

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Tesis

**La prueba ilícita en el proceso penal: ¿Su exclusión a
través de la tutela de derecho o rechazo en su
admisión en la etapa intermedia?**

Cinthia Milagros Yupanqui Pérez

Para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Huancayo, 2019

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Dr. Edson José Rivera Espinal

Dedicatoria

A Dios dado que sin él no podríamos desarrollar cada una de nuestras actividades diarias, a mi madre y mi esposo quienes contribuyeron a fin de que el presente trabajo de investigación pueda concluirse satisfactoriamente.

Reconocimiento

Al Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, por las facilidades brindadas para el desarrollo de la presente investigación, con la dación de información y datos certeros.

Índice

Asesor	ii
Dedicatoria	iii
Reconocimiento.....	iv
Índice.....	v
Índice de Tablas	x
Índice de Figuras.....	xi
Resumen.....	xii
Abstract.....	xiii
Introducción.....	xiv
Capítulo I Planteamiento del Estudio	18
1.1. Introducción.....	18
1.1.1. Antecedentes.....	18
1.1.2. Planteamiento del Problema.....	22
1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio.....	29
1.2.1. Formulación del Problema	29
A. Problema General	29
B. Problemas Específicos	29
1.2.2. Justificación del Estudio.....	29
1.3. Antecedentes Relacionados con el Tema.....	31
1.3.1. Internacionales	31
1.3.2. Internacionales-Latinoamericanos	33
1.3.3. Nacionales	37
1.4. Presentación de Objetivo General y Específicos.....	41
1.4.1. Objetivo General.....	41
1.4.2. Objetivos Específicos.....	41
1.5. Limitaciones: Externos.....	41
1.5.1. De Recursos:.....	41
1.5.2. De Contexto de Estudio:.....	41
1.5.3. De Tiempo:	41

1.6. Restricciones: Internos:.....	42
Capítulo II Marco Teórico	43
2.1. Marco Histórico.....	43
2.2. Bases Teóricas.....	45
2.2.1. Prueba Ilícita.....	45
A. La Prueba.....	45
B. Principios de la Prueba	47
C. Fines de la Prueba	50
D. Fuente De Prueba	51
E. Objeto de Prueba	52
F. La Prueba Ilícita	53
2.2.2. Reglas de Exclusión	61
A. Definición.....	61
B. Fundamentos	63
C. Ámbito de Exclusión	63
a. Respecto a los Derechos Fundamentales	63
b. En cuanto a los Derechos Procesales Fundamentales	63
D. Límites de La Prueba Ilícita	65
a. Teoría del Árbol Envenenado (Fruit of the poisonous tree doctrine).....	65
b. Teoría de la Exclusión	66
c. Teoría del Entorno Jurídico.....	66
2.2.3. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal peruano:.....	66
2.2.4. Prueba Tasada	73
2.2.5. Casos Relevantes de Prueba Ilícita	75
2.2.5.1. Caso “Los Cuellos Blancos del Puerto”	75
2.2.5.2. Caso Petroaudios	79
2.2.6. Tutela de Derechos	82
A. Definición.....	82
B. Sujeto Legitimado.....	84
C. Órgano Competente.....	84

D.	Casos de Procedencia	84
E.	Objeto de Petición	86
F.	Trámite	88
G.	Audiencia de Tutela.....	88
a.	Oportunidad de Ejercicio.....	88
b.	Derechos Protegidos	88
H.	Finalidad Esencial	89
I.	Mecanismos Procesales.....	90
J.	Carácter Residual.....	90
K.	Control de Admisibilidad.....	91
L.	Trámite del Pedido	91
M.	Impugnación.....	92
2.2.7.	Proceso Penal	92
A.	Definición.....	92
B.	Características	93
C.	Tipos	93
D.	Procedimientos Especiales	96
a.	Proceso Inmediato	96
b.	Proceso por Razón de la Función Publica	96
c.	Procesos para Delitos Perseguibles por Acción Privada.....	96
d.	Proceso de Terminación Anticipada	96
e.	Proceso de Colaboración Eficaz	97
f.	Proceso por Faltas.....	97
E.	Finalidad.....	97
F.	Etapas	97
a.	La investigación preparatoria	97
b.	La Etapa Intermedia:.....	99
c.	Sobreseimiento: audiencia de control	100
d.	Control de la Acusación	101
e.	El Juzgamiento o Juicio Oral.....	104
2.3.	Definición de Términos Usados.....	105
2.3.1.	Etapa Intermedia	105

2.3.2.	Exclusión de la Prueba	105
2.3.3.	Proceso Penal:	106
2.3.4.	Prueba:	106
2.3.5.	Prueba Ilícita	106
2.3.6.	Tutela de Derechos	106
2.4.	Hipótesis.....	107
2.4.1.	General	107
2.4.2.	Específicas	107
2.4.3.	Variables.....	109
A.	Variable X:.....	109
B.	Variable Y:.....	109
Capítulo III	Metodología de Investigación	110
3.1.	Diseño de Investigación.....	110
3.2.	Población y Muestra.....	110
3.2.1.	Población	110
3.2.2.	Muestra.....	110
3.3.	Tipo de Investigación.....	111
3.4.	Método de Investigación.....	111
3.4.1.	Métodos Generales	111
A.	Método Inductivo – Deductivo:	111
B.	Método Comparativo:	112
C.	Método Análisis Síntesis:	112
3.4.2.	Métodos Particulares	112
A.	Método Histórico:	112
B.	Método Descriptivo:.....	113
3.5.	Técnica e Instrumentos de Recolección de Datos.....	113
3.5.1.	El Cuestionario	113
3.5.2.	Análisis Documental	113
3.6.	Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos.....	114
Capítulo IV	Resultados.....	116
4.1.	Presentación de los Resultados.....	116
4.1.1.	Resultados de Encuestas	116
4.1.2.	Resultados de Revisión de Expedientes.....	128

4.2. Análisis de los Resultados.....	136
Conclusiones.....	144
Recomendaciones.....	146
Bibliografía	147
Anexos Matriz de Consistencia	154

Índice de Tablas

Tabla 1 <i>Nivel de conocimiento de la teoría de la prueba ilícita</i>	116
Tabla 2 <i>La prueba ilícita afecta el debido proceso</i>	118
Tabla 3 <i>La prueba ilícita afecta a los derechos fundamentales</i>	119
Tabla 4 <i>Forma como afectan los principios procesales</i>	120
Tabla 5 <i>Forma cómo afecta la prueba ilícita al debido proceso</i>	121
Tabla 6 <i>Derechos fundamentales que afecta la prueba ilícita</i>	122
Tabla 7 <i>Forma como se obtiene la prueba ilícita</i>	123
Tabla 8 <i>Conoce casos de prueba ilícita</i>	124
Tabla 9 <i>Medios de exclusión de la prueba ilícita</i>	125
Tabla 10 <i>Medio eficaz para la exclusión de la prueba ilícita</i>	126
Tabla 11 <i>Razón porque se solicita la exclusión de la prueba ilícita</i>	127
Tabla 12 <i>Casos en los que se ha presentado la exclusión de la prueba ilícita</i> ..	128
Tabla 13 <i>Cómo se determinó que la prueba es ilícita</i>	129
Tabla 14 <i>Casos en que se aplicó la tutela de derechos para exclusión de la prueba ilícita</i>	130
Tabla 15 <i>Casos en que se aplicó el control de legalidad en la etapa intermedia para exclusión de prueba ilícita</i>	131
Tabla 16 <i>Resultados de la aplicación de la tutela de derechos</i>	132
Tabla 17 <i>Resultados de la aplicación del control de legalidad en la etapa intermedia para exclusión de prueba ilícita</i>	133
Tabla 18 <i>Quienes presentan las pruebas ilícitas</i>	134
Tabla 19 <i>Factores que influyen en la admisión de la prueba ilícita</i>	135

Índice de Figuras

<i>Figura 1: Nivel de conocimiento de la Teoría de la Prueba Ilícita.....</i>	117
<i>Figura 2: La Prueba ilícita afecta el debido proceso.....</i>	118
<i>Figura 3: La Prueba Ilícita afecta a los derechos fundamentales.....</i>	119
<i>Figura 4: Forma como afectan los principios procesales</i>	120
<i>Figura 5: Forma cómo afecta la prueba ilícita al debido proceso</i>	121
<i>Figura 6: Derechos Fundamentales que afecta la prueba ilícita.....</i>	122
<i>Figura 7: Forma como se obtiene la Prueba Ilícita.....</i>	123
<i>Figura 8: Conoce casos de Prueba Ilícita.....</i>	124
<i>Figura 9.: Medios de Exclusión de la Prueba ilícita</i>	125
<i>Figura 10: Medios eficaz para exclusión de la prueba ilícita</i>	126
<i>Figura 11: Medios eficaz para exclusión de la Prueba Ilícita.....</i>	127
<i>Figura 12: Casos en los que se ha presentado la exclusión de la Prueba Ilícita</i>	128
<i>Figura 13: Como se determinó que la prueba es ilícita</i>	129
<i>Figura 14: Casos en que se aplicó la tutela de derechos para exclusión de prueba ilícita</i>	130
<i>Figura 15: Casos en que se aplicó el control de legalidad en la etapa intermedia para exclusión de prueba ilícita</i>	131
<i>Figura 16: Resultados de la aplicación de la tutela de derechos.....</i>	133
<i>Figura 17: Resultados de la aplicación en etapa intermedia de exclusión de prueba ilícita.</i>	134
<i>Figura 18: Quienes presentan las pruebas ilícitas.....</i>	135
<i>Figura 19: Factor que influyen en la admisión de la prueba ilícita.....</i>	136

Resumen

El trabajo que se presenta está dirigido al estudio de la prueba ilícita en el proceso penal, para lo cual se plantea su exclusión a través de la tutela de derechos o su rechazo en la admisión de la etapa intermedia del proceso, situación por el que se ha planteado como problema: ¿Cuál es el procedimiento que se debe aplicar para la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, puede ser a través de la Tutela de Derecho o el rechazo en su admisión en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018?, y como objetivo, determinar el procedimiento que se debe aplicar para la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, puede ser a través de la Tutela de Derecho o el rechazo en su admisión en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018. El diseño de investigación ha sido no experimental y transversal, el tipo de investigación ha sido, básica, los métodos generales utilizados han sido el inductivo – deductivo, comparativo, análisis-síntesis; y los particulares han sido el histórico y el descriptivo. Las técnicas de recolección de datos han sido el cuestionario y análisis documental.

Palabras claves: Prueba ilícita, exclusión de la prueba ilícita, proceso penal, Tutela de Derechos, etapa intermedia.

Abstract

The work presented is directed to the study of the illegal evidence in the criminal process, for which its exclusion is proposed through the protection of rights or its rejection in its admission in the intermediate stage of the process, situation by which has raised as a problem: What is the procedure that should be applied for the exclusion of illegal evidence in the criminal process, it can be through the Legal Protection or the rejection in its admission in the intermediate stage in the Courts of Investigation Preparatory of Huancayo during the year 2018?, and as a goal: Determine the procedure to be applied for the exclusion of illegal evidence in the criminal process, can be through the Legal Protection or rejection in its admission in the intermediate stage in the Courts of Investigation Preparatory of Huancayo during the year 2018. The research design has been non-experimental and transversal, the type of research has been basic, the general methods used have been the inductive - deductive, comparative, analysis-synthesis; and the particulars have been the historical and the descriptive. The data collection techniques have been the questionnaire and documentary analysis.

Keywords: legal evidence, exclusion of illegal evidence, criminal proceedings, rights protection, intermediate stage.

Introducción

Uno de los aspectos más importantes en el proceso judicial es sin lugar a dudas el acopio, ofrecimiento, admisión y valoración de las pruebas. Dentro de ella es que podemos encontrar la prueba ilícita, siendo nuestra preocupación su estudio, y, los contextos procesales que se presentan, en las que los operadores jurídicos sobre todo quienes tienen la función constitucional de impartir justicia penal, se ven enfrentados al dilema de consagrar la verdad material valorando determinada prueba obtenida o incorporada con violación de derechos fundamentales o hacer prevalecer la vigencia irrestricta de estos últimos, expulsando del proceso la prueba obtenida en tales condiciones. Y es que en el proceso penal se encuentra en juego la libertad y dignidad del ser humano, pero también la necesidad de descubrir la verdad para el ejercicio eficaz del *iuspuniendi*.

Es por ello, que al interior de nuestro sistema procesal penal tenemos el reconocimiento de la exclusión de la prueba ilícita, ilegítima o prohibida, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, denominado Legitimidad de la prueba, taxativamente reconoce la licitud únicamente de aquellas pruebas obtenidas bajo un procedimiento legal y constitucionalmente válido, sin embargo, menciona como exclusión únicamente a aquellas obtenidas con vulneración al contenido esencial que posee cada derecho fundamental.

Si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales.

La investigación penal, no puede realizarse a cualquier precio, pesa sobre el Ministerio Público el deber de probar la culpabilidad del imputado quién se presume

y debe tratarse como inocente hasta la culminación del proceso, y como tal el acopio de las pruebas, debe hacerse en respeto de los derechos fundamentales.

Así pues, la teoría de la prueba ilícita se sustenta en el principio del efecto disuasorio, pues solo restándole validez a las evidencias obtenidas con quebrantamiento de derechos fundamentales, desincentiva a los órganos represivos a violar la Constitución para investigar los delitos; es decir se parte de la premisa *“no se puede cometer un delito, para investigar otro delito”* y al advertirse ello es menester solicitar con prontitud la exclusión de dicho medio probatorio que vulnerando el derecho de igualdad de armas, pretenden emitir una sentencia condenatoria a toda costa.

Precisamente ello es materia de nuestra investigación, el determinar si ante la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental con la obtención de una prueba ilícita, en qué etapa es preciso solicitar su exclusión, en la etapa de investigación preliminar y preparatoria a través de una tutela de derecho, o en la etapa intermedia, al momento de su rechazo su admisión de los medios probatorios; teniendo en cuenta que antes de la postulación del requerimiento acusatorio en la etapa intermedia, las partes aún no conocen los medios probatorios que el Ministerio Público llevará a juicio para acreditar los hechos delictivos que atribuye al acusado; pues una de las posibilidades por las que puede optar al concluir la etapa de investigación preparatoria es el sobreseimiento; por lo tanto, para efectos de solicitar la exclusión de prueba ilícita, el medio de prueba cuya licitud se cuestiona, mínimamente debe haber sido ofrecido como parte del caudal probatorio de la fiscalía; sin embargo, dejar que dicha prueba surta todos sus efectos ameritaría la existencia de prueba derivada, lo que colisionaría con el derecho de igualdad de las partes; y la otra postura que se tiene es si se podría solicitar la exclusión tempranamente a efectos de que dicha prueba ilícita no surtan efectos con las pruebas que pueden derivar de la misma, y el estadio oportuno sería en las iniciales de la investigación con la interposición de la tutela de derechos, al amparo del Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 emitido en fecha 16 de noviembre del año 2010, por la Corte Suprema de Justicia de la República (*sobre audiencia de tutela*).

Para optar por una de las posturas, hacemos la siguiente interrogante, *¿Y por qué es recomendable actuar contra las pruebas ilícitas en la fase inicial, es decir en la investigación preliminar y preparatoria, a través de la tutela de derechos, y no en la etapa intermedia, a través de su rechazo de su admisión de los medios probatorios?* La conveniencia de depurar de forma preferente el material probatorio inconstitucional en la fase inicial, se apoya en dos tipos de razones:

En primer lugar, porque con ello se garantiza la máxima efectividad a la exclusión de la prueba inconstitucional, dada la influencia psicológica que la práctica de esta prueba puede ejercer sobre el ánimo del juzgador, es decir, sobre la formación de su convicción. La mejor forma de evitar que la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales surta efecto es impidiendo que entre en la causa, pues no cabe duda de que el juez, por mucho que luego declare nula la prueba, corre un serio riesgo de quedar influido psicológicamente por ella y valorar el resto de las pruebas a su través.

En segundo término, porque con la purga inicial se logra una notable economía procesal, pues una declaración de ilicitud en la fase de admisión probatoria evitará la práctica de actos procesales basados en una prueba inconstitucional y, por tanto, la eventualidad de que haya que decretar la anulación posterior y retroactiva de los mismos.

La regla de exclusión sólo debe entrar en juego cuando la ilicitud se haya producido en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, esto es, durante la labor de búsqueda, identificación y recogida de las fuentes probatorias.

En virtud de ello, el presente trabajo se divide en cuatro capítulos, en el primero encontramos el planteamiento del estudio con la formulación del problema, justificación, los antecedentes, los objetivos y las limitaciones. En el segundo capítulo denominado Marco Teórico tenemos al marco histórico, las bases teóricas, la definición de términos y las hipótesis. El tercer capítulo corresponde a la Metodología de Investigación en el que se ve el diseño, la población y muestra,

técnicas e instrumentos, recolección de datos. Finalmente, en el cuarto capítulo se presentan los resultados y el análisis de los resultados. Luego van las conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos.

Esperamos contribuir con el desarrollo de la presente investigación a mejorar el conocimiento acerca de la prueba ilícita en nuestra realidad, a fin de propiciar su estudio a través de equipos multidisciplinarios quienes con sus aportes permitirán difundir el estudio de la prueba ilícita y los medios de exclusión.

La autora.

Capítulo I

Planteamiento del Estudio

1.1. Introducción

Se ha tomado en cuenta lo siguiente:

1.1.1. Antecedentes

La prueba ilícita es inadmisibles si proviene de la violación de derechos y garantías del ciudadano, tanto es así, que si solo se puede obtener o conocer la verdad torturando o coaccionando moralmente a una persona, el Estado renunciaría a conocer esa verdad, pues un Estado que consagre seguridad jurídica y debido proceso en su Constitución no puede valerse de medios ilegales e ilegítimos para condenar, dígase violación al secreto de correspondencia o trasgresión al derecho a la integridad física de las personas, o que para obtener pruebas incriminatorias sobre un imputado se viole su derecho a la intimidad, o su derecho a la inviolabilidad de domicilio por citar algunos casos posibles, pues entendemos sin mayor esfuerzo, de acuerdo a Baytelman (2002), que el Poder Judicial es el órgano que paradigmáticamente está llamado a aplicar el Derecho y a proteger los derechos de las personas y el momento en que la Administración de Justicia haga lo contrario como bien lo apunta "(se) extendería sobre la Judicatura "una mancha de complicidad" (...); los tribunales estarían legitimando la ilegalidad y haciéndose cómplices de ella; si el Estado no puede observar sus propias leyes[...]no hay ninguna razón para que el resto de la sociedad las tome en serio tampoco."

La ilicitud de la prueba y su admisibilidad en el proceso penal, tiene que ver y se compromete con la misma legitimidad del sistema; Zavala (2004) al respecto manifiesta "Si el Estado aceptara combatir

la delincuencia fundando en la comisión de delitos por parte de los encargados de luchar contra los mismos y sus autores, llegaría un momento en que no habría diferencia entre los delincuentes, pues *unos (los funcionarios violadores de la ley) perseguirían a otros (los acusados), estos es, sería un círculo vicioso, pues, a su vez, habría que perseguir a los originales perseguidores para imponerles una pena. Y con ello la delincuencia extiende su campo de acción al desaparecer los "buenos" para aumentar los "malos".*

Consecuentemente no se puede admitir en un Estado de Derecho medios de prueba vedados por el ordenamiento jurídico, "quien quiere combatir el ilícito, no puede cometer ilícitos con esa finalidad", la racionalidad humana se vería compelida a desilusionarse de su idea del derecho, hacerlo sería una contradicción con los valores de justicia asimilados por la sociedad en general, se degradaría la confianza ciudadana en los jueces, la gente andaría confundida y dentro de esa confusión se construiría el caldo de cultivo propicio para la anarquía y el caos, la administración de justicia estaría patas arriba.

Definido el fundamento de la prueba ilícita tenemos la complicación de precisar su terminología, el cual ha sido duramente discutido especialmente en los sectores académicos de Alemania y España de donde proviene lo variopinto de su calificación.

La terminología que se viene utilizando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia dista bastante de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso de prueba clandestina.

Lo que no solo significa diferencias terminológicas sino que obedecen a verdaderos criterios de conceptualización, de regulación legislativa, de cómo es entendido en uno u otro país esta clase de prueba, a lo que se agrega la influencia del pensamiento jurídico del autor dedicado al estudio del tema.

Así si tomamos como ejemplo al punto de referencia de la prueba ilícita nos abocaríamos al análisis de la prueba prohibida, que ha sido reconocida como institución del Derecho procesal alemán, y tal como preciso Foucault (1991) Beling formuló la distinción entre a) prohibiciones de temas de prueba, cuando ciertos hechos no pueden constituir objeto de indagación probatoria, b) prohibición de medios de prueba, cuando lo inadmisibles yace en el medio probatorio, y c) prohibiciones de métodos de prueba, cuando lo que se prohíbe es precisamente, la utilización de ciertos métodos en la recolección de prueba.

Todos estos casos actualmente estudiados bajo el título de prohibiciones de recolección de prueba.

De la misma manera en Italia se aporta a esta discusión con la influencia de Florián, estudiándose el problema de la mano de las limitaciones al principio de libertad probatoria en materia penal; es decir todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio de prueba. Existiendo pese a ello, limitaciones absolutas, que se refieren al objeto de prueba y limitaciones relativas, que se refieren a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluido también en él la valoración de la prueba.

Por su parte, en España Picó Junoy (1996) sostiene que los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este último, un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba

ilícita comporta, esto es la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.

En si se trata de una terminología sobre la cual resulta muy difícil que exista consenso y uniformidad, pero tratando de dar una explicación se debe señalar que los nombres y calificativos que se han atribuido a este tipo de prueba encuentran su fundamento y tienen su explicación ante la variedad de circunstancias que comportan a la prueba ilícita, pues existen pruebas que son marcadamente lícitas pero su obtención es consecuencia de mecanismos ilícitos, habrá otras veces en cambio pruebas absolutamente ilícitas y serán enteramente prohibidas, porque hay casos en que la ley procesal las declara vedadas y de hecho son en todo sentido prohibidas.

López Barja de Quiroga (1989) acota que en todos los casos hipotéticos en que se pueda dar una explicación, se estará haciendo referencia a la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal, por lo que es preferible usar el nombre general de "pruebas ilícitas" para referirnos a dichas limitaciones de la prueba en el proceso penal.

Montón Redondo (1977) opina que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir la prueba que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita; otros se alejan de esta apreciación remitiéndose a entender la prueba ilícita de un modo genérico como la transgresión al ordenamiento jurídico en general, la prueba ilícita viola la norma o es contraria al Derecho se piensa; por su parte Devis Echandia denomina a las pruebas ilícitas comolas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales, los mismos que la Constitución y la ley amparan; pero ante esta pluralidad

conceptual se debe acotar que muy a pesar de estas nociones, la posición doctrinal predominante actual asume otro rumbo respecto a la conceptualización de la prueba ilícita, así Silva Melero (1963) señala como aquella prueba que atenta contra la dignidad de las personas, esto es, la dignidad humana, optando efectivamente para fines de este estudio, el criterio doctrinario imperante, pues lo consideramos acertado al ubicar la dignidad del hombre como la médula del concepto de prueba ilícita.

Siendo esto así, se entiende como prueba ilícita aquella que se obtiene como producto o resultado de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional, en otras palabras, los casos en que para la obtención de prueba se vulnera uno de los derechos consagrados en nuestra Constitución, como el derecho a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la inviolabilidad de correspondencia, el derecho a no auto incriminarse, el derecho a la asistencia legal obligatoria, el derecho a no ser incomunicado, entre otras que son garantías básicas del debido proceso.

Podemos decir entonces que la prueba ilícita sin temor a equivocarnos, se produce cuando existe una lesión o menoscabo a una garantía constitucional para la obtención de un medio de prueba, dicho en otras palabras, esta se ocasiona cuando en la obtención de una prueba o medio probatorio se violan derechos fundamentales que necesariamente deben tener rango de garantía constitucional, de lo contrario su trato procesal variaría, ya que no podría conceptualizarse como prueba ilícita debiendo someterse a otra ponderación por parte del Juez o Tribunal Penal.

1.1.2. Planteamiento del Problema

En el constante desarrollo de la sociedad, han surgido métodos de intromisión del poder y de argucias para introducir pruebas ilegales, lo que ha originado una constante lucha por mantener aquel estado,

permitiendo el establecimiento del control social como parte de la política criminal, que tiene relación con el mantenimiento del Estado de Derecho. Se observa que, para mantener este Estado de Derecho, se convoca a la organización jurídica del Estado para preservar un orden preestablecido, el cual requiere del hombre el acatamiento de todas aquellas normas en relación con los bienes jurídicos protegidos. En virtud de ello, se da a los jueces el manejo del principio de la libre convicción, entendido como un poder - deber del Juez de adquirir la prueba de los hechos y valorarla sin límite alguno. Es decir, sin arbitrariedad, pues no puede subrogar su convicción a la prueba.

Sin embargo, dado la coyuntura político social de las últimas décadas, se ha dado una suerte de liberalidad en la admisión de la prueba ilícita, ilegítima o prohibida, la misma que ha servido para condenar en base a ella a muchos inocentes; práctica que aún se mantiene desde la actividad policíaca, quienes la ofrecen al Juez, el mismo que aún no entiende que carecerá de toda eficacia en la actividad probatoria cumplida.

Si bien existen disquisiciones diversas sobre la prueba ilícita de acuerdo a cada autor, una definición que nos parece acertada es la planteada por Miranda Estrampes (2004) y que la ubica en dos posiciones claras: (a) una concepción amplia que considera que prueba ilícita es aquella que vulnera el ordenamiento jurídico en general, se trate de normas constitucionales u ordinarias; y (b) una concepción restringida que la define como aquella que en su obtención ha vulnerado derechos fundamentales, lo que implica necesariamente la transgresión de normas constitucionales y no ordinarias.

Mediante la afectación de las garantías constitucionales, se genera dos posibilidades de origen de la prueba ilegal, la primera de ellas vinculada con su irregular obtención, y la segunda con su irregular

incorporación al proceso, a pesar de que la Ley veda la eficacia de la actividad probatoria cumplida y de la prueba obtenida a consecuencia de ella. Tales principios responden a las claras disposiciones constitucionales relacionadas con el debido proceso y las garantías individuales, entre las cuales obtienen preeminencia lo dispuesto en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado.

La afectación de los derechos fundamentales en este estado de cosas continua desde la detención de la persona, la forma de obtención de la prueba por medio de la tortura y otras formas vedadas, y la admisión por los jueces de aquella prueba ilegítima, sin el acatamiento de la temática relativa de los derechos humanos como una fuente interna que recoge la parte dogmática de la Constitución, y una externa, la internacional, dando así una respuesta a una tendencia universal que tiende a una generalización y mayor desarrollo de la vigencia de los derechos.

En nuestra realidad se observa la constante vulneración de los derechos fundamentales, desnaturalizando el debido proceso, sin comprender que esta garantía procesal implica por otra parte un desenvolvimiento dentro de un doble contexto, esto es, la razonabilidad en la aplicación de la norma legal mediante la sentencia y la razonabilidad de la norma procesal en cuanto mediante ella se convaliden valores tales como la seguridad jurídica, el orden, la libertad humana y el respeto a los derechos del hombre y a su integridad.

Se advierte que las causas de afectación a los derechos fundamentales se dan por la inoperancia y complicidad de los propios operadores del derecho que se convierten en victimarios al permitir la obtención ilícita de la prueba y luego incorporarlos al proceso. Esta inobservancia de la dignidad humana, la afectación al titular del

derecho y su familia, así como la vulneración del debido proceso acarrea luego la consumación de los fenómenos políticos sociales.

El desarrollo de estas prácticas conlleva a una incertidumbre e inseguridad jurídica, posibilitando la constante violación de los derechos y sobre la afectación al debido proceso penal.

Ahora bien, para poder resolver el problema sometido a un proceso penal, los operadores jurídicos y, especialmente el juzgador, deben y tienen que recurrir al manejo y valoración del material probatorio recolectado, con lo cual le darán un buen funcionamiento a la administración de justicia. Este material probatorio, sin embargo, debe respetar los derechos y garantías del procesado pues, sólo de este modo, la resolución del conflicto y eventual condena al imputado serán legítimas dentro del Estado Constitucional de Derecho. Es en este sentido que se afirma que la prueba actuada en el proceso debe ser lícita, descartándose de esta forma la prueba ilícita.

