



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”**

ESCUELA DE POSTGRADO

**EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA Y EL
REQUERIMIENTO DE CONFIRMACIÓN DEL
ALLANAMIENTO EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA
DELICTIVA O PELIGRO INMINENTE DE SU
PERPETRACIÓN EN LOS JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA DE HUARAZ, 2012-2013**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

ROSA YSAURA CASTROMONTE RODRIGUEZ

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

Huaraz – Perú

2017

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor José Antonio Becerra Ruíz

Presidente

Magíster Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario

Doctor Elmer Robles Blácido

Vocal

ASESOR

Doctor Elmer Robles Blácido

AGRADECIMIENTO

El agradecimiento más profundo y sentido va para mi familia, que siempre me ha dado su apoyo incondicional y a quienes debo este triunfo profesional, por todo su trabajo y dedicación para darme una formación académica y sobre todo humanista y espiritual. De ellos es este triunfo y para ellos es todo mi agradecimiento.

A todos mis amigos, amigas y todas aquellas personas que han sido importantes para mí durante todo este tiempo; a todos mis maestros que aportaron a mi formación, para quienes me enseñaron más que el saber científico, a quienes me enseñaron a ser lo que no se aprende en salón de clase y a compartir el conocimiento con los demás.

Rosa Ysaura

Con mucho cariño dedico
mi tesis a mi esposo y mis hijas
Xiomara, Yasmin y Ximena,
quienes me brindaron su apoyo
incondicional, brindarme con su
ejemplo a ser perseverante.

A mis padres que acompañaron
a lo largo del camino,
brindándome amor y la fuerza
necesaria para continuar, así
mismo ayudándome en lo que
fuera posible, dándome
consejos y orientación.

ÍNDICE

	Página
Resumen	viii
Abstract	ix
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Objetivos	3
1.2. Hipótesis	3
1.3. Variables	4
II. MARCO TEÓRICO	6
2.1. Antecedentes	6
2.2. Bases teóricas	8
2.3. Definición de términos	106
III. METODOLOGÍA	111
3.1. Tipo y diseño de investigación	111
3.2. Métodos de investigación	112
3.3. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	118
3.2.1. Población	118
3.2.2. Muestra	119
3.4. Estrategias o procedimiento de recogida, análisis e interpretación de información	119
3.5. Técnicas e Instrumento(s) de recolección de la información	121
3.6. Análisis estadístico de la información	123
IV. RESULTADOS	124
V. DISCUSIÓN	146
VI. CONCLUSIONES	157
VII. RECOMENDACIONES	160
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	163
ANEXOS	

RESUMEN

El propósito fundamental del presente trabajo de investigación fue analizar y describir de qué manera se relaciona el Principio de Legitimidad de la Prueba con la Confirmación Judicial de las diligencias de allanamiento que solicita el Fiscal en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, en los procesos llevados en los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013. Investigación jurídica Mixta: Dogmática- Empírica, en su dimensión dogmática de enfoque cualicuantitativo, la muestra estuvo conformado por: 03 corporativas Fiscales y 50 expedientes judiciales de la Provincia de Huaraz.

Los instrumentos que se utilizó para la recolección de la información fueron: Fichas literales, de resumen, de análisis y el cuestionario para conocer la apreciación de los jueces y abogados respecto al tema investigado. Los datos obtenidos fueron ordenados, clasificados, interpretados y representados de acuerdo al sistema estadístico descriptivo. Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática e integral del problema de estudio. Para la validación de las hipótesis, se usó la técnica de la argumentación jurídica. Concluyendo que la medida restrictiva de allanamiento en los casos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración el fiscal debe en el plazo de 24 horas solicitar la confirmatoria judicial al juez de la investigación preparatoria a fin de que examine cuidadosamente que no se haya vulnerado ningún aspecto garantista del debido proceso y así ser confirmada si fuera el caso, y de esa manera se incorpore legítimamente al proceso.

Palabras claves: Allanamiento, Derechos fundamentales, flagrancia delictiva, peligro inminente. Principio de Legitimidad de la Prueba.

ABSTRACT

The purpose fundamental of the present work of research was analyze and describe of what way is relates the principle of legitimacy of the test with the confirmation Judicial of them proceedings of RAID that requested the Fiscal in them cases of flagrante delicto criminal or danger imminent of its perpetration, in them processes carried in them judged of research preparatory of Huaraz , 2012-2013. Research legal mixed: dogmatic-empirical, in its dimension dogmatic of approach cualicuantitativo, it shows was formed by: 03 corporate tax and 50 records judicial of the province of Huaraz.

Them instruments that is used for the collection of the information were: chips literal, of overview, of analysis and the questionnaire for know it appreciation of them judges and lawyers concerning the topic investigated. Obtained data were sorted, classified, interpreted and represented according to the descriptive statistical system. For the study of the regulations was held through the hermeneutic, and Exegetical methods for a systematic and comprehensive view of the problem of study. For the validation of the hypothesis, the legal argumentation technique was used. Concluding that it measure restrictive of RAID in them cases of flagrant crime or danger imminent of its perpetration the fiscal must in the term of 24 hours request it confirmatory judicial to the judge of the research preparatory to examine carefully that not is has violated any aspect guarantees of the due process and so be confirmed if outside the case , and thus be legitimately incorporated into the process..

Key words: RAID, fundamental rights, criminal act, principle of legitimacy of the test, imminent danger, test.

I. INTRODUCCION

El Código Procesal Penal vigente, aprobado a través del Decreto Legislativo N° 957, del 29 de julio de 2004, asume el Modelo penal Garantista, Acusatorio con rasgos adversariales y establece en su Título Preliminar los principios rectores que rigen este nuevo Sistema Procesal Penal, en ese sentido recoge en su artículo VIII del Título Preliminar **el Principio de Legitimidad de la Prueba**¹ que señala que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

En esa incorporación es necesario diferenciar entre obtención de la prueba (fuente) e incorporación de la prueba, puesto que la primera se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho fundamental del imputado² y la segunda, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal en la incorporación de los medios de prueba, y no de su obtención.³ Existiendo la diferencia entre la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) lo que la doctrina y la jurisprudencia la denomina la prueba prohibida, de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal) que se denomina la prueba irregular.⁴

¹ “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. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.”

² Cuando se viola en la obtención de los medios de prueba el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, entre otros.

³ Ejemplo: Cuando se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación, a la defensa del abogado defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

⁴ Cubas Villanueva, Víctor, Doig Diaz, Yolanda, Quispe Farfán, Fany Soledad. (2005). El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Ed. Palestra. Lima-Perú. págs.78-79

Mediante Ley 29574 se dispuso el adelantamiento de la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (NCP) para los delitos contra la administración pública delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones; aplicable para los delitos de colusión y peculado entre otros; además de las personas que intervienen como partícipes en los mismos hechos.

En el Distrito Judicial de Ancash esta norma empezó a regir desde el primero de junio del 2011, es decir, estamos casi a dos años de vigencia de dicha norma y los logros son casi invisibles, es así que en los Juzgados de Investigación preparatoria de Huaraz un número considerable de los procesos penales seguidos a funcionarios públicos por los delitos de colusión y peculado no logran pasar el filtro de la etapa intermedia, es así que las acusaciones fiscales luego de ser sometidas al control formal y sustancial en audiencia concluyen con la emisión de la resolución judicial (auto) de sobreseimiento de la causa. Las acusaciones fiscales por los resultados denotan un problema toda vez que si el fiscal decidió acusar es porque tenía base suficiente así como medios probatorios para que la causa pase a la siguiente etapa que sería el juicio oral, pero como ya se indicó esto no está sucediendo, por lo que amerita un estudio para determinar los factores que están determinando el sobreseimiento de la causa, pese a la existencia de un requerimiento acusatorio.

El presente trabajo de investigación comprende: la Introducción, el Marco Teórico, medios y materiales, resultados, Discusión de resultados; además de las conclusiones, recomendaciones y el anexo correspondiente.

La graduanda.

Los objetivos que nos planteamos en la investigación

Objetivo general:

Analizar y describir de qué manera se relaciona el Principio de Legitimidad de la Prueba con la Confirmación Judicial de las diligencias de allanamiento que solicita el Fiscal en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, en los procesos llevados en los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013

Objetivos específicos:

- Explicar cómo influyó la aplicación del Principio de Legitimidad de la Prueba para que el fiscal solicite la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración en los procesos llevados en los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013.
- Analizar la doctrina y jurisprudencia uniforme de nuestro país con respecto a la confirmatoria judicial, en las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración.

Las hipótesis que nos planteamos en nuestra investigación fueron:

Hipótesis general

Existe una relación significativa entre el principio de Legitimidad de la Prueba con la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento que solicita el

Fiscal en los casos de flagrancia delictiva o peligro en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración.

Hipótesis Específicas:

- La aplicación del principio de Legitimidad de la Prueba contribuye significativamente en la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración en los procesos llevados en los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013.
- La uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, respecto a la confirmatoria judicial, en las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, son disfuncionales debido a la falta de estudio dogmático de las medidas restrictivas de derecho y el procedimiento ya que el Código Procesal Penal es un instituto nuevo en el CPP de 2004.

Las variables de estudio comprendieron:

Variable Independiente (X):

El principio de Legitimidad de la Prueba y el requerimiento de confirmación del allanamiento

Variable Dependiente (Y):

Flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración.

Variables Interviniente (Z):

Z: Juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013.

Operacionalización de variables

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE (X) El principio de Legitimidad de la Prueba y el requerimiento de confirmación del allanamiento	Práctico	<ul style="list-style-type: none"> • Manifestaciones de Principio de Legitimidad de la Prueba. • Teorías del Principio de Legitimidad de la Prueba en el Perú
	Teórico	<ul style="list-style-type: none"> • Relación con el proceso penal.
VARIABLE DEPENDIENTE (Y) la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración	Teórico	<ul style="list-style-type: none"> • Doctrina
	Teórica	<ul style="list-style-type: none"> • Jurisprudencia
	Práctico	<ul style="list-style-type: none"> • Causas de sobreseimiento • Cantidad de acusaciones sobreseídas.
	Practica	<ul style="list-style-type: none"> • Justificación
	Teórico	<ul style="list-style-type: none"> • Mandato normativo.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Según la revisión bibliográfica realizada en la biblioteca de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” y en las bibliotecas de otras universidades de la localidad, no se han encontrado tesis registradas de acuerdo al presente diseño.

Respecto al tema materia de investigación, no encontramos mayores antecedentes de trabajos de investigación que hayan abordado la problemática a investigar, puesto que el código Procesal Penal de 2004 (con vigencia a partir del 01 de Junio del 2012 en el Distrito Judicial de Ancash), establece por primera vez las medidas restrictivas de derechos fundamentales orientadas a la búsqueda de pruebas, de forma sistematizada, por tanto el tema es reciente. Lo que existe es bibliografía relacionada con el tema materia de investigación como es el Principio de Legitimidad de la Prueba, y la búsqueda de la verdad, los límites que son los derechos fundamentales, doctrina relacionada al derecho a la inviolabilidad de domicilio y registros privados, así como también doctrina de delitos flagrante y accionar de la policía, pero no existe una investigación que aborde específicamente el tema materia de investigación, que tiene como propósito analizar el fundamento de la confirmatoria judicial en el nuevo sistema procesal penal y la influencia del Principio rector de la legitimidad de la prueba para solicitar la confirmación judicial en los casos excepcionales del derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio.

No obstante a partir de la aprobación del CPP de 2004 por el Dec.Leg. N° 957, con fecha 29 de Julio de 2004, diversos estudiosos comenzaron a escribir artículos relacionados con estas medidas previstas en el Título III de la Selección II del Nuevo Código Procesal Penal; así tenemos el Artículo publicado por el Dr. César E. San Martín Castro. *“La Búsqueda de Pruebas y la Restricción de Derechos”* En: Actualidad Jurídica Tomo 144- Noviembre 2005. Ed Gaceta Jurídica, pp. 249-259, que realiza un análisis de los principios limitantes (intervención indiciaria y proporcionalidad) de las actuaciones estatales que, encaminadas a la persecución del delito y a la búsqueda de pruebas, restringen derechos fundamentales de las personas (el derecho a la intimidad e integridad personal), como es en el caso de registro e intervenciones corporales.

También tenemos el Artículo publicado por el Dr. Alonso Raúl Pena Cabrera Freyre. *“La Búsqueda de Pruebas y la Restricción de Derechos en el Código Procesal Penal”* En: Actualidad Jurídica. Tomo 145-Diciembre 2005. Ed. Gaceta Jurídica. Pp. 103 -109 en la cual el autor analiza cómo es frecuente que el fiscal o la policía se vean precisados a restringir derechos fundamentales de las personas investigadas, y estudia las condiciones en las cuales estas intervenciones pueden calificarse como legítimas, con especial énfasis en el respeto a principios como el de legalidad procesal, de legitimidad sustancial, de proporcionalidad, de necesidad y de mínima afectación. El artículo publicado por el Dr. Herve Michell Aquino Espinoza. *“Las intervenciones corporales en el Nuevo Código Procesal Penal”*. En Actualidad Jurídica. Tomo 155- Octubre 2006. Ed. Gaceta Jurídica. Pp. 131-137. En este artículo el autor estudia los presupuestos legitimantes y requisitos para efectuar intervenciones corporales en el marco de la investigación

de un delito, medidas restrictivas del derecho a la integridad personal que deben estar establecidas en la ley y ser ordenadas conforme al principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y subsidiaridad).

Respecto al tema a investigar relacionado a explicar cómo el principio de Legitimidad de la Prueba que condiciona al fiscal a solicitar la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración, habiendo hecho la búsqueda en las diferentes bibliotecas de derecho de esta localidad no se ha encontrado antecedente alguno de trabajos de investigación que hayan tratado esta temática.

En conclusión, los artículos escritos relacionados al tema investigado y el análisis se centran en las medidas restrictivas de intervención corporal más no en la medida restrictiva del allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración, casos en los cuales queda excluido el requisito de jurisdiccionalidad de la medida no requiriéndose orden judicial previa para allanar un inmueble y como de conformidad con el principio de legitimidad de la Prueba el fiscal debería solicitar confirmación judicial de esta medida restrictiva del derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio.

2.2. Bases teóricas

2.2.1.1. Preceptos generales de la prueba

1. Presunción de inocencia e in dubio pro reo

La garantía constitucional de la presunción de inocencia, reconocida en el ordinal “e” del inciso ,24) del art. 2 de la Constitución, debe ser

respetada durante todo el proceso. Por ello el trato de inocencia es un punto trascendente de la reforma, aun cuando la persona sufra detención, su condena se encuentre en apelación, incluso si se advierte que la condena confirmada está indebidamente motivada. El mandato del art. II. 2 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, es bastante categórico: “Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”. Inclusión normativa necesaria en estados como el nuestro donde se trata muchas veces a ciudadanos como criminales incluso antes de haberse denunciado el supuesto delito a las autoridades.

La presunción de inocencia se mantendrá mientras no se demuestre lo contrario, ya que si existe duda en el órgano jurisdiccional deberá absolverse. Al decir de Carnelutti, se “impone al juez que resuelva la duda acerca de un hecho determinado, en sentido desfavorable a la parte que tiene interés en afirmarlo”⁵. La regla del in dubio pro reo exige que el magistrado resuelva en contra del Ministerio Público⁶.

2. El deber de objetividad fiscal y la carga de la prueba

El Titular de la acción penal es el Ministerio Público (inc. 4 del art. 159 de la Constitución), sin embargo este encargo debe ser llevado de manera objetiva, indagando los hechos constitutivos del delito y los

⁵ Carnelutti, Francesco, Estudios de derecho procesal, Vol. II, Buenos Aires, Eed. Ejea, 1959, pág. 108

⁶ Cafferata Nores, José, Temas de Derecho Procesal Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988, pág. 9,

que acrediten la inocencia del imputado (art. IV.2 del T.P.⁷), sólo así será un verdadero defensor de la legalidad y de la sociedad.

En el Perú, no ha existido mayor debate con respecto al principio de imparcialidad en el Ministerio Público, y desde siempre la tarea del Ministerio Público en materia penal fue persecutor implacable, incluso con material probatorio que no tiene calidad indiciaria, por ello el profesor y Fiscal Supremo Pablo Sánchez Velarde, admitió que el respeto al principio de legalidad, imparcialidad, y proporcionalidad serían un factor importante de la reforma del proceso penal⁸ y en especial del Ministerio Público.

El deber de la carga probatoria fiscal, ya no debe ser nunca más selectiva, su papel de defensor de la sociedad, implica una tarea de inclusión en su trabajo de recabar las pruebas de la inocencia del imputado.

Por otro lado, de existir una carga probatoria insuficiente de responsabilidad, debe acarrear consecuencias desfavorables para el Ministerio Público^{9 10 11} pues debe perder el proceso¹² a favor de la absolución del imputado¹³.

⁷ En adelante los artículos que se mencionen entendidos pertenecientes al Nuevo Código Procesal Penal, salvo expresión distinta.

⁸ Sánchez Velarde, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal, Importaciones y Distribuidora Editorial Moreno S.A. IDEMSA, Lima, Perú, 1994, pág. 70.

⁹ Devis Eechandía, Compendio de pruebas judiciales, T. I, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 1984, pág. 225.

¹⁰ La carga según Couture es el “imperativo del propio interés de aquél que se halla gravado con la misma”, en Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, 3º ed., póstuma, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988, pág. 242

La doctrina jurisprudencial ha expresado que la absolución es categórica si se advierte insuficiencia probatoria de cargo (inexistente¹⁴, incapaz e inocua¹⁵ para destruir la presunción de inocencia) o indubio pro reo¹⁶ (duda razonable, insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia¹⁷).

3. Ineficacia de la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona

-
- ¹¹ Expresando Michelli, que “la carga agota su función en la determinación psicológica al obrar, en Micheli, Curso de Derecho procesal civil, Vol. I, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1970, págs. 270 – 271.
- ¹² Rosemberg, Leo, La carga de la prueba, Buenos Aires, Eed. EJEJA, 1956, pág. 15.
- ¹³ Ya lo dijo el comité de Derechos Humanos, en su Comentario General 13 sobre el art. 14 del Pacto Internacional, al sostener que “en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, ver en Comentario General 13, párr. 7; en Daniel O’Donnell, Protección Internacional de los Derechos Humanos, Auspiciado por la Fundación Friedrich Naumann, IIDH, Comisión Andina de Juristas, 2º edic., 1989, pág. 170.
- ¹⁴ Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 10/07/1998. (Expediente N° 8519 – 97 Lima) en Diálogo con la Jurisprudencia; Año 8; Número 50; Noviembre 2000; pág. 243-244. Sin embargo es criticable esta jurisprudencia por que identifica inexistencia de prueba de cargo, con in dubio pro reo, lo que es errado ya que todo indubio se sustenta en la falta de suficiencia probatoria, pero no toda insuficiencia genera duda, como en el presente caso que no existe prueba de cargo, el mismo que no puede generar duda al juzgador. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 29/03/2000.
- ¹⁵ Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 30/09/1999. (R.N. N° 2506-99 Lima), en Diálogo con la Jurisprudencia; Año 9; Número 60; Setiembre 2003; págs. 301-302.
- ¹⁶ Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 17/06/1999, (R.N. N° 959-99 Arequipa) en Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia penal 3; Ed. Grijley; 2002; Lima, Perú; pág.547-549. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 05/07/1999. (Ex pág. R.N. N° 1415–99 Callao) en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 2; Ed. Grijley; Lima, Perú; 2001; pág. 701-703. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 15/11/1999. (R.N. N° 3443-99 Lima) Jurisprudencia penal: Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001; Jurista Editores; Lima- Perú; 2002; pág.345. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 07/10/1999, (Expág. 2547-99) en Diálogo con la Jurisprudencia; Año 9; Número 57; Julio 2003; págs. 276-277.
- ¹⁷ Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 08/06/1999, (Expág. R.N. N° 1398–99 Lima en Jurisprudencia Penal: Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997 –2001; Jurista Editores; Lima, Perú; 2002; pág. 353-355. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 11/03/1998, (Expediente R.N. N° 6182 – 97 Huánuco) en Rojas Vargas, Fidel; Jurisprudencia Procesal Penal; Ed. Gaceta Jurídica; Lima, Perú; 1999; pág. 367-368 Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 16/01/1998. (Expediente N° 035–97) en Rojas Vargas, Fidel; Jurisprudencia Procesal Penal; Ed. Gaceta Jurídica; Lima, Perú; 1999; pág.. 371-372 Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 22/12/1997 (Ex pág. R.N. N° 18–97 Lima) en Rojas Vargas, Fidel; Jurisprudencia Procesal Penal; Ed. Gaceta Jurídica; Lima, Perú; 1999; págs. 373-375.

Tanto en el art. VIII del T.P., como el art. 159 del mismo, se abordan el tema de prueba ilícita. De obtenerse o incorporarse pruebas sin respeto a un debido proceso, estas no deberán ser utilizadas ni valoradas por el juzgador. En el mismo sentido carecen de efecto legal las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. No pudiendo ser utilizadas por el Juez ni directa ni indirectamente.

El contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es un concepto nuevo en nuestra legislación procesal penal, sin embargo de primera importancia para una lectura constitucional del mismo. El contenido esencial es el núcleo duro de los derechos fundamentales, que limita su disponibilidad frente a otros derechos fundamentales dependiendo del caso concreto, teniendo como referencia a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Abad Yupanqui nos dice que: “El contenido esencial de un derecho fundamental es un “concepto jurídico indeterminado”, cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general, sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental”¹⁸. Para permitir el adecuado funcionamiento de la sociedad las limitaciones del contenido esencial, expresa Pietro Sanchiz, no solamente se debe hacer determinar de los derechos fundamentales, sino también de otros bienes constitucionales

¹⁸ Abad Yupanqui, Samuel. “límites respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar” Ed. Thémis21, segunda época, TII, Lima- Perú. 1992. pág. 10.

amparados por la constitución¹⁹, por lo tanto para la delimitación del contenido esencial se debe valorar sistemáticamente la constitución, conforme afirma Peter Häberle: “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hacer en su esencia, referencia todo derecho fundamental”²⁰.

