.

- Roxin, C. (2003). *“Derecho Procesal Penal, Buenos Aires”*: Editores del Puerto, 2000.
- San Martín Castro, César, Derecho procesal penal, 2.^a ed., Lima: Grijley.
- Sánchez, P. (2005). *“Introducción al nuevo proceso penal”*, Idemsa, Lima, Perú, P. 55.
- Talavera, P. (2008). *“La prueba en el nuevo proceso penal”*, cit., p. 158.
- Talavera, P. (2017). *“La prueba penal”*, Lima: Instituto Pacífico.
- Taruffo, M. (1970). Studi sulla rilevanza della prova, Pavia: Pubblicaciones de la Universidad de Pavía.
- Taruffo, M. (1992). La prova dei fatti giuridice, Milano: Giuffré.
- Taruffo, M. (2008). La prueba, traducido por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Twining, W. (1990). Rethinking evidence, Oxford: Blackwell.
- Vázquez. M. (2014) La prueba pericial. Entre la deferencia y la educación, tesis para optar el grado académico de doctor con mención en Derecho, Economía y Empresa, Girona: Universidad de Girona.
- Vescovi, E. (1970). Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, n.º 2, Madrid.
- Vescovi, E. (1997). Las pruebas ilícitas, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n.º 22, Bogotá: Librería del Profesional.
- Villegas, E. (2015). *“La regla de exclusión de la prueba ilícita: Fundamento y excepciones”*, en Herrera Guerreiro, Mercedes y Elky Villegas Paiva (coord.), La prueba en el proceso penal, Lima: Instituto Pacífico.
- Villegas, E. (2016). *“La audiencia de tutela de derechos en la jurisprudencia nacional. Un estudio crítico”*, en Revista de estudiantes: Ita lus Esto: diciembre del 2016. Lima. Recuperado de <bit.ly/2u23eea>.

Villegas, S. (2018). "Criterios jurídicos para valorar a la prueba irregular en el proceso penal peruano", Universidad Nacional de Cajamarca, recuperado de:
<http://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/2478/CRITERIOS%20JUR%C3%8DDICOS%20PARA%20VALORAR%20A%20LA%20PRUEBA%20IRREGULAR%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20PERUANO.pdf?sequence=1>

ANEXO

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE PERIODO 2015 – 2016.

Mediante esta técnica de recopilación de datos se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada al trabajo de investigación que permitirá contrastar la variable dependiente con la independiente, los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadro.

TD: Totalmente desacuerdo D: Desacuerdo NA/ND: Ni de acuerdo, ni en desacuerdo A: De acuerdo TA: Totalmente desacuerdo.

N.º	PREGUNTAS	TD	D	NA/ND	A	TA
01	¿Considera usted que se debería dar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria?					
02	¿Cree usted que el caso de las agendas de Nadine Heredia resulta siendo pruebas ilícitas?					
03	¿Considera usted que una prueba ilícita viola derechos fundamentales de los investigados?					
04	¿Cree usted que otras personas que no están a cargo de la recopilación de medios de prueba pueden contribuir aportando al proceso penal?					
05	¿Considera usted que solamente el Ministerio Público debe ser quien recopile los medios probatorios para					

	juzgar a una persona?					
06	¿Cree usted que la exclusión de la prueba ilícita garantiza la presunción de inocencia del investigado?					
07	¿Considera usted que la policía en algunos casos comete actos de violencia contra los detenidos con el fin de hacer revelar sus actividades delictuosas?					
08	¿Considera usted que debería aplicarse las excepciones de la prueba ilícita en el caso de Nadine Heredia?					
9	¿Considera usted que se vulneraría el derecho a la intimidad si se aplican las excepciones de la prueba ilícita?					
10	¿Considera usted que se vulneraría el derecho a la inviolabilidad de domicilio si se aplican las agendas de Nadine Heredia?					
11	¿Considera usted que, dentro de las excepciones de la prueba ilícita, debería aplicarse la excepción de buena fe al caso de las agendas de la ex primera dama Nadine Heredia?					
12	¿Considera usted que debería aplicarse las excepciones de la prueba ilícita en el delito de corrupción de funcionarios en su modalidad de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales?					
13	¿Considera Usted que los criterios para la admisión de la prueba ilícita deben ser bien rígidos?					
14	¿Cree usted que en proceso penal peruano se aceptan las reglas de excepción de la prueba ilícita?					
15	¿Considera usted que se debería admitir la prueba ilícita dentro del proceso penal, según la relevancia del caso en específico?					