De acuerdo a lo visto se puede ver que el juez va a encontrar al revisar las pruebas que muchas de ellas pueden haberse obtenido de manera ilegal en clara violación a los derechos fundamentales, en otros que existe prueba derivada de esta, recayendo en él la decisión adecuada sobre si acepta o no esa prueba, sobre todo valorando la posibilidad de aplicar las excepciones que han sido desarrolladas sobre la materia, tanto a nivel de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, teniendo cuidado de no darle un uso indiscriminado pues repercutirían contra las garantías procesales del investigado y el respeto a sus derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la actividad probatoria tiene especial importancia, ya que la podemos encontrar primero en la etapa de investigación probatoria a cargo del Ministerio Público quien recabará las evidencias en las que sustentará su posible acusación; y una

segunda denominada etapa intermedia que se inicia con la acusación, y tiene como objeto principal el preparar la entrada al juicio oral, presentándose los elementos de convicción probatorios que serán actuados como medios de prueba en el juicio oral, los cuales deben ser incluidos dentro del auto de enjuiciamiento, que es la que nos interesa investigar.

Finalmente tenemos la etapa del juicio oral, cuyas audiencias son realizadas ante el Juez. En esta última etapa, se realizan los alegatos, y tiene como objetivo principal la actuación de los medios de prueba que servirán de base para fundar la sentencia, la cual puede ser absolutoria o condenatoria.

Es decir, la prueba juega un papel importantísimo en cada una de las etapas del proceso, ya que en definitiva es el único medio que tiene el juez para adoptar una decisión.

Pero frente a ello se tiene en el sistema procesal penal el reconocimiento de la exclusión de la prueba ilícita, ilegítima o prohibida, así pues en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal denominado Legitimidad de la prueba, taxativamente reconoce la licitud únicamente de aquellas pruebas obtenidas bajo un procedimiento legal y constitucionalmente válido, sin embargo, menciona como exclusión únicamente a aquellas obtenidas de manera contraria al contenido esencial que posee cada derecho fundamental.

Literalmente el Artículo VIII Legitimidad de la prueba (NCP, 2017) señala lo siguiente:

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

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.” (N CPP, 2017, p. 28)

Por su parte en el Artículo 159°, se establece lo siguiente:

“El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.” (N CPP, 2017, p. 104)
También en el Artículo 393° Normas para la deliberación y votación, indica:

1. “El juez penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio”.
(N CPP, 2017, p. 250)

El método empleado en el Nuevo Código Procesal Penal es de naturaleza prohibitiva o mandatoria, pero con cierta dosis de flexibilidad en cuanto a la permisión de este tipo de prueba cuando se trata de lesiones al contenido relativo (y no esenciales) de los derechos fundamentales, situación a ser resuelta por el operador judicial en cada caso concreto.

Esta manifestación de permisión es permanentemente resuelta y legitimada por nuestro sistema judicial bajo la teoría del riesgo, de buena fe, descubrimiento inevitable y ponderación de intereses.

Entre tanto, el uso del término indirectamente supone la normativización del reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, esto es, que los efectos o consecuencias probatorias producto de la obtención de una prueba ilícita, son extensivamente excluidas y rechazadas de todo análisis y posterior valoración judicial.

Precisamente esto es materia de nuestra investigación para poder aplicar la exclusión de la prueba ilícita a través de la tutela de derecho o rechazo en su admisión en la etapa intermedia, teniendo en cuenta que con anterioridad a la postulación del requerimiento acusatorio, etapa intermedia, las partes no conocen los medios probatorios que el Ministerio Público llevará a juicio para acreditar los hechos delictivos que atribuye a los acusados; pues una de las posibilidades por las que puede optar al concluir la etapa de investigación preparatoria es el sobreseimiento; por lo tanto, para solicitar exclusión de prueba ilícita, el medio de prueba cuya licitud se cuestiona mínimamente debe haber sido ofrecido como parte del caudal probatorio de la fiscalía.

Así tenemos que el Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116 prevé la contingencia de poder solicitar vía Tutela de Derechos la exclusión de prueba ilícita teniendo en cuenta que son actos de investigación obtenidos afectando derechos fundamentales; este supuesto exige que los medios de prueba o actos de investigación cuestionados estén sirviendo de base para medidas cautelares o para sucesivos actos de investigación, acuerdo que señala en su punto 19° lo siguiente:

“La Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha” (Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116)

Estando que en la etapa intermedia se somete toda la actividad probatoria actuada a controles de legalidad y pertinencia para su admisión a juicio, es que vemos la posibilidad de su exclusión a través de la tutela de derecho o el rechazo de su admisión en la etapa intermedia del proceso penal.

1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio

1.2.1. Formulación del Problema

A. Problema General

¿Cuál es el procedimiento que se debe aplicar para la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, puede ser a través de la Tutela de Derecho o el rechazo en su admisión en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018?

B. Problemas Específicos

- ¿Cómo se viene aplicando la Tutela de Derechos para la exclusión de la prueba ilícita en los procesos penales tramitados en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018?
- ¿Se está aplicando correctamente el rechazo en la admisión de la prueba ilícita en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018?

1.2.2. Justificación del Estudio

El tema de investigación se justifica porque permitirá aportar con nuevos conocimientos al derecho relacionado a la exclusión de la prueba ilícita en los procesos penales a través de dos medios, con la tutela de derechos y con el control de legalidad de la actividad probatoria en la etapa intermedia, para lo cual se tiene que tener en cuenta que siendo la prueba ilícita una prueba prohibida por ley, en razón de su origen ilegítimo, su exclusión se encuentra perfectamente autorizada por nuestra norma legal.

Asimismo el tema es relevante teóricamente porque nos va a permitir conocer todo el antecedente de la prueba ilícita en el proceso penal, analizar el contenido y poder aportar con nuevos conocimientos teóricos y prácticos, así como la forma como se ha venido aplicando en esta parte del país, ya que como sabemos es una prueba en cuya obtención o actuación se lesionan los derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal que va a tener graves implicancias en el desarrollo del proceso y en la vida misma del implicado.

El tema de investigación es importante en la medida que nos permitirá conocer a profundidad el papel que juega la prueba ilícita en el proceso penal, la actuación de los operadores jurídicos para la exclusión de estas pruebas así como la del juzgador en el control de legalidad, todo ello con miras de conocer la verdad sobre la participación del implicado en determinado proceso, lo cual se logrará a través del estudio tanto desde el punto de vista sistemático como de praxis, a fin de exponer en forma sucinta los casos en que estamos frente a la prueba ilícita, las opiniones que en doctrina y la jurisprudencia tenemos, así como nuestro propio punto de vista.

La trascendencia de esta investigación radica en que el estudio se va a dar en una zona del interior del país, porque urge la necesidad de que se realice un estudio para conocer cómo se viene presentando la actuación de la prueba ilícita en los procesos penales, su exclusión a través del control de legalidad en la etapa intermedia o de la Tutela de Derechos, si se está cumpliendo con sus objetivos o si se tiene en cuenta las recomendaciones, la jurisprudencia y los plenos jurisdiccionales sobre el tema en cuestión.

1.3. Antecedentes Relacionados con el Tema

1.3.1. Internacionales

Alcaide (2012) en su tesis doctoral *La exclusionary rule de EE. UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*, concluye que la Regla de Exclusión fue una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, siendo su primer precedente el caso *Boyd vs US*, resuelto en 1886, que prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal. En Estados Unidos y de forma paralela fue conformándose la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado, que surge en 1920, a partir de unas intervenciones telefónica ilegales, pero no se acuña esa expresión hasta 1939. Es sabido que esta doctrina otorga la nulidad de las pruebas que se derivan de otras directas obtenidas de modo inconstitucional, produciendo una especie de efecto dominó en su validez valorativa por el juzgador. En España el reconocimiento jurisprudencial de la prueba ilícita llegó casi cien años después, sucedió en 1984 cuando el Tribunal Constitucional emite una sentencia valiéndose de un caso laboral común sobre la prueba ilícita, citándose profusamente jurisprudencia norteamericana de lo que se infiere una significativa inspiración doctrinal del Tribunal Constitucional de España en el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos.

Cabrera (2014) en su tesis *La exclusión de la prueba ilícita obtenida con infracción de garantías fundamentales de adolescentes en la primera audiencia del Juzgado de Garantía de Valdivia* concluye que la prueba ilícita como institución procesal surgió hace más de cien años en el continente europeo. Sin embargo, su consolidación efectiva se logró únicamente cuando en los tribunales de EEUU se comenzó a excluir la prueba proveniente de actuaciones ilegítimas. La consolidación de este tipo de prueba en el mundo dio origen a dos corrientes, una que postulaba la ineficacia de la prueba y la otra, que justificaba su exclusión. La falta de acuerdo entre ambas llevó a la

doctrina en la actualidad a idear una nueva tesis ecléctica. Nuestro país, se mantuvo por largos años ajeno a esta discusión, pero la reforma efectuada al Código Procesal Penal en adelante CPP, lo obligó a adoptar una posición al respecto. Así, en el artículo 276° del CPP se manifestó concretamente que la prueba producida con violación de garantías fundamentales debía ser excluida del juicio. La doctrina nacional se asignó la labor de precisar los alcances de esta exclusión y sus límites. Sin embargo, a los pocos años de introducida la prueba ilícita en Chile, surgieron algunas dudas en relación a su aplicación y la oportunidad procesal para solicitar su exclusión. Los más optimistas fueron partidarios de la exclusión de la prueba ilícita en diversas audiencias judiciales y no únicamente en la prevista en el artículo 276°. De esta manera, se planteó la posibilidad de excluir la prueba ilícita durante la primera audiencia del juicio, en el debate sobre las medidas que afecten garantías fundamentales.

López (2018) en su tesis doctoral *La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana*, concluye que el proceso penal moderno implica el reconocimiento y respeto de diversos derechos y garantías, siendo la materia probatoria uno de los principales escenarios donde destaca la necesidad de este reconocimiento. Este respeto debe mantener en equilibrio el interés del Estado, representado por la efectiva persecución penal y la protección de los derechos del individuo. Este equilibrio sólo puede ser mantenido si se toman en cuenta tres ideas: (i) No todo vale en la obtención de la verdad. Existen límites al ejercicio de la actividad probatoria, en particular con la búsqueda y obtención de pruebas. (ii) Se debe mantener un óptimo nivel de control sobre la calidad de la prueba, a fin de asegurar su fiabilidad. (iii) Debe existir igual capacidad entre las partes para ofrecer pruebas, si bien esta iniciativa puede ser reemplazada por el ejercicio efectivo de búsqueda y obtención de pruebas por el propio órgano jurisdiccional. La identificación de los límites a la prueba debe

abordarse a partir de una decisión que busque el equilibrio de los intereses en conflicto. La inclinación por la tutela de un interés sobre otro se manifiesta como un límite al ejercicio de la actividad probatoria. Este límite puede presentarse como una prohibición de carácter general o en una prohibición específica, como en el supuesto de la regla de exclusión. Las prohibiciones probatorias son fórmulas de carácter general, que pretenden prohibir actividades de búsqueda y obtención de prueba antes de que ocurran, a efectos de no contaminar el desarrollo del proceso. A su vez, las reglas específicas, derivadas de dichas prohibiciones como la regla de exclusión, buscan ejercer un control posterior a la actividad. Dado que el supuesto de aplicación exige la determinación de la infracción una vez ocurrida la conducta, la cual se analiza de manera particular. Esta distinción debería acabar la confusión existente entre la utilización de los términos prueba prohibida y prueba ilícita, usados de manera indistinta en la doctrina y jurisprudencia españolas.

1.3.2. Internacionales-Latinoamericanos

En el ordenamiento nacional argentino no existe norma positiva que explicita la regla de exclusión de prueba ilícita, razón por la cual Hairabedián sostiene que en esta materia puede hablarse de una laguna jurídica cuya solución pasa por entender que las exclusiones probatorias son una consecuencia implícita de normas constitucionales, aun cuando el Código Procesal Penal de la Nación prohíbe expresamente la declaración del imputado obtenida bajo el influjo de la violencia. En cambio, ordenamientos provinciales como el de Córdoba sí tienen prevista norma expresa de prohibición de la prueba ilícita, a partir del artículo 41 de su Constitución que reza: *“Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria...”*, disposición que es reproducida en el artículo 194° del Código Procesal Penal. Igualmente, el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 211°, prescribe una regla general de

inadmisibilidad de prueba ilícitamente adquirida, del mismo modo que el artículo 148° del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut.

La jurisprudencia argentina en nuestra materia ha tenido un desarrollo importante, al punto que algunos sostienen que las exclusiones probatorias se habrían originado en el caso conocido como “Charles Hnos” resuelto por la Corte Suprema nada menos que en 1981, produciéndose una suerte de silencio jurisprudencial hasta 1981 en que está línea fue retomada en el caso “Montenegro”. Así, al igual que en los Estados Unidos de Norteamérica, en Argentina ha sido en el seno de la jurisprudencia que ha surgido la elaboración conceptual sobre prueba ilícita, la que posteriormente ha sido recogida por algunos Código Procesales Penales.

Por su parte en el país del sur (Chile), no hace mucho que se ha terminado de poner en vigencia en todo su territorio el nuevo Código Procesal Penal que introduce el proceso penal acusatorio que ha venido a sustituir al viejo modelo inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1907.

El Código Procesal Penal no desarrolla de una manera explícita y sistemática la cuestión de la prueba ilícita. Sin embargo, en el artículo 225° indica: *“Los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no podrán ser utilizadas como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiera tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieran cumplido los requisitos previstos en el artículo 222° para la procedencia del mismo”*. Es decir, no podrían ser valoradas medios probatorios que contravienen los presupuestos establecidos en la ley. Asimismo, el tercer párrafo del artículo 276 señala: *“Del mismo modo, el Juez excluirá las pruebas que provinieran de actuaciones o diligencias que hubieran sido declaradas nulas y aquellas que hubieran sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”*. Como ha sido expresado en la doctrina chilena, la

carencia de un desarrollo sistemático de la institución en el cuerpo del Código Procesal Penal no significa que la regla de la exclusión de prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema chileno, pues ella se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas ius fundamentales dentro del ordenamiento constitucional. En tal sentido, el cuarto párrafo del artículo 1° de la Constitución Política señala: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

En cuanto a las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita, el artículo 215° del Código Procesal Penal contiene una disposición interesante, a saber: *“Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieran sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiera librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal”*. El precepto pareciera validar la excepción del hallazgo casual, pero a través de un posterior mandato judicial y la conservación por parte del fiscal de los objetos o documentos casualmente hallados.

Colombia por su parte regula expresamente la regla de prueba obtenida ilícitamente. El artículo 23 del Código Procesal Penal-Ley 906 de 2004 indica lo siguiente: *“Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirá las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo pueden explicarse en razón de su existencia”*. Como

puede advertirse el legislador colombiano no excluye expresamente tanto la prueba directa como la derivada o refleja.

Así también el artículo 276° establece: *“La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes”*. Por lo que limita a que cada una de las diligencias a efectuarse se realice observando lo señalado en la Constitución y Tratados Internacionales suscritos por Colombia; lo mismo sucede en el artículo 360° del Código Procesal Colombiano al prescribir: *“El Juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”*, con lo cual queda preestablecido que solo serán valorados aquellos medios probatorios actuados de manera legal y conforme a lo señalado en el ordenamiento adjetivo.

Por su parte el artículo 455° del mismo cuerpo normativo indica: *“Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”*. Resulta claro que el legislador colombiano ha regulado expresamente la posibilidad de utilizar las excepciones del nexo causal atenuado, fuente independiente, el descubrimiento inevitable y, en cláusula abierta, cualquier otra que puede ser establecida por la ley. El artículo 29° de la Constitución colombiana consagra el debido proceso como derecho fundamental y como parte de él el derecho de la prueba, disponiendo al final que *“es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

Es decir, las pruebas practicadas y valoradas por el juzgador deben estar exentas de vicios, pues en caso contrario deben ser ignoradas. Para cumplir con este propósito, el sistema colombiano cuenta con la

intervención de dos clases de juez: uno encargado de la supervisión de legalidad y constitucionalidad de la actuación procesal; y otro encargado de celebrar la etapa de juicio, previo a proferir fallo de fondo.

1.3.3. Nacionales

Chavarry (2011) en su tesis doctoral *La prueba ilícita penal en la administración de justicia en el Perú*, concluye que la prueba ilícita ha ingresado en nuestro orden normativo a través de la doctrina que ha recogido tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Procesal Penal y otros, contenida en ciertas limitaciones y prohibiciones que ha recogido los tratados internacionales. Los elementos o supuestos de hecho del tema de la prueba ilícita se sustentan en el principio de licitud de la prueba, que en la valoración de la prueba debe aplicarse necesaria y obligatoriamente la regla de exclusión, y la protección y vigencia de los derechos fundamentales del imputado. Un principio que regula el desarrollo funcional de los órganos encargados de la persecución penal y que constituyen una garantía a la vez del sistema acusatorio es aquel que indica la no posibilidad de realizar la investigación y la obtención de la verdad a cualquier precio aun violando los límites de tutela de los Derechos Fundamentales. La prueba ilícita constituye una categoría jurídica de paradigma que le da una determinada característica al modelo de Estado el que a través de sus órganos encargados de la persecución penal va a tener una calidad de Estado inquisitivo y dictatorial. La teoría del fruto del árbol envenenado surgida en la jurisprudencia de los Estados Unidos, resulta ser muy valiosa para la administración de justicia en el país, para evitar que el Estado se constituya en un delincuente para investigar y juzgar otro delincuente.

Araujo (2015) en su tesis *Pruebas ilícitas afectan los derechos fundamentales en el Nuevo Proceso Penal del Distrito Judicial de Huancavelica*, concluye que se ha determinado que el factor doctrinal,

normativo y jurisprudencial son los que influyen para la obtención de la prueba ilícita de tal manera que afecten los derechos fundamentales en el nuevo proceso penal del distrito judicial de Huancavelica. La prueba de bondad de ajuste es $z^2(n=40, g/=2)=6,6$ que confirma de forma significativa la prevalencia de los tres factores. Se ha determinado que el factor doctrinal tiene una prevalencia de influir en un 40% para la obtención de pruebas ilícitas de tal manera que afecten los derechos fundamentales en el nuevo proceso penal del distrito judicial de Huancavelica, asimismo este resultado está en relación con la percepción de los Jueces y Fiscales. Se ha determinado que el factor normativo tiene una prevalencia de influir en un 20% para la obtención de pruebas ilícitas que afecten los derechos fundamentales en el nuevo proceso penal del distrito judicial de Huancavelica, de la misma manera este resultado está en relación con la percepción de los Jueces y Fiscales. Se ha determinado que el factor jurisprudencial tiene una prevalencia de influir en un 20% para la obtención de pruebas ilícitas que afecten los derechos fundamentales en el nuevo proceso penal del distrito judicial de Huancavelica, de la misma manera este resultado está en relación con la percepción de los Jueces y Fiscales.

Camacho (2017) en su tesis de maestría Hacia el debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus implicancias en el debido proceso penal, concluye que las reglas de exclusión están referidas a los siguientes presupuestos; afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, que la irregularidad (en la obtención y la incorporación) sea suficiente para comprometer el debido proceso y aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, supuestos que deben ser evaluados en función a los fines, las garantías y la eficacia del proceso penal. Mientras que las excepciones a las reglas de exclusión están determinadas por los siguientes criterios: fuente independiente, el vínculo atenuado, descubrimiento inevitable. Ahora bien, la prueba de origen ilícito que se admite e incorpora válidamente

en el proceso penal, y la prueba de fuente ilícita que se excluye por atentar los derechos fundamentales tiene una implicancia directa en el debido proceso. Las reglas de exclusión de la prueba ilícita tienen su fuente principal en la protección del sistema constitucional y la operatividad de las agencias policiales vinculadas con la persecución del delito, y a partir de ello se derivan las reglas de exclusión probatoria que se deben aplicar para excluir una determinada prueba que afecte el núcleo del derecho fundamental, cuando se advierte: (a) Que la irregularidad en la obtención y la incorporación sea suficiente para comprometer el debido proceso, (b) Aquella prueba que se deriva a partir de una fuente ilícita, (c) Afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, (d) La condición de prueba ilícita para que no tenga efectos en el proceso debe ser declarada judicialmente, (e) Afectación a la dignidad de la persona, (f) Mala fe en la incorporación de la prueba ilícita a fin de generar derechos y obtener ventaja; y el fundamento central del debilitamiento de las reglas de exclusión radica en el derecho a conocer la verdad, que implica el esclarecimiento de los hechos materia de investigación incluso restringiendo algunos derechos para enfrentar a la corrupción sistemática y organizada.

Por lo que efectuándose una comparación con los sistemas procesales extranjeros de países latinoamericanos con el nuestro, se advierte que en el caso de Argentina no existe una norma expresa Constitucional respecto a la declaratoria de prueba ilícita, no obstante, si existe prescripción taxativa en cada uno de los Códigos Procesales Penales de cada una de las provincias que conforman dicho Estado, hecho que demuestra similitud con nuestro país, dado que nuestra Constitución no regula el tema de prueba ilícita de manera expresa, pero se sobreentiende de manera implícita en el artículo 2º inciso 24, literal h) que prescribe el derecho que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato respecto al secreto de las comunicaciones, habiendo sido

definido el concepto de prueba ilícita por nuestro máximo intérprete, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02053-2003-HC/TC, caso Edmi Lastra Quiñones, es decir, ingresando dicha conceptualización a nuestro sistema por el desarrollo jurisprudencial, para posteriormente ser plasmado en nuestro Código Procesal Penal del año 2004 en el artículo VIII del Título Preliminar.

Situación contraria a lo que sucede en la legislación Chilena, pues si bien si se regula la prueba ilícita pero no de manera taxativa sino implícita, dado que no se regula como tal ni en su Constitución ni en su Código Procesal Penal, pero conforme lo ha considerado la doctrina chilena, la existencia de una carencia en el desarrollo sistemático de dicha institución no significa que la regla de la exclusión de prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema chileno, pues la misma se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas fundamentales dentro del ordenamiento constitucional.

En cambio, la redacción normativa de prueba ilícita en el Código Procesal de Colombia, es la que guarda estrecha similitud con la nuestra, pues regula la exclusión de la prueba ilícita tanto directa como la derivada; inclusive se advierte que su sistema prevé la intervención de dos jueces, el primero que regula el control de legalidad como nuestro Juez de Investigación Preparatoria y el Juez que resuelve el tema de fondo y desarrolla el juicio oral, como viene a ser nuestro Juez Penal Unipersonal o Colegiado. En conclusión, se puede precisar que, en estos tres países Argentina, Chile y Colombia se regula la exclusión de la prueba ilícita como consecuencia de la defensa y supremacía de los derechos fundamentales que defiende sus Constituciones y los Tratados Internos que han suscrito.

1.4. Presentación de Objetivo General y Específicos

1.4.1. Objetivo General

Determinar el procedimiento que se debe aplicar para la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, puede ser a través de la Tutela de Derecho o el rechazo en su admisión en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Establecer cómo se viene aplicando la Tutela de Derechos para la exclusión de la prueba ilícita en los procesos penales tramitados en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018.
- Determinar si se está aplicando correctamente el rechazo en la admisión de la prueba ilícita en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018.

1.5. Limitaciones: Externos

1.5.1. De Recursos:

Se dispone con pocos recursos financieros, se sufragará sólo los gastos de materiales de impresión y empaste, más no para afrontar el pago de servicios de asesoramiento profesional externo.

1.5.2. De Contexto de Estudio:

La presente investigación se limita al estudio exclusivamente de la prueba ilícita en los procesos penales, su exclusión por medio de la Tutela de Derechos o del control de legalidad en la etapa intermedia, la forma como se viene aplicando, su garantía por el NCPP, los factores internos y externos que lo afectan.

1.5.3. De Tiempo:

El investigador solo puede dedicar a tiempo parcial y no a dedicación exclusiva por motivos de trabajo.

1.6. Restricciones: Internos:

Se circunscribe a investigar, analizar y proponer.

El tiempo de dedicación del investigador es parcial.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1. Marco Histórico

La prueba ilícita viene a ser parte del conjunto de los medios de prueba que se presentan en todo proceso penal, debiendo buscar sus orígenes en el nacimiento del mismo Derecho como ciencia. Por ello tenemos que el concepto de prueba ilícita es un concepto histórico que se encuentra relacionado en forma directa con el Derecho procesal penal.

Cuando analizamos como surge la determinación de que una prueba sea lícita o ilícita, encontramos como lo señaló Miranda (2010) que va a depender del sistema político de la sociedad en el que se presente, así en el caso de los sistemas democráticos tenemos procesos de corte acusatorio, pero en aquellos que rigen los sistemas políticos autoritarios van a tener procesos inquisitivos.

En consecuencia, la misma persecución penal ha de tener fines diferentes de acuerdo al sistema en que se encuentre. En el caso del sistema inquisitivo la finalidad del proceso penal va a ser investigar la verdad en relación del hecho punible para castigar al autor de todas formas aun sin respetar sus derechos. Pero, tal como nos manifiesta Gascón (2005) en los otros sistemas van a optar por ser más garantistas ya que de lo que se trata es de ordenar y disciplinar a las instituciones del Estado que se encuentren relacionados con la función de impartir justicia, como es en nuestro caso del Ministerio Público y el Poder Judicial.

Hay que tener en cuenta que en el desarrollo histórico ningún sistema político es totalmente puro, sino que cada sociedad permite que haya predominio de uno u otro sistema judicial, por ello mismo es que vamos a poder encontrar una diversidad de soluciones y propuestas entre los dos sistemas: el

acusatorio y el inquisitivo, con lo cual se ha dado lugar a que se formen una gran variedad a los que se ha llamado sistemas mixtos o eclécticos.

La principal característica de los denominados sistemas mixtos, que nos indica Cruz (2002) es que buscan defender a la sociedad de un lado y defender los derechos fundamentales de otro, precisamente en esta disquisición es que encontramos la esencia del debate de la prueba ilícita.

Esto en cuanto al aspecto sistemático, veamos ahora a lo doctrinal, aquí vamos a encontrar que el primordial antecedente en cuanto se refiere a la prueba ilícita viene a ser los principios de libertad probatoria y el principio de limitación sobre la prueba.

Precisamente son la doctrina europea y la de nuestro continente las que en forma unánime han restado valor a la prueba que ha sido obtenida a través de la violación de la Constitución y por ende de los derechos fundamentales. Sin embargo, nos indicaba Salas (2002) la gran controversia ha surgido al hecho de tener que darle o no valor a aquellas pruebas que han sido obtenidas en forma indirecta de la violación constitucional, aquellas que sin conformar el corpus del quebrantamiento de la garantía se han obtenido por la vulneración de dichas garantías, es decir son aquellas pruebas que se han obtenido por efecto reflejo.

También encontramos aquella posición que otorga validez a la prueba ilícita, prohibida, espuria pero que sin embargo lo que buscan es la sanción a aquellos organismos que son los que violan los derechos fundamentales.

Uno de los primeros abogados que trato el tema de la prueba ilícita fue sin lugar a dudas Beiling, quien a través de su trabajo Las prohibiciones probatorias como frontera de la investigación de la verdad en el proceso penal, escrito en 1903, señalaba que los órganos de la justicia penal son los que tienen el deber de averiguar qué es lo que en realidad ha acontecido, con lo cual tendrán el poder de tomar las medidas necesarias para excluirlas. Por

ello es que nosotros encontramos dicho problema en nuestra realidad, en los procesos penales y la función principal de las instituciones judiciales dentro de un Estado Social de Derecho es conseguir la verdad para no cometer errores.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Prueba Ilícita

En primer lugar, veremos lo relacionado a la prueba para luego pasar a la prueba ilícita específicamente.

A. *La Prueba*

El concepto de la prueba es muy amplio y sobre ella se han dado múltiples definiciones, seleccionando entre éstas para que nos iluminen mejor las siguientes:

Miranda Estrampes (1997) señala que al conceptualizar la prueba, se pueden distinguir tres aspectos importantes, el primero de carácter objetivo, se considera pruebas a todo medio que sirve para llevar al juez el conocimiento de los hechos, en tal sentido, prueba es aquel medio o instrumento que se utilizan para lograr la certeza judicial; el segundo, de carácter subjetivo, pues se equipara la prueba al resultado que se obtiene con la misma; es decir, al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del Juez. La prueba es el hecho mismo de la convicción judicial, es decir, el resultado de la actividad probatoria. El tercer aspecto combina las dos anteriores, el criterio objetivo de medio y el subjetivo de resultado y se define a la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que se deducen de los medios aportados.