Para la interpretación del contenido esencial tenemos dos concepciones la teoría relativa y la teoría absoluta la primera a) teoría relativa concibe el contenido esencial de un derecho sería aquella parte de un derecho que todavía queda en pie., una vez que ha operado una limitación justificada o legítima”. Se podría conducir a un sacrificio completo del derecho si la protección de un bien constitucional, así o recomendará. Por otra la tenemos al segunda teoría b) La teoría absoluta predica la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociado o debate. La teoría pone un límite del derecho fundamental del caso concreto analizado que no se puede exceder más de la disposición mínima que sería el núcleo duro, posición que también es tomada por Prieto Sanchos, quien afirma: “que solo la teoría absoluta ofrece las bases, para una interpretación satisfactoria de los contenidos esenciales como garantía autónoma del derecho (...) toda

¹⁹ Prieto Sanchiz, Luis: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades” En pensamiento constitucional, PUCP, Fondo Editorial, 2002, Año VIII, N° 8, pág. 86.

²⁰ Häberle, Peter: “La libertad fundamental en el Estado constitucional” Ed. PUCP, Lima 1997. pág 109.

limitación de un derecho fundamental justificado y además respeta su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuenta a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo esencial de un derecho”²¹.

En el límite de los derechos fundamentales también la ley puede determinar el contenido esencial. El profesor Landa enseña que la ley se presenta como la función legislativa de promoción y la realización de la dignidad instituida; esto permite asumir un concepto de ley que también pueda conformar y determinar el contenido esencial de la dignidad, cuando la constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando del contenido institucional de la dignidad²². Esto se aprecia cuando el artículo 2, parágrafo 20 literal 20 dispone que no está permitido forma alguna de restricción de libertad personal, salvo los casos previstos por la ley²³.

De tal manera que cuando en la obtención de fuentes y medios de prueba se han violado – directa o indirectamente - el contenido esencial, la prueba es ineficaz. Y no podrá ser utilizado por el Juez, ni directa ni indirectamente (art. 159).

²¹ Prieto Sanchiz, Luís, op.cit cit., pág. 71.

²² Landa Arroyo, César “Constitución y fuentes del derecho” Ed Palestra, Lima – 2006. Pág. 33-34. También Abad Yupanqui, Samuel B., op. cit., pág. 11

²³ De la misma manera, en el artículo 2 parágrafos 20 literal i, tratándose del derecho a no ser incomunicado, solo puede ser privarse a una persona del mismo en caso de ser indispensable para el esclarecimiento de un delito y la forma y tiempo previsto por la ley. La ley también contribuye a delimitar el contenido de un derecho esto se deduce del artículo 2,18 a obtener una respuesta dentro del plazo fijado por ley, y permite que el particular que luego de transcurrida el plazo presuma denegada su petición. Es decir, en estos casos el legislador, al determinar el referido plazo, interviene completamente el contenido esencial de un derecho fundamental.

Bastarán algunos ejemplos para comprender mejor la clasificación de directa o indirecta de la prueba ilícita. Se habla de prueba ilícita directa cuando la confesión ha sido obtenida bajo tortura o coacción y se llama indirecta o fruto del árbol envenenado, en los casos en que la droga localizada en la maleta de una persona durante el registro de aduana, cuando el conocimiento de que en dicha maleta se llevaba droga se ha obtenido como consecuencia de una interceptación telefónica practicada sin autorización judicial.

La etapa investigadora encargada al Ministerio Público, ha sido diseñada para la búsqueda de la verdad material, de entrada se debe comprender que está ya no se entiende como fin absoluto sino antes bien, es un ideal genérico de alcanzar, como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y coexiste con otras funciones del procedimiento - en especial: La Protección de la dignidad Individual y los Valores reconocidos a la Persona -, y que, retrocede frente a valores que, para el orden jurídico, resultan superiores en rango²⁴. Por ello Claus Roxin, manifiesta que no es

²⁴ Julio. B. J. Maier, "Derecho Procesal Penal". T.I. Fundamento. 2da. Edición. Editores Del Puerto S.R.L. 1996. Buenos Aires Argentina. pág. 869 y ss., Fabricio Guariglia, por su parte expresa que, desde hace ya tiempo, la reconstrucción de la verdad histórica o, simplemente, la búsqueda de la verdad, no es concebida como un valor absoluto dentro del procedimiento penal, sino que por el contrario, se erigen frente a ella determinadas barreras que el Estado no puede franquear. De este modo, existen ciertos hechos que sustraen a la investigación de los órganos del Estado, y que escapan a la valoración de los tribunales: ellos constituyen las llamadas prohibiciones probatorias. ("Las Prohibiciones Probatorias", en: "El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. (Análisis Crítico)", Prólogo de Julio B. J. Maier, Editores Del Puerto S.R.L. 1993. Buenos Aires, Argentina. pág.15 y ss.), César San Martín Castro, al hablarnos de la prueba ilegalmente obtenida, nos hace referencia a dos puntos importantes: La prohibición de practicar la prueba (por ejemplo: prohibición de temas probatorios como el secreto oficial; la prohibición de medios de prueba como el testimonio secreto o, como los facultativos; la prohibición de métodos probatorios como la coerción y la prohibición condicional de la prueba como el allanamiento domiciliario) y, la prohibición de utilizar la prueba (por ejemplo: cuando el acto de prueba es desfavorable para el titular de la garantía, la

un principio de la ordenanza Procesal Penal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio.

Sin embargo, no hay que perder de vista que tal como está normado en el art. VIII.2 del T.P., cualquier violación al derecho fundamental de la persona no hace que la prueba sea ilícita, esta afectación debe ser a su contenido esencial, de lo contrario la prueba tendrá utilidad y eficacia legal, siempre y cuando, claro, esta se haya obtenido e incorporado respetando el debido proceso, porque de ello depende su validez.

En doctrina jurisprudencial se han resaltado un buen número de teorías que se muestran como excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, tales como la teoría del descubrimiento inevitable, fuente independiente, buena fe, ámbito jurídico, charola de plata, tinte indeleble, supresión del nexo causal, entre otros. Todos con el fin de evitar que las pruebas ilícitas que demuestren la responsabilidad del imputado no puedan ser excluidas del proceso.

El art. VII. 3 del T.P., ha incorporado una excepción a la regla de exclusión, esto es de existir inobservancia a una garantía constitucional en la búsqueda de pruebas por un particular si esta es a su favor, la garantía no puede aplicarse en su perjuicio, por cuanto la garantía se ha creado a su favor no en su contra, más aun cuando no existe nulidad por la nulidad misma.

autoridad judicial debe declarar su ineficacia procesal, más aun, cuando esta viole derechos fundamentales).

De tal manera que nuestra legislación, de buena manera ha delimitado de entrada cuales son los casos donde no se permiten excepciones a esta exclusión, esto es, cuando la prueba se haya obtenido con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

i. Principios de la Prueba Penal

ii. El Principio de legitimidad de la prueba

1. Aspectos Generales

El Código Procesal Penal Peruano (CPP), aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, del 29 de julio de 2004, asume el Modelo Garantista, Acusatorio con rasgos adversariales y establece en su Título Preliminar los principios rectores que guían este nuevo Sistema Procesal Penal, en ese sentido recoge en su artículo VIII del Título Preliminar, el Principio de Legitimidad de la Prueba²⁵ que señala que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

Desde esa perspectiva es necesario distinguir entre *obtención* de la prueba (fuente) e *incorporación* de la prueba, puesto que la **primera** se da cuando se afecta una norma de orden constitucional por la afectación de un derecho

²⁵ “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. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.”

fundamental del imputado²⁶ y la **segunda**, se produce cuando se viola una norma de carácter procesal en la incorporación de los medios de prueba, y no de su obtención.²⁷ Existiendo la diferencia entre la ilicitud en la obtención de la prueba (con violación constitucional) lo que la doctrina y la jurisprudencia la denomina la prueba prohibida, de la ilicitud en la incorporación de la prueba (con violación de formalidad procesal) que se denomina la prueba irregular.²⁸

Por tanto de conformidad con este principio será prueba prohibida, todo medio de prueba que ha sido obtenida trasgrediendo derechos fundamentales, no pudiendo ser valorada por el juez, ni utilizada para fundamentar una sentencia, tal como lo prescribe el Art. 159° del NCPP²⁹.

En esa asunción el Tribunal Constitucional ha expresado los efectos jurídicos que determinan la prueba ilícita, en concreto la prohibición de incorporar y valorar la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, lo que constituye la prevalencia del interés constitucional en la tutela de los derechos fundamentales del individuo sobre el interés estatal en la represión del crimen y una sentencia condenatoria no puede apoyarse de ninguna manera en dicha fuente de prueba. Ello es denominado por la doctrina, tanto nacional

²⁶ Ejemplo: Cuando se viola en la obtención de los medios de prueba el derecho a la integridad física, la libertad personal, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, entre otros.

²⁷ Ejemplo: Cuando se afecta el derecho a ser informado sobre la acusación, a la defensa del abogado defensor, al derecho a no declarar contra uno mismo, a no declararse culpable, a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional.

²⁸ Cubas Villanueva, Víctor., Doig Diaz, Yolanda., Quispe Farfán, Fany Soledad. “El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales”. Ed. Palestra. Lima-Perú., 2005, pags.78-79.

²⁹ Que a la letra dice: “El juez no podrá utilizar directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidas con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.”

como internacional, como la regla de exclusión.³⁰ En este sentido, Ana Calderón Sumarriva³¹ establece que la prueba prohibida puede ser directa (invalida por sí misma), o indirecta (invalida por derivación, aplicándose la teoría americana del “Árbol del fruto envenenado”); señalando a su vez que este principio también establece la excepción a la exclusión del material probatorio ilegítimo, que es posible de aplicar cuando la inobservancia de cualquier garantía constitucional establecida a favor del procesado no pueda hacerse valer en su perjuicio.

Es necesario tener en cuenta que la prueba prohibida tiene naturaleza constitucional, puesto que la Constitución de 1993 en sus Arts. 43° y 3°, asume las características básicas de un Estado Social y Democrático de Derecho³² y en esa asunción se compromete a proteger los derechos fundamentales de todas las personas que integran la sociedad peruana sin excepción, no obstante de haber sido denunciados con un delito; y el diseño del Derecho Procesal Penal, como instrumento necesario para hacer efectiva esa protección, debe tener como finalidad, la realización de un proceso garantista y eficaz, en donde si bien la búsqueda de la verdad representa el más alto nivel de justicia, el logro de dicho objetivo no puede llevarse a cabo en mengua de los derechos fundamentales, teniendo la búsqueda y obtención de medios de prueba realizarse según

³⁰ Valverde Luna, Vanessa Sofía. “El Fundamento constitucional de la prueba ilícita”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 137-Abril 2005. Ed. Gaceta Jurídica, págs. 129-130.

³¹ Sumarriva, Ana. “Análisis Integral del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era. ed. Ed. San Marcos. Lima-Perú, 2006, pág. 135.

³² Estado de derecho significa la auto-vinculación de los órganos públicos al principio de legalidad, y , por otro lado, el Estado Social de Derecho exige que esta actuación esté al servicio del ciudadano , pues el individuo es la piedra angular de todo el Sistema Jurídico Estatal y por tanto los derechos y libertades fundamentales consagradas constitucionalmente se configuran como un límite al poder punitivo del estado , son ni más ni menos los medios con que cuenta el hombre para asegurar sus derechos frente al Estado.

parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico constitucional y legal.³³ Como se sabe, el Estado busca la “verdad” de cómo aconteció el delito para de esta forma poder sancionar con justicia a quienes verdaderamente son los responsables, pero tal verdad no puede ser conseguida a cualquier precio, sino tiene que hacerse en base a ciertas reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, entre las principales “el respeto por los derechos fundamentales de la persona”; por tanto la verdad a la que está dirigida todo el proceso penal se le ha denominado verdad reglada conseguida con respeto a los derechos fundamentales de la persona.³⁴

En efecto la investigación (preparatoria y las diligencias preliminares) se instituye en una etapa fundamental que condiciona de cierta forma el éxito del proceso, pues es en ese nivel se obtienen y adquieren las fuentes de prueba, que han de servir al fiscal³⁵ para construir sólidamente la acusación, como fase previa al juzgamiento, de tal modo que si el fiscal no cuenta con los medios de prueba suficientes para sostener su acusación, el caso no podrá ser judicializado y, con ello, el debilitamiento de la tutela judicial efectiva será inminente, pues muchos delitos, realmente cometidos no serán debidamente sancionados debido a una mala investigación; constituyéndose la investigación preparatoria en la piedra

³³ Caro Coria, Dino Carlos. “Las garantías Constitucionales del Proceso Penal” Biblioteca Jurídica Dike. Medellín, 2006, pag.1.

³⁴ Asencio Mellado, José María. “La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal”. Fondo editorial INPECCPÁG. Lima – Perú, 2008, págs. 4-5.

³⁵ El inciso 4 del artículo 159º de la Constitución Política del Perú, concordado con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, además del artículo 60 del Código Procesal Penal vigente en nuestra ciudad, en relación a las funciones del Ministerio Público, indica que es el titular del ejercicio de la acción penal, conduciendo desde el inicio la investigación del delito, debiendo realizar una serie de diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos denunciados; siendo que en ocasiones para lograr tales fines resulta indispensable restringir algunos derechos fundamentales; pudiendo hacerlo con arreglo a ley y ejecutarla con las debidas garantías para el afectado, por cuanto una medida de este tipo debe realizarse con arreglo a los principios de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción para su concesión.

angular que determina la eficacia y eficiencia del sistema de persecución penal,³⁶ no debiendo realizarse de manera ilegítima porque si las diligencias de investigación se realizan violando garantías constitucionales carecen de validez jurídica (Principio de Legitimidad de la Prueba), y cuando esta irregularidad es trascendental para alcanzar el objeto del procedimiento, esta no puede hacerse valer en perjuicio del procesado, por lo que debe conducir a su absolución.³⁷

En suma, por el Principio de Legitimidad de la Prueba, la inobservancia de una garantía constitucional contamina al proceso de ilegitimidad, y afecta así al principio del debido proceso, como única forma válida de imponer una pena al imputado en el marco del Estado de Derecho.³⁸

Así, como el actual y vigente CPP establece dentro de sus principios rectores el Principio de Legitimidad de la Prueba, del mismo modo el Libro Segundo está dedicado a la llamada “Actividad Procesal” que regula con vocación integral., todo el ámbito de la prueba en la sección II; y uno de sus Títulos, concretamente el III, está dedicado a “ La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos Fundamentales”, es decir en qué casos la búsqueda de pruebas admite restricción de derechos fundamentales bajo ciertos parámetros, sin que eso constituya violación de derechos fundamentales. En principio, debe señalarse que por primera vez nuestro orden jurídico procesal penal ha recogido

³⁶ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. “La Búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal” En: Actualidad Jurídica. Tomo 145-Diciembre 2005.Ed. Gaceta Jurídica. Pág. 104.

³⁷ Martínez Rave, Gilberto. citado por Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era ed. Ed. Rodhas. Lima – Perú, 2006, 2006, pág. 126.

³⁸ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era ed. Ed. Rodhas. Lima – Perú, pág. 126.

normativamente las medidas restrictivas de derechos fundamentales orientadas a la búsqueda de pruebas, de forma sistematizada. El vetusto Código de Procedimientos Penales de 1940 no hacía alusión expresa sobre el tema. Como bien sabemos, la búsqueda de la verdad incesante es una finalidad esencial que debe orientar toda la actividad persecutoria del Estado, para lo cual tiene el deber de ejecutar las diligencias que sean posibles, a efectos de encontrar las pruebas que puedan reconstruir la comisión del hecho punible y, de esta forma, concretar la pretensión punitiva estatal sobre el imputado declarado judicialmente culpable. Sin embargo, esta actividad persecutoria estatal, o dígase concretamente, la actividad probatoria, supone muchas veces la afectación de derechos fundamentales; afectación que es “legítima” en cuanto se sostenga sobre un ideal de justicia material y sobre el interés social en la persecución del delito y del delincuente³⁹ y, en cuanto se respeten los principios informadores del Estado Social, como límites infranqueables a esta persecución penal, dado que los derechos fundamentales, que llena de contenido axiológico todo el Sistema Jurídico-Estatal, son bienes dignos de protección en un orden democrático de Derecho.⁴⁰

Por ello, se colige que en el procedimiento penal existen dos intereses en conflicto, por un lado el interés del estado en la eficacia en la persecución penal del delito y, por otro lado, el interés de la persona sujeta a investigación a fin de que sus derechos se respeten, por lo que ésta afectación se constituye en

³⁹ En efecto, el estado de derecho exige la actuación de las agencias de investigación, quienes someten al imputado a una persecución penal que tiene por objeto restablecer la vigencia fáctica del ordenamiento jurídico y la recuperabilidad de las garantías a una coexistencia pacífica de los miembros de la sociedad.

⁴⁰ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. “La Búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal” En: Actualidad Jurídica. Ob. cit. pág. 104.

verdaderas medidas de coerción estatal que responden a ciertos presupuestos como son la legalidad procesal, la jurisdiccionalidad, la proporcionalidad y la motivación de la medida restrictiva de derecho; en consecuencia, sin perjuicio de lo antes señalado, no siempre y anteladamente tienen prioridad los derechos individuales⁴¹. Una posición de jerarquía absoluta involucraría sostener que existe el derecho a no soportar ninguna diligencia, lo cual dejaría al poder público sin ninguna posibilidad de investigar.⁴² El Dr. Roberto Cáceres J, señala en su obra “El Código Procesal Comentado”, que toda medida tendiente a limitar los derechos fundamentales del ciudadano, en principio tiene que ser la excepción y no la regla. En este contexto la excepción, estará determinada por aquellos casos que se necesite restringir, lo que no implica vulnerar los derechos de las personas, a fin de esclarecer determinados hechos que conlleven al esclarecimiento del proceso, bajo este precepto toda diligencia con fines de investigación no debe afectar los derechos humanos garantizados por la constitución y la ley⁴³. La legitimidad de estos mecanismos afectativos de derechos fundamentales, están subordinadas a ciertos principios fundamentales (legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad, necesidad, urgencia, etc.) a fin de que no se desborde el contenido esencial de dichos derechos. Dicho de otro modo el interés social en la persecución del delito, así como la seguridad que debe proporcionar el proceso penal como mecanismo de pacificación social, implica que la utilización de estas

⁴¹ Los derechos fundamentales no son valores absolutos, esto es, en orden a tutelar otros intereses jurídicos primordiales, estos pueden ser limitados o restringidos, pero en proporción al contenido material que estos comprenden en su ámbito regulador, es decir sin transgredir su núcleo esencial del derecho fundamental, el que será analizado en cada caso concreto por el principio de proporcionalidad.

⁴² Quispe Farfán, Fanny Soledad. Curso de Capacitación sobre el Nuevo Modelo Procesal Penal” Modulo Cinco “La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos”, 2008, pág. 3.

⁴³ Cáceres J., Roberto. Iparraguirre N., Ronald. “Código Procesal Penal Comentado”. Jurista Editores. Lima-Perú. 2007, pág. 268.

medidas deben sujetarse al principio de “Mínima Intervención”, esto es, solo deben aplicarse estos mecanismos cuando no se puedan lograr los fines de la investigación criminal, con medidas menos gravosas y afectivas.⁴⁴

El Título III del Código Procesal Penal está dedicado expresamente a las Medidas Restrictivas de Derechos en la Búsqueda de Medios de Pruebas, referida a la labor que deben realizar la Policía Nacional, el Ministerio Público y el llamado juez de la investigación preparatoria para la investigación del delito, la que en su realización, eventualmente, presenta y presentará actuaciones que provocan cierto grado de restricción a los derechos fundamentales de las personas intervenidas. Dentro de este título el Nuevo Código Procesal Penal regula – en lo tocante a esta especie de medidas- el control de identidad y la video vigilancia (art.205 y ss.), las pesquisas (art.208 y ss.), la intervención corporal (art.211 y ss.), EL ALLANAMIENTO (art.214 y ss.), el control de comunicaciones y documentos privados (art.226 y ss.), el levantamiento del secreto bancario (art. 235 y ss.), y la clausura o vigilancia de locales e inmovilización (art.237 y ss.).

Con respecto a estas medidas el código prevé en sus arts. 202 al 204 los Preceptos Generales de la cual se puede desprender los presupuestos para restringir un derecho, que son los siguientes: 1. Legalidad Procesal (Art 202 del NCPP)⁴⁵, 2.- Jurisdiccionalidad.- 3. Proporcionalidad y motivación. Con respecto a esta última, podríamos decir que las medidas restrictivas de derechos fundamentales que disponga la autoridad judicial en búsqueda de la verdad deben

⁴⁴ Ruiz Badillo, E. citado por Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit. 2006, pág. 528.

⁴⁵ Este presupuesto señala que los medios de búsqueda de la verdad deben encontrarse previamente establecidos en la ley, así como su procedimiento.

realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad. El Tribunal Supremo español lo definió como “eje definidor de lo permisible, porque es preciso guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede sufrir la dignidad de la persona”. La proporcionalidad comprende tres conceptos:

- La adecuación del medio escogido para lograr el fin u objetivo perseguido o juicio de idoneidad.
- La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin o juicio de necesidad.
- La proporcionalidad en sentido estricto conocida como la ponderación, se refiere a que la medida solicitada sea dada por la mayor importancia que tiene en un caso el interés estatal en la persecución, ya sea por la importancia de la causa, el grado de imputación, la consecuencia jurídica o sea denegada por la mayor importancia del interés ciudadano de mantener su libertad y el disfrute de sus derechos.