La prueba, señala García Rada (1982), vista desde un ángulo objetivo sirve para acreditar un hecho desconocido, es decir, el Juez se vale de hechos u objetos conocidos para descubrir lo

que no conoce, en efecto, desde un punto de vista objetivo, prueba es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho. Se amplía esta concepción comprendiendo a los objetos, actividades judiciales, situaciones o realidades de la persona, como es el caso de la inspección judicial, de la corporal, de la pericia, etc. esta acepción es empleada por Carnelutti y Florian.

Oré (1996), señala respecto a la prueba, que ésta puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el resultado conviccional de su valoración.

Cubas (1998), manifiesta que prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. En el caso del proceso penal esta hipótesis es la denuncia, esta afirmación es la acusación. Señala además que, si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de un proceso, prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin. La prueba penal puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de los resultados.

Sánchez (2004) señala que “la prueba es la mejor forma de demostrar la verdad y la relación que existe entre ambas es imprescindible pues en el ámbito procesal la verdad depende de la prueba. La verdad constituye un requisito fundamental para la decisión final del juzgador, debido a que no se podrá sancionar

a la persona que tiene la calidad de imputado sin haberse probado que es culpable”.

Podemos concluir que la prueba es aquella que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que se investigan, sirviendo esta prueba como medio, a cargo de las partes y como resultado, que constituye la valoración que hace el juzgador para alcanzar a la convicción necesaria sobre la veracidad o falsedad de un hecho.

B. Principios de la Prueba

Principio de Oficialidad: Esta referido a que el Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal es el interesado en alcanzar la verdad material. Este principio, dice Víctor Cubas (1998), llamado inquisitivo, se constituye en un deber del Ministerio Público de esclarecer los hechos.

Principio de Libertad Probatoria: La libertad probatoria está referida, a que en todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento y por tanto importante para la decisión final, puede ser probado. En el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Esto significa que no se exige la utilización de un medio determinado y si bien se debe recurrir al que ofrece mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios. Se pueden emplear medios de prueba no reglamentados siempre que sean adecuados para descubrir la verdad. La libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio pues éste se concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes.

Principio de Pertinencia: Pertinencia de la prueba es la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar.

Mass (1992) expresa que el principio de pertinencia “consiste en la necesaria relación directa o indirecta que deben guardar la fuente de prueba, el medio de prueba y la actividad probatoria, con el objeto de prueba y, por tanto, con el tema probandum”.

Para Echandia (2002) la pertinencia consiste en que debe haber alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar.

Principio de Conducencia y Utilidad: Víctor Cubas (1998) señala que “se podrá hablar de conducencia y utilidad de la prueba cuando los medios de prueba se emplean para acreditar hechos que son relevantes o útiles para resolver el caso particular y concreto”.

Principio de Legitimidad: Un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir con certeza; cuando no es contrario a la ética, ni a la dignidad e integridad de las personas. La legitimidad del medio de prueba implica, además que aquél que proponga la realización de una actividad probatoria, esté legitimado procesalmente para ello.

Principio de Comunidad: Denominado también de adquisición procesal de la prueba en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia; puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció.

Principio de Verdad Material y Verdad Procesal: La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial, por ello también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad tout court, por lo que el enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue; es por ello es que esta verdad se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial.

Podemos decir entonces que nos referimos a la “verdad material” aquellos hechos que ocurren efectivamente en la vida cotidiana, no necesariamente controvertidos, es por esta razón que se le denomina también verdad real; un ejemplo de ello sería que alguien deje de pagar una obligación, eso es un hecho. Pero al momento en que ese acontecimiento comienza a ser controvertido, nace la necesidad de demostrarlo en un litigio y es allí cuando aparece la verdad procesal o formal, de la obligación y su falta de cumplimiento o insatisfacción, es decir del hecho correspondiente a su pago como medio principal de extinción de la misma.

La verdad formal, en cambio es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad puede coincidir o no con la verdad material, con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia.

En los litigios normalmente las partes tienen la carga de demostrar a través de las pruebas los hechos que han señalado

en la demanda y en sus defensas o excepciones; entonces, una vez trabada la litis corresponde al juez decidir en base a “lo alegado y probado en autos”, esta es la frase que da inicio al desarrollo de la idea de la verdad procesal, ya que operador de justicia queda supeditado exclusivamente a tomar una decisión sobre lo que las partes puedan probar o no. Volvamos al ejemplo anterior, una persona deja de cumplir con una obligación, es llevado dicho asunto a un tribunal competente para resolver el conflicto, pues resulta que ambas partes según les corresponda en la situación contractual y procesal, deberán demostrar que existe y es válida la obligación y que la misma no está extinguida, y a la contraparte, hacer lo propio respecto de la extinción, como lo sería el pago u otras formas de extinción de las obligaciones. Podría entonces presentarse un hipotético caso en el que a pesar de que la obligación no ha sido pagada y ambas partes así lo saben, pero el demandante no ha podido demostrar efectivamente la existencia de la obligación, o en el caso contrario, de que habiendo sido pagada, ello no lo puede demostrar el deudor en el expediente judicial, le corresponde al juez decidir en base a esas circunstancias y actividad probatoria en las actas, en consecuencia la verdad procesal o formal será en un caso que el demandante no pueda satisfacer su acreencia y en la otra, que se condene al deudor el cumplimiento de una obligación que ya había pagado. Es aquí donde se comienzan a ver las dicotomías entre estas categorías del derecho procesal.

En síntesis, podemos afirmar que la verdad material lo que ocurrió evidentemente y la verdad procesal es lo que el Juez declarar que ocurrió en el procedimiento

C. *Fines de la Prueba*

Como se ha podido estudiar hay varios criterios que nos llevan a conceptualizar lo que es el fin de la prueba, así tenemos en

primer lugar a la prueba como demostración o búsqueda de la verdad de un hecho, que da lugar a la verdad formal y la verdad material; en segundo lugar, se tiene la prueba como dispositivo de unión formal de hechos; en tercer lugar, a la certeza judicial como fin de la prueba.

El fin de la prueba no debe confundirse con los fines particulares que las partes procesales tratan de lograr con la misma, ya que tales fines no coinciden con los que corresponden a la prueba según su naturaleza y función procesal.

El fin de la prueba no es otro que formar la convicción del Juez acerca de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes en el proceso, es decir, que el Juez se convenza o persuada de que tales afirmaciones coinciden con la realidad. Mediante la prueba no se trata de convencer a la parte procesal contraria, ni siquiera al Ministerio Público cuando interviene en el proceso, sino que el único destinatario de la prueba es el Juez. Ello impone como consecuencia obligada que la persona que realiza las afirmaciones no puede ser la misma persona a quien va destinada la prueba y cuya convicción se trata de formar.

D. Fuente de Prueba

Fuente de prueba es todo aquello que da origen a un medio o elemento de prueba y existe con independencia y anterioridad al proceso. Para Manzini (1953) fuente de prueba es todo lo que, aun sin constituir por sí mismo medio o elemento de prueba (como, por ejemplo, el parte, la denuncia, el interrogatorio del imputado), puede, sin embargo, suministrar indicaciones útiles para determinadas comprobaciones. La fuente de prueba es susceptible de ser incorporada formalmente en el proceso a

través de los medios de prueba y con ayuda de facilidades técnicas en caso necesario.

Lo esencial de la fuente de prueba, según Mass (1992) es el argumento que fluye de ella. En ese sentido, fuente de prueba es aquello que suministra indicaciones útiles para determinadas comprobaciones, por ejemplo: el atestado policial, un testigo.

Existe prácticamente consenso en citar como ejemplos de fuente de prueba: en el testimonio el conocimiento relatado por el testigo; en el documento aquello que representa (refleja directamente) y puede ser una idea, un sentimiento, una expresión artística, un saber común o especializado, un estado o situación anímica, una actitud, un paisaje, un suceso, etc.; en la confesión lo confesado; en la diligencia de constatación directa lo constatado que contiene una significación con aptitud de constituirse en argumento probatorio, etc.

E. Objeto de Prueba

Respecto al objeto de prueba no existe uniformidad en la doctrina respecto a su naturaleza, para un sector el objeto de prueba es el hecho imputado entendido como fenómeno exterior al hombre; y para otros, el objeto de prueba son las afirmaciones en relación con los hechos. Para Mass (1992) "objeto es el ente sobre el cual se concentra la actividad cognoscitiva" y puntualiza "objeto de prueba es aquello que constituye material de la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado, conocido y demostrado. Debe tener la calidad real o probable o posible"; concluye: "para identificar adecuadamente en un caso dado aquello que constituye el objeto, se requiere una respuesta apropiada a las preguntas: ¿Qué es? o ¿sobre qué? ¿Qué es lo que se necesita probar? ¿sobre qué se concentra la actividad probatoria?".

En sentido contrario, existe la posición que sostiene que el objeto de la prueba no son los hechos fenoménicos exteriores al hombre, sino las afirmaciones de las partes que son estas las que se prueba, mas no los hechos, pues éstos ya ocurrieron o están allí imperecederos. Al respecto Serra Domínguez (2009) expone: "Se afirma que el objeto de prueba lo constituyen los hechos. No es cierto. Los hechos, entendidos como fenómenos exteriores al hombre en su acepción más general, son de una forma y no de otra y, como tales, no requieren prueba, es imposible probar una mesa, un contrato, una obligación. Lo que si requieren prueba son nuestras afirmaciones en relación a tales hechos. En cuanto yo afirme que en mi despacho existe una mesa de caoba, puedo ya demostrar la exactitud de mi aserto. Solo pueden ser probados, no los hechos, sino nuestro juicios existenciales o valorativos sobre tales hechos".

Desde mi punto de vista considero que el objeto de prueba son las afirmaciones que las partes hacen respecto de los hechos, pues estos ya ocurrieron o están allí imperecederos, lo que se tiene que probar son las afirmaciones de las partes, que indicaran que tal o cual objeto existe o existió; si el fiscal quiere probar la afirmación de la existencia del cadáver en un delito de homicidio tal como está postulando en su acusación, presentara el protocolo de necropsia respectivo y probara su afirmación, el cadáver estará yacente en su tumba que no necesitara de prueba, porque existe, está ahí.

F. La Prueba Ilícita

Concepto

En cuanto a la definición de prueba ilícita como nos indica Miranda (1999) la doctrina se ha dividido en dos grandes grupos: Concepciones amplias y restringidas.

Las concepciones amplias se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa - materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así posiciones extremas llegan a definir a la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, sin precisar los límites de tal concepto.

La concepción restrictiva define la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad, pero la sentencia puede fundarse en ella. Consideramos que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones, siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo; por lo tanto, su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan y tiene como efecto su expulsión del proceso.

Naturaleza

Superadas antiguas concepciones llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos de Estado de Derecho. Sin embargo, cabe precisar que la naturaleza jurídica de la prueba ilícita no es la búsqueda de la verdad absoluta, al decir de Mass (1990) "la verdad absoluta solo la tiene Dios, pues es la verdad misma". Por lo tanto, solo puede hablarse una verdad legal.

Bajo este criterio, el Tribunal Constitucional (2010) en la sentencia Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, caso Alberto Quimper Herrera (fojas 07), sobre la naturaleza jurídica de la prueba ilícita concluye: "En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante, ello en consideración de este tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplada en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud". De esta manera se puede observar que el Tribunal Constitucional asume la posición que la prueba prohibida es un derecho fundamental de la persona humana, pero de contenido implícito, por no estar regulado expresamente en la Constitución.

Prueba ilícita y el Tribunal Constitucional

En el caso Edmi Lastra Quiñonez el Tribunal Constitucional (2003) define que "La prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable". En esta sentencia podemos apreciar que el Tribunal Constitucional ha optado por una concepción moderadamente amplia ya que considera ilícitos los medios probatorios obtenidos o actuados en violación de una norma constitucional o trasgrediendo la ley procesal.

Consideramos que esta posición puede resultar demasiado amplia puesto que engloba los conceptos de prueba ilícita y prueba irregular, que son diferentes, la primera señala la ineficacia de la prueba por violar derechos fundamentales y la segunda solo hay ineficacia por violar una legalidad procesal, la diferencia radica en que la primera su exclusión es inmediata y radical, en tanto la segunda no tiene como efecto la exclusión de la prueba pues el vicio puede ser subsanado. En tal sentido, consideramos que el máximo intérprete de la constitución debería modificar ligeramente la jurisprudencia sentada, señalando que constituyen prueba ilícita aquellas obtenidas o presentadas en violación de normas constitucionales o en trasgresión de normas procesales que constituyan garantías de debido proceso para el procesado.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional concuerda muy bien con la definición sobre prueba ilícita que da el Nuevo Código Procesal Penal en su Título Preliminar:

Título Preliminar artículo VIII del NCPP:

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

Debemos tener presente que la mención en el inciso 2 del citado artículo sobre "pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales"

incluye en su concepto de prueba ilícita aquellas obtenidas con violación de las normas procesales que consagren garantías para el procesado

A tal concepto debemos agregar el de las pruebas ilícitas por derivación, tal como nos indica Pellegrini (2000) es decir aquella que, habiendo sido obtenidas o practicadas de forma legal, son inadmisibles debido al carácter ilícito del medio probatorio que les dio origen. Esta es la conocida teoría de los "frutos del árbol envenenado", cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Prueba Ilícita y Prueba Irregular

Hemos establecido que prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales. Pero ¿Qué sucede cuando en dicho cometido lo que se ha vulnerado no son normas constitucionales sino tan normas ordinarias o infra constitucionales? Se trata de una cuestión que ha sido examinada con cierta amplitud por la doctrina, existiendo varias posiciones al respecto.

En general, como bien puede deducirse de la interrogante del párrafo precedente, prueba irregular es aquella que ha sido obtenida o incorporado con vulneración de normas ordinarias o infraconstitucionales. En estos casos generalmente lo que se infracción son normas de procedimiento o la forma regular en la que se debe actuar determinada prueba.

López de Barja de Quiroga (1989) tras asignarle la denominación de prueba defectuosa, ejemplifica la cuestión a través de la referencia a una diligencia de reconocimiento en rueda para la identificación del autor del delito, en la que el sospechoso no ha sido colocado con otras personas similares

características físicas y los identificadores han hecho el reconocimiento de manera conjunta y comunicándose entre sí. En este caso lo que ha sido transgredido es el precepto legal que reglamenta la práctica de reconocimiento en rueda, que no es una norma constitucional que reconozca derechos fundamentales.

La diferencia entre prueba ilícita y prueba irregular es importante desde el punto de vista del resultado. En la práctica, una prueba que haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales carece por completo de efectos legales y no puede ser valorada de ningún modo por los operadores, a tal punto que debe ser expulsada del proceso o investigación. En cambio, una prueba que únicamente haya lesionado una norma de procedimiento y, en general, normas legales ordinarias, implicará la invalidez de la diligencia, sin perjuicio que, de alguna manera, pueda servir para probar el hecho de otro modo y a través de otros medios, utilizándola como punto de partida o referencia a tener en cuenta.

Resulta claro que no se discute que la prueba irregular acarrea la nulidad del acto. Es decir, es innegable que la existencia de una prueba obtenida con vulneración del ordenamiento legal ordinario no pueda resultar indiferente para el sistema en términos de un resultado. Pero, también es innegable que el resultado de vulnerar una norma que reconoce un derecho fundamental no puede ser equiparado al resultado de vulnerar otra que únicamente pertenece a la legalidad ordinaria. En el primer caso, el resultado es la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita y la expulsión del proceso de la prueba así obtenida, sin posibilidad de ser aprovechada ni valorada de ningún modo. En el segundo caso, a pesar de invalidada de conformidad con las reglas de procedimiento, no

necesariamente contamina a todo lo demás e inclusive, en determinados casos, puede servir como referencia para probar el mismo hecho a través de otros medios o en otros casos, puede resultar convalidada.

Por otro lado, la Casación N° 591-2015-HUÁNUCO, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en su fundamento jurídico 15° establece: “(...) se debe precisar la distinción de la prueba cuya ilicitud se origina en la infracción de una norma legal procesal ordinaria o infraconstitucional, la cual a su vez puede formar parte, como una expresión específica, del conjunto de garantías derivadas de otro derecho fundamental-sea para su obtención o práctica, esto es aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley. En este supuesto nos referimos a una prueba irregular, la cual no es una categoría distinta de la prueba ilícita, sino una modalidad de esta última”

Respecto a los efectos jurídicos de la prueba irregular, se debe indicar que en general las leyes procesales tienen en común que no admiten las pruebas irregulares; pero se distingue por la mayor o menor amplitud con que prevén excepciones a esta regla general. En el caso de las pruebas irregulares, en nuestro sistema jurídico, el artículo VIII, del Título Preliminar, del Código Procesal Penal, establece, de modo genérico, una prohibición de valoración para las pruebas no obtenidas mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo-entre los cuales hemos ubicado a la prueba irregular.

Si bien tanto en el mismo cuerpo normativo precitado, como en la jurisprudencia y en la doctrina, se utiliza una terminología variada para denominar el efecto de los actos obtenidos en violación a derechos y garantías constitucionales, en puridad el

efecto derivado es el de ineficacia del acto, lo que se traduce en una exclusión probatoria, sin distinción de si procesalmente esta se efectúa al momento de la admisión o de la derivación de la fuente de prueba.

Empero, la existencia de una prueba irregular no implica la exclusión automática de las pruebas actuadas con posterioridad o como resultado de ella. Así se infiere de lo establecido en el artículo 159° del Código Procesal Penal, el cual impone la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente siempre que se hayan obtenido con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Consecuentemente, el aspecto relevante para determinar la exclusión de una prueba derivada de la prueba irregular es la intensidad de afectación del derecho fundamental.

Prueba lícita y el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116:

En su fundamento jurídico 12 establece: “Una vez efectuada la pericia, de acuerdo a las pautas que establece la Ley Procesal Penal, el fiscal podrá ofrecerla como medio probatorio que acredite su acusación o la defensa como descargo, o incluso ofrecer una pericia de parte. El análisis que se hace para la admisión de los medios de prueba en la audiencia de control de acusación, de conformidad con el artículo 352° del NCPP; solo versa sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, sólo se analiza si tiene relación con los hechos del objeto del debate, si la pericia específica solicitada no viola el ordenamiento, y si es compatible con el fin propuesto, así como si no es sobreabundante.

Ese es el marco de decisión porque esta etapa tiene por función analizar la viabilidad del juicio oral y no la valoración de la prueba que se hace en el juicio oral”.

De lo detallado en este párrafo, se puede determinar que el Juez de Investigación Preparatoria en la Etapa Intermedia para efectos de la admisión de los medios probatorios en la audiencia de control de acusación deberá de verificar que esta tenga la pertinencia, conducencia y utilidad, pero además que esta no contravenga el ordenamiento jurídico, es decir que se cumpla el principio de legitimidad, de allí que se señala que *el control de acusación solo versa sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, es decir solo se analiza si tiene relación con los hechos del objeto del debate, si la pericia específica solicitada no viola el ordenamiento*, por lo que a criterio de la investigadora en caso el Juez advierta que una determinada prueba viola el ordenamiento jurídico podría excluir dicho material probatorio del proceso; no obstante, en caso de existir duda al respecto, el Juez de Juzgamiento deberá evaluar la ilicitud y de ser el caso no valorarla. Por lo que se reafirma en su posición de que no existe tutela de derechos de oficio en virtud del principio rogatorio, y en caso de advertir una defensa técnica deficiente, podrá excluir el material probatorio como Juez de Garantías, velando que ningún medio probatorio viole el ordenamiento.

2.2.2. Reglas de Exclusión

A. Definición

Se define la regla de exclusión como aquella que impide utilizar en el proceso penal toda prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; si se efectúa un allanamiento sin la respectiva orden judicial y se procede al secuestro de un objeto, la aplicación de la regla de la exclusión probatoria implicará que se ha violado la garantía que consagra nuestra Constitución sobre la inviolabilidad domiciliaria y que el secuestro practicado deviene inválido.

La ilicitud de los medios significa que en la investigación de un delito no pueda emplearse "vías ilegítimas" para obtener una prueba, como resultaría practicar un allanamiento sin orden judicial o lograr una confesión bajo apremios. La afectación de una garantía constitucional implica la obtención de medios probatorios con transgresión del ordenamiento constitucional vulnerando el núcleo duro de las garantías de orden Constitucional, como vendría a ser la inviolabilidad del domicilio, más no así una mera disposición procesal.

La regla de exclusión en los Estados Unidos se define también como aquella que consiste en prohibir el uso de la evidencia o testimonios obtenidos por oficiales del Gobierno a través de medios violatorios de la Cuarta, Quinta y Sexta Enmienda. La Cuarta Enmienda garantiza el derecho de los ciudadanos a tener seguridad sobre sus cuerpos, casas, papeles y efectos en contra de registros y secuestros irrazonables. Asimismo, exige que las órdenes de registro reúnan ciertos requisitos para ser considerados válidas y finalmente se refiere al secuestro de personas, que generalmente llevan a su arresto. Existen dos razones para la existencia de esta regla; que los oficiales de Gobierno, y especialmente la Policía, sean disuadidos de utilizar medios ilegales para obtener evidencias al no poder utilizarse la misma para fundamentar una condenatoria y, en segundo lugar; que los jueces no sean parte o legitimen la ilegalidad cometida por otra rama del Gobierno. Dicha regla ha alcanzado gran desarrollo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos. Sin embargo, las consecuencias de su aplicación, que siempre son alarmantes para la comunidad dado que su efecto principal consiste en que un hecho punible en las que existe evidencia para fundamentar la culpabilidad del imputado deba quedar impunes al excluirse esa evidencia por

vicios constitucionales en su recolección; hizo que la Corte introdujera algunas atenuantes en su aplicación.

B. Fundamentos

Para la jurisprudencia norteamericana el fundamento de excluir una prueba ilícita tiene su sustento en una función disciplinaria, es decir, en disuadir a los agentes policiales de las conductas ilegales. Así, en el Caso *Janis vs USA* (1976), el tribunal señaló: “El principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas”.

La función disciplinaria que sustenta el modelo americano, si bien tiene su base en la Constitución, también es verdad que, está subordinada a ella, en la medida que sirve para prevenir conductas policiales que afectan derechos fundamentales. En cambio, en el marco Euro continental, al que está adscrito el Perú, el fundamento de la exclusión probatoria se basa en la posición prevalente que los derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico, en el valor supremo o privilegiado que la Constitución les otorga.

C. Ámbito de Exclusión

En este punto tomaremos como referencia a San Martín Castro (2002) a partir del cual podemos señalar lo siguiente:

a. Respecto a los Derechos Fundamentales

Es pacífica la apreciación de la doctrina, en reconocer la exclusión probatoria cuando se trata de la vulneración directa o indirecta de derechos constitucionales sustanciales, es decir, del derecho a la libertad personal, del derecho a la intimidad, del derecho a la libertad domiciliaria, etc.

b. En cuanto a los Derechos Procesales Fundamentales

Cuando se trata de derechos constitucionales procesales (derecho al debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional,

presunción de inocencia y derecho de igualdad procesal) en conexión con normas de rango ordinario. Al respecto Pellegrini (2000) señala que: “la prohibición tiene naturaleza exclusivamente procesal cuando fue puesta en función de intereses atinentes a la lógica y a la finalidad del proceso mientras que tendrá naturaleza sustancial, cuando, aun sirviendo mediatamente también a intereses procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independiente del proceso”.

De este modo, algunos sostienen que dicha infracción no constituye prueba prohibida, en tanto que otros consideran que siempre debe considerarse prohibida porque vulnera el debido proceso y la igualdad procesal.

San Martín Castro (2002) respecto a los derechos constitucionales procesales, es partidario de la postura intermedia, según la cual debe valorarse la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los intereses en conflicto. De ahí que resulta imprescindible determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona o vulnera las garantías procesales básicas.

La tesis intermedia, según Gonzales-Cuellar (1990) exige ponderar la trascendencia de la infracción penal teniendo en cuenta los intereses en conflicto de acuerdo al principio de proporcionalidad, es decir pues, que el Juzgador en cada caso en particular deberá analizar la norma vulnerada aplicando el principio de proporcionalidad y sopesando los bienes jurídicos en disputa, sin dejar de lado la esencia de los mismos. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior Español del 29 de marzo 1990 dice que: “Debe realizarse una adecuada valoración

de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”. En ese sentido resulta evidente que, la lesión de un derecho fundamental procesal se produce inmediatamente, es decir, que la lesión sólo se consuma cuando tiene trascendencia en el resultado del proceso.

D. Límites de La Prueba Ilícita

Habiendo quedado establecido que no toda prueba ilícita debe ser excluida del proceso penal, no queda sino ocuparnos de los límites que en la doctrina se han fijado para los casos en que haya una prueba ilícita de por medio, entre las principales teorías tenemos:

a. Teoría del Árbol Envenenado (Fruit of the poisonous tree doctrine)

Según la cual el vicio de la planta se transmite a todos sus frutos; es decir, el restarle méritos a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas.

López Barja de Quiroga (1989) cita el siguiente ejemplo: Un detenido revela en un interrogatorio en el que se violan sus derechos fundamentales, el lugar en el que se encuentra el arma y el botín procedente del robo. El arma y el botín son hallados en el escondite revelado en el interrogatorio, en el interior del domicilio del acusado, durante una entrada y registro realizado con orden judicial. En el arma se descubren las huellas dactilares del acusado y se acredita pericialmente que se trata del arma utilizada para cometer el delito. Nos encontramos, pues, ante una prueba obtenida lícitamente, pero que parte o tiene su

origen o fundamento en una prueba que se obtuvo ilegalmente” y que, por tanto, no debe ser valorada.

b. Teoría de la Exclusión

Siguiendo esta teoría los Tribunales federales de los Estados Unidos eliminaron los medios de prueba y/o fuentes de prueba obtenidas en violación de la prohibición de realizar cateos e incautaciones irrazonables. Esta regla ha sido objeto de serias controversias legales, pues muchas veces ha impedido que impere la verdad material en el interior de un proceso y otras ha ocasionado la liberación de personas que tal vez eran culpables al impedir que la Fiscalía use medios y fuentes de prueba obtenidos ilícitamente.

c. Teoría del Entorno Jurídico

El Tribunal Supremo Federal (BGH) de Alemania ha desarrollado la teoría del ámbito jurídico o teoría del ámbito de los derechos, definida por Gómez Colomer (1997) como: La teoría del entorno jurídico es aquella en cuya virtud, la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente acerca de la práctica de las mismas, depende de si “La violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación sólo ha sido para él algo secundario o sin importancia”.

2.2.3. Excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal peruano:

En el Perú, la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida como garantía procesal no se agota con lo regulado actualmente en los artículo VIII (Título Preliminar) y 159° del Código Procesal Penal, sino que dicho intento de efectivizar la eficacia de los derechos

fundamentales en el proceso penal peruano, se retrotrae a la larga data como son las Constituciones Políticas de 1834, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993, normas suprema que uniformemente han tenido una metodología propia de excluir elementos probatorios que se obtenían con vulneración de derechos fundamentales, y si bien es cierto, se circunscribían a determinados casos (secreto epistolar o integridad física), esto no es óbice para que dicha regla procesal se pueda extender a otros supuestos, principalmente cuando la dignidad de la persona humana, la posición preferente de los derechos fundamentales y el debido proceso se encuentren amenazados o lesionados, por un acto de investigación con fines probatorios.

Asimismo, los intentos de concretizar la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida en una regla positiva, se vio frustrado en el proceso penal, al igual que las reformas procesales, sin embargo, como en el Código Procesal Penal de 1991, los anteproyectos de 1995 y 1997 y el proyecto Huanchaco del 2003, todos estos modelos procesales guiados en un intento de reformar el proceso penal; así entre las excepciones tenemos:

a. La doctrina de ponderación de intereses:

Esta concepción postula que la exclusión de las pruebas ilícitas exigirá valorar en cada caso concreto si con ello se contribuiría positivamente a la consecución de prevenir las actuaciones ilícitas de la policía, además debe considerarse la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión, la conciencia de la violación y el daño que la exclusión podría ocasionar.