Tener en cuenta este test de proporcionalidad es importante, porque nuestro modelo procesal impone que los pedidos del Fiscal sean motivados y debidamente sustentados. Se exige, además, que ante la posibilidad de las restricciones de derechos fundamentales, existan suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito o “Fumus comissi delicti”, las mismas que deberán fundamentarse expresando las razones del pedido.⁴⁶

⁴⁶ Quispe Farfán, Fany Soledad. Curso de Capacitación sobre el Nuevo Modelo Procesal Penal” Modulo Cinco “La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos”, 2008, págs. 3-4.

Es menester, puntualizar que el presupuesto de la jurisdiccionalidad de la medida restrictiva de derechos, surge debido a que como ya explicamos existe un conflicto entre el interés estatal en la persecución del delito y los derechos de las personas sujetas a indagación, siendo una constante contradicción que requiere un punto de equilibrio, que sólo puede darse a través de la función jurisdiccional. Esta función judicial se activa con el requerimiento fiscal. Será pues el Juez de la Investigación Preparatoria el encargado de decidir la procedencia de las medidas de búsqueda de prueba en determinados casos con la aplicación del principio de proporcionalidad. Ahora, el actual Código Procesal Penal ha introducido una institución jurídica novedosa como es la CONFIRMACION JUDICIAL, instituida en el artículo 203 inciso 3 del CPP 2004⁴⁷, por medio de la cual cierto tipos de medidas restrictivas de derechos se les exceptúa el requisito previo de solicitar orden judicial pero esto sólo ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, con la condición que el Fiscal solicite inmediatamente de adoptada la medida la confirmación judicial, para de esta forma las pruebas así obtenidas, sean introducidas válidamente al proceso y se tenga la plena seguridad que en el juicio oral serán valoradas y no serán atacadas por la regla de exclusión que erige el Principio de Legitimidad de la prueba.

Como se aprecia del artículo en comentario se introduce una institución nueva como es la confirmación judicial, por ello resulta de vital importancia determinar la función o finalidad que desempeña esta nueva institución jurídica

⁴⁷ En los casos que no se requiere previa resolución judicial, el Código Procesal Penal en el Art. 203.3, permite a la Policía o al Ministerio Público, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restringir derechos fundamentales de las personas, por lo que corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial.

de la confirmación judicial, pues se podría pensar que es un mecanismo para legitimar medidas restrictivas, en supuestos en los que se requería resolución autoritativa previa y se adoptó la medida sin tal autorización, o dicho de otro modo, para obtener la resolución judicial que necesariamente se debió obtener previamente. Sin embargo, creemos que el dispositivo analizado dejaría en claro la existencia entre medidas sujetas a convalidación o confirmatoria, y medidas que solo pueden adoptarse previa autorización judicial, de tal forma que su finalidad no sería legitimar una actuación ilegal u obtener una resolución judicial ex post facto que no se obtuvo oportunamente, sino para convalidar actuaciones, en las que de modo general si es exigible dicha resolución judicial, y que por razones de urgencia o peligro por la demora admiten ejecutarse sin autorización judicial previa.

Una de las medidas restrictivas de derechos en la búsqueda de Medios de Pruebas señalada en el Título III del Código Procesal Penal, es el **allanamiento** (art.214 y ss.), que se encuentra regulada en los arts. 214° a 217° del CPP.

Del Art. 214 del CPP se desprende tal como lo señala el Dr. Pablo Sánchez Velarde que: “El allanamiento tiene por finalidad el ingreso de la policía a una casa o inmueble con la finalidad de capturar a la persona investigada o evadida, también para incautar bienes u objetos relacionados con el delito. Se requiere autorización judicial a pedido del fiscal, y con la observancia de determinados requisitos, salvo el caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración”⁴⁸

⁴⁸ Sánchez Velarde, Pablo. “Introducción al Nuevo Proceso Penal”. Ed. Idemsa. Lima - Perú. 225, 2005, pág. 103.

Cabe señalar que la eficacia de la persecución penal importa en esta oportunidad la restricción al bien jurídico fundamental de la inviolabilidad del domicilio regulado en la Constitución Política del Estado en su Art. 2° inc. 09.⁴⁹ Sin embargo, el derecho a la inviolabilidad de domicilio no es un derecho irrestricto y permite el ingreso al domicilio sin consentimiento de su titular, en los siguientes casos: Flagrancia delictiva, grave peligro de su perpetración y por autorización judicial.⁵⁰ Estas excepciones son las contempladas en nuestra Constitución Política del Perú en el Art.2.9, en el Art. 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Art. 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde refieren que la entrada a un domicilio solo puede darse sin orden judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia delictiva⁵¹ o es inminente la consumación de una conducta punible (grave peligro de perpetración de un delito⁵²).

En concordancia con la Constitución y las normas internacionales, el CPP de 2004, establece en su Art. 254° que fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración (...) el fiscal solicitará el allanamiento al juez de la investigación preparatoria, constituyendo estos casos excepciones a la jurisdiccionalidad de toda medida restrictiva de derechos.

⁴⁹ Art. 2 inc. 09 de la Constitución Política del Perú.- “Nadie puede ingresar en el domicilio ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro para su perpetración”.

⁵⁰ Casos de allanamiento legal.

⁵¹ Habrá flagrancia de delito cuando la realización del hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo(Art. 259.2 del NCPP).

⁵² El grave peligro de su perpetración es otro de las excepciones para ingresar a un domicilio sin autorización judicial, este peligro inminente es la percepción que tiene el común de las personas de que se va a cometer un delito, esto es que resulta razonable presumir que una persona ingreso o se encuentra en un lugar con la intención de delinquir.

No se debe perder de vista que los preceptos generales de todas las medidas restrictivas de derechos en su Art. 203 del NCPP faculta a la Policía Nacional del Perú y al Ministerio Público ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación restringir derechos fundamentales de las personas y solicitar inmediatamente la confirmación judicial, esto aplicado a la medida restrictiva de allanamiento podría significar que se podría allanar un domicilio ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y solicitar inmediatamente la confirmatoria judicial; pero, como mencionamos solo existen dos casos regulados constitucionalmente que permiten el ingreso a un domicilio sin el consentimiento del titular y sin orden judicial como son la flagrancia delictiva y el grave peligro de su perpetración, entonces donde se englobarían estos casos de urgencia o peligro por la demora? será lo mismo que hablar de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración?, porque teniendo en cuenta lo antedicho, respecto al allanamiento existen supuestos constitucionalmente regulados (caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración) excepciones al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio, en el cual el allanamiento es legal y legítimo y que según la interpretación de algunos fiscales del Distrito Judicial la Libertad, estos supuestos no son los mismos que plantea la norma del Art. 203° del CPP de 2004 (urgencia o peligro por la demora) por lo cual no requieren confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento, en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, porque que no lo establece en estos casos concretos la norma del Art. 214° del NCPP en lo que respecta a la solicitud y ámbito del allanamiento.

Entonces, de pensar que los casos de urgencia y peligro por la demora son diferentes a los casos de flagrancia delictiva y grave peligro de su perpetración, no se aplicaría el precepto general del art. 203° (confirmación judicial) al allanamiento en estos supuestos, puesto que esta medida restrictiva ya cuenta con supuestos excepcionales.

La falta de regulación legislativa dio lugar, que en la práctica, las solicitudes de confirmación judicial del allanamiento que se realizó sin orden judicial por flagrancia delictiva fuera un gran dilema, en la cual algunos fiscales lo soliciten y otros no lo hagan en virtud de lo expuesto en el párrafo anterior, y a su vez algunos jueces lo requieren y otros no lo requieran. Algunos eran de la opinión que no se debe solicitar confirmación judicial, puesta que al ser el allanamiento legítimo y al no establecerse en el actual C.P.P. la confirmatoria judicial de estos casos puntuales que constituyen la excepción de la Jurisdiccionalidad de la medida restrictiva del derecho⁵³ solamente se dejaría constancia en el acta de las razones por las cuales se intervino de conformidad con el Art. 214°.

Otro grupo sería de la opinión que si se solicite confirmación judicial pues asemejaría estos casos excepcionales a los casos de urgencia y peligro por la demora que regula el precepto general.

⁵³ Jurisdiccionalidad de la medida.- Fuera de los casos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en un recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.

Libremente de que se llegue a un acuerdo, creemos que se debe desentrañar cual es el fundamento o naturaleza jurídica de la confirmación judicial y realizar una interpretación sistemática de todo el sistema procesal en su conjunto y llegar a determinar jurídicamente si en estos casos excepcionales del ingreso a un domicilio se debe o no solicitar confirmación judicial y de no hacerlo cuales serían sus consecuencias y/o peligros. Para ello también es importante tener en cuenta que el accionar policial en las diligencias de allanamiento sin orden judicial, se cometen excesos, lesionando límites o garantías establecidas por ley y las pruebas así obtenidas no podrían ser valoradas en juicio por el principio fundamental del nuevo Sistema Procesal Penal como es el Principio de Legitimidad de la Prueba (regulado en el Art. VIII del Título Preliminar del CPP de 2004).

Por consiguiente es el juez de la investigación preparatoria⁵⁴ de conformidad con el Art. 155° del NCPP, el encargado de admitir o excluir los medios de prueba teniendo que determinar la legitimidad o ilegitimidad de la intervención policial, si ella se encuentra dentro de lo que se entiende por flagrancia delictiva o de peligro inminente de su perpetración, verificar que se haya cumplido con todas las garantías tanto en su obtención como en la incorporación de la prueba.

Nosotros creemos que si se debe solicitar confirmación judicial de los allanamientos por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración, no por el motivo que se asemejen a los casos de urgencia y peligro por la demora regulados

⁵⁴ Llamado también el Juez de Garantías.

en el art. 203 inc. 3 del C.P.P sino porque así lo condicionaría el Principio Fundamental de Legitimidad de la prueba y en aras al éxito de la persecución penal estatal, siendo a su vez muy importante desentrañar el fundamento que juega la confirmación judicial en este nuevo modelo de justicia penal acusatorio garantista adversarial.

Por lo indicado, con el fin de dar solución a la problemática expuesta se llegará a explicar cómo el Principio de legitimidad de la Prueba condiciona al fiscal a solicitar la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

2.2.3. Marco normativo y dogmático

Cuando nos referimos a principios hacemos referencia a las ideas base de determinados conjuntos de normas, ideas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella, su valor no es solo teórico; las repercusiones prácticas de los principios pueden manifestarse en diversos campos:

- 1.- Como elemento auxiliar de la interpretación;
- 2.- Como elemento integrador de la analogía, para los supuestos de laguna legal;
- 3.- Como marco teórico para las discusiones de lege ferenda.

Los principios rectores son aquellos que consagran la filosofía y la orientación que el procedimiento penal tiene en cada país. Por eso generalmente se encuentran en la Constitución Política, señalados en forma expresa o tácita⁵⁵, y

⁵⁵ Rave, citado por Rosas Yataco, Jorge. En “Derecho Procesal Penal.”. Ob. Cit, pág. 37.

en el presente caso el Principio de Legitimidad de la Prueba no obstante de tener base constitucional, ha sido incluido en el NCPP en su Título Preliminar como uno de los Principios Básicos que orientan todo el Sistema de Justicia Penal (Sistema Acusatorio Garantista con rasgos Adversariales). En efecto el Nuevo Código Procesal Penal prescribe en su Título Preliminar el Principio de Legitimidad de la Prueba que refiere lo siguiente:

“ARTÍCULO VIII. Legitimidad de la prueba.-

1. Todo medio de prueba será valorado sólo 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.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Como es sabido el Estado busca establecer un orden a través de su potestad sancionadora del delito (*ius imperium*); dicho orden está destinado a salvaguardar intereses de la colectividad y del suyo mismo. Pero dicho *ius imperium* tiene límites que el Estado contempla, los cuales son los derechos individuales de la persona, en tanto dignidad del ser humano se contemple. Dichos límites encuentran su mayor arraigo en el proceso penal, pues no sólo está en juego, por un lado el orden que el Estado debe hacer prevalecer dentro de la sociedad, sino

que por otro lado el respeto de la dignidad del ser humano, y por ende de los demás derechos fundamentales del individuo⁵⁶. En esa asunción, la necesidad de proteger los derechos fundamentales constituye un límite a la actividad de búsqueda de la verdad de parte de la administración de justicia y en especial del órgano persecutor del delito (Ministerio Público y su colaborador la Policía Nacional).

Por tanto, nuestro sistema de prohibición de prueba se encuentra dirigido a proteger derechos fundamentales, por lo que, en principio, existe el derecho del procesado que le permite excluir la prueba que vulnere estos derechos y que impide al juzgador valorarla, puesto que la reconstrucción de la verdad ya no es concebida como un valor absoluto dentro del proceso penal, sino que frente a ella, se erigen determinados barreras que el Estado no puede franquear, nos referimos a los derechos fundamentales y a las garantías procesales. Estos frenos se convierten en el límite a la actuación del Estado dentro del Proceso Penal. Cualquier actuación fuera de los límites impuestos se convierten en ilegales, y cualquier medio de prueba que se recabe en el proceso, violando dichos límites se convierte en prueba ilegítima o prueba prohibida. La verdad que trata de descubrir el proceso penal, no puede conseguirse a cualquier precio, sino sólo al precio legítimo de lo que es viable y hacedero, de acuerdo con los altos principios que gobiernan al Estado de Derecho⁵⁷ y en un proceso penal garantista.

⁵⁶ Hernández Rodríguez, Carlos Eduardo. “Prohibición de empleo de la prueba ilícitamente obtenida ¿Excepciones a la regla?”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 153-Agosto 2006. Ed. Gaceta Jurídica, pág. 138.

⁵⁷ Gálvez Villegas, Tomas Aladino, Rabanal Palacios, William, Castro Trigos, Hamilton. El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista editores, Ed. Julio 2010, pág. 69.

La constitución ha establecido que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, quien la emplea incurre en responsabilidad, en el artículo 2-24-h. A partir de ellos se debe entender que las pruebas dentro del proceso penal deben ser obtenidas en el marco de lo que establece la Constitución, las leyes y el respeto a los derechos fundamentales.

Este principio importante y de suma trascendencia, establece que tanto la policía como el Ministerio Público en su labor de investigación, no pueden obtener los medios probatorios mediante actos ilícitos, violando por tanto las garantías del debido proceso como señala el Art. 159 inc. 4 y 166 de la Constitución. Las pruebas así obtenidas, no pueden ser utilizadas en forma alguna dentro de un proceso, y deben ser consideradas como no realizadas. Lo resaltante es que este principio pone coto a cualquier abuso de derecho, por parte de la autoridad, para obtener material probatorio, que no sea respetando la integridad material de la persona, ya sea inutilizando la prueba ilícita, o la prueba prohibida, esta última llamada prohibiciones de valoración probatoria, en el derecho inglés como exclusionary rule (reglas de exclusión), suppression doctrine (doctrina de la supresión)⁵⁸.

Por nuestra parte consideramos que están prohibidos aquellos medios de prueba que van contra la dignidad o integridad de las personas, lo que constituye una ilegitimidad de fondo; pero si se ha obtenido fuera de los cauces o procedimientos preestablecidos, constituye una ilegitimidad de forma.

⁵⁸ Cáceres J., Roberto. Iparraguirre N., Ronald. “Código Procesal Penal Comentado”. Ob. Cit, 2007, pág. 59.

Así la mencionada autora nos refiere que este principio consagrado en el Nuevo Código Procesal Penal acoge la Teoría de la Ponderación de intereses, la cual plantea que no todo defecto, omisión o vulneración genera la invalidez de la prueba, sino aquella que afecta la norma constitucional. Conteniendo este artículo los siguientes aspectos:

- a) **Legitimidad de Forma:** Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado en el proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
- b) **Legitimidad de fondo:** Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Su inobservancia genera la denominada prueba prohibida que puede ser: Directa (Invalida por si misma) o Indirecta (Invalida por derivación). Se aplica la teoría americana del “árbol del fruto envenenado” o la teoría europea del “efecto reflejo”.
- c) **La excepción a la exclusión del material probatorio ilegítimo:** Es posible de aplicar cuando la inobservancia de cualquier garantía constitucional establecida a favor del procesado no pueda hacerse valer en su perjuicio.⁵⁹

De lo expuesto, el Principio de Legitimidad de la Prueba prescrito en el Nuevo Código Procesal Penal, como uno de los principios rectores del Sistema Penal Acusatorio Garantista, regula lo que la doctrina conoce como **la prueba prohibida** aquella prueba obtenida ilícitamente, es decir vulnerando los

⁵⁹ Calderón Sumarriva, Ana. Ob. cit. pág. 135

derechos fundamentales del imputado a fin de adquirir fuentes de conocimiento⁶⁰.

2.2.4. Derecho Fundamental de la Inviolabilidad de domicilio

2.2.4.1. Aspectos fundamentales:

El derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio está regulado en la Constitución Política del Perú en su artículo 2°, al señalar que toda persona tiene derecho a: Numeral 9.- "A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley".

Su reconocimiento en los tratados internacionales se verifica así:

Artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

Artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

⁶⁰ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. "Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal". Op. Cit. 2006, pág.117.

Artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "(...) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

De la regulación del Derecho a la inviolabilidad de domicilio, como derecho fundamental de la persona, nos damos cuenta que el proceso penal fundado en ideas garantizadoras no solo se preocupa por proteger a la persona directamente de la posible arbitrariedad en la aplicación del poder penal estatal, sino también procura proteger aquellos ámbitos directamente ligados a la intimidad⁶¹ como es su domicilio o esfera privada.

2.2.4.2. Concepto

Es el derecho que tiene toda persona de no ser perturbada en su tranquilidad dentro de su hogar, de vivir con toda libertad dentro de determinado espacio físico, en el cual lleva a cabo gran parte de su experiencia personal y en donde además satisface sus necesidades, con la seguridad que nadie pueda ingresar en el sin su consentimiento, haciéndose extensivo a la facultad que se tiene de no permitir que se permanezca dentro de ella, cuando el propietario así lo disponga.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto al derecho a la inviolabilidad de domicilio, precisando que en una acepción específica encarna el espacio físico que la persona elige para domiciliar, quedando facultada para poder excluir a otros de dicho ámbito

⁶¹ Moreno Catena, Víctor. La Garantía de los derechos Fundamentales de la Investigación Penal. Revista Poder Judicial y Justicia Penal. N° 2, Madrid – España, 1987, pág. 15.

impidiendo la entrada en él; y, en una acepción más amplia, la inviolabilidad de domicilio encuentra su asentamiento preferente, no exclusivo, en la vida privada de las personas, de modo que no se refiere a la protección de la propiedad, posesión u otros derechos reales, sino a la necesidad de preservar el carácter privado e íntimo de lo que en él hay de emanación de la persona⁶².

2.2.4.3. El domicilio como materia de protección del derecho fundamental

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el concepto de domicilio constitucional es decir aquel que protege el derecho fundamental de la inviolabilidad de domicilio, señalando que a través de este derecho fundamental no se protege cualquier espacio físico definido, respecto del cual el actor alegue su vulneración, sino aquel que sea compatible con la esfera de privacidad de la persona. En este sentido, no se puede considerar como domicilio a los espacios físicos destinados a fines incompatibles con la expresión de privacidad como lo son los lugares que por su naturaleza, actividad o función se encuentran expuestos al público, pues aun cuando incorporen cierta intimidad puede que no se manifieste la vida privada y familiar de la persona⁶³.

El Tribunal recuerda que el domicilio tiene un carácter subjetivo, en tanto la persona desarrolla su vida en una esfera de intimidad personal y familiar; y un carácter objetivo, toda vez que asegura diversos espacios de vida más allá del privado, es decir, más allá del lugar en el que el ser humano desarrolla su vida personal y familiar. (...) En atención al doble carácter del derecho, el Tribunal es

⁶² Fundamento N°4 de la STC Exp, N° 7455-2005-PHC/TC de fecha 09.07.2007.

⁶³ STC Expág. 003-2005-PI/TC

de la opinión que el concepto de “domicilio” no puede ser restringido al espacio físico donde los titulares del derecho constituyen su residencia habitual, en los términos del artículo 33° del Código Civil; antes bien, debe extenderse a todo lugar o espacio en el que la persona pueda desarrollar su vida privada y, por tanto, vedados al libre acceso de terceros.

Por lo que, el domicilio no es cualquier lugar sino solo aquel que es de amplia disponibilidad para la persona excluyendo aquellos lugares cuyo acceso y capacidad de disponibilidad no corresponde en último extremo al individuo⁶⁴.

En ese sentido podemos decir que el concepto de domicilio a los efectos de la diligencia de entrada y registro, no se limita al lugar donde el sujeto reside, pernocta, y en general realiza su vida doméstica, sino también comprende todo lugar de ámbito cerrado en el que la persona ejerce su libertad más íntima, donde desarrolla privadamente su actividad laboral como su oficina, despacho, bufet, también incluye a los lugares habitados temporalmente como por ejemplo un cuarto de hotel habitado por un huésped⁶⁵, o cualquier otro lugar cerrado (tiendas de campaña) siempre que se trate de lugares sobre los que los moradores sean competentes para excluir de ellos a terceras personas. De lo dicho podemos desprender las siguientes características de un domicilio, las cuales son:

- Uso de las habitaciones. Significa el lugar donde se pernocta, se cambia de ropa, se alimenta, etc. Nuestro Código Procesal Penal amplía el

⁶⁴ Mesías Ramírez, Carlos y Sosa Sacio, Juan Manuel. “Inviolabilidad de domicilio”. En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Lima.2005, pág. 133.

⁶⁵ El domicilio constitucional puede ser permanente o temporal, de esta manera ha sido recogido en el Art.214.1 CPP, por lo que debe considerarse también domicilio, las habitaciones de hotel u otro similar que habiten los huéspedes.

concepto al incluir la casa de negocios como objeto de la medida. La casa rodante podría ser considerada entonces un domicilio, porque respondería a las características de habitación.

- Puede ser el domicilio permanente o temporal.
- Lugar cerrado. Esto significa los límites que una persona impone para dar privacidad a un espacio.