Esta doctrina ha sido desarrollada fuertemente por el derecho continental europeo, y sostiene que la aplicación de la exclusión de la prueba prohibida está supeditada a la relación de importancia y gravedad que tenga el acto ilegal (violación constitucional) y las consecuencias negativas de su eventual ineficacia (exclusión). El balancing test es la adaptación

estadounidense de tal excepción. Efectivamente, esta doctrina consiste en “hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación.

Hay situaciones en las que el operador se encuentra frente a una colisión entre dos derechos fundamentales, piénsese, verbigracia, en el caso de aquel niño alemán que fue secuestrado en septiembre de 2002, cuyo paradero fue descubierto después que la Policía, en un intento desesperado, amenazó con torturar al autor si no revelaba el lugar en el que se encontraba el menor, obviamente con el propósito de salvar su vida. Lamentablemente, en este caso, como da cuenta Roxin, la víctima fue encontrada, pero muerta. En el ejemplo propuesto, enseguida se advierte que lo que está en conflicto, es por un lado el derecho del sospechoso a no sufrir amenaza de tortura y a no auto incriminarse; y, por otro lado, el deber del Estado de descubrir la verdad sobre un hecho criminal y la preservación de la vida de la víctima. Por lo que este tipo de situaciones no solo opera en casos extremos como el que se enuncia, sino en todo caso en el que se produzca un conflicto entre bienes jurídicos fundamentales.

Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino que, no obstante, su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen

b. La Doctrina de la buena fe:

Esta doctrina admite la posibilidad de valorar la prueba obtenida con violación a derechos constitucionales, siempre que dicha

violación se haya realizado sin intención, sea por error o ignorancia. Esta excepción por lo general es aplicable en allanamientos y requisas, cuando por ejemplo la Policía escucha gritos de dolor en el interior de un domicilio, y al ingresar pensando salvar a la persona, encuentra a varios sujetos consumiendo drogas con menores de edad.

Al respecto se afirma: “si la prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida cuando los policías que la colectaron erróneamente creyeron que sus acciones cumplían con los requisitos legales, es quizás la cuestión más controvertida de la existencia de los requerimientos de exclusión”.

c. *La doctrina de la teoría del riesgo:*

Esta teoría hace referencia a que, en casos como confesiones extrajudiciales y sus derivaciones con cámaras ocultas, grabaciones sin autorización judicial, resultan válidas, dado que, si el propio individuo no cuida sus garantías, no debe pretender que lo haga el Sistema Judicial. Debe precisarse, que así se permite cuando es uno de los interlocutores quien graba una conversación, o sea remitente o destinatario de una carta o comunicación privada.

Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con éste. Si el propio individuo no cuida sus garantías, no pretenda que lo haga un Juez. Se admite la validez de la cámara oculta, cuando uno de los interlocutores lo consiente, pues su posterior testimonio es válido. Similar posición se da en el caso que uno de los interlocutores por el teléfono grabe la conversación, o, sea origen o destinatario de una carta o comunicación privada. Igualmente se admitió en el famoso caso

“Gallo”, la validez de una confesión hecha sobre un crimen cometido, y que había sido grabado por periodistas. Aquí se aplica esta teoría, pues “el riesgo de ser oído o de la delación por parte del interlocutor al que Gallo confió información, era una posibilidad que asumió, sin que exista simulación o calidad ficticia, máxime cuando se habla en un lugar público.

d. *Teoría del hallazgo inevitable:*

Se trata de algo similar a la fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso (flagrancia) y, siempre que la Policía haya actuado de buena fe. El caso *Nix v. Williams* (1984) estableció el criterio que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas por que podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad.

e. *La doctrina del nexo causal atenuado:*

Esta excepción hace referencia a que no cabe la aplicación de la regla general de exclusión cuando a pesar de la existencia de violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores, la propagación del vicio se ha atenuado, diluido o eliminado por la falta de intermediación entre los últimos actos (o acto), y el original que se obtuvo en forma ilícita. Se sostiene que esta excepción es una manifestación de la denominada “fuente independiente”, pero en este caso “el veneno se ha disipado o diluido”.

A través de esta excepción se considera que la ilicitud inicial de una prueba obtenida se ha atenuado tanto, debido al transcurso del tiempo, a la intervención de un tercero o de una confesión

espontanea, que es caso inexistente en la prueba derivada, y por tanto, ésta puede ser aprovechada.

Gascón Abellan (2003) enseña que esta excepción se aplica cuando ha transcurrido mucho tiempo entre el acto primigenio viciado y la prueba derivada, o cuando existe gran cantidad de eslabones y la cadena causal o cuando se presenta el supuesto de la confesión voluntaria

f. *La doctrina de la fuente independiente:*

Esta excepción funciona cuando el acto ilegal o sus consecuencias se pueden llegar por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional. Es decir que, suprimiendo hipotéticamente el acto viciado, se puede igualmente arribar a sus consecuencias por vías legales.

Dos ejemplos nos pueden ayudar a entender el sentido de la excepción de la fuente independiente, Ejemplo N° 01: Tras una detención ilegal la autoridad policial toma las impresiones dactilares del sospechoso, las que son excluidas debido a su origen ilícito, más no las que se encuentran en los archivos de la policía. Ejemplo N° 02: Tras una declaración bajo tortura el sospechoso confiesa el lugar en el que escondió el arma homicida, evidencia que naturalmente debe ser excluida debido a la invalidez de la declaración. Sin embargo, paralelamente un testigo declara saber dónde está escondida el arma, información que permite encontrarla.

En ambos casos la evidencia (impresiones dactilares en los archivos policiales y el hallazgo del arma homicida) no tiene su origen en la vulneración inicial de derechos fundamentales (libertad individual y dignidad humana-interdicción de la autoincriminación), sino que es producto de un curso causal autónomo e independiente. Dicho de otro modo, la evidencia, el

elemento de prueba, deriva de una fuente independiente respecto de la prueba primigenia obtenida mediante lesión de derechos fundamentales. Si lo que plantea esta excepción es la ausencia de la conexión causal entre la prueba inicialmente obtenida de modo ilícito y la que es reputada independientemente, es decir, que la primera no es causa de la segunda, consecuentemente, como bien explica Gascón Abellán, no nos encontraríamos frente a una verdadera excepción a la regla de exclusión, en la medida en que se trataría propiamente de un caso que no caería dentro de los alcances de las exclusiones probatorias, pues, en puridad, la prueba es adquirida lícitamente y de modo directo, esto es, sin derivación de otra obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

g. La prueba ilícita a favor del procesado:

Como se mencionó anteriormente, la doctrina ha considerado a la denominada prueba ilícita *in bonam parte*. En este sentido, se ha preguntado si es posible sacrificar la inocencia de un procesado (o un condenado) por ídolos del procedimiento. Al respecto debe precisarse que no se está frente a ídolos de procedimiento “cualquiera” ni simple formalidades probatorias, sino que frente a una prueba o elementos probatorios que se han obtenido en vulneración de derechos fundamentales, es decir, constituyen *per se* una prueba inconstitucional o ilícita. Asimismo, se ha sostenido que una interpretación que negara la posibilidad de valorar prueba irregularmente adquirida a favor del imputado sería errada también es demostrado por uno de los principios axiológicos más básicos del procedimiento penal liberal, que no soporta la idea de la condena de un inocente y prefiere a ella la absolución de cien culpables

h. La doctrina de la eficacia de la prueba ilícita para terceros:

Esta teoría reconoce que las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho constitucional, pueden ser admitidas y declaradas útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. El fundamento está, en la no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que se condena (tercero o coimputado), pues ello implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena

2.2.4. Prueba Tasada

Es una característica del Antiguo Régimen de administración de justicia. En esta época histórica, el proceso penal se basaba en el sistema o modelo inquisitivo, en el cual la oralidad estaba excluida, predominando el principio de escritura y donde, además, el mérito valor probatorio de la prueba penal venía prefijado en la ley. El Juez debía limitarse a atribuir al medio de prueba el valor predeterminado, de forma general y abstracta, en la norma jurídica y tales reglas tenían carácter vinculante. En este sistema, el juez acababa convirtiéndose en un autómatas o burócrata, limitado funcionalmente a trasladar el valor probatorio predeterminado en la norma jurídica a la sentencia al margen de su poder de persuasión o convicción.

Es el sistema dentro del cual la ley es la que determina la finalidad de la actividad probatoria consiste en la obtención de la certeza legal. En consecuencia, se establece que dicha certeza se logra mediante la prueba completa o mediante la suma de dos o más pruebas incompletas. De todas maneras, la ley es la que asigna el medio probatorio con el cual debe ser demostrado el hecho, su ritualidad y demás circunstancias y, por ello, para el investigador queda vedada la utilización de medios diferentes. En desarrollo de este sistema es también el legislador el que fija, anticipadamente, el valor o fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba, indicando cuales

constituyen prueba plena o completa y cuáles integran la prueba semiplena o incompleta de un hecho.

De otra parte, es el legislador el que preceptúa, previamente, cuáles son los medios de prueba aptos o idóneos para comprobar determinadas circunstancias referentes al delito o a la responsabilidad. Tales medios se constituyen en prueba específica y única de la respectiva circunstancia

En cambio, la prueba de libre convicción es aquella cuya escogencia de la prueba y el valor de esta depende del libre arbitrio del juez para juzgar, así mediante la utilización y aprovechamiento de los medios técnicos y científicos, el jurisdicente adquiere el convencimiento libre y racional acerca de la comisión de la conducta punible, de la autoría de esa conducta en cabeza del procesado, y de las circunstancias fácticas que determinan la penalidad en el caso concreto.

Así pues en el nuevo Código Procesal Penal no solo se adscribe al sistema de librevaloración, sino que se decanta por una valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoriacompatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia; debiendo cumplir con ciertas reglas, entre estas: 1) Solo podrá ser objeto de valoración las pruebas incorporadas legítimamente en el juicio oral, 2) No podrán ser valoradas pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales. 3) Para la valoración de las pruebas el Juez procederá a examinarlas individualmente y luego en conjunto con las demás. 4) Luego de valorar la prueba, el juez expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. 5) La sentenciadebecontenerlamotivaciónsobrela valoraciónde las pruebasquesustentan los hechos y

circunstancias que se dan por probadas o improbadas, con indicación del razonamiento que la justifiquen. 6) En la valoración de la prueba, el juez debe respetar las reglas de la sana crítica: principios de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. 7) En el artículo 160° del Código Procesal Penal se establece las condiciones para valorar la confesión del acusado. 8) El artículo 158° inciso 3 regula los requisitos o condiciones para la valoración de la prueba por indicios. 9) En cuanto a la valoración de las testimoniales de los testigos de referencia, arrepentidos, colaboradores o situaciones análogas, se exige corroboración extrínseca; reglas que no estaban preceptuadas en el sistema de tarifa legal de pruebas, ya que recordemos este tipo de prueba tasada predominaba en el sistema inquisitivo, en las que incluso se podía obtener pruebas con violación de derechos fundamentales, tales como recabar la declaración del imputado por medio de torturas o incluso el uso de medios irracionales, ya que se tenía la concepción de obtener la verdad a cualquier precio, no posibilitando la procedencia de algún mecanismo procesal para poder excluir estas pruebas recabadas con vulneración de garantías constitucionales, como sí existe en el sistema de libre convicción que incluso restringe la valoración de la prueba al cumplimiento de las reglas señaladas anteriormente.

2.2.5. Casos Relevantes de Prueba Ilícita

A. Caso “Los Cuellos Blancos del Puerto”

En 2017, las fiscales de crimen organizado del Callao, Rocío Sánchez y Sandra Castro, investigaban a personas ligadas al narcotráfico en el Primer Puerto. Su caso, conocido como “Los Castañuelas del Rich Port”, se desviaría luego hacia otro sentido cuando, en un audio autorizado por el Poder Judicial, se escuchó cómo uno de los abogados de los implicados sostenía una conversación con un funcionario de la Corte chalaca para que lo favoreciera en un juicio.

La madeja extendería sus hilos cada vez más, hasta llegar a funcionarios de la justicia peruana con la más alta investidura. Es allí cuando aparecen en escena el exjuez supremo César Hinostroza y los consejeros Velásquez, Guido Águila, Julio Gutiérrez e Iván Noguera.

Se autorizó el levantamiento del secreto de las comunicaciones por un plazo de 60 días a los implicados en esta investigación a partir del 31 de enero del 2018. El documento alcanzaba a un total de 11 personas. El ex magistrado Hinostroza Pariachi estaba identificado como un "NN", según la resolución. A partir de ese día, se autoriza a escuchar sus llamadas; y es allí donde se devela los favorecimientos solicitados por este exmagistrado.

Sobre este caso, es menester indicar que de la declaración obtenida del Juez Roque Huamancóndor, quien autorizo la intervención telefónica, precisa que la medida dictada en ningún momento ha vulnerado la legalidad o violado algún procedimiento, agregando que en un primer momento la investigación estaba vinculada a una organización criminal; sin embargo, la medida se amplió a otras personas porque se detectó un favorecimiento judicial.

Siendo ello así, corresponde indicar que, el hecho de haberse detectado por parte de la Fiscal un favorecimiento judicial en ese proceso, se podía deducir la participación de jueces sin saber con certeza de que nivel o instancia, pues solo presumiéndose la participación de un juez de primera instancia, el Juez Roque Huamancondor no tenía competencia para autorizar una intervención telefónica, ya que por la investidura que le corresponde a este Juez de primera instancia correspondía que esta medida restrictiva sea autorizada por un Juez Superior quien hace las veces de Juez de Investigación Preparatoria;

ahora bien, se señala que se desconocía la identidad de algunos interceptados y que el número del ex juez supremo César Hinostroza Pariachi aparecía como "NN", motivo por el cual, el juez Huamancondor ordeno la medida con cargo a verificar a quien pertenecía, incluso la Fiscal Sánchez solicitó una prórroga de la interceptación telefónica "continuando el ex magistrado con las siglas NN"; no obstante, por versiones de la Fiscal, la empresa telefónica recién en julio del 2018, informó de quien se trataba este número, cuando las grabaciones ya habían concluido, indicando que el número telefónico era utilizado por el entonces juez supremo César Hinostroza; señalándose además que en ese momento, la fiscal del Callao comunica a la Policía que suspende las escuchas respecto a Hinostroza y remite un informe al Fiscal de la Nación para informarle que en su investigación aparecían magistrados supremos, precisando que cualquier referencia en los audios a César Hinostroza se podía dar por cierta hasta recibir el informe de Movistar, pues podría haberse dado el caso de una homonimia o que un tercero utilizara el nombre del juez supremo.

Lo narrado por la Fiscal tiene coherencia, dado que efectivamente pudo tratarse de una persona homónima al ex Juez Supremo o que incluso un tercero usara el nombre del Juez; sin embargo, no se tuvo en cuenta (conforme lo vertido precedentemente), que al autorizar la ampliación de las intervenciones telefónicas por advertirse la existencia de un favorecimiento judicial, cabía la posibilidad de la participación de jueces, y como tal, la Fiscal a cargo del caso no tenía competencia para solicitar esta medida restrictiva, ni mucho menos el Juez de autorizarla, por lo que esta prueba recaería en ilícita o prohibida en virtud de la incompetencia de parte del Juez Huamancondor para dictar esta medida de intervención de llamadas telefónicas, ya que otro cuestionamiento es el que no

se conocía la identidad de estos números telefónicos, el cual no le habilitaba a la Fiscal a solicitar la autorización de esta medida pues se conocía de la existencia un favorecimiento judicial en la que cabía la posibilidad de participación de jueces, no obstante pese a ello siguió adelante con dicha diligencia.

De allí, que el propio ex magistrado César Hinostroza cuestiona los audios, en virtud que los interceptados son jueces supremos y miembros del CNM, y en virtud de ello, con el objetivo de invalidar los audios y cuestionar la legalidad de la investigación, en agosto de este año Sandra Hinostroza (hija del ex Magistrado) promueve una denuncia contra el juez del Callao Cerapio Roque Huamancondor, y los que resulten responsables por delitos de abuso de autoridad, usurpación de funciones y prevaricato, ello en virtud que el juez Roque se excedió en sus funciones al emitir las resoluciones judiciales de diciembre del 2017, enero y abril del 2018, que autorizó a las fiscales Rocío Sánchez y Sandra Castro a intervenir y escuchar en tiempo real las comunicaciones telefónicas de Hinostroza Pariachi, sin embargo esta denuncia fue rechazada, bajo el argumento que a la fecha de las autorizaciones emitidas por el Juez Roque Huamancondor, la Fiscalía no conocía al titular de la línea telefónica interceptada, el cual fue apelada a fin de que sea evaluado por un Fiscal Supremo para que evalúe por qué no se advirtió antes que la persona a la que estaban escuchando era un juez de la Corte Suprema de Justicia, al ser esto evidente en los audios que se revisaron para ampliar las interceptaciones telefónicas.

En caso que el Fiscal Superior le dé la razón al ex magistrado César Hinostroza, las autorizaciones de interceptación telefónica sería ilegales y con ella todos los audios de 'Los Cuellos Blancos', por lo que los audios no se podrían utilizar

como prueba en un juicio público y todo el proceso sería declarado nulo y pasaría al archivo, sin ninguna sanción para los implicados.

No obstante es menester indicar que en nuestra jurisprudencia se han venido aplicando excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, por lo que el Juez de Juzgamiento podrá aplicar cualquiera de estas excepciones para validar y valorar la prueba obtenida ilícitamente a fin de imponer una sanción a los involucrados en estos audios; no obstante, ello ya sería discreción del Juez para aplicar cualquiera de estas excepciones, pudiendo ser a criterio de la investigadora, a través de la teoría de la ponderación en virtud en encontrarse en colisión dos derechos fundamentales, y en el entendido que ningún derecho es absoluto, sino que tienen sus limitaciones.

B. *Caso Petroaudios*

El caso de los petroaudios ocurrió como resultado de la difusión de una grabación de audio por una estación peruana de televisión. Supuestamente la grabación es de Alberto Químper, un ejecutivo de Perú-Petro, la compañía estatal a cargo de promover la inversión extranjera en el sector del petróleo, y Rómulo León, ex-ministro aprista, discutiendo sobre pagos para ayudar a la empresa Discover Petroleum de Noruega a ganar contratos. Esto fue seguido de manifestaciones lideradas por profesores, trabajadores, obreros y médicos para la renuncia del Consejo de Ministros. El escándalo llevó a la renuncia del presidente del Consejo de Ministros Jorge del Castillo y el nombramiento de un nuevo gabinete encabezado por Yehude Simon.

El 5 de octubre de 2008, el programa de noticias Cuarto Poder difundió las grabaciones de audio supuestamente

pertencientes a Alberto Quimper, Miembro del Directorio de Perú-Petro, y Rómulo León Alegría, miembro del partido Aprista que tras el escándalo fue expulsado definitivamente del partido Aprista. En la grabación, discuten secretamente pagos mensuales de \$10000 a Quimper, León y Ernesto Arias-Schreiber, el representante legal de Discover en el Perú en intercambio de contratos petrolíferos de exploración en bloques submarinos de petróleo y campos de gas.

El primer audio fue difundido por el programa periodístico "Cuarto Poder" por el ex ministro del Interior, Fernando Rospigliosi, y después, siguió apareciendo grabaciones telefónicas, que pusieron al descubierto el presunto pago de comisiones y regalías por la adjudicación de cuatro lotes para la exploración de hidrocarburos ubicados entre Pisco y Nasca, y otro en Madre de Dios.

El Recurso de Nulidad N° 677-2016 que sustentan la absolución de Rómulo León Alegría y la exclusión de los audios como medios probatorios. De esta manera, el informe se enfoca en el análisis de dos problemas jurídicos: (i) la constitucionalidad de la incorporación del medio probatorio producto de una interceptación telefónica realizada por particulares, del cual la Corte Suprema de Justicia de la República señala que habiéndose obtenido dichos audios con violación contenido esencial del derecho fundamental al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, estos constituyen prueba ilícita directa. La cual se extiende a toda aquella prueba obtenida indirectamente como consecuencia de dicha vulneración, esto es, prueba que sea derivación de ésta, aun cuando se hubiera obtenido mediando las formalidades legalmente establecidas, puesto que dada la vinculación causal entre una y otra, la ilicitud alcanza a esta última.

Ya el Tribunal Constitución en el caso Marcelino Tineo Silva y cinco mil ciudadanos, recaído en el Expediente N° 010-2002-AI-TC indico en su fundamento jurídico 148 y 149: “Debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso constitucional, reconocido en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política del Perú (...) En términos generales el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria, y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho”; por lo tanto, el derecho a la prueba en tanto derecho fundamental no es ilimitado, los límites de su ejercicio se encuentran arraigados a su pertinencia utilidad, oportunidad y sobre todo a su licitud”

Siendo ello así, y estando a lo vertido por el Tribunal Constitucional, los audios que contienen las conversaciones efectuados por Rómulo León Alegría y Alberto Quimper Herrera, constituyen prueba prohibida por haber sido obtenidas con vulneración a derechos fundamentales, específicamente, con violación al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones estipuladas en el artículo 2°, numeral 10 de la Constitución Política del Estado, ello al haberse interceptado y grabado sus conversaciones realizadas a través de sus teléfonos; este hecho se encontraría probada con la sentencia recaída en el caso denominado “Business Track” en el que Rómulo León y Alberto Quimper resultan ser agraviados, habiéndose condenado incluso a Elías Manuel Ponce y otros por el delito contra la Libertad-Violación del Secreto de las Comunicaciones-Interceptación Telefónica y otros en calidad de una organización criminal, ya que se determinó que efectivamente se había

violado el derecho a la intimidad; situación por la que la Sala Superior y la Corte Suprema de Justicia de la República al advertir de la obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales, es decir, la existencia de prueba ilícita es que excluye estos audios del proceso, en aplicación de la regla de exclusión.

2.2.6. Tutela de Derechos

A. Definición

El Nuevo Código Procesal Penal en adelante NCPP en su artículo 71° inciso 4 considera que la Tutela de Derechos constituye una vía jurisdiccional por la cual la persona imputada en la comisión de un delito, puede acudir cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, no se ha dado cumplimiento a las disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de Garantías a fin de que éste tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así, mejor los derechos del imputado.

Somocurcio Quiñones (2009) señala “la Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar el principio de legalidad, las garantías del imputado y, a su vez, mitigar las desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal se constituye en uno de los principales retos para la defensa técnica, así como la investigación preparatoria es el principal reto del fiscal, donde ha de diseñar su estrategia persecutoria; y para el Juez Penal es el juicio oral, el lugar en el que debe preservar la igualdad de partes y valorar la prueba, con apego a las máximas de la experiencia, la ciencia y las reglas de la lógica; el principal reto del abogado en tanto garante

de la presunción de inocencia de su patrocinado, será proveer una defensa eficaz. Para tal cometido, el abogado tendrá un instrumento: la tutela de derechos; en el sistema, un sismógrafo el derecho de defensa”.

Al respecto Alva Florián (2010) define a la tutela de derechos como “un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del statu quo de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP “.

Por su parte en el fundamento décimo tercero del ACUERDO PLENARIO N° 04-2010/CJ-116 precisa que la tutela de derechos es “un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del Fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente, que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del iuspuniendi estatal”.

La Tutela de Derechos, como lo señala la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2010) es una facultad exclusiva del imputado, quien puede, por sí mismo o a través de un abogado defensor, hace valer los derechos que la Constitución Política y las leyes le conceden, recurriendo al juez de la investigación preparatoria, a fin de que subsane la omisión o dicte la medida de corrección o de protección frente a actuaciones u omisiones que limiten sus derechos de forma indebida o ante

requerimientos ilegales, desde las primeras diligencias de investigación hasta el término de la investigación preparatoria”.

Concluimos manifestando que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional de naturaleza procesal penal, que puede usar el imputado o cualquier otro sujeto procesal cuando ve afectado y vulnerado sus derechos positivizados en la norma procesal penal, constitucional o demás leyes de la materia; pudiendo acudir al Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria) para que controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare de ser el caso las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

B. Sujeto Legitimado

De acuerdo con el artículo 71° inciso 4 del NCPP se considera como único sujeto habilitado al imputado en sentido estricto.

C. Órgano Competente

La tutela de derechos se plantea ante el Juez de Garantías, esto es, ante el Juez de Investigación Preparatoria quien deberá realizar el control judicial y de garantía. En este sentido, es quien tiene una relación directa con el fiscal en esta etapa del proceso, cumpliendo un rol de “filtro” de sus actuaciones; es decir, cumple una función de vigilancia de la investigación preparatoria.

D. Casos de Procedencia

Los supuestos de procedencia establecidos en la norma procesal penal y desarrollada por Verapinto (2010) son los siguientes:

- a. Cuando no se ha dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 71° numerales (a) Derechos del imputado reconocidos en la Constitución y en la ley: y (b) Los derechos que deben ser informados de manera inmediata y directa al imputado por los jueces, fiscales y la policía.
- b. Cuando los derechos del imputado no son respetados, este supuesto está referido a todos los derechos del imputado regulados en la Constitución Política y dispersos en el NCPP, con excepción de aquellos para cuya tutela existan mecanismos procesales específicos. Así tenemos, por ejemplo, el caso del derecho a un plazo razonable en este caso no procede la tutela de derechos, pues el NCPP ha diseñado la figura del “Control de Plazos”, previstos en los artículos 334° inciso 2 y 343° inciso 3 del NCPP. Tampoco procede en el caso de las medidas restrictivas de derechos, pues existen mecanismos de garantía como el “Reexamen Judicial”, regulado en los artículos 225° inciso 5, 228° inciso 2, 231° inciso 4 y 204° inciso 2; ni en el supuesto de control judicial de la detención previsto en el artículo 264° del NCPP. En todos los demás casos en que no se respeten los derechos del imputado, procede la tutela de derechos, teniendo como límite estacional la conclusión de la investigación preparatoria.
- c. Cuando el imputado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas, en este ámbito es relevante precisar que las medidas que limitan derechos fundamentales - bloqueo de cuentas, embargo, allanamiento, control de comunicaciones, detención preliminar, impedimento de salida, etc. salvo las excepciones previstas en la

Constitución, solo pueden dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley, y mediante resolución debidamente motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial, por su parte, debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad, conforme lo señala el artículo VI del Título Preliminar del NCPP.

- d. **Requerimientos Ilegales;** es el Ministerio Público el director de la investigación, pero bajo las limitaciones y contrapesos que el nuevo sistema procesal penal supone. Así, asume el rol de titular de la acción penal, de conductor de la investigación, de acusador, así como un rol dispositivo, de parte y requirente. El fiscal, mediante requerimientos, insta al Juez de la Investigación Preparatoria, incluyendo los actos preliminares de la investigación, el dictado de actos jurisdiccionales -por ejemplo, constitución de partes, limitación de derechos, etc., o la autorización para realizar determinados actos restrictivos de derechos -como videovigilancia, incautación de bienes, control de comunicaciones y de documentos, etc. Estos supuestos se refieren a los requerimientos ilegales que formula el Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria, al practicar los actos de investigación regulados en los artículos 64°, 122°, 322° inciso 2 y 323° del NCPP.

E. Objeto de Petición

Los posibles efectos jurídicos a los que la defensa puede aspirar vía tutela de derechos y que conforme al artículo 71° inciso 4

NCPP, delimitan el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria que han sido explicados por Cupe (2010) son:

- Subsanan la omisión,
- Dictar las medidas de corrección, y
- Dictar las medidas de protección, según corresponda.

Es decir, el marco de actuación del Juez de Investigación Preparatoria en términos de tutela de derechos se circunscribe a subsanar -disculpar o excusar-, corregir -enmendar lo errado- y proteger -amparar, favorecer, defender-; de ninguna forma los términos antes citados implican la posibilidad de declarar nulo un acto procesal o sin efecto un elemento de convicción.

Dentro de los términos antes señalados cabe, por ejemplo, comunicar al imputado los derechos que le reconoce el artículo 71° inciso 2 del NCPP; ordenar que el fiscal o la Policía Nacional le comuniquen los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, se le exprese la causa o motivo de ésta.

Asimismo, el Juez de Garantías puede ordenar a la Policía Nacional que entregue al imputado la orden de detención girada en su contra; advertir u ordenar que el fiscal o la policía le comunique su detención a la persona o institución que aquel designe; nombrar u ordenar que el fiscal o la policía requieran la intervención de un abogado defensor público en caso de que el imputado carezca de recursos económicos; ordenar que el fiscal o la policía permitan la presencia del abogado defensor del imputado en su declaración y en todas las diligencias en que se requiera su presencia.

Igualmente, ordenar que el fiscal o la policía dejen de emplear en contra del imputado medios coactivos, intimidatorios o

contrarios a su dignidad, o técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad, ordenar el cese de una restricción no autorizada ni permitida por la ley; ordenar que el fiscal o la policía dispongan que el imputado sea examinado por un médico legista o en su defecto, por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud lo requiera.

F. Trámite

Lo peticionado por los sujetos legitimados se resolverá de forma inmediata, previa constatación de los hechos y la realización de una audiencia de tutela de derechos. Teniendo en cuenta el Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público en su artículo 23 que prescribe “Se consideran infracciones sujetas a sanción disciplinaria las siguientes: d) Incumplir las disposiciones legales, normas complementarias y de carácter interno emitidas por la Fiscalía de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público”; los fiscales que infraccionaren los derechos fundamentales de los sujetos procesales estarían incurriendo en responsabilidad administrativa.

G. Audiencia de Tutela

a. Oportunidad de Ejercicio

La vía de tutela judicial solo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

b. Derechos Protegidos

Los derechos protegidos a través de esta audiencia son los recogidos “taxativamente” en el artículo 71º del NCPP: (i) Conocimiento de los cargos incriminados; (ii) Conocimientos de las causas de la detención; (iii) Entrega de la orden de detención girada; (iv) Designación de la

persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de ésta; (v) Posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido; (vi) Defensa permanente por un abogado; (vii) Posibilidad de entrevistarse con su abogado en forma privada; (viii) Abstención de declarar o declaración voluntaria; (ix) Presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso; (x) No ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad; (xi) No sufrir restricciones ilegales; y (xii) Ser examinado por un médico legista u otro profesional de salud, cuando el estado de salud así lo requiera.

Para la efectiva vigencia de la audiencia, de ésta pueden emanar resoluciones judiciales que protejan los desafueros de la fiscalía y de la policía, así como para proteger al imputado.

H. Finalidad Esencial

El Juez determina, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en el artículo 71º del NCPP, y realiza un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora. Protección, resguardo y efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde tal perspectiva, el Juez de Investigación Preparatoria se erige en Juez de Garantía, durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, ejerciendo su función de control de la vulneración de uno o varios de los derechos del imputado, reconocidos en el artículo

71º del NCPP, responsabilizando del agravio a la Policía o al Fiscal.

I. Mecanismos Procesales

La tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, regulado expresamente en el NCPP y, como indica Bazán (2011) debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción –ya consumada– de los derechos que le asiste al imputado. Instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido. Puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus.

J. Carácter Residual

Opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación de un derecho afectado.

Ello no significa que el imputado o su defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, puesto que solo se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71º, numerales 1 al 3, del NCPP.

Aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneren derechos fundamentales constitucionales, pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela.

El NCPP ha establecido varios mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado que no podrán cuestionarse a través de la tutela, tales como: (i)

Las audiencias de control de plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (334° inciso 1 y 343° inciso 2); (ii) La audiencia de reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (231° inciso 3); (iii) La inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación preparatoria para el esclarecimiento de hechos(337° inciso 4); etc.

K. Control de Admisibilidad

El Juez de la Investigación Preparatoria está habilitado para realizar una calificación del contenido de la solicitud (control de admisibilidad) y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando de no dejar en indefensión al imputado.

Regla: La obligación del Juez es convocar a una audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela o respeto de un derecho fundamental que no tiene vía propia.

Excepciones: (i) En la eventualidad que el agravio pueda constituirse en irreparable si se cita a audiencia, se puede resolver de manera directa y sin audiencia. (ii) Cuando aprecie la manifiesta intención del imputado o de suabogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía, en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos.

L. Trámite del Pedido

Lo peticionado por los sujetos legitimados se resolverá de forma inmediata, previa constatación de los hechos y la realización de una audiencia de tutela de derechos. Teniendo en cuenta el Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público en su artículo 23 que prescribe “Se consideran infracciones sujetas a sanción

disciplinaria las siguientes: d) Incumplir las disposiciones legales, normas complementarias y de carácter interno emitidas por la Fiscalía de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público”; los fiscales que infraccionaren los derechos fundamentales de los sujetos procesales estarían incurriendo en responsabilidad administrativa.

M. *Impugnación*

El NCPP no regula la interposición de los recursos impugnatorios contra la resolución judicial de tutela de derechos, por lo que cabría concluir que es irrecurrible, conforme a la regla de impugnabilidad expresa prevista en el artículo 404° inciso 1 del NCPP; sin embargo, habría que considerar que, si dicha resolución judicial causa gravamen irreparable al sujeto procesal legitimado, ésta podría ser impugnada en concordancia con lo dispuesto por el artículo 416° inciso 1 NCPP.

2.2.7. Proceso Penal

A. *Definición*

Se entiende por proceso a un conjunto concatenado de hechos, actos, sucesos que se dan a través del tiempo y, como desarrolla Calderón y Águila (2011) que están íntimamente vinculados unos de otros, por eso se dice que viene a ser la aplicación de las normas a casos reales y prácticos por medio de la resolución final.

De acuerdo a Vicente Gimeno Sendra (2011) nos señala que “el Proceso Penal, se erige, pues, en un instrumento neutro de la Jurisdicción, cuya finalidad consiste tanto en aplicar el ius puniendi del Estado, como en declarar e incluso restablecer puntualmente el derecho a la libertad del imputado, en tanto es valor superior y fundamental que se expresa en la Constitución”.

San Martín (2003) sostiene que el proceso penal “es el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados) con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y en caso de existir determinar la cantidad modalidad y calidad de esta última”.

B. Características

- Son los órganos jurisdiccionales normados quienes se encargan de llevar a cabo las etapas de procesos.
- Se aplica a casos concretos.
- Es de carácter instrumental.
- Su naturaleza corresponde a un proceso de cognición.
- Por medio del proceso penal las partes procesales adquieren ciertos derechos, así como obligaciones.
- El proceso penal es indisponible.
- Su objetivo viene a ser indagar acerca del hecho o delito y con ello bien la reparación del daño que ha sufrido por dicho hecho o delito.
- Es necesario, según Reyna (2006) poder señalar el grado de la comisión del delito vale decir si es autor o coautor, si su participación ha sido en calidad de instigador o cómplice, de acuerdo al tipo penal que se ha determinado previamente.

C. Tipos

- Proceso Penal Común

De acuerdo al NCPP se tiene un modelo de proceso penal común que sirve para todos los casos en el que se han cometido algún delito o alguna falta. Se ha considerado como un modelo procesal preponderante que abarca a todos los tipos de delitos cometidos, así como a aquellos que no se encuadren en los denominados procesos especiales.

Las etapas son:

Este proceso tiene tres etapas:

La investigación preparatoria: en el que se lleva a cabo la investigación propiamente, sirve para recolectar todas las pruebas que lleven a fundamentar la acusación, debe ser sólida y completa. Los mismos medios de prueba van a poder permitir poder plantearse algunas hipótesis acerca de la comisión del delito.

Las características son:

- Su dirección se encuentra a cargo del Ministerio Público. Aquí vamos a tener todas las investigaciones preliminares asistido por la Policía Nacional en calidad de apoyo técnico a la fiscalía.
- El plazo señalado en la norma es de 120 días naturales, prorrogables hasta por 60 días naturales cuando la naturaleza del caso lo amerite. En el caso de los casos considerados complejo se amplía el plazo a 8 meses, dicha prórroga está a cargo del Juez de Investigación Preparatoria.
- Es reservada.
- El papel del juez de investigación preparatoria es darle legalidad a pesar de no participar en la actuación de los medios de prueba.
- Va a terminar con la acusación o archivamiento del caso a cargo del Fiscal que tiene 15 días para ello.

La fase intermedia: en el que vamos a encontrar la audiencia preliminar cuya finalidad es lograr sanear el caso procesal, así como tener todo listo para el juzgamiento.

Acercas de la audiencia preliminar San Martín Castro (2003) indica que tiene múltiples propósitos, a saber:

- Control formal y sustancial de la acusación.

- Deducción y decisión sobre los medios de defensa.
- Solicitar poner, modificar o levantar las medidas de coerción.
- Pedir la aplicación del principio de oportunidad.
- Proporcionar pruebas, que si tienen pertinencia, utilidad y conducencia serán admitidas, así como pedidos de prueba anticipada.
- Cuestionar el monto de la reparación civil.

Las características de esta etapa son:

- Es citada y regentada por el juez de investigación preparatoria.
- Para que se lleve a cabo se requiere la presencia de las partes principales. La presencia del fiscal y del letrado defensor es obligatoria, más no así la participación del imputado.

Juzgamiento: viene a ser la fase más importante del proceso común, aquí es donde se presentan las pruebas, se realiza su análisis y se motiva la discusión con la finalidad de dar credibilidad de la acusación ante el Juez. Se lleva a cabo sobre la base de la acusación fiscal.

Características:

- Está a cargo del juez unipersonal o colegiado, de acuerdo a la gravedad del hecho.
- Es necesario que se presente la teoría del caso, que se encuentran en los alegatos preliminares.
- Se encuentra basado en los principios de oralidad, inmediación, publicidad, unidad, contradicción e identidad personal.

- Se lleva a cabo el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio.
- La actuación de prueba está de acuerdo a la teoría del caso presentada en forma antelada.

D. Procedimientos Especiales

a. Proceso Inmediato

En este caso se aplica la conclusión o terminación anticipada, ocurre cuando hay flagrancia en la comisión del delito, también cuando hay confesión de parte, o cuando se tienen todos los medios de prueba que crean convicción para determinar el delito.

b. Proceso por Razón de la Función Pública

En este caso se tienen que seguir todas las reglas del proceso penal común. Comprende específicamente a los altos funcionarios de la administración pública de acuerdo a los señalados en nuestra Carta Magna, por ello es que se hace necesaria la acusación constitucional previa y se lleva a cabo en la Corte Suprema.

c. Procesos para Delitos Perseguibles por Acción Privada

En estos casos la acción es solicitada por quien ha sido ofendido, promovida ante el juez penal unipersonal.

d. Proceso de Terminación Anticipada

Cuando el imputado a aceptado acogerse a la terminación anticipada se llevará a cabo una audiencia de carácter privado con la finalidad de llegar a un acuerdo, estarán presente el imputado, su abogado y el fiscal, en el que acordarán la reparación civil y la pena a aplicar.

e. *Proceso de Colaboración Eficaz*

Viene a ser un acuerdo que se lleva a cabo entre el Ministerio Público y los procesados o sentenciado, a fin de ver sobre los beneficios y el carácter de la colaboración, que debe ser aprobado judicialmente.

f. *Proceso por Faltas*

Está a cargo del Juez de Paz Letrado y los jueces de Paz, por el que en una sola audiencia para determinar la sanción en base al informe policial.

E. Finalidad

Los fines son:

- Fin general e inmediato, por el cual en base a las normas del derecho penal se señala la pena como medida de sanción por el delito cometido.
- Fin mediato y trascendente, que viene a ser lograr que se mantenga el orden social establecido y se reinstaure la paz.

F. Etapas

Las etapas son:

a. *La investigación preparatoria*

Como señala Rosas (2005) “la investigación preparatoria como primera etapa del proceso común tiene dos fases: la investigación preliminar (diligencias preliminares) y la investigación preparatoria propiamente dicha o formalizada”; las cuales encierran cuatro tipos de actividades que han sido explicados por Binder (1993)“ (a) Actividades de pura investigación; (b) Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento; (c) Anticipos de prueba, y, (d) Decisiones o autorizaciones, vinculadas a

actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales”.

En tal sentido, esta etapa del proceso comienza con los primeros actos de investigación, que se originan por denuncia de parte, conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso de oficio, o ante la comunicación dirigida al Fiscal que efectúa la policía; para concluir con una disposición de conclusión de investigación preparatoria, la que se emite cuando se tiene suficiente convicción por parte de la fiscalía para sobreseer el caso o acusar; o en mérito al cumplimiento de los plazos de investigación.

Así, nos dice Del Río (2010) queda en evidencia que “la nueva estructura del proceso penal no se limita a asignar la investigación al Ministerio Público, instituye también, la figura del Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria), que será el encargado de ejercer un control de la Investigación Preparatoria y el órgano responsable de disponer –previa solicitud de parte-las medidas de investigación y medidas cautelares que involucren la restricción de derechos fundamentales”.

Ya de manera concreta la investigación preliminar, según lo dispuesto en el artículo 330° inciso 2 del Código Procesal Penal, tiene por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

Por ello, es considerada como una de las fases de preponderante importancia, sobre todo en los casos en los que la información recabada a partir de los primeros actos de investigación vaya a ser determinante para una posterior sentencia, como manifiesta Peña Cabrera (2011) si la investigación penal no ha sido llevada, de forma eficiente, en base a una estrategia consistente, no se podrá condenar al imputado, por más culpable que éste sea, pues la sentencia penal no es el dictado de emotividades o de juicios subjetivos por parte del juzgador, sino de una base confiable, que solo puede desprenderse de un acervo probatorio sólido, idóneo y eficaz, manifestado en una actuación probatoria que toma lugar en el escenario del juzgamiento.

En mérito a los resultados de la investigación preliminar, el fiscal dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria; o por el contrario dispondrá el archivo preliminar. Se concluye como señala Neyra (2010) que la investigación preparatoria persigue dos finalidades principales: preparar el juicio oral y/o evitar juicios innecesarios; creemos que la preparación del juicio oral involucra a todos los sujetos procesales. Por ello, nos indica Peña Cabrera (2011) el objeto de la investigación “es identificar el factor responsabilidad sobre la base de una imputación a la persona del autor o partícipe del evento delictivo”.

b. La Etapa Intermedia:

Del Río (2010) ha definido a la etapa intermedia desde una perspectiva estrictamente formal señalando que es una fase o período en el que ocurren un conjunto de actuaciones procesales y que se ubica entre la conclusión

de la Investigación Preparatoria y la apertura del Juicio Oral.

En los términos planteados por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N°6-2009/CJ-116 señala que (...) la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal (...).

En la misma línea Neyra (2010) ha dicho que “es una etapa filtro que tiene como función, depurar errores y controlar los presupuestos o bases de la imputación y acusación, primero por el propio órgano acusador y luego por el órgano judicial, a fin de establecer si es viable para convocar debate penal pleno en el juicio oral, o si resulta el sobreseimiento o preclusión del proceso”.

c. *Sobreseimiento: audiencia de control*

De acuerdo a Sánchez (2009) se tiene que la nueva ley procesal instaura varias formas para poder dar por terminado un proceso sin tener que seguir los pasos del antes y poder llegar a una resolución final o sentencia. Es el caso del sobreseimiento que lleva a que se archive el proceso penal. Cuya procedencia se aplica en base al artículo 344° inciso 2 del Código Procesal Penal:

- En el caso de que no existan pruebas fehacientes para indicar que el imputado es quien realizó el delito.

- Cuando la imputación no es típica o existe un medio que justifica, que señala su inocencia y que no debe ser sancionado.
- Cuando ya se ha extinguido.
- Cuando ya no se puede ofrecer nuevas pruebas al proceso de investigación, lo que no permite tener elementos suficientes que demuestren la culpabilidad de la persona imputadas.

Como nos indica Neyra (2010) toda doctrina va a admitir la existencia de dos presupuestos esenciales que se tiene que cumplir para poder emitir una resolución de sobreseimiento, que vienen a ser los materiales y formales.

Aquí es donde entra a tallar el Juez de Investigación Preparatoria, como indica San Martín (2005) que debe controlar la decisión del fiscal de dar el sobreseimiento a determinado caso, que en una audiencia: “posibilita el contradictorio entre los distintos sujetos procesales. Es una audiencia de carácter imperativo, por cuanto se realiza incluso, cuando las partes no formulen oposición al requerimiento fiscal o no soliciten una investigación suplementaria para actuar los actos de investigación omitidos”.

d. Control de la Acusación

Como se encuentra normada la acusación fiscal es presentada por el Ministerio Público sólo en los delitos que se encuentran sujetos a persecución pública, en mérito a las pruebas obtenidas y cuando hay conveniencia de poder crear convicción al Juez.

La acusación fiscal será remitida al Juez de Investigación Preparatoria quien pondrá en conocimiento de las partes su contenido, a fin de que ejerzan su defensa de la manera que consideren conveniente durante el plazo de diez días. Con posterioridad se celebra la audiencia de control de acusación, en la que se efectuarán tres formas de control: formal, sustancial y de admisión de medios de prueba.

Durante el plazo de diez días las partes pueden ofrecer los medios de prueba que consideren pertinentes, precisando que para ello la parte agraviada debió haberse constituido en actor civil en la etapa correspondiente.

Se materializa en este punto lo consignado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 que reconoce el derecho a la prueba al señalar expresamente que: “toda persona tiene derecho a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes”.

Cada uno de los componentes del derecho a la prueba ha sido desarrollado a nivel de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En lo referente al derecho a ofrecer medios de prueba señala por medio del fundamento 13 de la sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-HC/TC: (...) una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos (...). Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente.

En tal sentido, como señala Talavera (2009) por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para probar cualquier hecho objeto de prueba, siempre que no esté expresamente prohibido o no permitido por la ley. En este contexto, encontramos los medios de prueba típicos, es decir los previstos normativamente; sin embargo, por el principio de libertad de prueba se admiten los atípicos, que, al no estar regulados, la forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos en la medida de lo posible, según consta en el artículo 157° inciso 1 del actual Código Procesal Penal.

Es preciso poner atención a las excepciones consignadas en el código procesal mencionado en el párrafo precedente. En primer lugar, el artículo 385° inciso 2 permite al juez una vez culminada la recepción de los medios de prueba (...) disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

En segundo lugar, el artículo 373° inciso 1 posibilita, de disponerse la continuación del juicio, que las partes ofrezcan nuevos medios de prueba, de los que sólo se admitirá aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación.

Y, en tercer lugar, se permite a las partes, en aplicación del artículo 373° inciso 2, reiterar el ofrecimiento de los medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, requiriendo para ello especial argumentación, siendo el

juez quien decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes.

El control de admisión de los medios de prueba implica, señalado por Taruffo (2002) que el Juez califique la prueba ofrecida en función a la pertinencia, conducencia y utilidad. En este entender deberán ser admitidas “todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados”.

e. *El Juzgamiento o Juicio Oral*

Según afirma Sánchez (2009) la fase de juzgamiento está constituida por los actos preparatorios, la realización del juicio oral y culmina con la expedición de la sentencia sobre el proceso penal. La parte central es el juicio oral, espacio procesal donde las partes habiendo asumido posiciones contrarias debaten sobre la prueba en busca de convencer al juzgador sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

El juicio como indica Neyra (2010) “debe realizarse de forma oral, pública y contradictoria ya que representará la fase central del proceso, y en ella el juez o Tribunal decidirá en base a argumentos y pruebas actuados en el debate contradictorio, que se realizará utilizando las técnicas de litigación oral que constituirán una herramienta sustancial, la solución del conflicto”. Se materializan en tal sentido los principios de oralidad, contradicción y publicidad.

Las oralidades un principio que según Machuca (2004) debe ser entendido en dos dimensiones: en sentido amplio y en sentido estricto (llamada oralidad-inmediación). Este último sentido, implica “Pensar en un complejo de

subprincipios que deben estar presentes cuando se examina un proceso oral. Cuando se piensa en un proceso oral se pretende el contacto directo del magistrado con las partes y con la prueba del proceso, a fin de permitir la solución más adecuada y la depuración más precisa de los hechos de la causa”.

El Código Procesal Penal actual señala expresamente en el artículo 357° inciso 1, que el juicio oral será público; posición acertada si se toma en cuenta que: La publicidad equivale a la posibilidad de percepción de las actuaciones verificadas por y ante el tribunal por personas que no forman parte del mismo. En ese sentido como indica Neyra (2010) estamos convencidos que representa la garantía más idónea para que un proceso se lleve a cabo acorde con las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Constitución Política del Estado que velan por un debido proceso.

Pudiendo ser la publicidad señala Sánchez (2009) “directa, cuando hay concurrencia del público en sede judicial, e indirecta cuando la ciudadanía conoce del mismo a través de las distintas formas de comunicación”.

2.3. Definición de Términos Usados

2.3.1. Etapa Intermedia:

Es una etapa filtro que tiene como función, depurar errores y controlar los presupuestos o bases de la imputación y acusación, primero por el propio órgano acusador y luego por el órgano judicial, a fin de establecer si es viable para convocar debate penal pleno en el juicio oral, o si resulta el sobreseimiento o preclusión del proceso.

2.3.2. Exclusión de la Prueba:

Es aquella que impide utilizar en el proceso penal toda prueba obtenida en violación de una garantía constitucional; si se efectúa un allanamiento sin la respectiva orden judicial y se procede al secuestro de un objeto, la aplicación de la regla de la exclusión probatoria implicará que se ha violado la garantía que consagra nuestra Constitución sobre la inviolabilidad domiciliaria y que el secuestro practicado deviene inválido.

2.3.3. Proceso Penal:

Es el conjunto de actos concatenados con la finalidad de probar la existencia de presupuestos que permitan afirmar que un sujeto es responsable de determinado delito, a lo cual deben de sancionar o declarar la inocencia del imputado restableciendo sus derechos.

2.3.4. Prueba:

Es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. En el caso del proceso penal esta hipótesis es la denuncia, esta afirmación es la acusación. Señala además que, si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de un proceso, la prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin. La prueba penal puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de los resultados.

2.3.5. Prueba Ilícita.

Es aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad, pero la sentencia puede fundarse en ella.

2.3.6. Tutela de Derechos.

Es un instrumento idóneo para salvaguardar el principio de legalidad, las garantías del imputado y, a su vez, mitigar las desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal se constituye en uno de los principales retos para la defensa técnica, así como la investigación preparatoria es el principal reto del fiscal, donde ha de diseñar su estrategia persecutoria; y para el Juez Penal es el juicio oral, el lugar en el que debe preservar la igualdad de partes y valorar la prueba, con apego a las máximas de la experiencia, la ciencia y las reglas de la lógica; el principal reto del abogado en tanto garante de la presunción de inocencia de su patrocinado, será proveer una defensa eficaz.

2.4. Hipótesis

2.4.1. General

El procedimiento para la exclusión de la prueba ilícita es factible que se pueda dar a través de la Tutela de Derechos en la etapa de investigación preparatoria y a través de la solicitud de su exclusión en la etapa intermedia que es el estadio procesal más oportuno en los procesos penales en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018.

2.4.2. Específicas

1. La Tutela de Derechos para solicitar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria es un medio eficaz que debe ser utilizado por los operadores jurídicos en base a que los actos de investigación cuestionados estén sirviendo de base para medidas cautelares o para sucesivos actos de investigación en los procesos penales en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018.

Y es que resulta necesario excluir los elementos de convicción acopiados en esta etapa en virtud de que estas evidencias no solo son usadas para emitir acusación y fundarse la sentencia

condenatoria, sino que también pueden servir para requerir medidas cautelares de naturaleza personal, como vendrían a ser la detención preliminar, prisión preventiva y al momento de resolver el Juez, valorará cada uno de estos sin importar que ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales; es por ello que se debe de solicitar la expulsión inmediata del mismo del proceso.

Por otro lado, el seguir manteniendo dicha prueba ilícita en el proceso penal, otorgará una influencia psicológica negativa en el Juez, esto es, sobre la formación de su convicción. La mejor forma de evitar que la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales surta efecto es impidiendo que entre en la causa, pues no cabe duda de que el juez, por mucho que luego declare nula la prueba, corre un serio riesgo de quedar influido psicológicamente por ella.

Aunado a ello, se debe indicar que en caso esta prueba ilícita mantenga su validez absoluta, permitirá que de la misma se deriven otras pruebas, que puedan ser admitidas en la etapa intermedia en aplicación de la teoría de la conexión de la antijuricidad.

Finalmente resulta pertinente excluir la prueba ilícita en la investigación preparatoria mediante la tutela de derechos, porque con la purga inicial se logra una notable economía procesal, pues una declaración de ilicitud en la fase de admisión probatoria evitará la práctica de actos procesales basados en una prueba inconstitucional y, por tanto, la eventualidad de que haya que decretar la anulación posterior y retroactiva de los mismos.

2. Se requiere la participación activa de los operadores jurídicos para mejorar el rechazo de la admisión de la prueba ilícita, solicitud de su exclusión que puede ser presentada tanto por el afectado como

por el procesado, en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo durante el año 2018.

Al respecto se debe indicar que si bien al tratarse esta etapa de saneamiento, sin embargo, la discusión y debate que se puede aperturar respecto a la ilicitud de un medio probatorio que se ofrece, no necesariamente va a crear convicción en el Juzgador respecto a su ilicitud, por lo que, al tener duda lo admitirá como tal; y en la etapa de juzgamiento el Juez que corresponda podrá aplicar alguna excepción a la regla de exclusión, valorarla y sentenciar en base a ella.

De otro lado, permitirá que se validen hasta esta etapa otros medios probatorios derivados de esta prueba ilícita que creará otra convicción en el Juez de juzgamiento, resultando imposible excluir todas las pruebas derivadas del mismo.

El hecho de mantener hasta esta etapa intermedia los medios probatorios ilícitos, permitirá la vigencia irrestricta de la medida cautelar personal de prisión preventiva y su prolongación, así como la emisión de una sentencia condenatoria, contraviniendo el derecho fundamental de la libertad del que goza todo ciudadano.

2.4.3. Variables

A. Variable X:

Prueba ilícita

B. Variable Y:

Exclusión por tutela de derechos o en etapa intermedia

Capítulo III

Metodología de Investigación

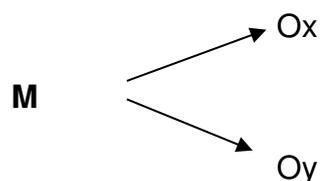
3.1. Diseño de Investigación

El diseño de investigación a utilizarse es el siguiente:

- No experimental y transversal.

Ha sido una investigación sistemática y empírica en la que las variables no se manipulan porque ya ha sucedido, La inferencia sobre las relaciones entre variables se realizan sin intervención o influencia directa y dichas relaciones se observan tal y como se han dado en el contexto natural.

Además, se han recolectado los datos en un solo momento, siendo el propósito describir las variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.



Dónde:

M : Muestra

X : Observación de la variable Prueba ilícita.

Y : Observación de la variable exclusión por tutela de derechos o en etapa intermedia.

3.2. Población y Muestra

3.2.1. Población

La población ha estado constituida por 930 casos presentados durante los meses de enero a agosto del año 2018.

3.2.2. Muestra

La muestra se ha calculado de acuerdo al procedimiento para calcular el tamaño de la misma, conforme se describe a continuación:

$$n = \frac{N * Z_{\alpha}^2 * p * q}{d^2 * (N - 1) + Z_{\alpha}^2 * p * q}$$

Dónde:

N = Total de la población

Z α = 1.96 al cuadrado (si la seguridad es del 95%)

p = proporción esperada (en este caso 5% = 0.05)

q = 1 – p (en este caso 1-0.05 = 0.95)

d = precisión (en su investigación use un 5%).

Reemplazando

$$930 (1.96)^2 (0.05) (0.95)$$

$$n = \frac{\quad}{\quad}$$

$$(0.05)^2 (929) + (1.96)^2 (0.05) (0.95)$$

$$169.7026$$

$$n = \frac{\quad}{\quad}$$

$$2.2063$$

$$n = 76.91$$

La muestra se encuentra representada por 77 procesos.

3.3. Tipo de Investigación

La investigación ha sido básica por habernos propuesto conocer todo el antecedente de la prueba ilícita y su exclusión a través de la Tutela de Derechos y solicitándola en la etapa intermedia en los procesos penales como las consecuencias que trae para los actores judiciales cuando no se aplica en forma eficiente, ello nos ha permitido construir y realizar una propuesta que busca modificar la situación actual del tema.