2.2.4.4. Finalidad o fundamento.-

La protección del domicilio tiene carácter instrumental, pues con ello se protege al ámbito donde la persona desarrolla su vida privada (familiar o socioeconómica), y por ello está orientada a proteger el derecho a la privacidad e intimidad personal y otros intereses relevantes. Siendo así, solo puede afectarse este derecho cuando necesidades indispensables y razonables lo justifiquen. Por ello cualquier afectación deberá de reunir los requisitos y garantías de ley⁶⁶.

El domicilio entendido en su sentido más amplio para proteger debidamente el ámbito de la intimidad, tiene su fundamento en el derecho a la intimidad personal y supone que la restricción es para cualquiera de estas tres acciones: Ingresar al domicilio de otro, efectuar investigaciones en él, y registrar su interior⁶⁷.

Si bien es cierto la finalidad ulterior del derecho a la inviolabilidad de domicilio es la protección a la intimidad personal o familiar, su objeto de

⁶⁶ Ramos Méndez, Francisco. El Proceso Penal. Lectura Constitucional, 3 ed, Barcelona, Bosh, 1993, pág. 225.

⁶⁷ Bernales Ballesteros, Enrique. la Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima. Edit Constitución y Sociedad, 1996, pág. 47.

protección original fue la libertad personal⁶⁸, motivo por el cual recibe protección por el proceso de habeas corpus cuando su afectación representa una amenaza a la libertad personal o esté vinculada a ella, conforme al último párrafo del Art. 25 del Código Procesal Constitucional.

2.2.4.5. Límites normativos:

Nuestra norma constitucional permite excepciones taxativamente dispuestas al derecho a la inviolabilidad de domicilio, con el fin de proteger otros intereses generales o colectivos; como son la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos; siendo por tanto un derecho relativo y limitado en el sentido que este puede ceder frente a supuestos determinados por la propia norma Constitucional como son el consentimiento del titular, resolución judicial y flagrancia delictiva o grave peligro de perpetración de delito⁶⁹. De tal forma, que es la propia constitución, en el inciso 9 del artículo 2º⁷⁰ que señala la inviolabilidad del domicilio y a su vez los casos en que se admite el ingreso a un domicilio sin que concurra la autorización de su dueño.

Por tanto, la regla es el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero existen las excepciones mencionadas que vamos a desarrollar:

2.2.4.5.1. Consentimiento expreso del titular:

⁶⁸ Actualidad Jurídica N° 166, Ed. Gaceta Jurídica, Setiembre 2007, pág. 177.

⁶⁹ Exp. pág. 4276-98-A- Lima del 14/08/1998.

⁷⁰ Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

La intromisión en el espacio físico e íntimo (domicilio) con el consentimiento del titular de este derecho resulta legítima, siempre que el pedido de ingreso manifieste de manera indubitable el motivo preciso de su cometido y que a su vez sea plenamente comprendido por el sujeto pasivo, quien es el señalado a decidir por la intrusión en el ámbito de su intimidad. Sin dicho presupuesto tal autorización resulta inválida, por tanto la policía o los funcionarios públicos, deben expresar con claridad el motivo de tal intromisión, resultando que de su concesión no puede derivarse otros supuestos ajenos a lo que fue autorizado.

En tal sentido el consentimiento del titular está referido a que si él está de acuerdo, (siempre y cuando esta sea fruto de una elección libremente adoptada y no se encuentre viciada), el funcionario o policía podrá ingresar sin necesidad de orden judicial, pero el consentimiento debe suponer actos unívocamente demostrativos de que está autorizado el ingreso para el registro domiciliario, sabiendo que el objetivo se dirige al esclarecimiento de un delito, por lo que cualquier engaño que pudiera producirse, viciara la legalidad del acto⁷¹.

Por tanto de ello se deduce que para que el titular de un domicilio preste voluntariamente su consentimiento deberá estar debidamente informado y asimismo también haberle hecho saber que tiene derecho a negarse si lo desea, si no se ha cumplido con la debida información el allanamiento es ilegal y por ende las pruebas obtenidas en dicha diligencia también lo serán. Asimismo solo en

⁷¹ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. "Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal". Op.cit. 2006, pág. 596.

aquellos casos en los que existe un consentimiento probado y libre se puede admitir la validez de la información recolectada sin una orden de allanamiento⁷².

2.2.4.5.2. Resolución judicial motivada

La injerencia en un domicilio también se convierte en legal cuando el órgano jurisdiccional ha evaluado previamente la pertinencia de la medida, y justifica la intromisión, existiendo un mandato judicial debidamente motivado que autoriza el ingreso y registro de una morada. Es necesario recordar que el mandato judicial que justifique la medida, como resolución judicial, debe estar debidamente motivado conforme al numeral 5 del Art. 139 de la Constitución⁷³. Por ello esta excepción al derecho fundamental de la inviolabilidad de domicilio, exige que la resolución judicial autoritativa debe tener una fundamentación fáctica coherente y consistente y ha de fundarse en indicios constatables por la policía (Sin duda deben preceder actos de investigación, como un seguimiento, pesquisa, testifical, video vigilancia⁷⁴), no es necesario que se tenga la certeza, sino basta un indicio suficientemente fundado y objetivo, que lleven al razonamiento de forma lógica de la probabilidad de la existencia del ilícito que se quiere comprobar, de los autores o de los efectos o instrumentos del delito, no bastará una mera intuición policial.

⁷² Binder, Alberto M. Ob. Cit, 1999, pág. 188.

⁷³ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: Inc. 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

⁷⁴ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit., 2006, pág. 595.

El fiscal es quien solicita el pedido de limitación del derecho fundamental, correspondiendo al juez decidir si la medida requerida respeta el principio de proporcionalidad, lo que puede obligarle a interferir legítimamente en las tareas investigadoras, es decir, a juzgar si son arbitrarias o excesivas⁷⁵. Cuanto más grave es la limitación, más exigente o estricto es el deber de motivación; la falta de motivación de las medidas limitativas de derechos provoca su inconstitucionalidad, desde que una resolución no motivada induce a pensar que el órgano actuante no ha realizado el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto, por lo que ante su falta de fundamentación, la medida puede tacharse de desproporcionada⁷⁶.

Por último la resolución autoritativa contendrá el nombre del Fiscal autorizado, la finalidad específica del allanamiento, y, de ser el caso las medidas de coerción que correspondan, la designación precisa del inmueble que será allanado y registrado, el tiempo máximo de la duración de la diligencia y el apercibimiento de ley⁷⁷.

Por tanto, la limitación a este derecho fundamental, requiere de una resolución autoritativa del juez debidamente motivada, imprescindible para visar de legalidad la medida de injerencia, a fin de ejercer un control de conformidad con los principios que sostiene su legitimidad (proporcionalidad, necesidad, subsidiaridad, etc).

2.2.4.5.3. Flagrante delito:

⁷⁵ González-Cuellar-Serrano, Nicolás. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Colex. Madrid, 1990, pág. 136.

⁷⁶ Idem, pág. 147.

⁷⁷ Art. 215 inc. 1 del CPÁG..

De acuerdo como lo prescribe nuestra Carta Magna una de las excepciones al derecho a la inviolabilidad de domicilio es la flagrancia de delito, es decir que se podrá ingresar a un domicilio aunque no exista autorización de su titular ni orden judicial siempre y cuando exista flagrancia delictiva, para ello tenemos que definir qué se entiende por flagrancia delictiva y que justifica a restringir el derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio.

Al respecto para tener una noción del término, empezaremos por su definición etimológica, así tenemos que: La palabra flagrante viene del latín *flagrans-flagrantis*, participio de presente del verbo *flagrare*, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave, a fin de que cese el delito, porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente, o porque es posible que el mal se corte y no vaya en aumento⁷⁸.

En nuestra legislación la definición legal de flagrancia delictiva ha sufrido diversos matices, es decir el término flagrancia se ha modificado por una serie de leyes y decretos legislativos, que desde nuestro punto de vista ha llegado en algunos casos a desnaturalizar dicha institución, puesto que contravenía el principio de presunción de inocencia y con ello el nuevo sistema procesal penal de naturaleza acusatorio garantista, nosotros hemos seguido muy de cerca dicha

⁷⁸ Martín M. Ricardo, Artículo: “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (1) (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, España, 1999, pág. 375.

transición a fin de dar una concepto de flagrancia acorde con nuestra legislación.

Entonces diremos

¿Que entendemos por delito flagrante? Para contestar dicha interrogante tenemos que dar previamente algunos alcances sobre su desarrollo legal y jurisprudencial:

▪ **Precisiones legales y desarrollo legal y jurisprudencia del término flagrancia delictiva:**

- A propósito de la Ley N° 27934, Decretos Legislativos 983 y 989, Ley 29372 y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

El dispositivo de la Norma Fundamental que tutela el derecho a la inviolabilidad del domicilio (Art. 2 numeral 9), a su vez señala los supuestos de excepción a la autorización de ingreso o registro del domicilio, precisando que cabe su intervención en caso de "(...) flagrante delito (...). Asimismo establece que una persona puede ser privada de libertad si es encontrada en situación de flagrante delito, (Art. 2 numeral 24, parágrafo f); sin embargo, no ha definido lo que debe ser entendido por "delito flagrante", correspondiendo a la legislación procesal penal definirla como tal, y a la jurisprudencia constitucional precisar si dicha opción es acorde con la Constitución.

El Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo 638), dio una primera definición normativa, sin embargo dicha norma nunca llegó a entrar en vigencia en su totalidad y justamente el artículo que definía la flagrancia

no entró en vigencia, por ello los órganos jurisdiccionales del Estado deberían asumir una posición. En el caso específico del Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia y así fue construyendo una definición.

El Tribunal Constitucional se pronunció a finales de 1998 y inicios del año 1999 y asumió una posición en la cual consideraba dentro del concepto de flagrancia, no sólo los casos en que una persona era detenida en el mismo acto de la comisión de un delito, sino también aquellos actos en los cuales una persona era encontrada con evidencias de haberlo cometido (Cuasiflagrancia)⁷⁹

Con posterioridad, a partir del año 2001, el Tribunal restringió el concepto de flagrante delito y llegó a señalar que "la flagrancia supone el preciso momento de la comisión del mismo"⁸⁰.

Posteriormente fue emitida la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la Investigación Preliminar, en cuyo artículo 4° se definió la flagrancia de la siguiente manera: "A efectos de la presente ley se considera que existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y

⁷⁹ Fundamento 3 de la Sentencia 818-98-HC/TC de fecha 1 de Enero de 1999. "Se está ante un caso de (flagrante delito) cuando se interviene u observa (a una persona) en el mismo momento de (la) perpetración (del delito) o cuando posteriormente a ella, ..., existen hechos o pruebas evidentes, sustentados en la técnica o la ciencia, que demuestren la producción del delito.

⁸⁰ Fundamento N° 3 de la Resolución 125-2001-HC/TC de fecha 20 de Abril de 2001.

detenido inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.”

Un año después, similar definición fue incorporada en el Código Procesal Penal del 2004, cuyo artículo 259° establecía en su texto original lo siguiente: “Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.”⁸¹

En este sentido, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la definición del flagrante delito se concretó de la siguiente manera: “La flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes; y, b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito”⁸².

⁸¹ En términos generales, tanto la definición de la Ley N° 27934 como del nuevo Código Procesal Penal coincidían con los alcances sobre el flagrante delito precisadas en un primer momento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1998-2000), mas no con la interpretación restrictiva (2001- 2002), que paulatinamente sería dejada de lado. Esta concordancia continuará con los fallos emitidos por el Tribunal con posterioridad a la promulgación del nuevo Código Procesal Penal, a la vez que se fue perfeccionando.

⁸² Fundamento N°5 de la sentencia 2617-2006-PHC/TC de fecha 17 de mayo 2006 y otras.

Luego mediante Ley 29009 publicada el 28 de abril de 2007, el Congreso de la República delegó facultades legislativas en materia penal al Poder Ejecutivo, para definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú”. Es así como en el mismo año se expidió El Decreto Legislativo 983 y el Decreto Legislativo 989 orientados a fortalecer la lucha contra el crimen organizado, en donde se define al flagrante delito de una manera mucho más amplia, de la siguiente manera: “(...) existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando: a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible. b) Es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso⁸³. Esta definición, como era de esperarse, generó dudas sobre su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸⁴, y es así que contra

⁸³ Con el plazo de 24 horas desde que se realizó el hecho punible como límite para que exista flagrancia delictiva y que en esa asunción se pueda ingresar a un domicilio e incluso detener al presunto culpable, vulnera entre otros, un derecho de inquebrantable respeto: la presunción de inocencia, toda vez que al incorporar un límite temporal de 24 horas será complejo y difícil para la práctica judicial poder determinar cuándo verdaderamente nos encontramos ante un cuadro de presunción de flagrancia, frente al mismo sujeto que cometió los hechos y no ante una persona equivocada.

⁸⁴ En su momento, la Defensoría del Pueblo se pronunció sobre estos decretos legislativos, señalando lo siguiente: “la ampliación de los supuestos de flagrancia contemplados en los

dichos decretos fue presentada una demanda de inconstitucionalidad, sobre la cual el Tribunal se ha pronunciado recién en el año 2010, pero antes de que esto ocurra, se produjo una nueva reforma sobre la definición legal del flagrante delito.

En efecto, mediante Ley N° 29372, publicada el 9 de junio de 2009, se modificó nuevamente el artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004, con el siguiente texto: “Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaban de ejecutarlo”. En este sentido, con la Ley N° 29372 se volvió al texto original del artículo 259° del Código Procesal Penal de 2004, razón por la cual el Tribunal Constitucional⁸⁵ declaró finalmente que respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los decretos legislativos 983 y 989, se había producido la sustracción de la materia.

decretos legislativos 983 y 989 resultan inconstitucionales, al no contemplar adecuadamente los requisitos de percepción directa de la comisión del delito, inmediatez temporal e inmediatez personal. Esta ampliación, asimismo, puede generar serios problemas en la interpretación y aplicación de los citados decretos legislativos, lo que constituye una amenaza a la libertad física de toda persona. El supuesto de flagrancia como una causa para privar de libertad a una persona debe ser una medida excepcional y tener un desarrollo legislativo preciso, que no permita acudir a ella más allá de los supuestos en los que razonablemente cabe considerar que existe flagrancia en la comisión de un delito”. (DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008, pág. 64 y 65.

⁸⁵ Ello queda claro en la parte final del fundamento 1 de la sentencia del Tribunal Constitucional, en la cual se señala: “En relación al artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, que regulaba la flagrancia, se ha producido la sustracción de la materia porque la Ley N° 29372 ha definido la flagrancia en términos, ahora sí, acordes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias N° 1958-2008-PHC; N° 5423-2008-PHC y N° 1871-2009-PHC), y no como se proponía en la legislación modificada, extendiendo dicha situación a las 24 horas posteriores a la comisión del delito”.

A raíz de esta trayectoria definimos a la flagrancia delictiva de la siguiente manera:

- **Concepto de flagrancia delictiva:** La flagrancia delictiva consiste en una situación de hecho en virtud de la cual el delito se está cometiendo a ojos vista, lo que hace necesaria la urgente intervención de la policía para que cese el delito.

En realidad estaremos ante una situación de flagrancia cuando la comisión del hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo⁸⁶.

- **Tipos de flagrancia:** Del concepto recogido del Art. 259 inc. 2, se concluye que existe flagrancia delictiva en tres supuestos que en doctrina se denominan:
 - **Flagrancia en puridad.-** Cuando la comisión del hecho punible es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto. Por ejemplo: Cuando en la vivienda se está cometiendo un delito: se oyen los gritos de auxilio de una niña, quien no reside en el lugar y a quien se le vio ingresar a viva fuerza y contra su voluntad por un sujeto.
 - **Cuasiflagrancia.-** Se da cuando un individuo ya ha ejecutado el hecho delictivo, pero es detenido poco después, ya que no se le perdió

⁸⁶ Art. 259 inc, 3 del CPP de 2004 que fue modificado por la ley N° 29372.

de vista desde entonces, es decir cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido el hecho delictuoso. Por ejemplo: Cuando se produce una persecución policial a una persona que acaba de cometer un robo, quien tomando de rehén a un transeúnte ingresa a la vivienda de X. Momentos después los policías ingresan violentamente a la vivienda. Habiéndose producido en flagrante delito X no podría sostenerse el allanamiento ilegal de su morada.

- **Presunción legal de flagrancia.** - En este caso el individuo ni ha sido sorprendido al ejecutar o consumir el hecho punible, ni tampoco ha sido perseguido luego de cometerlo. Sólo hay indicios razonables que permitan pensar que él es el autor del hecho, al ser sorprendido inmediatamente después de cometido el hecho punible con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutar el hecho punible.

□ **Elementos o requisitos de la flagrancia delictiva:**

De lo anterior cabe individualizar requisitos que condicionan el concepto delito flagrante, los mismos que son tres, y Sara ARAGONES MARTINEZ ⁸⁷ los precisa de la manera siguiente: 1. Inmediatez temporal.- Que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes. 2. Inmediatez personal.-Consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el

⁸⁷ Aragonés Martínez, Sara. Citado por Cesar San Martín Castro. 1999, pág. 807.

hecho. 3. Necesidad urgente.- De tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente.” Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para ingresar a un domicilio es la situación particular de la urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal y personal, comporta su necesaria intervención⁸⁸.

Respecto a los requisitos, el máximo intérprete de la Constitución, en los Casos (Exp.2096-2004-PHC/TC, Exp.4557-2005-PHC/TC, Exp.9724-2005-PHC/TC y Exp. 1923-2006-HC/TC), afirma que para declarar la flagrancia en la comisión de un delito, deben concurrir dos requisitos insustituibles, siendo los siguientes: 1).- La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes. 2).- La inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre

⁸⁸ Resolución emitida en el expediente 3692-1009-PHC/TC. Cajamarca (18/03/10).

en el lugar, en ese momento, en dicha situación; y, con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

□ **La flagrancia en los delitos permanentes**

Queda claro, que para que un delito sea considerado flagrante es necesario que el delincuente sea sorprendido cuando lo está cometiendo o en un momento inmediatamente posterior. Cuando la intervención del agente policial se produce debido a la percepción directa de los hechos constitutivos del delito no cabe duda de que resulta urgente actuar sin dilación con el fin de proteger el bien jurídico protegido (si todavía es posible), detener al delincuente y asegurar las fuentes de prueba. Sin embargo el problema se presenta cuando la infracción que se está cometiendo es un delito de consumación instantánea y efectos permanentes, como por ejemplo la tenencia ilegal de armas. La posibilidad de la flagrancia presenta algunas aristas en el caso de delitos de comisión permanente, en estos casos debe existir una razón de urgencia que justifique la medida de allanamiento, de lo contrario, debe tramitarse una orden judicial. Un ejemplo : En el caso que se tenga información veraz de que existe una familia dedicada al tráfico ilícito de drogas en un inmueble, es preciso solicitar orden judicial que garantizará un allanamiento legal, pues no se requiere una intervención tan urgente que no pueda esperar dicha autorización, teniendo en cuenta que se ha determinado que es una actividad habitual.

Por otro lado, la naturaleza del registro a llevarse a cabo, se tiene que circunscribir estrictamente a los hechos y a la ratio que justifican el ingreso al domicilio por parte de la autoridad competente, quien habiendo identificado personalmente y en in situ el estado de flagrancia decide ingresar para realizar los actos de investigación y registro que resulten necesarios y urgentes. Los excesos de la autoridad competente que ha ingresado al domicilio en razón de flagrancia delictiva van a deslegitimar la intervención y subsecuentemente los actos de investigación y registro practicados por éste, al viciarse, devendrían en nulos o prueba prohibida.

En estos delitos, desde el momento en que quedaron consumados, ya no requieren normalmente, una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al juzgado para obtener un mandamiento judicial⁸⁹.

Por ello se concluye que la intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes y delitos de consumación instantánea y efectos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por ende, en los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización

⁸⁹ Gonzales-Cuellar Serrano, Nicolás. La restricción del Derecho a la inviolabilidad de domicilio en el Proceso Penal Español. En “El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales”. Palestra Editores, Lima, Perú, 2005, pág. 409.

judicial; puesto que en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia, sin embargo si se diera esta situación sería posible la flagrancia delictiva⁹⁰.

2.2.4.5.4. Peligro inminente de la perpetración de un delito:

Otro de los motivos previstos para ingresar a un domicilio sin consentimiento del titular es que exista un grave peligro de la perpetración del delito.

Este peligro inminente es la percepción que tiene el común de las personas de que se va a cometer un delito, esto es que resulta razonable presumir que una persona ingresó o se encuentra en un lugar con la intención de delinquir. Por ejemplo: Es razonable prever que una persona varón que se asoma a la ventana con un cuchillo en la mano gritando que va a matar a su esposa, junto a los gritos de auxilio de una mujer desde el interior, tiene la intención de atentar contra la integridad física de esta persona. Respecto a esta evaluación el CPP señala que los motivos que determinaron el allanamiento sin orden judicial constarán detalladamente en el acta. (Art.214.3).

3.5.6.- Por razones de sanidad o grave riesgo

Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley", referidas ambas a un estado de necesidad o fuerza mayor.

⁹⁰ Resolución Emitida en el expediente 3692-1009-PHC/TC. Cajamarca (18/03/10)

2.2.5. Quebrantamiento al derecho de la inviolabilidad de domicilio y sus consecuencias:

La norma constitucional que tutela el derecho a la inviolabilidad del domicilio manifiesta que su conculcación implica el ingreso o los registros (por parte de terceros) en el domicilio de la persona sin la correspondiente autorización (de la persona o dispuesta por el juez), o sin que exista flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, afectación que subsiste en tanto continúe la permanencia arbitraria de los agresores en el interior del domicilio de la persona⁹¹.