3.4. Método de Investigación

3.4.1. Métodos Generales

A. Método Inductivo –Deductivo:

Porque la investigación partirá del estudio de hechos concretos de cómo se presenta en la realidad la prueba ilícita en los procesos penales y su exclusión de acuerdo con el NCPP, a

partir de ello se generalizarán y conocerá cómo se va a garantizar el respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales en los casos presentados en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo.

B. Método Comparativo:

Se utilizará a fin de comparar como se presenta la prueba ilícita y su exclusión dentro de la normatividad vigente, así como utilizando el derecho comparado a nivel internacional y su aplicación en las diferentes legislaciones.

C. Método Análisis Síntesis:

Se utilizará al hacer un estudio de la problemática de la exclusión de la prueba ilícita en los procesos penales de acuerdo al NCPP, sus efectos y los casos en los que debe hacerse uso de los mecanismos de exclusión, así como las consecuencias a nivel social y legal que se vienen presentando.

3.4.2. Métodos Particulares

Entre los métodos Particulares de Investigación que nos servirá para realizar la investigación propuesta se utilizarán los siguientes:

A. *Método Histórico:*

Histórico en cuando va a tratar de la experiencia que se ha tenido sobre los casos de la prueba ilícita y los mecanismos de exclusión que se debe de utilizar por parte de los operadores jurídicos de acuerdo al NCPP, y los casos en los que se ha vulnerado los derechos fundamentales, se va a describir lo que es y representa la normatividad, los casos en que se aplica y la forma como se presentan en nuestra realidad, su proceso histórico y el tratamiento de parte de nuestra normatividad legal. El investigador depende de fuentes primarias y secundarias las cuales proveen la información y a las cuáles se deberá examinar

cuidadosamente con el fin de determinar su confiabilidad por medio de una crítica interna y externa.

B. Método Descriptivo:

Porque se trabajará sobre realidades de hecho y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta a fin de dar la valoración adecuada a los casos en que se presenta la prueba ilícita y su tratamiento con el NCPP, cuyo análisis permitirá la obtención de la información para la presente tesis.

3.5. Técnica e instrumentos de recolección de datos

Para la recolección de la información de la presente tesis se ha utilizado como técnica primaria a la encuesta y su instrumento el cuestionario dirigido a los Fiscales, Jueces y abogados en lo Penal con la finalidad de poder obtener información referente al tema de estudio.

3.5.1. El Cuestionario

Que se ha aplicado a Fiscales, Jueces y abogados en lo Penal relacionada a la prueba ilícita en los procesos penales y sus mecanismos de exclusión.

Nos ha permitido conocer cuál es el papel que juega las reglas de exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal y los efectos que tiene sobre el resultado del proceso.

3.5.2. Análisis documental

Que nos permitirá recopilar información a través documentos escritos, así como del estudio de los expedientes de los casos en el que se presenta la prueba ilícita y los medios de exclusión, los casos presentados, los efectos jurídicos, etc., asimismo se trabajará a través de las diferentes fuentes escritas para realizar el análisis comparativo de los derechos, efectos jurídicos y de las posiciones doctrinarias, relacionadas con el tema, etc., como son:

- Libros: Tratados, manuales, ensayos.
- Códigos.
- Revistas académicas.
- Publicaciones
- Informes.
- Contratos

Instrumento: Fichas de análisis de contenido y lista de cotejo.

3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

La investigación ha respondido a un diseño de recolección de datos que se aplicará a la muestra.

El análisis del trabajo ha sido descriptivo y se ha realizado teniendo en cuenta las hipótesis, basándonos en los datos estadísticos obtenidos a través de la muestra a estudiar y que nos ha servido para dar la interpretación adecuada.

Con respecto al procesamiento y análisis de datos, estos se han ordenado y clasificado de acuerdo con los objetivos, categorías e indicadores reflejados en la tabla de operacionalización de variables.

Para el análisis e interpretación de datos se ha utilizado la técnica de análisis de contenido como parte de la hermenéutica, bajo un enfoque cualitativo.

El procesamiento se ha efectuado por medio de la codificación, es decir, el proceso en virtud del cual las características relevantes del contenido de los casos presentación de la prueba ilícita en el proceso penal y su exclusión a través de la tutela de derecho o rechazo en su admisión en la etapa intermedia se han transformado en unidades que ha permitido su descripción y análisis preciso. Vale decir que la información del cuestionario se ha traducido a una codificación que después se ha ingresado a la base de datos.

Los datos obtenidos nos han permitido deducir las ideas centrales para lo cual se han aplicado los principios básicos de la estadística inferencial para poder contrastar las hipótesis según el tipo de variables.

Para el análisis estadístico se ha empleado el SPSS24 y el paquete MS Excel.
Dentro del análisis estadístico se utilizará la tabla de contingencia.

Capítulo IV

Resultados

4.1. Presentación de los resultados

Los resultados del trabajo de investigación se han dividido en dos partes, primero se van a presentar los resultados de las encuestas aplicadas a Magistrados, Fiscales y abogados relacionado a la prueba ilícita en los procesos penales y los mecanismos de exclusión; en segundo lugar, se presentarán los análisis de los expedientes materia de la muestra.

4.1.1. Resultados de encuestas

En primera instancia se le preguntó acerca de su nivel de conocimiento que tienen los operadores judiciales acerca de la teoría de la prueba ilícita, con cuyas respuestas se construyó la siguiente tabla.

Tabla 1

Nivel de conocimiento de la teoría de la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Alto	18	60
Regular	10	34
Poco	02	06
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia

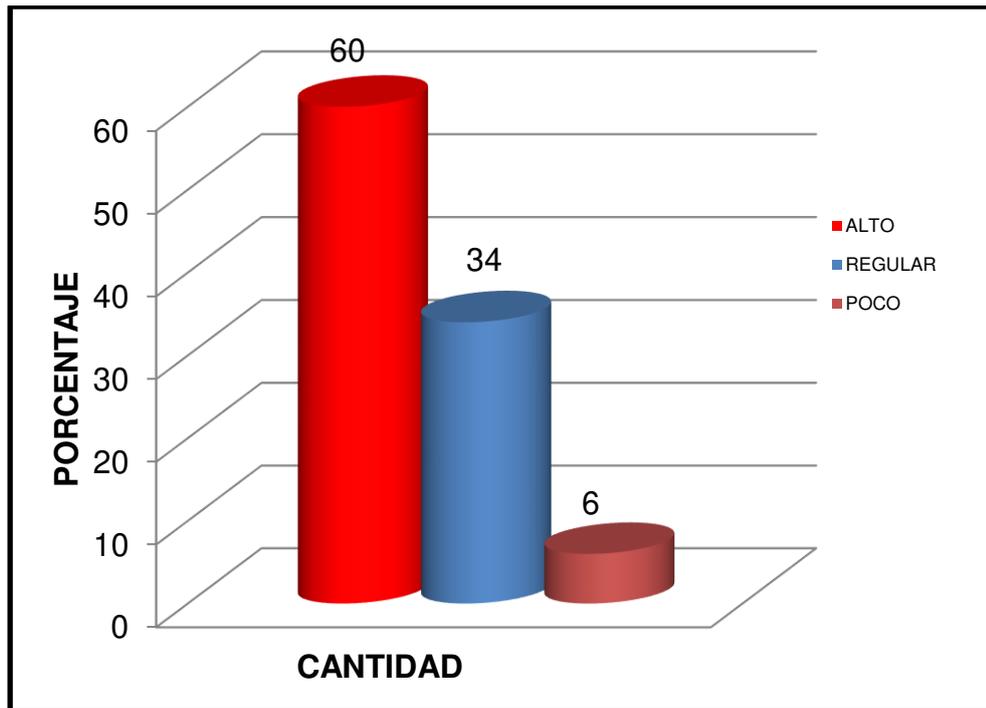


Figura 1: Nivel de conocimiento de la Teoría de la Prueba Ilícita

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar en la tabla precedente el 60% de los consultados manifiesta que su nivel de conocimientos acerca de la teoría de la prueba ilícita y de cómo se aplica en el proceso judiciales alto, para el 34% sus conocimientos son regulares lo que nos va a indicar que se requiere de una mejor preparación y estudio sobre la prueba ilícita, ello va a implicar que sean los mismos operadores quienes presente u obtengan prueba ilícita; en tanto que para un 6% tienen poco conocimiento sobre la prueba ilícita, lo que los va a llevar a no tener un manejo adecuado de las pruebas que tienen que presentar en los juicios que llevan adelante y que sin lugar a dudas los inducirá a cometer errores y caer en presentar pruebas ilícitas, que a la postre van a perjudicar el debido proceso.

A continuación, se les pregunto si la prueba ilícita afecta el debido proceso, habiendo obtenido las siguientes respuestas que se pueden ver en la tabla 2.

Tabla 2

La prueba ilícita afecta el debido proceso

Alternativa	Cantidad	%
Si	30	100
No	00	00
No sabe/no opina	00	00
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

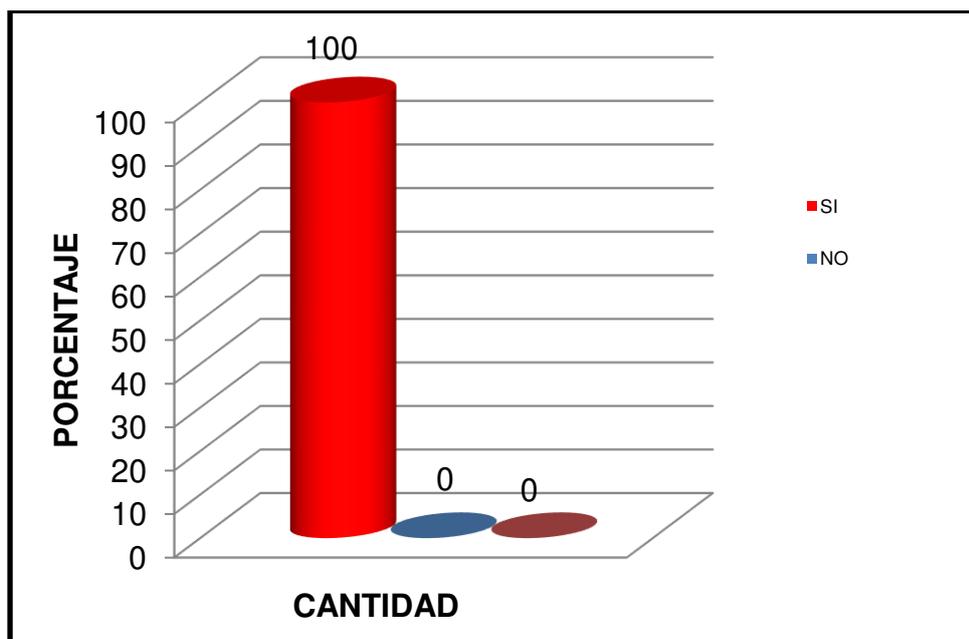


Figura 2: La Prueba ilícita afecta el debido proceso

Fuente: Elaboración propia.

Podemos ver que de acuerdo a la tabla anterior el 100% de los encuestados manifiestan que, si afecta el debido proceso, ya que van a alterar el camino seguido e inclusive van a incidir en los fallos judiciales, pero que tienen que ser reformulados luego de comprobarse que la prueba es ilícita. Por ello es que, en definitiva, como regla general, no deben valorarse aquellas pruebas (que por sí o por el procedimiento llevado a cabo para obtenerlas) atentamente contra el orden público, la moral o las buenas costumbres o estén prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Otra de las preguntas que se les formuló se refiere si la prueba ilícita afecta a los derechos fundamentales, habiendo obtenido las siguientes respuestas.

Tabla 3

La prueba ilícita afecta a los derechos fundamentales

Alternativa	Cantidad	%
Si	29	96
No	01	04
No sabe/no opina	00	00
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

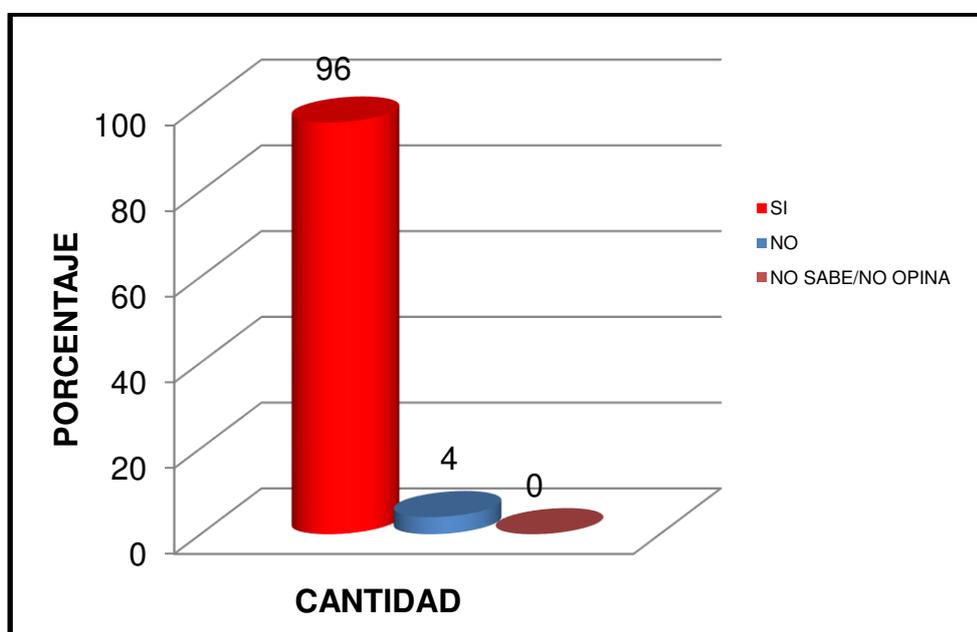


Figura 3: La Prueba Ilícita afecta a los derechos fundamentales

Fuente: Elaboración propia.

De la tabla anterior se deduce que el 96% de nuestros encuestados afirma que la prueba ilícita si afecta los derechos fundamentales mientras que sólo un 4% niega que la prueba ilícita afecte los derechos fundamentales, lo que es un tanto sorprendente, ya que un profesional del derecho debe conocer a plenitud la Constitución y las normas legales vigentes además de que durante su formación profesional deben de haber aprendido que una prueba obtenida ilícitamente va en perjuicio de los derechos fundamentales.

Se les consulto acerca de la forma como afectan los principios procesales, con la finalidad de correlacionar con la afectación de los derechos fundamentales, obteniendo los siguientes resultados:

Tabla 4

Forma como afectan los principios procesales

Alternativa	Cantidad	%
Violándolos	13	44
No observando el debido proceso	9	30
No observando conducta procesal	4	16
Obstaculiza la celeridad procesal	1	2
Influye en el fallo del Juez	3	8
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

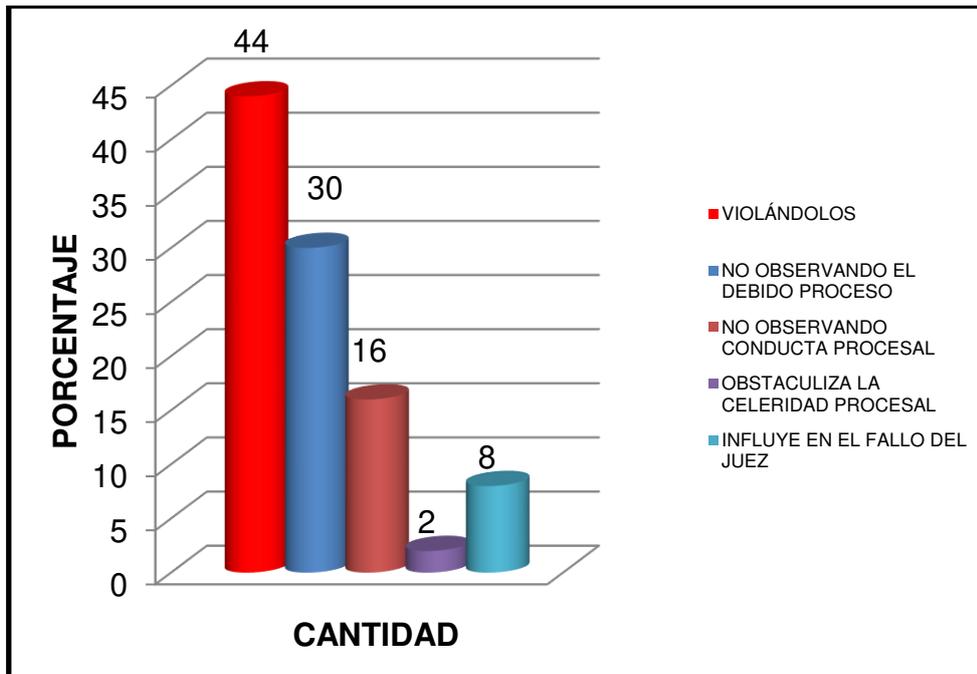


Figura 4: Forma como afectan los principios procesales

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar de la tabla anterior se desprende que el 44% manifiesta que la forma como se afectan es violando los principios procesales, el 30% no observando el debido proceso, mientras que para el 16% es no observando conducta procesal. El 2% opina que

obstaculiza la celeridad procesal y para el 8% la forma cómo afecta es influyendo en el fallo del Juez.

Asimismo, se les preguntó sobre la forma cómo afecta el debido proceso, las respuestas nos arrojan los siguientes resultados.

Tabla 5

Forma cómo afecta la prueba ilícita al debido proceso

Alternativa	Cantidad	%
Impide la legalidad de la sentencia judicial	21	70
Influye en la imparcialidad del Juez	09	30
No sabe/no opina	00	00
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

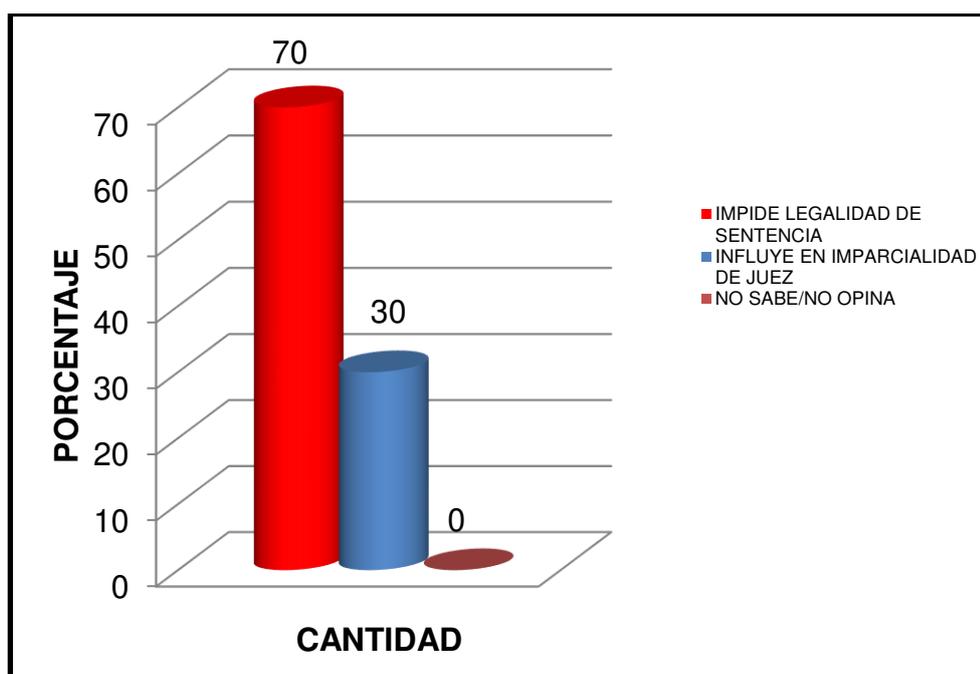


Figura 5: Forma cómo afecta la prueba ilícita al debido proceso

Fuente: Elaboración propia.

De la tabla precedente se desprende que para el 70% de los encuestados la forma cómo afecta la prueba ilícita al debido proceso es impidiendo la legalidad de la sentencia judicial, mientras que para el 30% va a influir en la imparcialidad del juez al distorsionar la presentación de pruebas y llevar su apreciación por un camino errado.

También se les consulto acerca de los derechos fundamentales que afecta la prueba ilícita, como resultado de las respuestas se presenta la siguiente tabla.

Tabla 6

Derechos fundamentales que afecta la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
A la seguridad jurídica	06	18
A la libertad personal	05	16
A la intimidad	05	16
Al secreto de las comunicaciones	05	16
A la propia imagen	04	13
A la inviolabilidad de domicilio	03	12
A la integridad física	02	09
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

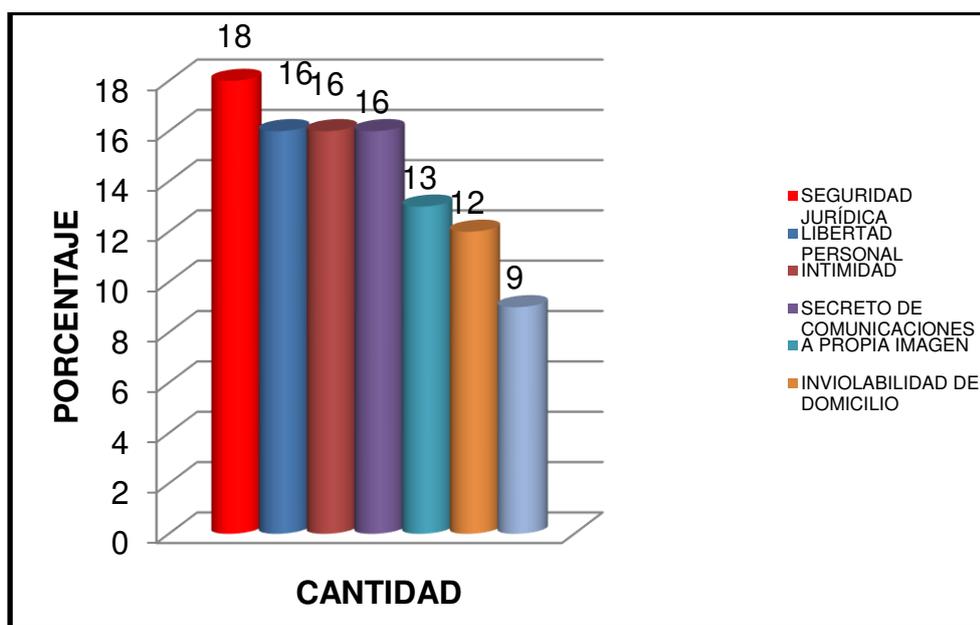


Figura 6: Derechos Fundamentales que afecta la prueba ilícita

Fuente: Elaboración propia.

La prueba ilícita afecta, sin lugar a dudas, los derechos fundamentales de la persona, por lo que las respuestas sobre cuáles son los derechos afectados han sido múltiples, vale decir que una sola persona encuestada ha respondido con varias alternativas. Tenemos

que 18 % indica que el derecho más afectado es la seguridad jurídica, con el 16% se encuentran los derechos a la libertad personal, a la intimidad y al secreto a las comunicaciones. Luego nos señalan con un 13% que se afecta el derecho a la propia imagen y con un 12% el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Finalmente, nos indican que con un 9% se afecta el derecho a la integridad física.

A continuación, se les preguntó la forma como se obtiene la prueba ilícita, habiendo tenido los siguientes resultados.

Tabla 7

Forma como se obtiene la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Violando los derechos fundamentales	23	76
Violando la norma	07	24
No sabe/no opina	00	00
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

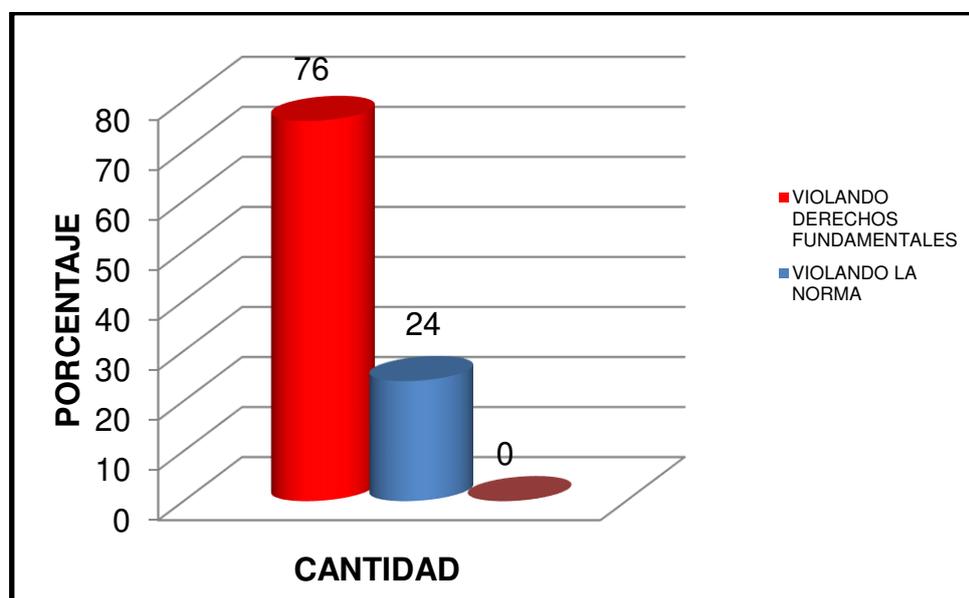


Figura 7: Forma como se obtiene la Prueba Ilícita

Fuente: Elaboración propia.

De la tabla anterior se desprende que para el 76% de los encuestados la forma de obtención de la prueba ilícita es violando los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, asimismo el 24%

opina que se obtiene violando la norma ordinaria. Con ello tenemos que la prueba ilícita se obtiene a través de la violación tanto de los derechos fundamentales como de la norma legal que lo rige.

Otra de las preguntas que se les formuló se refiere a si conoce casos en los que se ha presentado la prueba ilícita, habiendo obtenido las siguientes respuestas.

Tabla 8

Conoce casos de prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Si	24	80
No	06	20
No sabe/no opina	00	00
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

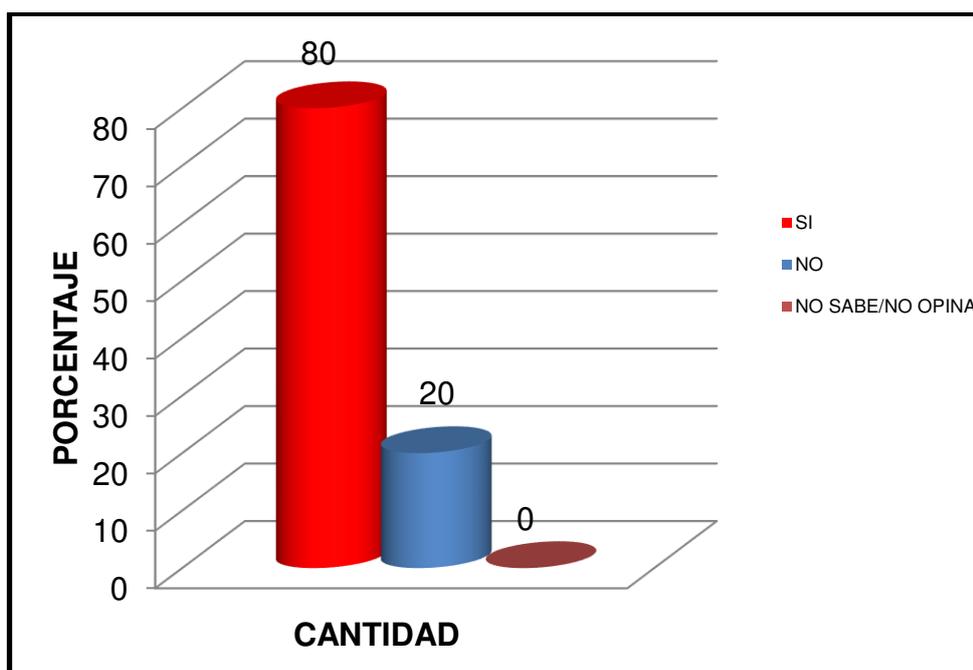


Figura 8: Conoce casos de Prueba Ilícita

Fuente: Elaboración propia.

Como se desprende de la tabla anterior el 80% de los consultados manifiesta que conoce casos o procesos en los que se han presentado la prueba ilícita, mientras que un 20% manifiesta que no conoce casos donde se han presentado la prueba ilícita.