Tal es así, que si bien la “flagrancia” es una situación excepcional por la cual se permite restringir el derecho de inviolabilidad de domicilio para efectuarse dentro de él actos de investigación o registro urgentes e insalvables por parte de autoridad competente, es necesario determinar la legitimidad o ilegitimidad de la intervención policial, comprobándose si el allanamiento policial se encuentra dentro de lo que se entiende por flagrancia delictiva o no, si se cumple con todos los presupuestos en forma global (en cuyo caso la conducta de un efectivo policial podría llegar a ser arbitraria incluso cumplir el tipo penal de allanamiento ilegal de domicilio), puesto que en muchos casos se podrían cometer excesos y no encontrarse en una situación de flagrancia delictiva y así ingresar al domicilio y recoger vestigios o instrumentos de delito, lo que es lo mismo que preconstituir prueba, que luego se verá desvirtuada puesto que fue producto de la conculcación de un derecho fundamental como es la inviolabilidad de un domicilio. Si bien en los delitos de consumación instantánea y efectos

⁹¹ RTC 01999-2008-PHC/TC

permanentes es muy difícil que exista flagrancia puesto que en muchos casos no existe la urgencia debida que no permita obtener previamente una autorización de allanamiento judicial, en donde los efectivos deben de abstenerse de efectuar un allanamiento porque ello significaría una intromisión arbitraria en la esfera personal del individuo y una lesión a su derecho a la inviolabilidad domiciliaria, porque este derecho no queda abolido para las personas que han cometido un delito, sino que aunque con ciertas excepciones, aún está constitucionalmente garantizado. Empero ello no debe traducirse absolutamente en impunidad para los delincuentes, pues la persecución penal está siempre asegurada dentro de los cauces de la ley, por ello deberá actuarse con mucha cautela a fin de cumplir cabalmente con la ley y capacitarse a los efectivos policiales para saber actuar correctamente e identificar cuando existe una situación de flagrancia y cuando no, para que así las pruebas preconstituidas de un delito no se pierdan por ser consideradas ilegítimas.

Por otro lado, la naturaleza del registro a llevarse a cabo, se tiene que circunscribir estrictamente a los hechos y a la ratio que justifican el ingreso al domicilio por parte de la autoridad competente, quien habiendo identificado en persona y en in situ el estado de flagrancia decide ingresar para realizar los actos de investigación y registro que resulten necesarios y urgentes. Como ya dijimos los excesos de la autoridad competente que ha ingresado al domicilio en razón de flagrancia delictiva van a deslegitimar la intervención y subsecuentemente los actos de investigación y registro practicados por éste, al viciarse, devendrían en nulos.

2.2.6. La búsqueda de pruebas y restricción de derechos

2.2.6.1. Aspectos introductorios:

El Código Procesal Penal Peruano, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, del 29 de julio de 2004, regula en la Sección II de su Libro II todo el ámbito de la prueba y dentro de ella el título III está dedicado concretamente a la búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

Como se sabe, la investigación es una etapa del proceso penal en la que se realizan diversos tipos de actuaciones de averiguación o de investigación propiamente dichas, que buscan esclarecer la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. Ahora bien, esa noción, como apunta Martín y Martín comprende dos órdenes de diligencias:

- a) Las encaminadas a proporcionar por sí mismas las fuentes de investigación (ej, inspección judicial y declaraciones de imputados, testigos y peritos, entre otras).
- b) Las encaminadas a la búsqueda y adquisición de las fuentes de investigación, que tienen un carácter garantizador al afectar derechos fundamentales y su actuación, siempre instrumental, permite por lo general preconstituir prueba⁹².

⁹² Martín y Martín Citado por San Martín Castro, César. “Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. registros e intervenciones corporales”. En: Actualidad Jurídica, Tomo 144, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2005, Pág. 250.

El NCPP acepta esta clasificación y en el Título II hace mención a los medios de prueba, mientras que en el Título III prevé las actuaciones referidas a la búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

Como sabemos, el interés estatal en la investigación de un delito, constituye un bien colectivo que merece tutela y que sin embargo en esta tarea puede colisionar derechos fundamentales de los presuntos culpables del delito que hasta tanto no se demuestre en juicio lo contrario, gozan de un estado jurídico de inocencia. Por ello, iniciado un proceso penal determinado, ese estado de inocencia si bien funcionará como límite o freno para el desmedido poder vulnerante de garantías que en su accionar el Estado puede llegar a avasallar, ello no implica que se torne un obstáculo infranqueable que impida, siempre y en todos los casos, que la justicia pueda afianzarse mediante la realización de todos los actos conducentes a descubrir lo realmente sucedido. En esa asunción el Estado regula una serie de medidas de búsqueda de pruebas, en donde inevitablemente se restringirán derechos y garantías fundamentales de personas que si bien aún no han sido declaradas culpables en juicio (y por ende son inocentes), esa limitación se halla justificada en virtud de encontrarse con mayor o menor compromiso procesal, dentro de una investigación⁹³. Es por esa razón, que se regulan medidas de manera específica de búsqueda de pruebas que restringen derechos fundamentales, pero que no violan o transgreden derechos fundamentales, porque son medidas cuya adopción debe estar sometida a la concurrencia de ciertos presupuestos, pues no podemos salir de un cauce

⁹³ Reyna Alfaro, Luis Miguel., Arocena, Gustavo A., Cienfuegos Salgado, David. (2007). “La Prueba. Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales”. 1era ed. Jurista Editores. Lima –Perú. Pág. 359-340.

garantista, en la medida que la función general de la política criminal es la realización de los derechos fundamentales, y el Derecho Procesal Penal se comprende también en esa sistematización que refunda todos el Sistema Penal.

En consecuencia, podemos entender que la búsqueda de Pruebas es el conjunto de medios legítimos que permitan aportar información para la aclaración de los hechos. Por ello se puede afirmar que esta actividad probatoria se encuentra dirigida a obtener la verdad.

El Título III del Código Procesal Penal está dedicado a las Medidas Restrictivas de Derechos en la Búsqueda de Medios de Pruebas, así tenemos dentro de este título las siguientes medidas de búsqueda y aseguramiento de la prueba:

- 1.- Control de Identidad policial. (Art.205 y ss. del C.P.P)
- 2.- Video vigilancia. (Art.207 del C.P.P)
- 3.- Pesquisas. (Art.208 y ss. del C.P.P)
- 4.- Intervención corporal. (Art.211 y ss. del C.P.P)
- 5.- Allanamiento. (Art.214 y ss. del C.P.P)
- 6.- Exhibición e incautación de bienes y de documentos no privados.
(Art.218 y ss.C.P.P)
- 7.- Control de las comunicaciones y documentos privados. (Art.226 y ss.
Del C.P.P)

8.- Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. (Art.235 y ss. del C.P.P)

9.- Clausura o vigilancia de locales e inmovilización. (Art.237 y ss. Del C.P.P)

Por tanto, diremos que por este tipo medidas entendemos a aquellos mecanismos que, mediante la restricción del ejercicio de un derecho constitucional, buscan hallar y asegurar el material probatorio referido a la realización de un delito y sus presuntos implicados. Es decir, diligencias de averiguación directa de fuentes de información tendientes a la acreditación de las imputaciones e identidades, comportando limitaciones a derechos constitucionales, definidos directamente por la Constitución y sometidos a determinados principios.

Para Schlüchter, son actos procesales con los cuales se interfiere o se interviene en el derecho fundamental de una persona – inculpado o tercero – contra su voluntad, por causa de la persecución penal⁹⁴.

2.2.6.2. Limitación vs. violación de derechos fundamentales:

En un Estado Democrático de Derecho, con un Sistema Procesal Penal de corte Garantista, los derechos fundamentales ocupan una posición preferencial; pero, a su vez como ya se mencionó anteriormente no existen derechos fundamentales que sean absolutos; por lo tanto, podrán restringirse su ejercicio y eficacia de éstos, mas nunca deberán ser vaciados en su contenido

⁹⁴ Schlüchter, Ellen. Derecho Procesal Penal. Valencia - España: Tirant lo blanch, traducción de la segunda edición alemana, 1999, pág. 64.

esencial. Esto tiene a su vez sustento en normas internacionales, tal es así que Art. 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹⁵ en su Artículo XXVIII, señala: Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático, lo mismo señala La Convención Americana sobre Derechos en su artículo 32.2 donde reconoce la existencia de ciertas limitaciones inherentes a los derechos de todas las personas que resultan del convivir en una sociedad⁹⁶. Por tanto, en un Estado Constitucional de Derecho existen fines constitucionales legítimos (por ejemplo: interés público, convivencia pacífica o el deber del Estado de proteger la seguridad y los derechos de la sociedad, como se positiviza en el artículo 44 de nuestra Constitución) que posibilitarían la restricción de derechos fundamentales en el proceso penal, es decir justas razones que legitiman la privación de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución Política del Estado en aras de los ideales de justicia y derecho, pues la aplicación del derecho a los conflictos sociales producidos por el delito, es la única forma racional y legítima de restablecer la paz social alterada y su aplicación práctica se concretiza a partir del sometimiento del autor o participe a un proceso penal o con todas las garantías, pues si bien es cierto que el proceso penal para llegar a su objeto y fines necesita de la adopción de ciertas medidas que restrinjan

⁹⁵ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

⁹⁶ Al examinar el artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la imposición de limitaciones se debe emplear siempre de manera estricta. La jurisprudencia de la Corte determina que, para que haya congruencia con la Convención, las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno. (Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v. Argentina" del 15 de octubre de 1996). -

derechos, pero esa restricción no será arbitraria y desprovista de tutela para los procesados sino por el contrario dichas medidas limitativas de derechos fundamentales, que son excepcionales, para que sean legítimas tendrán que estar sometidas a la concurrencia de ciertos presupuestos, que garanticen la no violación de los derechos fundamentales, como son la legalidad, proporcionalidad, necesidad, urgencia, mínima lesividad, etc, no trastocando nunca el contenido esencial del derecho fundamental digno de tutela. Diferente es hablar de violación o vulneración de los derechos fundamentales, pues ello ocurre cuando no reconocemos la existencia del derecho fundamental desconociendo su contenido esencial y se transgreden sin tener una justificación objetiva y razonable, solamente en aras de conseguir la verdad a cualquier precio, propios de los sistemas procesal penal inquisitivo. Por tanto diremos que las medidas restrictivas de derechos en aras de la búsqueda de la verdad son medidas excepcionales que solo permiten restringir un derecho fundamental cuando se cumple con ciertas condiciones estrictas, no por simple discreción de las autoridades policiales.

Así las cosas, podríamos decir que las intervenciones que podrían sufrir los derechos fundamentales pueden ser dos intensidades: restricción y violación o vulneración, y en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, se permite la restricción de los derechos fundamentales, bajo ciertos presupuestos bien definidos y analizados según el caso concreto por el juez de garantías, antes de adoptarse la medida restrictiva de derecho, o en ciertos casos de urgencia o

peligro por la demora ser confirmados judicialmente⁹⁷. La violación o vulneración del derecho fundamental es la que no se admite, y la restricción deberá ser tal que no vulnere el contenido esencial o contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, según el caso concreto. Como ya explicamos en uno de los capítulos anteriores, la prueba ilícita es aquella que es obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales, y como sanción deviene procesalmente en inutilizable; a diferencia de la prueba obtenida con la restricción de un derecho fundamental, con todas las garantías, que generalmente es prueba preconstituida y es totalmente válida para sustentar inicialmente una acusación fiscal y posteriormente la sentencia judicial.

Si bien es cierto, la constitución prevé que en flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración, se puede allanar un inmueble sin orden judicial, por el principio de legitimidad de la prueba y en un sistema garantista, todas estas diligencias de obtención de medios de prueba debe el fiscal solicitar confirmatoria judicial para que el juez de garantías custodie la legitimidad de los actos de investigación y de los medios de prueba.

Creemos que el juez de la investigación preparatoria, al ser un garante del respeto a los derechos fundamentales en la etapa de la investigación, deberá seguir las siguientes pautas a fin de dar la autorización para restringir un derecho

⁹⁷ Art. 203 inc. 3 del C.PÁG.P: Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía (...).

fundamental o en todo caso en la confirmatoria judicial para poder identificar si se produjo una violación al derecho fundamental que se encuentre en cuestión:

Restricción del Derecho Fundamental	Violación del Derecho Fundamental
<ol style="list-style-type: none"> 1. Determinar el derecho afectado en el caso concreto. 2. Determinar el contenido y alcance del derecho a la luz de la jurisprudencia y la doctrina. 3. Determinar las obligaciones concretas del Estado en el caso: Aplicación de las obligaciones generales de respetar, garantizar los derechos fundamentales. 4. Determinar si estamos cabalmente ante una afectación legítima por concurrir en la especie alguna forma de límite legítimo: Restricción y suspensión de derechos a la luz de las normas vigentes. (Si se cumplen todos los presupuestos para restringir un derecho fundamental en aras de los fines propios del Proceso Penal). 5. Si efectivamente se cumple con todos los presupuestos garantistas para limitar legítimamente el derecho fundamental, estaremos dentro de una restricción de 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Determinar el derecho afectado en el caso concreto. 2. Determinar el contenido y alcance del derecho a la luz de la jurisprudencia y la Doctrina. 3. Determinar las obligaciones concretas del Estado en el caso: Aplicación de las obligaciones generales de respetar, garantizar los derechos Fundamentales. 4. Determinar si estamos cabalmente ante una afectación legítima por concurrir en la especie alguna forma de límite legítimo: Restricción y suspensión de derechos a la luz de las normas vigentes. (Si se cumplen todos los presupuestos para restringir un derecho fundamental en aras de los fines propios del Proceso Penal). 5. Si no estamos ante un límite legítimo habrá una violación, pues los hechos concretos son racionalmente violatorios del derecho fundamental y contradicen las normas y doctrinas jurisprudenciales. 6. Acto seguido, no se otorgará la

<p>derechos fundamentales.</p> <p>6. Acto seguido, la Solicitud de autorización judicial para limitar la medida se otorgará con una debida motivación, o la medida que se haya tomado anticipadamente en los casos permitidos será confirmada judicialmente.</p> <p>7. La prueba preconstituida se actuará y valora en juicio pudiendo llegar a sustentar la sentencia final, puesto que dicha prueba será inatacable en su legitimidad.</p>	<p>autorización judicial para limitar el derecho fundamental, o la medida que se haya tomado anticipadamente en los casos aparentemente permitidos no será confirmada judicialmente.</p> <p>7. los elementos de prueba recogidos con violación del derecho fundamental serán declaradas pruebas ilícitas, por tanto sin ningún valor probatorio para sustentar una sentencia final.</p>
--	---

2.2.6.3. Principios para limitar un derecho fundamental en la búsqueda de pruebas:

Como ya lo venimos afirmando, para que la restricción de un derecho fundamental sea legítima y no trastoque el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona sujeta a investigación, deberá actuarse bajo ciertos presupuestos que conllevan criterios de razonabilidad, de ponderación y de necesidad; es decir, solo cuando sea estrictamente necesario para el fin valioso, pues el Sistema Acusatorio Garantista, debe combinar armoniosamente los dos fines que se encuentran en juego en un proceso penal como son: La eficacia de la persecución penal y la plena habilitación de las garantías constitucionales. En dicha asunción, el C.P.P de 2004, señala en forma expresa las medidas restrictivas de derechos que puede utilizar el director de la investigación con su colaborador la Policía Nacional en la búsqueda de pruebas, estableciendo

a su vez preceptos generales, que responden a verdaderos presupuestos a tener en cuenta en la adopción de estas medidas⁹⁸ y que van a permitir distinguir cuando nos encontramos ante un caso de restricción y cuando nos encontramos ante un caso de vulneración (por no haberse cumplido los presupuestos para su adopción), y con ello establecer las consecuencias en uno u otro caso. Por tanto los principios los tratamos a continuación:

2.2.6.3.1. El principio de legalidad:

El principio de legalidad, como límite a la restricción de derechos, está establecido en el Art. 202° del C.P.P⁹⁹. Es la delimitación de las atribuciones de cada uno de las instituciones u organismos públicos; en el Derecho Procesal Penal, es la garantía en la incorporación de pruebas que permite la vigencia del Estado de Derecho, limitando el control punitivo del Estado. La aplicación de la legalidad es absolutamente predicable en el proceso penal, sin ella dentro del proceso se produciría una serie de arbitrariedades.

La garantía de legalidad señala que los medios de búsqueda de verdad deben encontrarse previamente establecido en la ley, así como su procedimiento.

2.2.6.3.2. Jurisdiccionalidad

Consideramos que esta garantía es de vital importancia en la obtención de medios de prueba, en donde se restringen derechos fundamentales, porque a través de la función jurisdiccional se da un punto de equilibrio entre dos intereses

⁹⁸ El C.PÁG.P señala los preceptos generales del Art. 202° al Art. 204°

⁹⁹ Art. 202° del C.PÁG.P “Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

contrapuestos como son: El interés estatal en la persecución del delito y los derechos de las personas sujetas a investigación.

Esta función judicial se activa con el requerimiento fiscal (no pueden adoptarse de oficio). Será pues el juez de la investigación preparatoria el encargado de decidir la procedencia de las medidas de búsqueda de pruebas en determinados casos con la aplicación del principio de proporcionalidad, por supuesto la orden judicial debe encontrarse debidamente motivada y deberá sustentarse en suficientes elementos de convicción. En atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación.

En los casos que no se requiere previa autorización judicial, el Código Procesal Penal en el Art. 203.3, permite a la policía o al Ministerio Público, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restringir derechos fundamentales de las personas, por lo que corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial.

El problema surge cuando en la medida restrictiva de derechos como el allanamiento no se señala en forma expresa la solicitud de confirmatoria judicial para ciertos casos que difieren de los que señala el NCPP como los supuestos de urgencia o peligro por la demora, sino excepciones constitucionales como la flagrancia delictiva y el grave peligro de perpetración de delito y que son casos estrictamente diferentes y que en el trabajo de investigación se dilucidó.

2.2.6.3.3. El principio de proporcionalidad

Este principio está regulado en el art. 203°.1¹⁰⁰. Su eficacia se evidencia cuando en la aplicación e intensidad de las medidas que restrinjan derechos fundamentales, estos guarden relación con la gravedad del delito investigado, ya que toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar. En lo que respecta a la gravedad del ámbito de aplicación, debe responder a la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente, para limitar el peligro que se presenta para la sociedad y el Estado. El Tribunal Constitucional establece el valor de los límites razonabilidad y proporcionalidad, de la siguiente manera: “Los principios de razonabilidad, y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos Fundamentales (Exp. N° 4677-2004-AA, 7/12/05, S1, fj. 26)”¹⁰¹.

El principio constitucional de proporcionalidad, se le conoce también como test de proporcionalidad o test de razonabilidad, es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional, y que es también cada vez más aplicada por los tribunales y jueces ordinarios, ya que, es un instrumento jurídico válido en un

¹⁰⁰ Art. 203° inc. del C.PÁG.P: “Las medidas que disponga la autoridad (...) deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción”.

¹⁰¹ Gaceta Jurídica. La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “Sentencia vinculadas con artículos de la Constitución”, Director Manuel Muro Rojo, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág. 29: los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho, por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de varios bienes jurídicos constitucionales (Ex. pág. N° 2496-2005-HC, 17/05/05, S1, PV, Fj.5).

Estado Democrático de Derecho, donde se ponderan valores, principios, bienes y derechos teniendo como premisa fines constitucionales legítimos.

El Tribunal Constitucional, en numerosas resoluciones ha establecido que el principio de proporcionalidad es uno de naturaleza constitucional que se deriva de la cláusula del Estado Democrático de Derecho, consagrada en el artículo 43 de la Carta de 1993, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el Poder público más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos.

Por tanto, el principio constitucional de proporcionalidad se legitima en la interpretación constitucional, y este principio aparece como un conjunto articulado de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos sub- principios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. A continuación, brevemente, explicamos estos sub-principios:

- La adecuación o idoneidad del medio escogido para lograr el fin u objetivo perseguido, es decir si con la medida se puede conseguir dicho fin, por lo que es conocida además como el juicio de idoneidad. Por ejemplo, en el caso que se haya identificado al autor de una violación sexual y que la víctima lo haya sindicado, no sería adecuado realizar registro de imágenes fotográficas de esta persona.
- La Necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin. Es decir, que no exista otra medida que pueda conducir al mismo fin o que

la elegida sea la menos gravosa, conocida como juicio de necesidad. Por ejemplo. No sería necesario realizar un allanamiento de morada, si es que se observa que la persona requisitoria se encuentra de tránsito en dicho domicilio y que se puede lograr el objetivo de detenerla, con una espera prudente hasta que salga del mismo.

- La proporcionalidad en sentido estricto conocida como la ponderación, se refiere a que la medida solicitada sea dada por la mayor importancia que tiene el caso el interés estatal en la persecución, ya sea por la importancia de la causa, el grado de imputación, la consecuencia jurídica o sea denegada por la mayor importancia del interés ciudadano de mantener su libertad y el disfrute de sus derechos.

2.2.6.3.4. Principio de motivación:

Este principio está reconocido en la Constitución en el artículo 139° inciso 5, para evitar la arbitrariedad en la emisión de resoluciones. Este principio como garantía en la restricción de derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas se refiere a la motivación necesaria del Ministerio Público en solicitar la medida y del Juez de la investigación preparatoria al adoptarla (art. 203° . 2).

2.2.6.3.5. Impugnación:

Son impugnables los autos que dispongan estas medidas en el término de tres días desde la ejecución de la medida, siempre y cuando hayan sido materia de notificación previa. La Sala Penal Superior absuelve el grado previa audiencia. (art. 204° . 1). La resolución de la audiencia es inimpugnable. En la audiencia

debe participar el Fiscal y el afectado. Se realiza el reexamen, cuando el imputado lo solicita al Juez, en vista de nuevas circunstancias que fundamenten un cambio, este pedido se resuelve mediante una audiencia según lo disponga el Juez. Procede apelación contra el auto que resuelve la solicitud de reexamen (204°. 2). Contra los autos expedidos por la Sala Penal Superior dictadas en primera instancia sólo procede el recurso de reposición (204°. 3).