También se les preguntó ¿cuáles son los medios para exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal?, habiendo contestado de la siguiente forma.

Tabla 9

Medios de exclusión de la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Tutela de Derechos y control de legalidad en etapa intermedia	28	94
En la audiencia oral	00	00
No sabe/no opina	02	06
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

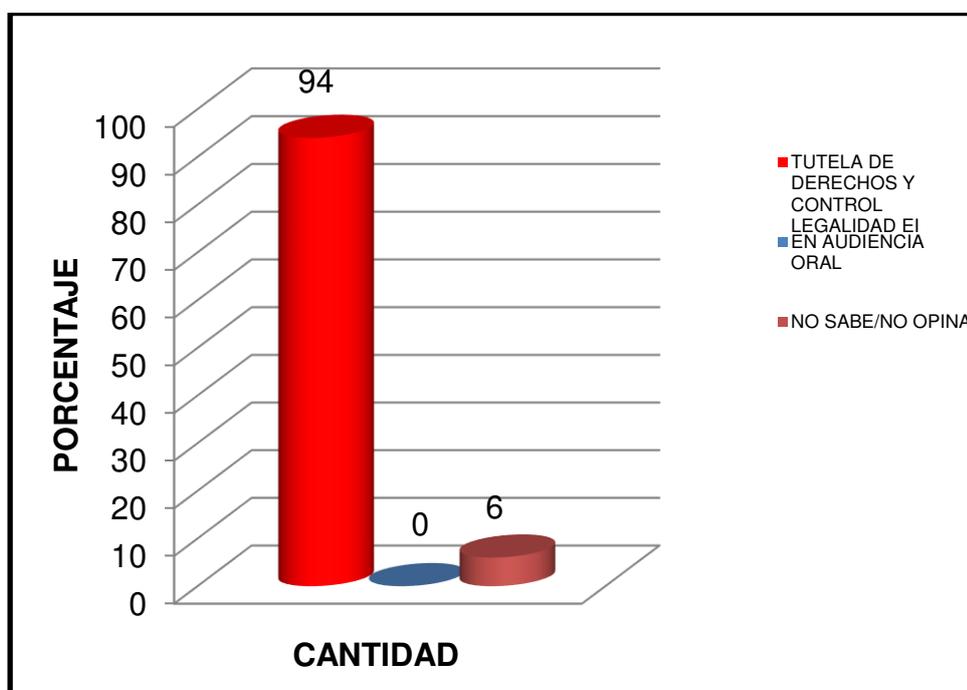


Figura 9: Medios de Exclusión de la Prueba ilícita

Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo a las respuestas obtenidas que se plasma en la tabla anterior podemos ver que el 94% manifiesta que los medios de exclusión de la prueba ilícita se dan a través de la tutela de derechos y el control de legalidad en la etapa intermedia, mientras que un 6% no sabe o no opina por desconocimiento.

A continuación, se les consulto acerca de cuál mecanismo resulta eficaz para la exclusión de la prueba ilícita o cuál es el que ha utilizado, habiendo respondido de la siguiente manera.

Tabla 10

Medio eficaz para la exclusión de la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
La Tutela de Derechos en la etapa de investigación preparatoria	20	67
El control de legalidad y solicitud de su exclusión en la etapa intermedia	08	27
No sabe/no opina	02	06
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

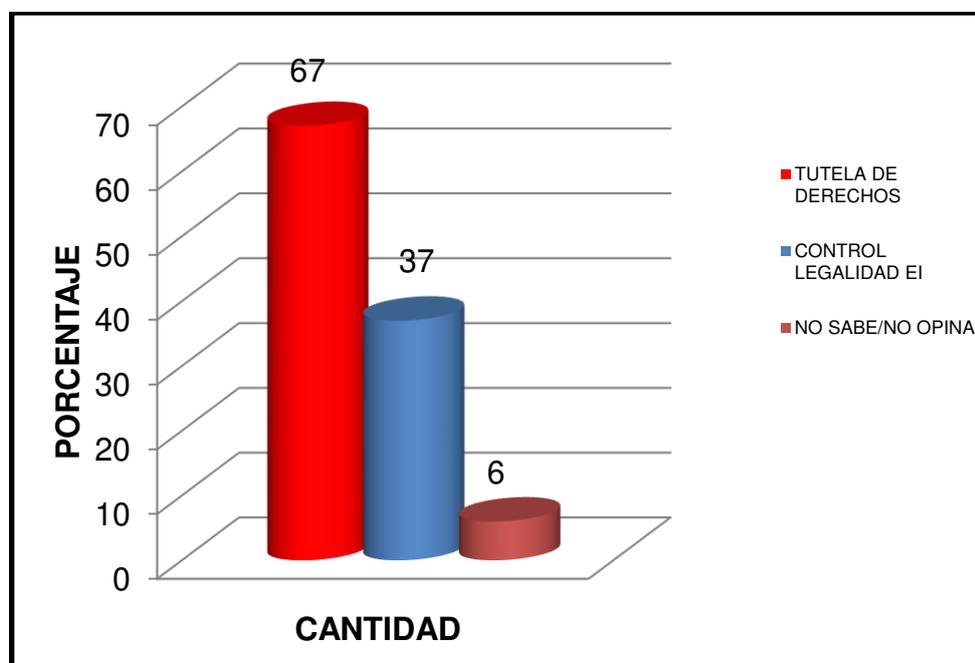


Figura 10: Medios eficaz para exclusión de la prueba ilícita

Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo a la tabla precedente se deduce que el 67% de los consultados opina que el mecanismo más eficaz es a través de la Tutela de Derechos en la etapa de investigación preparatoria, mientras que el 27% manifiesta que el medio eficaz y que ha utilizado es el control de legalidad y solicitud de su exclusión en la etapa intermedia, sólo el 6% no sabe o no opina.

Se les consulto acerca de cuál es la razón que determina para que se solicite la exclusión de la prueba ilícita, habiendo obtenido las siguientes respuestas.

Tabla 11

Razón porque se solicita la exclusión de la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Razón normativa	21	70
Razón jurisprudencial	09	30
Otra	00	00
Total	30	100

Fuente: Elaboración propia.

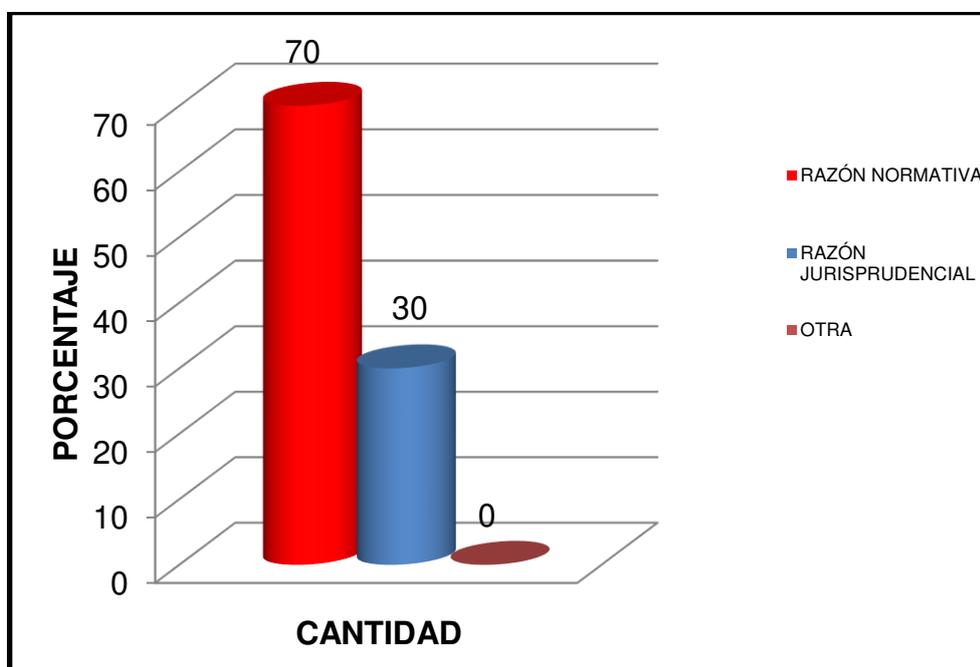


Figura 11: Medios eficaz para exclusión de la Prueba Ilícita

Fuente: Elaboración propia.

Conforme se puede observar en la tabla anterior el 70% de los consultados manifiesta que la principal razón por la se solicita la exclusión de la prueba ilícita es una razón normativa, que se encuentra establecida en nuestras normas legales, mientras que el 30% opina que es por razón jurisprudencial, al encontrarse establecido debido a que se han producido casos similares en

periodos anteriores y se han dado resoluciones emitidas por órganos judiciales que van a repercutir actualmente.

4.1.2. Resultados de revisión de expedientes

De acuerdo a la muestra para el presente trabajo de investigación se ha procedido a la revisión y análisis de 77 expedientes, habiendo en primera instancia determinado los casos en los que se ha presentado la exclusión de la prueba ilícita tal como se presenta en la siguiente tabla.

Tabla 12

Casos en los que se ha presentado la exclusión de la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Casos sin prueba ilícita	56	73
Casos en que se ha solicitado exclusión de prueba ilícita	21	27
Total	77	100

Fuente: Elaboración propia.

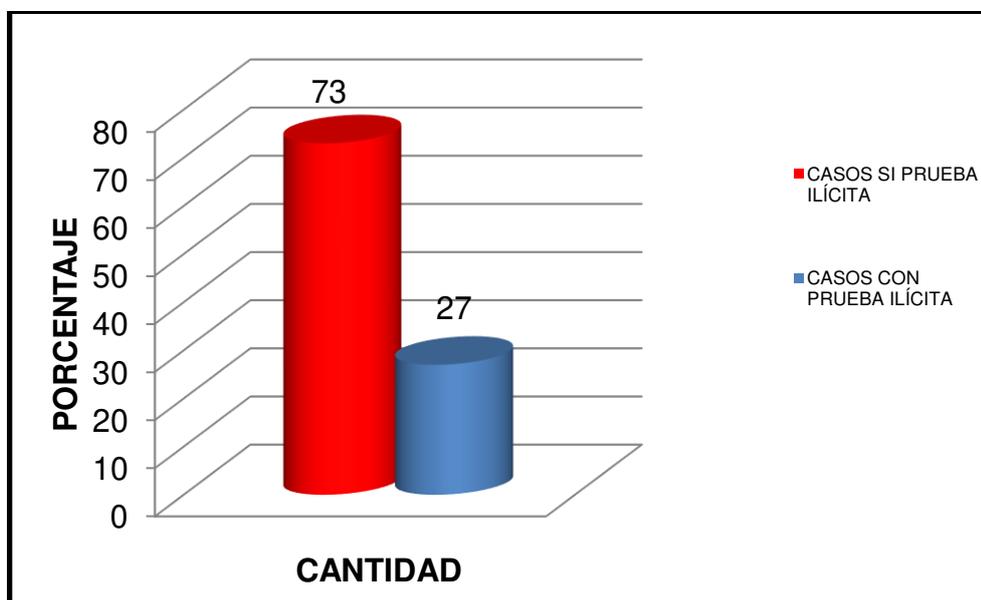


Figura 12: Casos en los que se ha presentado la exclusión de la Prueba Ilícita

Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con la tabla anterior se puede apreciar que en los expedientes revisados se ha encontrado un 27% en los que se

presentado la exclusión de la prueba ilícita, mientras que el 73% no han tenido presencia de prueba ilícita alguna. Por ello a partir de ahora se trabajará con los 21 casos de prueba ilícita.

A continuación, se verá la forma como se determinó que la prueba que se ha presentado ha sido ilícita, lo cual se presenta en la siguiente tabla.

Tabla 13

Cómo se determinó que la prueba es ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Por la forma como se ha obtenido	03	16
En el momento de la obtención de la fuente	06	28
Por violar los derechos fundamentales	12	56
Total	21	100

Fuente: Elaboración propia.

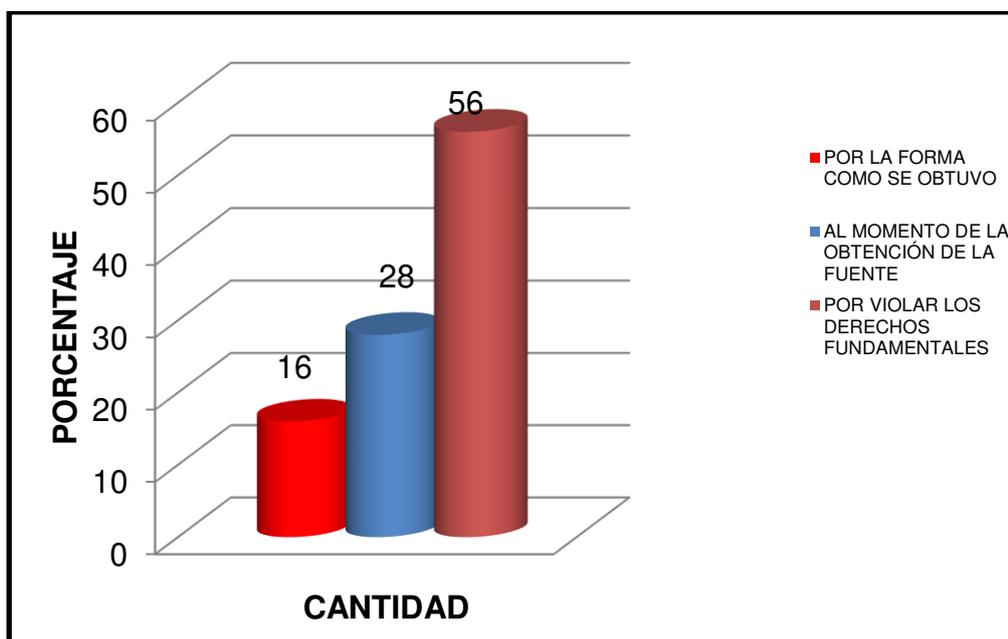


Figura 13: Como se determinó que la prueba es ilícita

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla se puede observar que en el 56% de los casos se ha determinado la existencia de prueba ilícita debido a que ha sido obtenida violando los derechos fundamentales, en el 28% se

determinó la ilicitud de la prueba al momento de determinar la fuente de donde se ha obtenido y en el 16% de los casos por la forma como se ha obtenido la prueba.

A continuación, veremos los casos en los que se aplicó la tutela de derechos como forma de solicitar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de la investigación preparatoria.

Tabla 14

Casos en que se aplicó la tutela de derechos para exclusión de la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Tutela de Derechos para exclusión de prueba ilícita	13	62
Otros casos	08	38
No determinado	00	00
Total	21	100

Fuente: Elaboración propia.

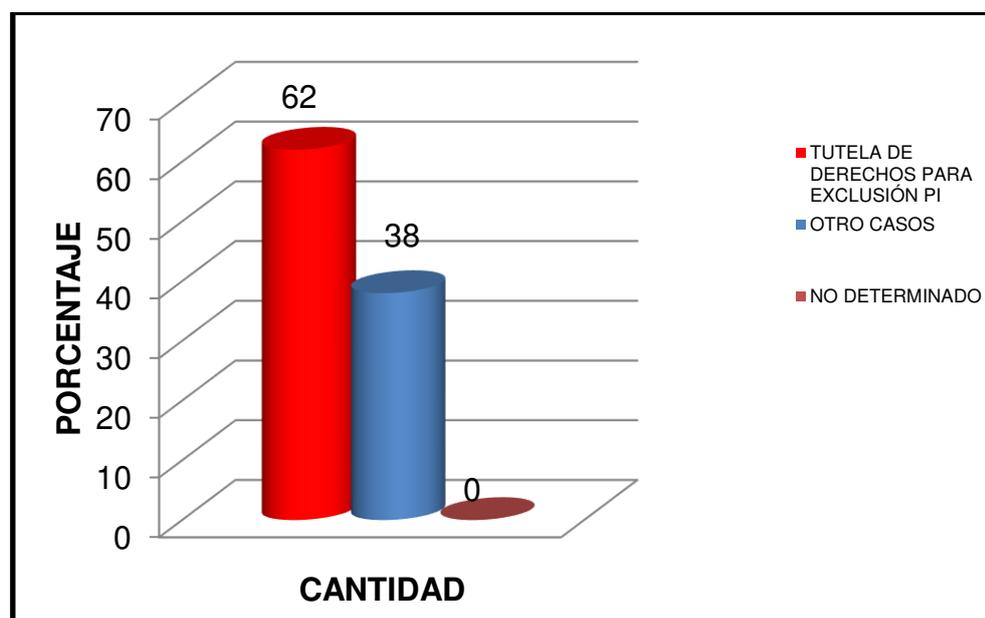


Figura 14: Casos en que se aplicó la tutela de derechos para exclusión de prueba ilícita

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar en el 62% de los casos se ha aplicado la Tutela de Derechos para solicitar la exclusión de la prueba ilícita en

la etapa de investigación preparatoria ya que es un medio eficaz que debe es utilizado por los operadores jurídicos en base a que los medios de prueba o actos de investigación cuestionados estén sirviendo de base para medidas cautelares o para sucesivos actos de investigación en los procesos penales tramitados ante los Juzgados de Investigación Preparatoria. Otros casos están representados por un 38%.

Veamos ahora los casos en que se aplicó la exclusión de la prueba ilícita por el control de legalidad en la etapa intermedia, cuyos resultados presentamos a continuación.

Tabla 15

Casos en que se aplicó el control de legalidad en la etapa intermedia para exclusión de prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Exclusión de la prueba ilícita en la etapa intermedia	08	38
Otros casos	13	62
No determinado	00	00
Total	21	100

Fuente: Elaboración propia.

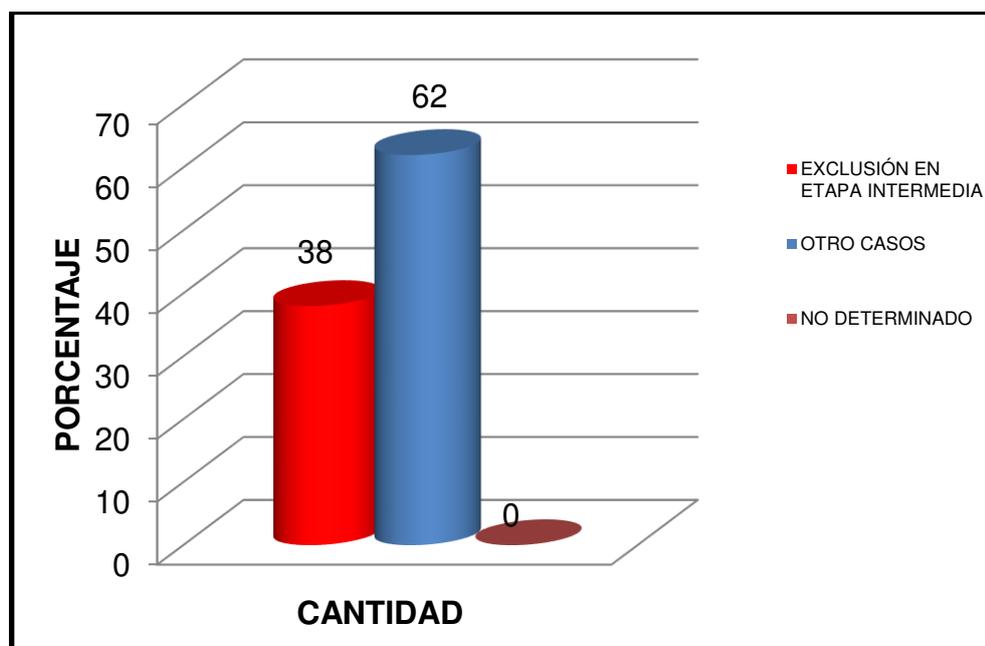


Figura 15: *Casos en que se aplicó el control de legalidad en la etapa intermedia para exclusión de prueba ilícita*

Fuente: Elaboración propia.

Podemos apreciar en la tabla anterior que en el 38% de los casos en que se ha presentado la prueba ilícita se ha aplicado en el control de legalidad de la admisión de la prueba ilícita, solicitando su exclusión en la etapa intermedia. Los otros casos, o sea la tutela de derechos representa el 62%.

Ahora veamos los resultados que se ha obtenido con la aplicación de la Tutela de Derechos como forma de solicitar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de la investigación preparatoria, que se representa en la siguiente tabla.

Tabla 16

Resultados de la aplicación de la tutela de derechos

Alternativa	Cantidad	%
Se logró excluir la prueba ilícita y proseguir el proceso	13	100
No se logró excluir la prueba ilícita	00	00
Sin resultados	00	00
Total	13	100

Fuente: Elaboración propia.

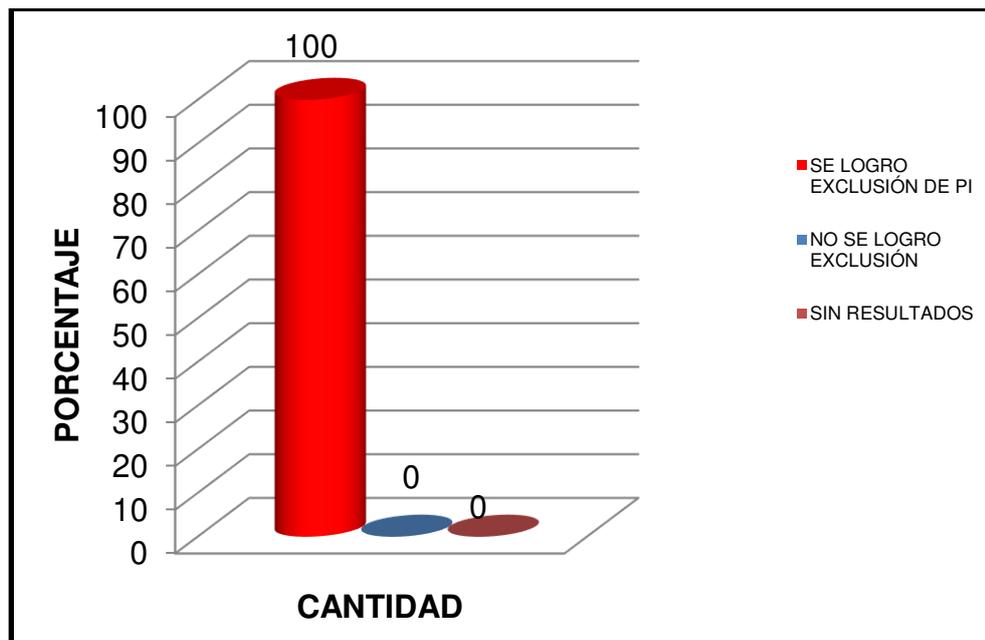


Figura 16: Resultados de la aplicación de la tutela de derechos

Fuente: Elaboración propia.

Como podemos apreciar en la tabla anterior en la totalidad de los casos en los que se presentó la Tutela de Derechos como forma de solicitar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de la investigación preparatoria se ha logrado que se excluya la prueba ilícita, habiendo continuado el proceso sin estas pruebas.

Del mismo modo ahora veamos los resultados de los casos en que se aplicó la exclusión de la prueba ilícita por el control de legalidad en la etapa intermedia, que se presentan en la siguiente tabla.

Tabla 17

Resultados de la aplicación del control de legalidad en la etapa intermedia para exclusión de prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Se logró excluir la prueba ilícita y proseguir el proceso	08	100
No se logró excluir la prueba ilícita	00	00
Sin resultados	00	00
Total	08	100

Fuente: Elaboración propia

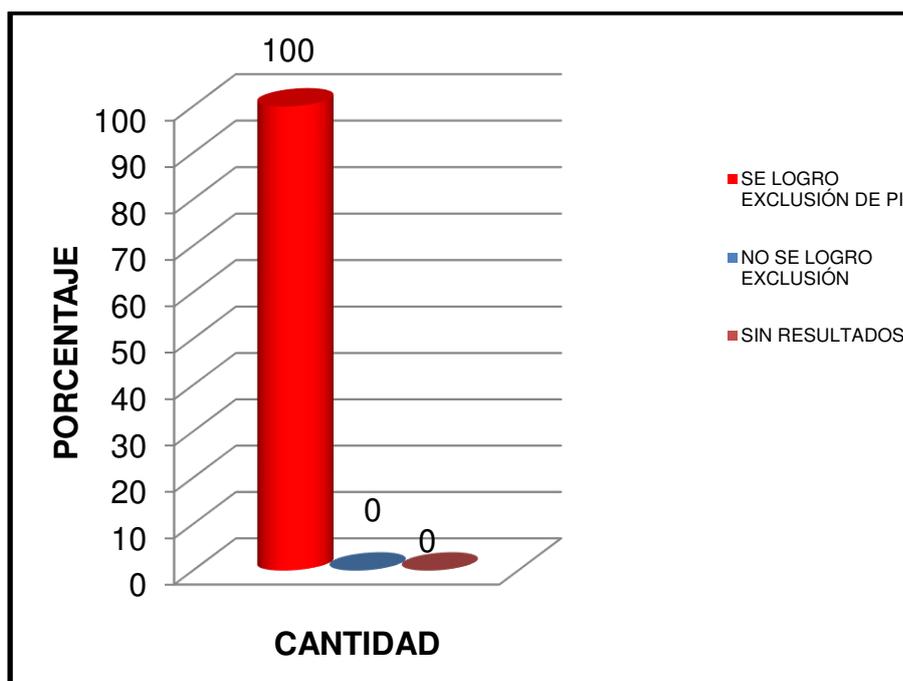


Figura 17: Resultados de la aplicación en etapa intermedia de exclusión de prueba ilícita.

Fuente: Elaboración propia.

Se aprecia en la tabla precedente que la totalidad de los casos en los que se ha presentado la solicitud de exclusión de la prueba ilícita en el control de legalidad de la admisión de la prueba ilícita en la etapa intermedia se ha logrado excluir la prueba ilícita, con lo cual se ha podido continuar con el debido proceso.

Ahora veamos quienes son los que presentan pruebas ilícitas en los procesos penales revisados, para ello se ha elaborado la siguiente tabla.

Tabla 18

Quienes presentan las pruebas ilícitas

Alternativa	Cantidad	%
Partes litigantes	16	76
PNP	05	24
Otros	00	00
Total	21	100

Fuente: Elaboración propia

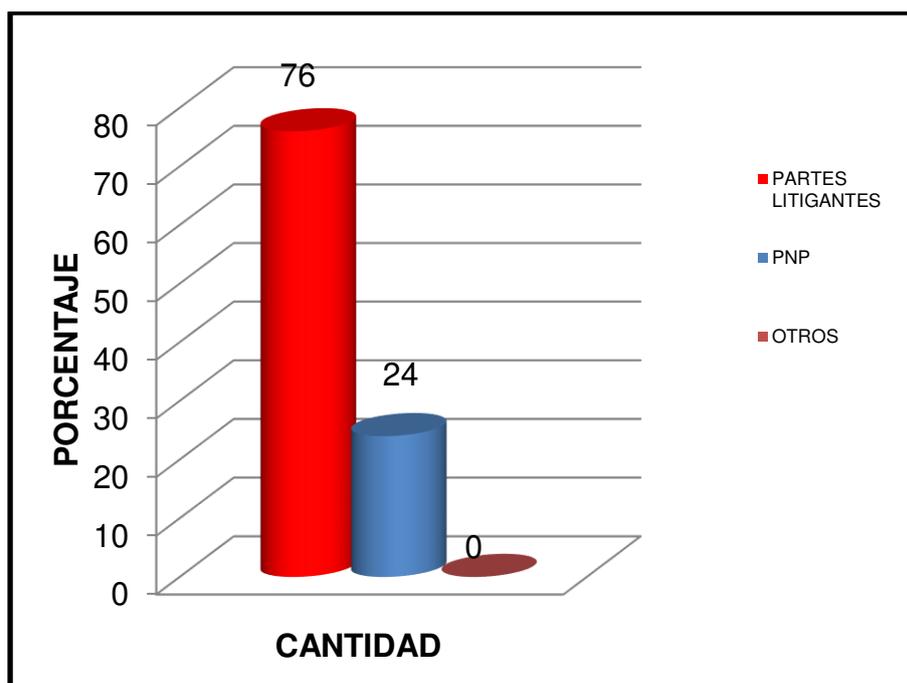


Figura 18: Quienes presentan las pruebas ilícitas

Fuente: Elaboración propia.