2.2.6.4. Medida restrictiva de derecho “el allanamiento”

La eficacia de la persecución penal importa restricciones y limitaciones a bienes jurídicos fundamentales, tal como ya se sostuvo, esa intromisión estatal se produce en una serie de ámbitos pertenecientes al individuo, y en el caso del allanamiento se refiere a la intervención de entrada y registro en un domicilio, es decir en el espacio geográfico delimitado en el cual el individuo desarrolla su vida familiar o socioeconómica, lugar que protege sus intimidad personal y otros intereses relevantes.

El allanamiento como medida instrumental de búsqueda de pruebas restringe el derecho Fundamental a la Inviolabilidad de Domicilio. Entonces diremos que esta medida restrictiva como es el allanamiento de domicilio, consiste, en aquella entrada de las agencias de persecución penal en el domicilio de los individuos, el cual se comprende en el ámbito de la investigación criminal, cuyo objetivo es la obtención de fuentes de pruebas necesarias para fundamentar la hipótesis inculpativa¹⁰².

¹⁰² Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. Ob. Cit.,. Pág. 593.

2.2.6.4.1. El allanamiento legal:

Nuestra Constitución Política del Perú señala cuando el ingreso a un domicilio es legal, y es legal cuando el titular otorga su consentimiento, también será legal cuando se cuente con autorización judicial o en los casos de flagrante delito o grave peligro de su perpetración.¹⁰³ Fuera de dichos casos, estaremos ante un allanamiento ilegal o vulneración al derecho a la inviolabilidad de domicilio que se encuentra tipificado con delito (Art. 159 y 160 CPP).

Por regla general el ingreso a un domicilio es por orden judicial ante la solicitud de fiscal. Es importante resaltar que antes del NCPP el ingreso a un domicilio sin el consentimiento del titular era solamente con orden judicial o en casos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. Sin embargo ahora el Código Procesal Penal al regular las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos fundamentales, señala en el Art. 203 (referido a los presupuestos generales) que: Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial.

Del precepto legal indicado (presupuesto general de toda medida de búsqueda de pruebas), podemos apreciar que aplicado directamente a la medida

¹⁰³ Estas excepciones son las contempladas en nuestra Constitución en el Art. 2.9, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el cual la inviolabilidad domiciliaria solo puede darse sin mandamiento judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia o es inminente la consumación de una conducta punible, en su defecto se requiere orden judicial.

restrictiva de derecho como es el allanamiento daría lugar que también la policía ante supuestos de urgencia y peligro por la demora que son a nuestro entender casos diferentes a la flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración ingrese a un domicilio para realizar la búsqueda de elementos de prueba. A nuestro juicio consideramos que dicho precepto general no debería aplicarse en el caso del allanamiento, puesto que ya existen casos excepcionales de permisibilidad al ingreso del domicilio sin previa orden judicial regulados constitucionalmente como el flagrante delito y grave peligro de su perpetración que responde a situaciones de urgencia y que tienen que cumplir con ciertos presupuestos para ser calificados como tales.

Así, las cosas, queda claro que el precepto legal, no nos dice nada acerca de solicitarse confirmatoria judicial en casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración, sino solamente habla que se requerirá confirmatoria judicial en los supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, que como lo señalamos no son lo mismo a los casos constitucionalmente señalados, y ello podría ser también avalado con el último pleno en materia penal que si bien no se refiere exactamente al tema materia de investigación como es la confirmatoria judicial en los casos de flagrante delito o grave peligro de su perpetración, pero que sin embargo trata sobre la confirmatoria en las incautaciones¹⁰⁴.

En caso de la medida de allanamiento, consideramos que de conformidad con el orden jurídico constitucional, solamente podrá efectuarse el ingreso a un

¹⁰⁴ Acuerdo Plenario 5-2010/cj-116 del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República.

domicilio sin consentimiento del titular en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración y que en dichos casos excepcionales también requiera inmediatamente el fiscal confirmatoria judicial así no lo señale expresamente la ley, porque se tiene que inmediatamente realizar un examen si se cumplieron con los requisitos de configuración de la flagrancia delictiva y quien más idóneo que el juez de garantías para realizar el test de proporcionalidad a cada caso concreto.

2.2.6.4.2. Solicitud y Ejecución de la medida:

De conformidad a lo prescrito por el Código Procesal Penal en su art. 214, notamos que la única persona facultada a solicitar la orden de allanamiento al juez de la investigación preparatoria es el Fiscal y su solicitud deberá contener:

- *Motivos Razonables:* Nuestro Código Procesal exige motivos razonables para considerar que se oculta en el domicilio al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosa relevantes para la investigación. En efecto deben revelarse ciertos indicios que infieran que el imputado u otra persona requerida por la justicia, se encuentra oculto en el domicilio, sin duda deben preceder actos de investigación como una pesquisa, testifical, video vigilancia, que llevan a dicho razonamiento de forma lógica, no es necesario que se tenga una certeza, basta un indicio suficientemente fundado para ordenar el allanamiento¹⁰⁵
- *Previsibilidad de la negativa:* Se exige que sea previsible que será negado el ingreso a un determinado recinto.

¹⁰⁵ Martínez Rave, G. citado por Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Ob. Cit. 2006, pág. 595.

- *Ubicación:* Es necesario ubicar concretamente el domicilio que será registrado.
- *Finalidad y diligencias a practicar.* Se debe precisar si el allanamiento es para detener a una persona o para la búsqueda de bienes delictivos o de investigación, si se requiere la incautación y el registro personal de quienes se encuentren, etc.
- *Tiempo aproximado de duración.* Debe especificarse el tiempo que consideremos aproximadamente como de duración de la diligencia.
- *Plazo de ejecución de la Orden.* Nuestro Código Procesal Penal establece un límite a la ejecución de la orden judicial pues señala que tendrá una duración máxima de dos semanas, después de las cuales caduca la autorización, Sin embargo es posible que en el requerimiento fiscal solicitemos otro plazo o tiempo determinado, por lo que deberá constar expresamente Art.215.2 CPP.

Estas formalidades son necesarias a efectos de evitar excesos y arbitrariedades, así como controlar la razonabilidad de la medida. Del mismo modo al enumerar lo que debe contener la solicitud del fiscal, ello debe contener la resolución autoritativa de la medida de allanamiento, además contendrá el nombre del fiscal autorizado y el apercibimiento de ley para el caso de la resistencia al mandato (Art. 215 inc. 1)

La diligencia se circunscribirá a lo autorizado, redactándose en acta. Durante su desarrollo se adoptarán las precauciones necesarias para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentren en el local allanado (Art

216 inc. 3), de esta forma se pone límites a la intervención de los órganos públicos, sancionando cualquier exceso que pueda afectar la legitimidad de la medida. Por tanto el allanamiento se realizará sin causar mayor alarma posible y de forma cautelosa, según la naturaleza de las circunstancias.

En suma, la diligencia de allanamiento no sólo comprende la entrada y registro de la morada, sino que se extiende a la aprehensión de personas involucradas en un hecho delictivo, así como para la obtención de fuentes de pruebas necesarias para la formulación inculpativa o con el objeto de decomisar objetos que sirvan o hayan servido para la perpetración del hecho punible y todo ello deberá constar en la resolución autoritativa.

2.2.7. La confirmación judicial del allanamiento

2.2.7.1. Generalidades:

La figura de la confirmación judicial aparece regulada por primera vez en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 de un Modelo Procesal Penal Acusatorio Garantista, y por ende respetuoso de los derechos fundamentales de todas las partes intervinientes en el proceso penal. Dicha figura se encuentra en la Sección II del Libro II relacionado con todo el ámbito de la prueba y concretamente en su título III dedicado a las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos fundamentales.

En este último título, se dedica tres artículos con los preceptos generales de toda medida de búsqueda de pruebas restrictiva de derechos fundamentales, y es de esta manera como en el artículo 203 inc. 3 del C.P.P aparece el concepto de

“confirmación judicial”, que entra a tallar cuando la policía en casos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación restrinja derechos fundamentales de las personas, el fiscal solicitará inmediatamente la confirmación judicial a fin de que el juez de la investigación preparatoria confirme o desaprobe la medida ejecutada por la policía o ministerio público; por ello, es él quien tendrá el cuidado de examinar rigurosamente que no se haya vulnerado ningún aspecto garantista del debido proceso ni el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los presuntos culpables, puesto que por la urgencia tuvo que ejecutarse sin orden judicial.

2.2.7.2. Concepto

Según el diccionario de la Real Academia Española, confirmación proviene del latín *confirmatio*, que significa acción y efecto de confirmar; en tanto que, confirmar, significa: corroborar la verdad, la certeza o el grado de probabilidad de algo, revalidar lo ya aprobado. Asegurar, dar a alguien o algo mayor firmeza o seguridad.

A partir del significado común del término “confirmar”, de la regulación normativa del NCPP y de su ubicación sistemática en el libro de actividad procesal y en la sección II sobre la prueba; se puede afirmar que la convalidación es un acto procesal por el cual, el Juez, a instancia del Ministerio Público, le otorga mayor firmeza o seguridad a las fuentes de prueba obtenidas a partir de la aplicación de medidas que restringen Derechos Fundamentales del imputado, y que se han llevado a cabo sin una previa orden judicial por tratarse de casos de urgencia o peligro por la demora. Se trataría de una autorización judicial

ex post, es decir posterior a la realización de la medida, porque no hubo tiempo para solicitarla por la premura de la situación. Situación que el juez de la investigación preparatoria tendrá que analizar y ponderar a fin de que las pruebas obtenidas por la medida restrictiva tengan plena validez como prueba lícita.

2.2.7.3. Fundamento de la confirmación judicial de allanamiento

El legislador del Nuevo Código Procesal Penal al regular la legalidad de ciertas medidas restrictivas de derechos, ha querido dejar en claro, que cuando se adopte una de ellas se proteja el núcleo esencial de los derechos fundamentales transgredidos por dicha medida, para que así no se vulnere ningún derecho fundamental, puesto que lo que se permite es restringir un derecho fundamental en aras de la efectividad de la persecución penal, pero esta proscrita la vulneración de un derecho fundamental.

Por ello, con la finalidad de garantizar que no se cometan excesos, se han establecido ciertos presupuestos, tales como: La legalidad de la medida (que se aplique conforme a las exigencias que impone la Ley), la motivación de la autorización de la medida cuando proviene de una decisión judicial o la confirmación judicial cuando la decisión fue tomada por la Policía o el Fiscal, en casos de urgencia o peligro por la demora.

Consideramos que es inevitable que se adopten en forma excepcional estas medidas restrictivas de derechos, por esa razón han sido legisladas, puesto que corresponde al Estado garantizar la seguridad, el orden público y el bienestar general (que son fines constitucionales) y, dentro de un proceso penal, la eficacia

de la labor de los operadores oficiales (Policía Nacional y Ministerio Público), puesto que no se trata de generar impunidad, claro está no traspasando los límites que implican el respeto a la dignidad humana, sus derechos y libertades fundamentales. Porque si bien es cierto caben restricciones por razones objetivas y fundadas en forma razonable, tal como lo ha establecido en reiterada jurisprudencia el tribunal constitucional¹⁰⁶, pero ello no significa que se violen los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y consustanciales al ser humano. ¿Pero cómo garantizamos que se cumpla en un Estado de Derecho esta regla? Necesariamente a través de la función jurisdiccional, es decir por el juez de la investigación preparatoria o llamado también juez de garantías.

Ahora bien, toda medida restrictiva de derecho, por regla general debe ser autorizada por el juez de garantías, quien es el encargado de tutelar los derechos del imputado durante la investigación; y, por ende quien debe autorizar cualquier limitación de derechos fundamentales que exija el desarrollo de la misma (búsqueda y restricción de derechos); pero debe hacerlo siempre a solicitud del Fiscal que dirige la investigación y respetando una posición equidistante frente a la controversia.

Por excepción a la regla, la medida puede ser adoptada sin previa orden judicial por la policía en casos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, pero para ello se ha creado, a mi juicio, la figura de la confirmatoria judicial de la medida que fue adoptada.

¹⁰⁶ Por ejemplo: Ex. pág. N° 00774-2005-HC/TC y 00019-2005- AI/TC)

Si bien es cierto, la premura de la adopción de la medida no da tiempo para solicitar una orden judicial, esta medida debe ser inmediatamente confirmada por el juez de garantías quien tendrá que analizar el caso concreto para determinar si existía verdaderamente la situación de urgencia invocada y la necesidad de la adopción medida sin previa orden judicial, cautelando así el núcleo esencial y/o el respeto irrestricto a los derechos fundamentales del imputado, quien en ningún momento tendrá que ver violados sus derechos. Comparamos a la confirmatoria judicial como una autorización judicial posterior a la medida restrictiva de derecho, es decir una vez que se analiza el caso concreto, pero en ningún caso se debe confundir que la releve, es decir que se realice una medida que necesitaba necesariamente autorización judicial no existiendo los supuestos de urgencia o peligro por la demora, en dicho caso no procederá la confirmatoria judicial.

El Fiscal que dirige la investigación (y controla la labor policial) tendrá que solicitar inmediatamente una vez adoptada la medida “la confirmatoria judicial”.

La confirmación judicial aparece regulada de manera específica en el C.P.P, para algunas medidas concretas, tales como: la incautación de bienes, la incautación de documentos, la intervención corporal, la clausura y vigilancia de locales, e inmovilización de bienes, sin embargo, no se encuentra específicamente regulada en el allanamiento.

Es así que la función del Juez de Garantías constituye un componente particularmente sensible en este nuevo Código, siendo fundamental que la comunidad comprenda su difícil misión.

Dado que garantía no puede significar impunidad, el sistema procesal penal debe ser el mecanismo racional de investigación, persecución y juzgamiento de las conductas humanas que lesionan bienes jurídicos penalmente tutelados. Se debe lograr armonizar la actividad persecutoria estatal con el respeto a los derechos individuales que jamás pueden ser afectados, o cuya afectación debe darse siempre que concurren determinados presupuestos, como ya se expuso anteriormente, por eso creemos necesario que toda medida restrictiva de derecho que se haya adoptado sin previa orden judicial (por tratarse de casos de urgencia o peligro por la demora) el fiscal debe solicitar inmediatamente la confirmatoria judicial y solo una vez que haya sido confirmada poder utilizarse como prueba lícita, así se garantizaría el respeto a los derechos fundamentales, porque; si bien es cierto, existió una necesidad de urgencia o situación de flagrancia que no dejó tiempo para solicitar una orden judicial de allanamiento, sin embargo, luego existe el suficiente tiempo para solicitar al juez de garantías¹⁰⁷ la confirmatoria judicial de la medida adoptada sin previa orden judicial, quien tendrá la misión por decir de alguna manera de autorizar la medida que fue adoptada anteriormente.

Consideramos que de no solicitarse inmediatamente la confirmatoria judicial, dicha medida adoptada sería ilícita, porque en el nuevo proceso penal es el juez de garantías quien debe velar por el respeto de los derechos fundamentales

¹⁰⁷ En el Proceso Penal la figura del juez de garantías en la etapa de investigación preparatoria, garantiza que el mismo será un tercero imparcial, ya que él no realiza labor de investigación sino su labor está dedicada a resolver y ofrecer las garantías y el respeto de los derechos fundamentales a las partes intervinientes en el proceso, es decir, un árbitro que cuide las reglas del juego sin involucrarse en el conflicto, que esté comprometido con el respeto al Debido Proceso y los derechos fundamentales; y no con intereses que ya están debidamente representados y defendidos por el Fiscal y la defensa.

del imputado en la etapa de la investigación preparatoria, y si no existió autorización judicial antes de adoptada la medida, por encontrarse en los casos de urgencia o peligro por la demora, flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración que no existe tiempo de solicitar una orden judicial previa, si posteriormente el juez debe analizar el caso concreto para ver si existió la situación de emergencia aludida, la no confirmación judicial declararían ilícita la medida adoptada, puesto que según el Art. VIII del T.P del C.P.P toda prueba debe ser obtenida e incorporada al proceso de manera legítima.

En consecuencia la resolución confirmatoria cumple la misma función de garantía de la resolución autoritativa previa, y en mérito a ello su contenido es idéntico como se desprende de lo prescrito por el artículo 219 inciso 2 del CPP.

2.2.7.4. Requisitos:

No hay que perder de vista que el precepto general contenido en el Art. 203 inc. 3 del C.P.P regula la figura de la confirmación judicial; y, en ese sentido deja establecido los requisitos que deben concurrir para que una medida restrictiva de derechos sea materia de confirmación judicial, puesto que no en todos los casos se solicitará ella, debido que cuando es obligatoria la resolución judicial previa, esta no puede ser suplida por la resolución confirmatoria, porque de antemano ya se realizó de manera ilegítima y la resolución de confirmación judicial no puede convalidar actos ilegítimos (como es la ejecución de una medida que transgreda la norma legal). Por ejemplo en el caso de interceptación de comunicaciones necesariamente tendrá que solicitarse una autorización judicial previa, ahí no cabe solicitar confirmación judicial, por tanto revisemos cuales son

los requisitos para que una medida restrictiva de búsqueda de pruebas sea adoptada sin orden judicial y que posteriormente sea materia de confirmación judicial.

El artículo en comentario señala: Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile.

1. Medida restrictiva de derechos fundamentales adoptada por la policía o ministerio público, cuando no es exigible una resolución autoritativa previa:

Para solicitar una resolución confirmatoria, ha tenido que ejecutarse una medida restrictiva de derechos en un caso donde no ha sido exigible una resolución judicial autoritativa previa, esto en el entendido que la resolución confirmatoria no sustituye a la resolución autoritativa previa de

modo general o como regla para cualquier tipo de medida¹⁰⁸, pero si sirve para convalidar actuaciones, en las que de modo general si es exigible dicha resolución judicial, y que por razones de urgencia o peligro por la demora admiten ejecutarse sin ella. Por tanto creemos que el C.P.P al señalar en su art. 203 inc. 3 que las actuaciones de la Policía y el Ministerio Público sobre restricción de derechos fundamentales están sujetas a confirmatoria, solo se podrían referir a los supuestos en los que no era exigible una previa resolución autoritativa es decir los casos de urgencia o peligro por la demora, porque por regla general, toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere autorización judicial previa, por ejemplo cuando se va a realizar una intervención corporal riesgosa, se requiere autorización judicial sin embargo por razones de urgencia o peligro por la demora se pueden practicar sin resolución judicial, teniendo luego que ser confirmada por la autoridad judicial, apreciando en este ejemplo que si bien es cierto no resulta exigible la autorización judicial por la urgencia y peligro en la demora si se hubiera requerido en otra circunstancia.

Por tanto la norma debe ser modificada en el sentido de prescribir:

Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no sea exigible resolución judicial previa por encontrarnos ante supuestos de urgencia o

¹⁰⁸ Se afirma esto porque, como se ha establecido en la clasificación esbozada anteriormente, existen medidas que de ninguna manera se pueden ejecutar sin resolución judicial previa que las autorice, y en tales casos, no es aplicable la confirmatoria, y mucho menos la resolución confirmatoria podrá sustituir a la resolución autoritativa. Siendo distinto el caso de las medidas que excepcionalmente admiten ejecutarse sin resolución judicial, pues en tales casos, la resolución confirmatoria cumple la función de garantía de la resolución autoritativa, y en mérito a ello su contenido es idéntico como se desprende de lo prescrito por el artículo 219 inciso 2 del CPP.

peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas,(...)

Sustituyendo al texto primigenio:

Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas

Recomendamos esta modificación, puesto que por regla general cuando se restringen derechos fundamentales, estos siempre tienen como presupuesto la jurisdiccionalidad de la medida, en consecuencia por regla general siempre se requiere autorización judicial, por tanto no existen medidas que no requieran autorización judicial desde un inicio, (salvo el supuesto de las mínimas intervenciones corporales), sino no serían derechos fundamentales, diferente son los casos excepcionales en donde no resulte exigible por las circunstancias particulares de urgencia o peligro por la demora.

En conclusión, no es que no se requiera autorización previa, sino que en algunos casos no resulta exigible, es ahí cuando se deberá solicitar confirmación judicial puesto que si se requería por regla general, sino que por las circunstancias excepcionales no se permitió recogerla anteriormente a la ejecución de la medida.

2. Supuestos de urgencia o peligro por la demora:

Este es otro requisito para adoptar una medida restrictiva de derechos por parte de la policía y ministerio público y se podría decir que es el más determinante, puesto que el actual Código Procesal Penal ha introducido por primera vez la facultad a la policía de restringir ciertos derechos fundamentales cuando existan supuestos de urgencia o peligro por la demora con la condición de que el juez posteriormente analice la situación y confirme o desaprobe la medida. No hay que perder de vista que los derechos fundamentales restringidos de modo general requieren previa orden judicial, sin embargo por la premura de la situación como son los supuestos de urgencia y peligro por la demora, se ejecutarán sin orden judicial, pero el fiscal tendrá que solicitar inmediatamente al juez de la investigación preparatoria la confirmación judicial a fin de que analice el caso concreto y verifique si se cumplieron los presupuestos para haber restringido el derecho fundamental sin orden judicial (Legalidad, necesidad, urgencia, proporcionalidad).

3. Con estrictos fines de averiguación:

Lógicamente las medidas restrictivas de derechos reguladas en el Nuevo Código Procesal Penal, obedecen a fines estrictamente de investigación, es decir que se busca con ellas la eficacia del proceso penal.

En conclusión diremos que los requisitos que deben concurrir para poder requerir confirmatoria judicial son los siguientes:

- a) Restricción de un Derecho fundamental por la Policía y el Ministerio Público.
- b) Situación excepcional de urgencia o peligro por la demora; y, por ende inexigibilidad de resolución judicial previa.
- c) Finalidad de indagación de la medida restrictiva.

El dispositivo analizado deja en claro que existe una clara delimitación entre medidas sujetas a convalidación o confirmatoria, y medidas que solo pueden adoptarse previa autorización judicial (es decir aquellas en donde no se presente las situaciones excepcionales). De tal forma que la finalidad de la confirmatoria no es legitimar una actuación ilegal u obtener una resolución judicial ex post facto que no se obtuvo oportunamente, sino analizar una situación que por la circunstancia excepcional no dio lugar a recabar la autorización judicial. Por ejemplo, en un supuesto de interceptación de comunicaciones privadas, no cabe confirmación judicial, porque de practicarse esta medida sin autorización judicial, directamente estaríamos frente a una violación de contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, que solo se puede limitar previa resolución judicial; y en consecuencia, esta medida ya no se puede convalidar, ni tampoco las fuentes de prueba que de ella se hayan obtenido¹⁰⁹ (porque en este caso inevitablemente se requiere resolución

¹⁰⁹ Al amparo de lo prescrito por el artículo VIII del TP del CPP 2004 y del artículo 159 del mismo.

autoritativa previa y la norma en comento no lo permite ya que uno de los requisitos estudiados es la inexigibilidad de la resolución judicial previa).

Otro ejemplo, en las intervenciones corporales riesgosas, si procede la confirmatoria, porque estas se pueden ejecutar sin resolución judicial previa en supuestos excepcionales de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, pero sin embargo si no existiera dicha situación excepcional se requeriría de modo general la resolución judicial previa.

2.2.8. Confirmatoria judicial en los allanamientos realizados en los casos constitucionalmente de excepción.

El acuerdo plenario en materia penal N° 5-2010/CJ-116¹¹⁰ ha tocado un tema que tiene algo de relación con nuestro tema materia de investigación, es decir ha tocado el tema de la confirmatoria judicial de la incautación, dando a relucir algunos aspectos que podríamos tener en cuenta al momento de llegar a las conclusiones que se pretende arribar en este trabajo de investigación referido a la confirmación judicial del allanamiento en los casos excepcionales de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

A continuación precisamos unos breves alcances de lo más saltante que establece el acuerdo plenario referido; y, que podemos tomar en cuenta para asociarlo con nuestro tema:

¹¹⁰ El mes de noviembre de 2010 se llevó a cabo el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República, consecuencia de este pleno se produjeron seis acuerdos plenarios, los que fueron publicados el quince de diciembre del dos mil diez. El acuerdo plenario 5-2010/CJ-116 sobre incautación, que trata aspectos resaltantes en cuanto a la confirmatoria judicial.

- Con respecto a la incautación realizada con orden judicial (regla general) y sin orden judicial (regla de excepción)

El acuerdo plenario establece en su fundamento N° 11 el régimen de la incautación y hace alusión a tres supuestos de hecho en los cuales se puede realizar incautaciones de elementos y objetos del delito, esos tres supuestos están relacionados a la incautación con orden o sin orden judicial, y en dicho sentido establece que se puede incautar en tres situaciones:

- Casos de fragancia delictiva y peligro inminente de su perpetración.
Que lo realiza la Policía sin orden judicial ni autorización del fiscal.
- Casos de urgencia y peligro por la demora (requisitos copulativos).
Que lo realiza la policía con autorización expresa del fiscal que está llevando la investigación.
- Casos donde existe peligro por la demora pero no confluye la noción de urgencia. Que se realiza estrictamente con orden judicial.

De lo anterior apreciamos que el Acuerdo Plenario hace una distinción entre los casos de incautación realizados en flagrante delito y los casos de incautación realizados cuando exista urgencia y peligro por la demora, lo cual hemos planteado al iniciar este trabajo y en lo cual coincidimos, puesto que a nuestro entender son casos sumamente diferentes y específicamente con respecto al allanamiento se encuentra más pronunciado, porque el derecho a la inviolabilidad de domicilio, es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente que protege el domicilio de una persona en su entendido de cautelar la esfera de la intimidad personal y familiar y su entrada solamente puede ser permitida cuando

exista consentimiento del titular y orden judicial, planteando la propia norma constitucional sus únicas excepciones que son en caso de flagrancia delictiva y grave peligro de su perpetración y en tal entendido el allanamiento como medida restrictiva de derechos fundamentales en aras de la búsqueda de la verdad no puede desconocer estas excepciones muy diferenciadas a las situaciones de urgencia y peligro por la demora que requieren confirmatoria judicial según los preceptos generales de las medidas restrictivas de derechos (Art. 203 inc. 3 del C.P.P)¹¹¹, por eso a nuestro entender dicho precepto general no tendría aplicación para la medida restrictiva de allanamiento porque en esencia el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio solo admite dos excepciones para el ingreso a un domicilio para efectuar investigaciones que son la flagrancia delictiva y el grave peligro de su perpetración, fuera de dichos casos se requiere orden judicial, sin embargo el nuevo código procesal penal no hace mención a la confirmatoria judicial en estos casos excepcionales del ingreso a domicilio sin orden judicial, que como vimos son casos diversos a los de urgencia y peligro por la demora, creyendo que por el principio de legitimidad de la prueba que prescribe que todo medio de prueba debe ser obtenido e incorporado por un procedimiento constitucionalmente legítimo, dichas diligencias de allanamiento sin orden judicial (casos de flagrancia delictiva y grave peligro de su perpetración) deberían requerirse confirmatoria judicial puesto que por la premura de la situación no da tiempo para solicitar una orden judicial pero después inmediatamente hay tiempo de sobra para que el juez de la investigación

¹¹¹ Art. 203 inc.3 del C.pág. pág. Preceptos generales de las medidas restrictivas de búsqueda de pruebas.- Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial.

preparatoria cautele los derechos del imputado y analice el caso concreto a fin de confirmar si se dieron los presupuestos para restringir el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, es decir tendrá que analizar que verdaderamente se haya dado la situación de flagrancia para restringir el derecho fundamental puesto que no estamos libres de que la policía haya intervenido un domicilio para incautar elementos de prueba y no haya existido la situación flagrante, por tanto inmediatamente deberá el fiscal solicitar la confirmatoria judicial para que dicho medio de prueba sea incorporado legítimamente al proceso, sería como lo mencionamos al referirnos al fundamento de la confirmación judicial que se asemeja a una autorización judicial ex post a la medida, porque debido a la situación excepcional no dio tiempo para solicitar una autorización judicial, pero eso no obsta para que inmediatamente cuando ya existe el tiempo suficiente se solicite y así se cautele los derechos fundamentales de todo imputado que en un proceso penal no pueden ser violados solamente restringidos en aras de la eficacia de la persecución penal.

No debemos perder de vista que si analizamos el art. 214 del C.P.P referido al ámbito del allanamiento, podemos colegir que aún tiene más fundamento nuestra tesis al afirmar que los casos de urgencia y peligro por la demora que expresamente el código procesal civil requieren confirmatoria judicial no es de aplicación de modo general a la medida restrictiva de allanamiento. Veamos brevemente lo que prevé

Artículo 214 Solicitud y ámbito del allanamiento.-

1. Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente registro domiciliario de una casa, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto(...).

3. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden judicial constarán detalladamente en el acta.

De dicho artículo apreciamos que solamente se puede allanar un domicilio sin orden judicial en casos de flagrante delito y grave peligro de su perpetración, los demás casos requieren orden judicial. Existe un vacío en cuanto a regular si en dichos casos excepcionales se requiere confirmatoria judicial, puesto que no se encuadra dentro de los supuestos de urgencia y peligro por la demora que según los preceptos generales de las medidas restrictivas de derechos requieren confirmatoria judicial, pero haciendo una interpretación sistemática del ordenamiento procesal penal, argüimos que por el principio de legitimidad de la prueba y en un sistema acusatorio garantista se tiene que solicitar confirmatoria judicial en dichos casos permitidos constitucionalmente porque no se está a salvo de cometer excesos y violar los derechos fundamentales.

- Con respecto a los efectos en la tardanza del fiscal para solicitar confirmatoria judicial

El acuerdo plenario, en su tercera sección, en el punto 13, tercer párrafo refiere lo siguiente:

“La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial – al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación no determina irremediamente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El Plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación – sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso -. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes.”

De lo esgrimido en el fundamento 13 del acuerdo plenario referido a la incautación (ojo no a la medida de allanamiento legítimo), podemos colegir que los autores del acuerdo plenario han considerado que la extemporaneidad o excesiva demora no afecta la eficacia de la prueba, ello sin perjuicio de las sanciones administrativas aplicables al fiscal que haya incurrido en esta.

Si bien es cierto que se define claramente lo que debe entenderse por inmediatez, (párrafo segundo del fundamento 13), también se admite que cualquier solicitud de confirmación que no se haga manteniendo la continuidad en el tiempo, salvo válida justificación, será extemporánea; sin embargo se ha liberado de sanción procesal dicha extemporaneidad como se ha señalado en el párrafo precedente¹¹².

En el presente trabajo, no estamos de acuerdo con lo que señala el acuerdo plenario en lo referido a la extemporaneidad de la solicitud de confirmatoria judicial, porque estamos convencidos que en un SISTEMA ACUSATORIO GARANTISTA el respeto a los derechos fundamentales es su piedra angular y en dicha asunción al haberse llevado a cabo una medida restrictiva de un derecho fundamental sin orden judicial ya sea por la urgencia o peligro por la demora o en un allanamiento en casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración, para que sea legítima dicha medida tiene que contar con el control judicial previo es decir con autorización judicial y en casos que la situación excepcional no lo permita requerirlo después de ejecutada la medida inmediatamente, solo así se cautelará el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y estaremos frente a una restricción legítima del derecho fundamental y no ante una violación del núcleo esencial de todo derecho

¹¹² Esta posición es la misma que en su momento tomó la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el expediente N° 2009-03890-25-0401-JR-PE-3, resolución que ha sido esgrimida por diversas fiscalías para justificar su demora en los casos de incautación cuya confirmación fue solicitada de manera extemporánea. Posiciones contrarias fueron las del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo en el expediente 2091-2008 que declaró inadmisibles las confirmaciones de incautación de armas por extemporánea, al no haberse solicitado inmediatamente; de igual manera la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el expediente 2009-00256-25-2001- JR.PE.1 desaprobó la incautación de billetes falsificados al haberse presentado el requerimiento cinco días después de haberse producido la incautación.

fundamental, por ello a continuación hacemos un análisis a partir del Principio de legitimidad de la prueba que nos parece no haber tenido en cuenta el acuerdo plenario que comentamos.

No hay que perder de vista que el acuerdo plenario está referido a la incautación, difiriendo de nuestro tema de análisis que se refiere a la confirmatoria judicial del allanamiento en casos de flagrante delito y grave peligro de sus perpetración, pero; sin embargo, creemos adecuado refutar el fundamento 13 del acuerdo en comentario porque se refiere directamente a la confirmatoria judicial y tiene relación directa con nuestro tema materia de investigación.

Análisis:

Con respecto al Principio de Legitimidad de la Prueba:

El inciso 1 del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que:

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

Es decir que se establecen dos circunstancias claras respecto a la valoración de la prueba, que haya sido obtenida mediante un proceso constitucionalmente legítimo y adicionalmente que se haya incorporado al proceso de la misma manera.

En cuanto a la primera condición, referida a la obtención de la prueba, queda claro que los mecanismos deben ser constitucionales es decir, sin afectar el

núcleo duro de derechos fundamentales en el acto de su consecución. Ello implica por supuesto la orden judicial previa, o el análisis posterior a través de la solicitud de confirmatoria judicial.

En la segunda condición, se exige que la prueba se incorpore al proceso mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo, lo que implica a su vez que al igual que el caso anterior no se vulneren derechos fundamentales en este trámite.

Al indicar el acuerdo plenario que la confirmación es un simple requisito que sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental omite la segunda condición establecida en el artículo VIII del Título Preliminar, puesto que la confirmación tiene como finalidad la incorporación legítima y constitucional de la prueba obtenida al proceso además de controlar la legitimidad de su obtención.

Así mismo, establece el acuerdo plenario que la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación no importa la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación o aplicándolo a nuestro caso del allanamiento y subsiguiente incautación. Incidimos en que nada tiene que ver que la medida restrictiva de derechos respecto a su procedencia puede haber sido legítima, pero el mandato del Título Preliminar contempla también la validez de su incorporación al proceso.

Cabe resaltar que el fundamento en análisis es contradictorio cuando señala que la omisión de la confirmación judicial de incautación no es un requisito de validez o eficacia de la incautación y más adelante en el fundamento 14 señala

que la intervención judicial es indispensable (reiterando lo señalado en la primera parte del fundamento 12) y que no es posible usar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se haya cumplido con el correspondiente control jurisdiccional, en otras palabras la confirmación. Por esa razón el fundamento 13 del acuerdo plenario debe refutarse y entenderse finalmente, tomando en cuenta lo expuesto por el propio acuerdo plenario en sus fundamentos 12 y 14, y de la interpretación sistemática del Código, que la omisión de confirmación judicial acarrea la definitiva ineficacia de la prueba al no contar con orden judicial ex ante ni ex post.

En ese sentido se puede afirmar que yerra entonces el acuerdo plenario al considerar, en el apartado en análisis, que el incumplimiento del plazo de inmediatez establecido en la norma no tiene sanciones. Tal vez no exista una sanción expresa de orden procesal legal en el capítulo correspondiente, pero es evidente que si existe una de orden constitucional y de principios contenida en el Título Preliminar del Código (Principio de Legitimidad de la Prueba).

Creemos conveniente que la solicitud de confirmatoria judicial deberá producirse inmediatamente, y a fin de que no exista esta clase interpretaciones confusas y agraviantes, debería establecerse un plazo bajo sanción de nulidad, que creemos conveniente sea dentro del término de las 24 horas de ejecutada la medida, así tendrá concordancia el texto del art. 203 inc. 3 con el art. 204 inc.1, el primero que señala que corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial y el segundo que prescribe que contra el auto dictado por el

Juez de la Investigación el Fiscal o el afectado pueden interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de ejecutada la medida.

Ello tiene su fundamento en cautelar los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso y sin dejar de perder de vista que cuando se solicita confirmatoria judicial es porque no ha existido el tiempo suficiente para solicitarla previamente la autorización judicial por existir casos de urgencia y peligro por la demora o de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración, entonces luego se deberá solicitar inmediatamente, al existir luego el tiempo suficiente, de esa manera se convertirá en legítima su incorporación al pasar por el control judicial que es la regla de toda medida restrictiva de derechos, puesto que el juez analizará si se ha obtenido legítimamente y la pertinencia de la medida de acuerdo al principio de proporcionalidad.

La orden judicial y la confirmatoria judicial ¿Cuál es la regla y cuál es la excepción según el acuerdo plenario? ¿Será correcto?

Otro punto, en el que estamos en desacuerdo, de conformidad con todo lo esgrimido a lo largo de este trabajos, es en el primer párrafo del fundamento 13¹¹³ nos confunden al señalar cuál es la regla y cuál la excepción en cuanto a la orden judicial previa y la confirmación judicial, erradamente señalan que la regla general es la confirmación judicial y la excepción la orden judicial previa.

¹¹³ “La incautación siempre requiere de una resolución judicial, ya sea antes de su ejecución – excepción, párrafo 10° literal c) – o después de ella – regla general, párrafo 10° literales a) y b) –.” El apartado 10 no tiene literales a, b y c. Si los tienen los apartados 9 y 11, debe entenderse que el plenario se refiere al apartado 11. Así el apartado 11 menciona a su vez en su literal a) y b) la flagrancia delictiva y los casos de urgencia y peligro en la demora. El literal c) está referido a la inexistencia de peligro en la demora o urgencia.

Como ya hemos lo hemos desarrollado anteriormente al tocar el tema de los presupuestos para la adopción de toda medida restrictiva de derechos, se señaló que la doctrina es unánime al señalar que las medidas restrictivas de derechos sólo pueden ser dispuestas mediante orden motivada y previa al acto, siendo ello la regla general. Otro dato que contribuye con este punto de vista en el derecho comparado es que, por ejemplo, el sistema chileno no contempla la figura de la confirmación ¹¹⁴ y sólo es posible la autorización judicial previa para la ejecución de medidas restrictivas de derechos.

Si la garantía constitucional es que las medidas restrictivas de derechos deben realizarse previo mandato judicial, la confirmación no se constituiría ya en un mandato, si no en una subsanación motivada únicamente por la urgencia de la flagrancia o no existiendo flagrancia, por el peligro en la demora. Asumir que la confirmación es la regla implicaría una desnaturalización del mandato constitucional. Si bien nuestra Constitución no establece de modo expreso la fórmula “previo mandato judicial” se entiende que todo mandato a ser cumplido debe ser previo a lo que se dispone cumplir, caso contrario deja de ser mandato para convertirse en una toma de conocimiento y control de legalidad ex post, que no puede ser aceptado como regla general en un sistema garantista.

En ese orden de ideas, el principio constitucional requiere que el Juez haga el control de legalidad ex ante justamente para prevenir y evitar arbitrariedades,

¹¹⁴ Artículo 9 del Código Procesal Penal chileno, Título I de Principios Básicos equivalente a nuestro Título Preliminar: “Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.”

que ejecutadas, difícilmente podrán ser resarcidas, incluso siendo rechazadas luego por el Juez.

Cabe afirmar entonces que la regla general (contra lo establecido por el acuerdo plenario) debe ser la autorización judicial (ex ante) y la excepción la confirmación (ex post) y esta sólo cuando concurren los requisitos de la flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración o ante supuestos de urgencia y peligro en la demora, según sea el caso.

Aplicado al allanamiento:

La consideración de la entrada y registro domiciliario como una restricción de derechos fundamentales significa que tan sólo revisten tal calificación aquellas actuaciones que cumplen un doble requisito: de un lado, forman parte del supuesto de hecho del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, esto es, constituyen intromisiones en virtud del consentimiento del titular, una resolución judicial, flagrante delito o grave peligro de su perpetración de delito sobre el domicilio constitucionalmente protegido; de otro, respetan los requisitos derivados del principio de proporcionalidad proclamado por el Tribunal Constitucional para este tipo de medidas de búsqueda de pruebas.

La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho a la inviolabilidad de domicilio u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier

entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular.

En estrecha conexión con lo anterior hemos declarado que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma. Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como «garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental.

Es así que en los casos excepcionales de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración si bien es cierto estos casos no se exige una resolución previa, si el juez tendrá que analizar y ponderar que no se haya violado el núcleo esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio a través de la confirmatoria judicial.

Si no se solicitara confirmación judicial en los casos excepcionales señalados, se estaría colaborando indirectamente a lograr la impunidad del delito y por consiguiente eximir de responsabilidad penal al imputado, porque al atentarse el principio rector del Sistema Procesal Penal como es de Legitimidad de la Prueba (por no haber existido control judicial tanto en su obtención como en su incorporación) la prueba obtenida en la intervención de allanamiento devendría en ineficaz, por esa razón, creemos necesario se regule la obligatoriedad de solicitarla inmediatamente una vez ejecutada la medida y que su incumplimiento o

demora genere la nulidad de la diligencia en aras del respeto irrestricto a los derechos fundamentales del imputado.

Proponemos que la inmediatez que señala la norma (Art. 203 inc. 3 del C.P.P) debe ser interpretada dentro del plazo de 24 horas de ejecutada la medida como máximo, que coincide a su vez con el plazo de la detención en flagrancia delictiva. De no procederse de esa manera la diligencia y las pruebas obtenidas tendrían que declararse ilícitas por transgredir el principio rector de legitimidad de la prueba en un sistema procesal penal garantista como el nuestro y por haberse realizado una violación al derecho fundamental de inviolabilidad de domicilio.

Recordemos que el nuevo sistema procesal penal que nos gobierna es totalmente diferente al antiguo modelo procesal penal ya que el extinto procedimiento policial regulado por el modelo penal inquisitivo, producido o comprobado la comisión de un presunto delito (Homicidio, Robo, etc.), la Policía interviene aduciendo flagrancia delictiva y si se encuentra armas, evidencias o elementos materiales probatorios (EMP) del delito, levanta una Acta de Incautación con intervención del Fiscal y firmas de intervenidos, testigos y policías intervinientes, documento que es anexado al Atestado Policial, conservando importante calidad probatoria durante todo el proceso penal; paralelamente el arma, las evidencias o los EMP son enviados a los peritos y los dictámenes periciales igualmente adjuntados al Atestado Policial. En el nuevo procedimiento policial regulado por el modelo acusatorio, el ingreso a un domicilio y su posterior incautación realizada por la Policía tiene que pasar por un procedimiento técnico- jurídico totalmente diferente que tiene que culminar a

nuestro juicio con la confirmación judicial correspondiente para que sus resultados puedan ser incorporados debidamente al proceso y en su oportunidad considerados como prueba lícita.

En consecuencia de no hacerlo, se estaría colaborando indirectamente a lograr la impunidad del delito y por consiguiente eximir de responsabilidad penal al imputado. De allí la importancia de la capacitación de la Policía para el nuevo sistema penal acusatorio en su función de investigación y de apoyo directo a la labor de investigación criminal encomendada al Fiscal del caso. Si bien es cierto la confirmación judicial de la diligencia de allanamiento en los supuestos excepcionales es responsabilidad inmediata del Fiscal, el trabajo en equipo con la Policía, no permitiría que se produjeran omisiones de ninguna naturaleza, pues en todo caso, ambos buscan los mismos objetivos frente al delito.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

- **ALLANAMIENTO:** Es el ingreso a un domicilio con fines de investigación: el registro del lugar (búsqueda de objetos o personas relacionadas con un delito) u otro acto procesal (p. ej. trabar un embargo, sacar fotografías, etc).
- **CÓDIGO PROCESAL PENAL.-** Conjunto adjetivas penales o jurídicas–procesal–penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un proceso penal. En síntesis, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo del proceso penal.