Se aprecia en la tabla anterior que el 76% de los que presentan las pruebas ilícitas son las partes que se encuentra en conflicto, los litigantes, mientras que un 24% de las pruebas ilícitas presentadas proviene de la PNP.

También se ha logrado poder encontrar los factores que influyen para la admisión de la prueba ilícita que se presentan en la tabla siguiente.

Tabla 19

Factores que influyen en la admisión de la prueba ilícita

Alternativa	Cantidad	%
Poca indagación del fundamento fáctico	05	24
Falta de control ético sobre las partes	05	22
No frustrar las diligencias	04	20
Omisión de mecanismos de filtro	04	18
Seguridad de testigos y víctimas	03	16
TOTAL	21	100

Fuente: Elaboración propia

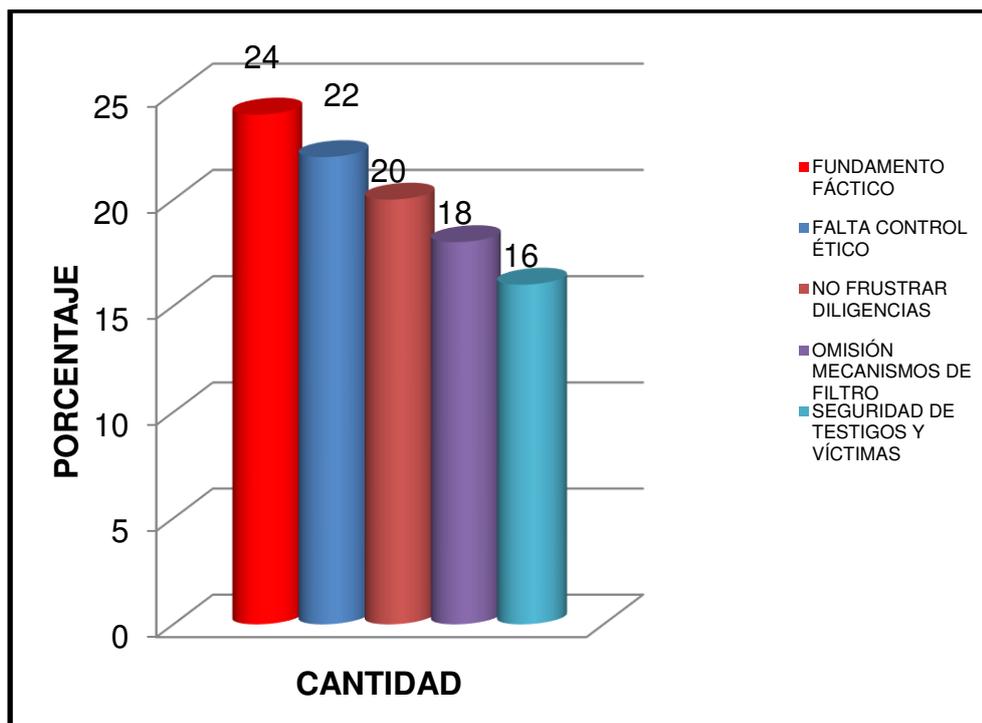


Figura 19: Factor que influyen en la admisión de la prueba ilícita

Fuente: Elaboración propia.

Se aprecia que en el 24% de los casos como el factor principal que influye para la admisión de la prueba ilícita es la poca indagación del fundamento fáctico, en el 22% de los casos es la falta de control ético. Mientras que en el 20% de los casos el factor principal es el hecho de no frustrar las diligencias, por su parte en el 18% de los casos se encontró que la omisión de mecanismos de filtro es el factor que influye. En el 16% de los casos es la seguridad de testigos y víctimas.

4.2. Análisis de los resultados

Conforme a lo señalado en la parte teórica de esta investigación, se puede colegir que la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionen derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva o inutilizable.

Si bien, la Constitución Política del Perú no contiene un precepto expreso sobre prueba ilícita o prohibida, no obstante, establece dos reglas de prohibición de valoración probatoria, el primero señalado en el numeral 10 del

artículo 2, que establece la carencia de efecto legal de aquellos documentos obtenidos vulnerando el secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones; y las declaraciones obtenidas por violencia, regulado en el artículo 2 inciso 24 literal h)

En este mismo sentido el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, así como el artículo 159° abordan el régimen jurídico de la prueba prohibida indicando que de obtenerse o incorporarse pruebas sin respeto a un debido proceso, éstas no deberán ser utilizadas ni valoradas por el juzgador y que carecen de efecto legal las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Por lo que esta regulación de la prueba ilegal o también llamada “exclusión probatoria” tiene en nuestro ordenamiento jurídico un origen y un alcance constitucional. El establecimiento de una sanción expresa por la obtención de la prueba con violación de los derechos fundamentales constituye una garantía para la vigencia de los mismos.

Pues tal como lo señala Marcial Rubio Correa, para efectos de existir intromisión en un derecho fundamental, como por ejemplo el levantamiento del secreto de las comunicaciones, debe existir una orden previa y debidamente motivada, respetando las garantías impuestas por la ley, que permitan cobrar un límite razonable a la información que se autoriza conocer o intervenir.

Nadie así pueda tener el poder material o político para autorizar la intervención en las comunicaciones. Nuestra Constitución Política ha querido consagrar ello y así lo ha establecido, que la única autoridad que puede ordenar la interceptación telefónica es un juez mediante un mandato motivado. Se ha impuesto así un monopolio y una reserva absoluta respecto a la única autoridad que puede ordenar la afectación del derecho fundamental.

La violación de dicho precepto constitucional convierte a la prueba en ilegal, ilegítima, inconstitucional y contraria a las normas jurídicas que preside un estado de derecho.

No obstante, nuestra máxima norma no solo regula la limitación judicial a la interceptación de las comunicaciones, sino que de manera expresa también ha establecido que “los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.” Es decir, ha prescrito una consecuencia del acto que viole un precepto constitucional, esto es, la ineficacia e inutilidad de los documentos, así como el contenido de la conversación, el mismo que no podrá ser utilizado por ninguna parte en un proceso judicial, al ser una prueba prohibida carente de validez sin efecto alguno.

Esta norma constituye un precepto de especial valor y sentido constitucional en la protección, garantía y afianzamiento de los derechos humanos, pues no sólo reafirma la postura de que toda prueba debe ser obtenida con respeto y sujeción a los derechos fundamentales, esto es, el respeto de la dignidad humana, sino que impone una ineficacia constitucional expresa de cumplimiento obligatorio por los poderes públicos en especial por el poder judicial.

El asunto pues, merece especial atención en lo que a prueba ilegítima se refiere puesto que dentro de esta óptica son muchas las injusticias que pueden cometerse.

Se ha visto que la prueba ilícita afecta el debido proceso, en el que están de acuerdo tanto magistrados, fiscales, así como abogados ya que van a alterar el camino seguido e incluso van a incidir en los fallos judiciales, pero que tienen que ser reformulados luego de comprobarse que la prueba es ilícita, así sobre el mismo se tiene a modo de ejemplificación, la declaración prestada sin participación del Ministerio Público, o el informe pericial ofrecido fuera del plazo, e incorporado al proceso para su valoración.

Ahora bien, la afectación del debido proceso es una vulneración a un principio procesal, el mismo que se da con la inobservancia de la conducta procesal y la obstaculización de celeridad procesal que influye en el fallo del magistrado.

Aclarando sobre los principios procesales es necesario afirmar que los mismos se encuentran consagrados en nuestra Carta Magna, y que, en el proceso judicial moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (artículo 138°, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso judicial los derechos en conflicto son fundamentales y de relevancia constitucional.

Por lo que habiéndose determinado claramente cuando es que constituye prueba ilícita, debemos pasar a analizar cada una de los resultados obtenidos en la encuesta realizada y que han sido plasmados en las figuras precedentes.

Así se tiene que existe un 60% de personas que tiene un alto conocimiento en cuanto a la teoría de la prueba ilícita, y ello se ve reflejado en el acontecer diario que pasa en nuestra sociedad con cada caso mediático que se viene dando a conocer, hecho por el cual la mayoría de la población tiene conocimiento o al menos noción de lo estipulado por nuestra Carta Magna en el artículo 2° inciso 10, que establece “las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen”, en merito a ello es que se conoce que nadie puede contravenir este derecho fundamental a menos que goce de un mandato judicial debidamente motivado que lo ordena, el hecho de contradecir esta garantía constitucional supone la existencia de una prueba ilícita, la misma que conforme a la postura adoptada por nuestro país en forma unánime, debe de restarse el valor para los fines procesales, pues vulnera no

solo el debido proceso sino la igualdad procesal, permitiendo que se tramiten procesos penales irregularmente que incidirán de manera negativa en los fallos judiciales a imponerse; ya que no se trata de alcanzar la verdad material a cualquier precio, sino que sea respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos, conforme lo manifestaron los encuestados al señalar un 96% que la prueba ilícita afecta los derechos fundamentales, y un 100% el debido proceso; así como se impide la existencia de una sentencia judicial legal acorde lo indico un 21% de encuestados.

Debe tenerse presente que si bien es cierto nuestra norma procesal cuando hace referencia a la actividad probatorio señala que existe libertad probatoria, conforme lo señala el inciso 1 del artículo 157° del Código Procesal Penal; sin embargo, se encuentra sus límites en los principios básicos de legalidad, pertinencia, utilidad, conducencia y licitud; por lo cual los hechos de admitir medios probatorios ilícitos afectarían estos principios violándolos, conforme lo han señalado un 44% de encuestados.

Si bien es cierto el fin de la prueba es determinar la verdad de un hecho a fin de que el Juez llegue a una certera convicción en virtud de las aseveraciones efectuadas por las partes, quienes además ofrecerán sus medios probatorios para ello; empero solo deberían admitirse medios probatorios legales, justos, que permitan otorgar al procesado poder defenderse en igualdad de armas, y excluirse en la primera oportunidad que se tenga, de lo contrario estos hechos se vuelven mediáticos y populares, tal como hacen referencia un 80% de encuestados al señalar que conocen casos de prueba ilícita, tal es el caso de la agendas de la señora Nadine Heredia.

Así, Sánchez Córdova, sostiene que la inadmisión de la prueba en el proceso lo busca es que la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales no ingrese por ningún motivo al proceso, pues si bien no será utilizada para condenar, el hecho de estar en el proceso la hace susceptible de uso para fundamentar otro tipo de resoluciones (acusación, medidas de coerción), lo que tampoco sería legítimo; y en razón de ello la

presente tesis se plantea como problema en qué momento resulta factible la exclusión de estas pruebas ilícitas, es acaso en la tutela de derechos o en la etapa intermedia a través de su admisión y/o rechazo.

Al respecto cabe indicar que de las encuestas efectuadas se tiene que un 94% señaló que como medios de exclusión se tiene a la tutela de derechos y a la etapa intermedia; sin embargo, desmenuzando ya este porcentaje, se tiene que un 67% señaló que el medio más eficaz para la exclusión sería a través de la tutela de derechos, y un 27% por medio del control de legalidad en la etapa intermedia.

Resulta correcto afirmar que la etapa intermedia es una fase de saneamiento en la que se busca eliminar cualquier vicio o defecto procesal que impidan la realización correcta del juicio oral, tal es así el control de los medios de prueba presentadas por las partes, no obstante, este nivel de saneamiento de la actividad probatorio supone la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos por ley en la obtención de la prueba, es decir, determinar que esta obtención se haya efectuado con observancia estricta del respeto por los derechos fundamentales.

Por consiguiente, existe una posición predominante de autores como Ascencio Mellado que sostiene que la etapa intermedia es la fase estelar para declarar la exclusión de la prueba que se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, conforme lo señala el artículo 351° del Código Procesal Penal, que en la audiencia preliminar de acusación se puede discutir sobre dicha ilicitud; sin embargo a criterio personal, porque sería necesario esperar hasta esta etapa para excluir este medio probatorios, si ya el acuerdo plenario N° 04-2010/CJ1-16 nos abre el camino en cuanto a usar la institución procesal de la tutela de derechos.

Es más, en su fundamento jurídico 17, establece textualmente “Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente -en los casos en que ésta sea la base de

sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71º NCPP.

La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba -axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba -regulado en el artículo 159º del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

Es decir, nos faculta a cuestionar desde el primer momento en que se tiene conocimiento de este material probatorio ilícito, tal y como ha venido sucediendo en el distrito judicial de Junín durante el año 2018, cuando se determinó que un 62% cuestionó y solicitó la exclusión de la ilicitud probatoria por medio de la tutela de derechos la ilicitud probatoria, y solo un 38% cuestionó dicha ilicitud por medio del control de legalidad de la etapa intermedia, lo que demuestra que los letrados quieren garantizar que el proceso penal se lleve sin contratiempo, evitando que se ordenen medidas coercitivas como detención preliminar o prisión preventiva basados en prueba ilícita.

Pues como bien lo señala López Barja de Quiroga, la mejor forma de conseguir que esas pruebas no surtan efecto es impidiendo que entren en la causa, y si han sido incorporadas a la misma, forzando que salgan de ella, es decir procediendo a su exclusión material; por dicha razón se busca que la prueba ilícita deba ser declarada como tal lo más inmediato posible, para evitar que se produzca pruebas derivadas, no hacerlo significaría atribuir un valor incriminatorio a la prueba ilícita y dar validez a las pruebas derivadas de la misma, que podrá seguir surtiendo efecto a lo largo proceso e incluso ser usada para una posible sentencia condenatoria.

Es en razón de ello, que a postura que se adopta en la presente tesis es que las pruebas ilícitas deben ser excluidas a través del mecanismo de la tutela de derechos, a efectos de expulsar del proceso esta prueba de manera definitiva, sin lugar a que permanezca hasta la etapa intermedia, que puede o no ser excluida por el Juez de Investigación Preparatoria, y que conforme se señaló precedentemente, producirá pruebas derivadas a lo largo del proceso que no necesariamente serán excluidas; logrando con ello que el Juez de Juzgamiento a quien se le remite el cuaderno de acusación, conjuntamente con el expediente judicial formado por los medios probatorios admitidos y no admitidos, tenga acceso directo a este medio de prueba ilícito y cause en ella un efecto psicológico negativo, es decir de manera subjetiva condenar al acusado del hecho, cuando aún ni siquiera haya comenzado el juicio.

Conclusiones

1. Se ha podido determinar la existencia de pruebas ilícitas dentro de los procesos penales por lo que se hace factible que se utilicen los procedimientos para su exclusión, habiendo establecido que se realizan a través de la Tutela de Derechos en la etapa de la investigación preparatoria y en la etapa intermedia del proceso penal en el control de legalidad.
2. La Tutela de Derechos ha sido considerado como el medio más eficaz para solicitar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria, habiendo sido utilizada en más casos por los operadores jurídicos, con lo cual se ha logrado su exclusión y que no se utilicen como base para posibles medidas cautelares, en un caso, y en otro para sucesivos actos de investigación.
3. La exclusión de la prueba ilícita por medio de la tutela de derechos evita que las evidencias acopiadas en la etapa de investigación preparatoria sean usadas para requerir medidas cautelares de naturaleza personal, como la detención preliminar y la prisión preventiva; sin tener en consideración que estas pruebas han sido obtenidas con violación de derechos fundamentales.
4. El seguir manteniendo vigente una prueba ilícita hasta la etapa intermedia en el proceso penal, corre el riesgo de que surta una influencia psicológica negativa en el Juez, esto es, sobre la formación de su convicción, pues no cabe duda de que el juez, por mucho que luego declare nula la prueba, corre un serio riesgo de quedar influido psicológicamente por ella al momento de resolver.
5. La no exclusión temprana y oportuna de la prueba ilícita otorga validez absoluta a la misma en el proceso, facultando que de esta se deriven otras pruebas que puedan ser admitidas en la etapa intermedia en aplicación de la teoría de la conexión de la antijuricidad, y valoradas en juicio con la emisión de una probable sentencia condenatoria.

6. El excluir la prueba ilícita en la investigación preparatoria mediante la tutela de derechos, logra una notable economía procesal, pues una declaración de ilicitud en la fase de admisión probatoria evitará la práctica de actos procesales basados en una prueba inconstitucional y, por tanto, la eventualidad de que haya que decretar la anulación posterior y retroactiva de los mismos.

7. La solicitud de exclusión de la prueba ilícita en la etapa intermedia ha sido menos utilizada por los operadores jurídicos, a pesar de su eficiencia, por lo cual requiere profundizar más sus conocimientos al respecto a fin de que pueda ser utilizado tanto por el afectado como por el imputado, con lo cual han conseguido su exclusión del proceso penal.

Recomendaciones

1. Capacitación permanente de magistrados, fiscales y abogados, así como de miembros de la Policía Nacional del Perú acerca de la teoría de la prueba ilícita, de acuerdo al rol que desempeña cada institución al interior del proceso penal:
 - a. En caso de Jueces, a través de la Academia de la Magistratura -AMAG, y de la Comisión de Capacitación de cada Corte Superior de Justicia
 - b. En caso de Fiscales, a través de la Academia de la Magistratura -AMAG, y de la Escuela de Capacitación de la Fiscalía de la Nación y de la comisión de capacitación en cada distrito fiscal.
 - c. En caso de los abogados particulares, a través del área de capacitación de sus gremios profesionales
 - d. En caso de abogados de oficio, a través de las comisiones de capacitaciones del Ministerio de Justicia – MINJUS.
 - e. En caso de la Policía Nacional del Perú, a través de del equipo técnico del Ministerio de Justicia -MININTER.

Debiendo ser los capacitadores personas externas a la institución, que no conformen dichas instituciones, y especialistas en derecho probatorio, con la finalidad de que esta prueba ilícita no sea presentada en los procesos y por ende atenten contra derechos fundamentales, hecho que conllevara a que se obstruyan los procesos, causando dilación y pérdida de recursos al ser excluidos.

2. Las universidades deben implementar a través de sus Facultades de Derecho en su currículo a nivel nacional, el curso de derecho probativo, tendientes al estudio de la prueba en general, así como la prueba ilícita propiamente dicha.
3. Recomendar a los operadores jurídicos, tanto jueces como fiscales en especial a los jueces, a través de una Resolución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en caso de magistrados, y a través de directivas del Ministerio Público en caso de fiscales, a tener especial cuidado respecto a los medios probatorios

aportadas por las partes procesales, tanto en su obtención, incorporación o valoración, en virtud que los mismos resultarán determinantes en el desarrollo del proceso.

4. En caso de los jueces, regular a través de Resoluciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, no hacer abuso de las excepciones de las reglas de exclusión de prueba ilícita por parte de los jueces, dado que las mismas pueden ser aplicadas de manera facultativa y a su libre albedrío.
5. Se debe establecer a nivel nacional mayores fundamentos doctrinarios acerca de la regla de exclusión de la prueba ilícita, de tal manera que pueda llegarse a uniformizar los criterios de los fiscales y magistrados para su tratamiento y los lleve a resolver casos similares con soluciones similares.
6. Debe de sancionarse administrativamente al personal tanto policial como al representante del Ministerio Público, en caso se advierta una conducta dolosa para la obtención de prueba con vulneración de derechos fundamentales, a fin de producir un efecto disuasorio en los mismos.
7. Resulta importante que, para la aplicación de una norma en un determinado proceso, este debe efectuarse en concordancia con nuestra Constitución, norma suprema que reconoce la exclusión de la prueba ilícita, dado que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece visiblemente la prohibición de valoración de una prueba obtenida directa o indirectamente con vulneración al contenido esencial de derechos fundamentales, situación que no viene siendo aplicada por los operadores jurídicos, quienes preponderan la doctrina y jurisprudencia para la aplicación de las excepciones a la regla de exclusión.

Referencias bibliográficas

- Alcaide, J. (2012) La exclusionary rule de EE. UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos. Tesis doctoral. España: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Alva, C. (2010) La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004. Tomo II. Lima: Gaceta Penal& Procesal Penal.
- Baytelman, A. (2002) Tiene derecho a guardar silencio. La Jurisprudencia Norteamericana sobre la declaración policial, Informe de Investigación N° 13, Universidad Diego de los Portales, Santiago. Chile: Centro de Investigaciones Jurídicas.
- Bazán, F. (2011) Audiencia de tutela: Fundamentos jurídicos. Año 4 – 5. N° 6 y N° 7. Lima: Revista Oficial del Poder Judicial.
- Binder, A. (1993) Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Calderón, S. y Águila, G. (2011) El AEIOU del derecho. Modulo Penal. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Castro, H. (2009) La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Peruano. Lima: Jurista Editores EIRL
- Corte Superior de Justicia de La Libertad(2010) La Reforma Procesal Penal en Cifras: Una nueva visión de justicia; Trujillo: Poder Judicial.
- Cruz, F.(2002) La defensa legal y la independencia del juez en un Estado de Derecho. San José: Ilanud.
- Cubas, V.(1998) El Proceso Penal, Tercera Edición. Lima:Editores Palestra.

Cupe, E. (2010) Tutela de Derechos: Una aproximación a su ámbito de Aplicación. Tomo II. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.

Del Río, G. (2010) La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio. Lima: Editores ARA.

Devis, H. (1987) Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Colombia. Editorial Temis.

Ferrer, J.(2005) Prueba y verdad en el derecho. Barcelona. España. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Foucault, M. (1991) La verdad y las formas jurídicas. Barcelona. España. Ed. Gedisa.

García, D. (1982) Manual de Derecho Procesal Penal. VII Edición. Lima: Editorial SESATOR.

Gascón, M. (2005) ¿Libertad de Prueba? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Madrid: Jueces para la Democracia, N° 52.

Gimeno, V. (2011) Manual de Derecho Procesal Penal. 2da. Edición. España: COLEX. Editorial Constitución y Leyes.

Gómez, J. y Quijano, J. (1997) Pruebas Ilícitas. Lima: Ius et Veritas, N° 14, Año VIII. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

González – Cuellar Serrano, N. (1990) Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex.

López, J. (1989) Las escuchas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid. Edit. Akal.

- Machuca, C. (2008) La oralidad y su aplicación en el proceso penal peruano, algunas consideraciones. Juicio Oral-Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004. Lima: Gaceta Jurídica.
- Miranda, M. (2004) El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, 2º edición, Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Miranda, M. (2010) La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. España: Revista Catalana de Seguridad Pública.
- Miranda, M. (1997) La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal. Editorial BOSCH- Barcelona.
- Mixan, F. (1992) Derecho Procesal Penal. Teoría de la Prueba. Trujillo: Ediciones BLG.
- Mixan, F. (1990) La prueba en el Procedimiento Penal. Lima: Ediciones Juristas.
- Montón, A. (1977) Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso. España. Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.
- Morales, G. (2010) ¿Sana crítica, o, apreciación técnica científica? Bogotá-Colombia. Grupo Editorial Ibáñez
- Oré, A. (1996) Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Alternativas.
- Pellegrini, A. (2000) Pruebas ilícitas. Lima: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 1.
- Peña, A. (2011) Manual de Derecho Procesal Penal. Con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal. 3º edición. Lima: Editorial San Marcos.

- Picó, J. (1996) El derecho a la prueba en el proceso civil, Barcelona. España. Ed. José Ma. Bosch.
- Quiroga, J. (1989) Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: AKAL.
- Reyna, L. (2006) El proceso penal aplicado. Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición.
- Rosas, J. (2010) Derecho Procesal Penal – con aplicación al Nuevo Código Procesal Penal, sujetos y partes procesales. Lima: Jurista Editores.
- Salas, L. (2002) Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos. Madrid: Revista del Poder Judicial. N° 66.
- San Martín, C. (2005) Introducción general al estudio del Nuevo Código Procesal Penal, en el Nuevo Proceso Penal –Estudios fundamentales. Lima: Palestra.
- San Martín, C. (2003) Derecho Procesal Penal. Volumen I. Segunda Edición. Lima: Editora GRIJLEY.
- San Martín, C. (2002) Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penal. Lima: PUCP Proceso y Justicia N° 3.
- Sánchez, P. (2009) El nuevo proceso penal. Lima: Editorial Moreno.
- Sánchez, P. (2004) Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial IDEMSA.
- Serra, M. (2009) Estudios de Derecho Probatorio. Lima: Communitas.
- Silva, V. (1963) La prueba procesal, Tomo I, Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

Somocurcio, V. (2009) Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Sismógrafo del derecho de defensa?, Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 6.

Talavera, P. (2009) La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común. Lima: Editorial y gráfica EBRA.

Taruffo, M. (2002) La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.

Verapinto, O. (2010) La Tutela de Derechos del Imputado en el Nuevo Código Procesal Penal; Lima: Gaceta Penal& Procesal Penal, Tomo II.

Zarazo, L.(2010) La Sana crítica como sistema de valoración probatoria en materia penal. Bogotá Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.

Zavala, J. (2004) Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Guayaquil Ecuador. Editorial Edino.

Tesis

Araujo, F. (2015) Pruebas ilícitas afectan los derechos fundamentales en el Nuevo Proceso Penal. del Distrito Judicial de Huancavelica. Tesis. Huancavelica: Universidad Nacional de Huancavelica.

Cabrera, M. (2014) La exclusión de la prueba ilícita obtenida con infracción de garantías fundamentales de adolescentes en la primera audiencia del Juzgado de Garantía de Valdivia. Tesis. Chile: Universidad Austral de Chile.

Camacho, O. (2017) Hacia el debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus implicancias en el debido proceso penal. Tesis de maestría. Juliaca: Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.

Chavarry, E. (2011) La prueba ilícita penal en la administración de justicia en el Perú. Tesis doctoral. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.

López, F. (2018) La regla de exclusión de la prueba ilícita en España, estudio comparado con la actualidad mexicana. Tesis doctoral. España: Universidad de Girona.

Normas Y Otros

Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116.

Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116.

Acuerdo Plenario N° 04-2015/CJ-116.

Expediente N° 6712-2005-HC/TC.

Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N° 957. Lima. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2017

Tribunal Constitucional: Exp. N°2053-2003-HC/TC, sentencia del 15 de setiembre del 2003.

Anexos
Matriz de Consistencia

TÍTULO: La Prueba Ilícita en el Proceso Penal: ¿Su Exclusión a través de la tutela de derecho o rechazo en su admisión en la etapa intermedia?				
Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología	
<p>General</p> <p>¿Cuál es el procedimiento que se debe aplicar para la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, puede ser a través de la Tutela de Derecho o el rechazo en su admisión en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018?</p> <p>Problemas Específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo se viene aplicando la Tutela de Derechos para la exclusión de la prueba ilícita en los procesos penales en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018? • ¿Se está aplicando correctamente el rechazo en la admisión de la prueba ilícita en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018? 	<p>General</p> <p>Determinar el procedimiento que se debe aplicar para la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal, puede ser a través de la Tutela de Derecho o el rechazo en su admisión en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018.</p> <p>Objetivos Específicos</p> <p>1.1 Establecer cómo se viene aplicando la Tutela de Derechos para la exclusión de la prueba ilícita en los procesos penales en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018.</p> <p>1.2 Determinar si se está aplicando correctamente el rechazo en la admisión de la prueba ilícita en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018.</p>	<p>General</p> <p>El procedimiento para la exclusión de la prueba ilícita es factible que se pueda dar a través de la Tutela de Derechos en la etapa de investigación preparatoria y a través de la solicitud de su exclusión en la etapa intermedia que es el estadio procesal más oportuno en los procesos penales en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018.</p> <p>Hipótesis Específicas</p> <p>H1: La Tutela de Derechos para solicitar la exclusión de la prueba ilícita en la etapa de investigación preparatoria es un medio eficaz que debe ser utilizado por los operadores jurídicos en base a que los medios de prueba o actos de investigación cuestionados estén sirviendo de base para medidas cautelares o para sucesivos actos de investigación en los procesos penales en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018.</p> <p>H2: Se requiere la participación de los operadores jurídicos para mejorar el rechazo de la admisión de la prueba ilícita, solicitud de su exclusión que puede ser presentada tanto por el afectado como por el procesado, en la etapa intermedia en los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huancayo - 2018.</p>	<p>Tipo: Básica</p> <p>Nivel: Explicativa</p> <p>Método: Inductivo- Deductivo, Análisis-Síntesis, Histórico, Descriptivo</p> <p>Diseño: No Experimental Y Transversal</p> <p>V₁ = Prueba Ilícita V₂ = Exclusión Por Tutela De Derechos O En Etapa Intermedia</p> <p>Población: 930 casos.</p> <p>Muestra: 77 casos.</p> <p>Instrumentos: Cuestionario, Análisis Documental.</p>	