- **CONFIRMACIÓN:** Es un acto jurídico en virtud del cual se convalida otro acto jurídico, que por adolecer de un vicio o causal de nulidad relativa, puede ser anulado.¹¹⁵
- **DELITO.-** El delito, en sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica (descrita por la ley), antijurídica (contraria a Derecho) y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena. con condiciones objetivas de punibilidad. Supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.
- **DERECHO DE DEFENSA.-** San Martín Castro¹¹⁶ señala que el derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citado o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito. Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el sujeto pasivo de la imputación tiene, en cuanto posibilidad procesal, el derecho de acceder al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelve.
- **DERECHOS HUMANOS.-** Son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad

¹¹⁵ Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. Diccionario Jurídico, Editorial San Marcos, pág. 97

¹¹⁶ San Martín Castro, César. Derecho procesal penal. volumen I. Lima: Grijley, 1999, págs. 70-71.

y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional¹¹⁷.

- **DERECHO FUNDAMENTALES:** Es el derecho que tiene toda persona de no ser perturbada en su tranquilidad dentro de su hogar, de vivir con toda libertad dentro de determinado espacio físico, en el cual lleva a cabo gran parte de su experiencia personal y en donde además satisface sus necesidades, con la seguridad que nadie pueda ingresar en el sin su consentimiento, haciéndose extensivo a la facultad que se tiene de no permitir que se permanezca dentro de ella, cuando el propietario así lo disponga.
- **DOMICILIO:** Asiento Jurídico de la persona, su sede legal, el territorio donde se le encuentra para imputarle posición jurídicas, para atribuirles derechos o deberes.¹¹⁸
- **ESTADO DE DERECHO:** es el Estado sometido al Derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general”¹¹⁹.
- **FLAGRANCIA:** Viene del latín *flagrans-flagrantis*, participio de presente del verbo *flagrare*, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y en este sentido ha pasado a nuestros días, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o

¹¹⁷ Pérez Luño, Antonio. Los Derechos Fundamentales. 7ª ed. Madrid: Editorial Tecnos; 1998, pág. 23.

¹¹⁸ Fernandez Sessarego, Carlos; Derecho de las Personas, librería Studium Editores, Lima 1986, pág.94

¹¹⁹ Díaz, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid, Taurus, 1998. p. 29.

escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave, a fin de que cese el delito, porque está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente, o porque es posible que el mal se corte y no vaya en aumento.

- **LEGITIMIDAD DE PRUEBA:** Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.
- **INCUPLADO.-** Procesado en una investigación de un delito, como presunto autor del mismo. Al respecto Hernán Figueroa Estremadoyro refiriéndose al procesado, dice: “El inculgado de un delito contra el cual se ordena auto de procedimiento”¹²⁰.
- **PRUEBA:** Etimológicamente la voz prueba es el sustantivo del verbo probar, que representa su acción, su elemento, su procedimiento y su resultado, previo un averiguamiento, con el fin de verificar o comprobar la verdad, la veracidad o la certeza de una proposición. Prueba es entonces, es el sustantivo, en cuanto representa el elemento, la actividad, el procedimiento y el resultado, todas a una, del atributo que conlleva el verbo probar, y particularmente también es el sustantivo de los verbos verificar y comprobar, en cuanto encarna la propiedad del procedimiento, para el primero en las ciencias reales, y para el segundo en las ciencias formales.¹²¹

¹²⁰ Figueroa Estremadoyro, Hernán. *Diccionario Jurídico*, Editorial Inkari. E.I.R.L.

¹²¹ Cuello Iriarte, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1979, pág. 33

- **PRUEBA ANTICIPADA:** Es aquella practicada siempre con el Juez o Tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión, esto es, cuando no sea reproducidas en el acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducirles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarla en el plenario.¹²²
- **PRUEBA ILÍCITA:** Debe entenderse como aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales.¹²³
- **PRUEBA PROHIBIDA:** Es aquella prueba obtenida ilícitamente, es decir vulnerando los derechos fundamentales del imputado a fin de adquirir fuentes de conocimiento.

¹²² Rojas Yataco Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Pacifico Editores S.A.C. Pág. 883

¹²³ Miranda Estampres, Manuel. “La Prueba Ilícita: Como Regla de exclusión Probatoria y sus Excepciones”. En Revista Catalana de Seguretat Pública, Mayo del 2010. pág. 133

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación:

Correspondió a una investigación jurídica Mixta¹²⁴: **Dogmática-Empírica**, en su **dimensión dogmática** tuvo finalidad fundamental ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir el principio de legitimidad de la prueba y el requerimiento de confirmación del allanamiento y su **dimensión empírica** buscó relacionar la legitimidad de la prueba y el requerimiento de la confirmación judicial en los Casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración en los Juzgados de investigación Preparatoria de Huaraz, durante el periodo lectivo de 2012-2013.

3.1.2 Tipo de diseño

Correspondió a la denominada **No Experimental**¹²⁵, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no tuvo grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

¹²⁴ Solís Espinoza, Alejandro. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Lima, 1991, págs. 54 y ss.

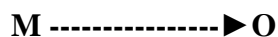
¹²⁵ Robles Trejo, Luis y otros. Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Lima, Editorial Fecatt, 2012, pág. 34.

3.1.3. Diseño General:

Se empleó el diseño **Transversal**¹²⁶, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito fue describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, estuvo delimitado temporalmente para el periodo 2012-2013.

3.1.4. Diseño específico:

Descriptivo - simple



Donde:

M: Muestra.

O: Observación.

3.2. Métodos de investigación¹²⁷.

Los métodos específicos que se emplearon en la investigación fueron:

3.2.1. Métodos Generales

Utilizamos los métodos: inductivo - deductivo, analítico – sintético

3.2.2. Métodos de la Investigación Jurídica

- **Método Dogmático.-** Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción,

¹²⁶ Hernández Sampieri, Roberto y otros. Metodología de la Investigación, México, Editorial McGrawHill, 2010, pág. 151.

¹²⁷ Zelayarán Durand, Mauro. Metodología de la investigación jurídica. Lima, Ediciones Jurídicas, 2000, págs. 65 y ss.

deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El Derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleara en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

- **Método hermenéutico.** La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho. Los aplicadores del derecho tienen la enorme pero a la vez honrosa responsabilidad de otorgar sentido, a través de sus resoluciones judiciales, a la voluntad soberana del pueblo. En sentido amplio, éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En ese sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Existen muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etcétera) empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate para que de esa forma se obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no

contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respeta y cumpla) capaz de garantizar la vigencia del Estado de Derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación con el todo del sistema normativo que se presume integro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

Para nuestro caso, empleamos el Método Hermenéutico en la interpretación de las normas sustantivas y adjetivas vinculadas al Principio de la Legitimidad de la Prueba y el allanamiento de domicilio en caso de flagrancia.

- **Método de la Argumentación Jurídica.**- La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo. En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia

de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

Para nuestra investigación el método de la argumentación jurídica nos ha permitido desarrollar el análisis y las fundamentaciones de la dogmática jurídica referida al Principio de Legitimidad de la Prueba y el allanamiento.

- **Método Exegético.**- Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Este Método nos ha permitido realizar la interpretación literal de la norma jurídica y plasmar la dogmática jurídica referida al tema de investigación.

- **Método fenomenológico**¹²⁸.- Para este método los fenómenos sociales y jurídicos pueden ser objeto del conocimiento mediante la percepción de sus procesos de manifestación en el contexto de la realidad social, hasta el conocimiento de su naturaleza o esencia, que lo distingue de otros hechos o fenómenos en su dimensión histórica, es decir, en sus modificaciones y

¹²⁸ *Ibíd.*, pág. 107.

cambios en el tiempo y en el espacio geográfico y social, las que determinan la validez de las concepciones, normas e instituciones.

Este método nos ha permitido realizar el estudio de nuestra investigación referida al Principio de Legalidad y en particular, del allanamiento en caso de flagrancia.

- **Método matemático.-** La investigación por su naturaleza mixta, trabajó con datos empíricos que requiere su representación numérica, en consecuencia se empleara las matemáticas para poder representar dichos datos o información –cuantificación numérica-, a lo que la investigación social denomina proceso de matematización de la ciencia.

Este método nos ha servido de apoyo en el análisis e interpretación de los cuadros y gráficos estadísticos.

- **Método estadístico.-** En nuestros días, la estadística se ha convertido en un método efectivo para describir con exactitud los valores de datos económicos, políticos, sociales, psicológicos, biológicos o físicos, y sirve como herramienta para relacionar y analizar dichos datos. El trabajo estadístico consistirá en reunir, tabular los datos, e interpretarlos. En la presente investigación se empleará solo la estadística descriptiva que analiza, estudia y describe a la totalidad de individuos o elementos de una población. Su finalidad es obtener información, analizarla, elaborarla y simplificarla lo necesario para que pueda ser interpretada cómoda y rápidamente y, por tanto, pueda utilizarse eficazmente para el fin que se

deseo. El proceso que se seguirá, consistirá de los siguientes pasos: a) Selección de caracteres dignos de ser estudiados, b) Mediante encuesta o medición, obtención del valor de cada individuo en los caracteres seleccionados, c) Elaboración de tablas de frecuencias, mediante la adecuada clasificación de los individuos dentro de cada carácter y d) Representación gráfica de los resultados (elaboración de gráficas estadísticas).

Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plasmaron de la siguiente manera:

- a) **Planteamiento del problema:** Comprendió la individualización y descripción del problema, el planteamiento de una hipótesis directriz o de trabajo, y la adopción de métodos para el conocimiento del problema.
- b) **Construcción:** Es la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella observamos la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos veremos la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Papel fundamental es la ordenación de las fuentes, la cual puede ser:

- Bibliográficos: Datos sobre las fuentes.
- Bibliografía: Datos sobre autores y/o personas.

- Nemo técnicas: son citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinados o que tienen alguna relación.
 - Webgrafía: Datos sobre fuentes del internet.
- c) **Discusión:** Donde se realizó la revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan tesis y los métodos para su demostración, la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.
- d) **Informe final:** el mismo que será redactado siguiendo el estilo y técnica de Vancouver, que es el más adecuado para la presentación de informes científicos en las ciencias sociales.

3.3. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

3.3.1. Población

A. Universo Físico: La delimitación geográfica estuvo constituida por los Juzgados de Investigación Preparatoria y las Fiscalías Corporativas Anticorrupción del Distrito Judicial de Ancash.

B. Universo Social: La Población o Universo accesible estuvo conformado por 11 Fiscales y 10 expedientes judiciales sometidos a la audiencia preliminar de control de la acusación fiscal.

C. Universo temporal: El periodo de estudio correspondió a los años 2011 al 2012.

3.3.2. Muestra

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Las fiscalías de Investigación Preparatoria de Huaraz.
- **Tamaño muestral:** Dado a que nuestra investigación fue de tipo no probabilística por que la técnica empleada fue intencional, decidiendo el investigador cuál ha de ser el tamaño de la muestra; por ello estuvo conformado por: 03 corporativas Fiscales y 50 expedientes judiciales.
- **Unidad de análisis:** Personas y expedientes judiciales.
- **Unidad de análisis:** Personas (Fiscales de la investigación preparatoria de Huaraz) y objetos (casos judiciales relacionados al tema de estudio).
- Doctrina y jurisprudencia penal y procesal penal.

3.4. Estrategias o procedimientos de recogida, análisis e interpretación de información.

Estrategias o procedimientos de recogida de información

- Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales y de Resumen y la Técnica del

Análisis documental, con su instrumento la Ficha de análisis. Además de la encuesta para conocer la apreciación de los jueces y abogados.

- Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.
- Para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo lo que permitirá recoger opiniones y valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia, doctrina y el derecho comparado.

Pero complementariamente, se empleó el enfoque cuantitativo para procesar y representar los datos empíricos que se obtengan.

Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido.

Cuyos pasos seguidos fueron:

- a) Selección de la información que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de medición e interpretación

Criterios:

Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscara la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de la información

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar el estudio de las acusaciones fiscales, auto de sobreseimiento y autos de enjuiciamiento, sentencias judiciales, doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que existe en el Derecho Penal y Procesal Penal.

Para conocer la opinión de los magistrados y abogados sobre el problema de

estudio se aplicó la técnica de la encuesta, cuyo instrumento será el cuestionario, elaborado en base a preguntas cerradas.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática e integral del problema de estudio.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se formuló en base al logro de los objetivos de investigación, cuyo diseño de trabajo operacional, implica trabajar con la información encontrada en las diversas fuentes a fin de procesar dicha información con la técnica de la argumentación jurídica.

3.6. Contexto.

El lugar donde se desarrolló la investigación fue la ciudad de Huaraz, durante el año 2012-2013.

3.7. Unidad de Análisis o informantes

La unidad de análisis en la presente investigación estuvo conformada por:

- Contenido de las carpetas fiscales sometidas a la audiencia de control de la acusación fiscal.
- Opinión de los magistrados y abogados.
- Contenido de la doctrina, jurisprudencia y normatividad.

La estructura de la unidad de análisis estuvo conformada por:

- **Unidad temática:** consistió en el tema del contenido que se va a analizar.
- **Unidades de registro:** en esta etapa se delimitaron y dieron curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estarán delimitadas según los objetivos.

3.8. Análisis estadístico de la información

Los datos obtenidos con los instrumentos antes descritos fueron ordenados, clasificados, interpretados y representados de acuerdo al sistema estadístico descriptivo.

IV. RESULTADOS

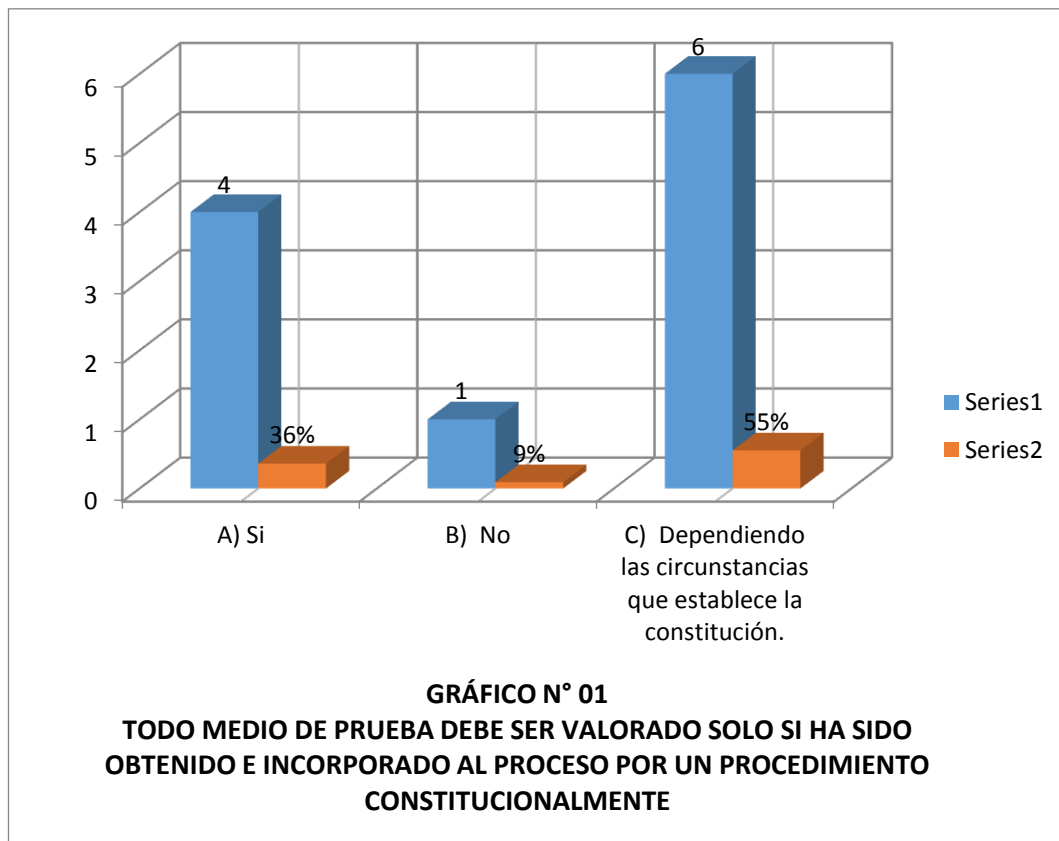
4.1. APLICACIÓN DE LA ENCUESTA

1. ¿Consideras que todo medio de prueba debe ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo?.

CUADRO N° 01

ALTERNATIVAS	f	%
A) Si	04	36
B) No	01	09
C) Dependiendo las circunstancias que establece la constitución.	06	55
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

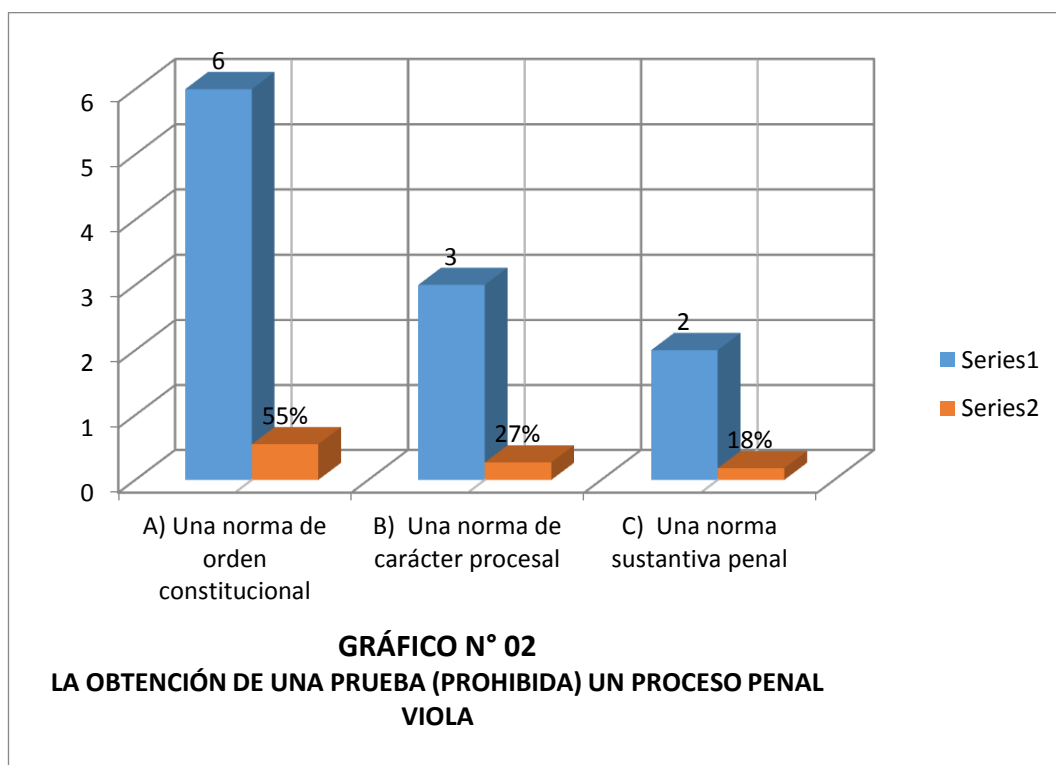
En el cuadro N° 01 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 56% respondió la alternativa *C) Dependiendo las circunstancias que establece la constitución;* seguido del 36% que respondió la alternativa *A) Si;* y sólo el 9% contestó la alternativa *B) No*

2. La obtención de una prueba (prohibida) un proceso penal viola:

CUADRO N° 02

ALTERNATIVAS	f	%
A) Una norma de orden constitucional	06	55
B) Una norma de carácter procesal	03	27
C) Una norma sustantiva penal	02	18
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

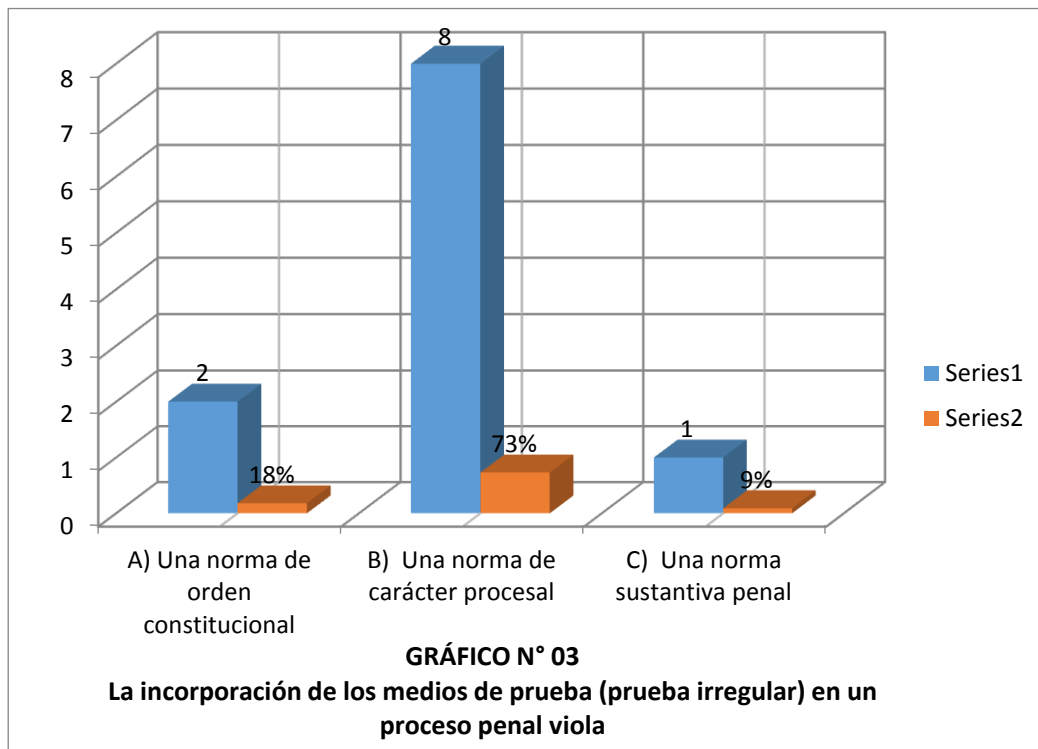
En el cuadro N° 02 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 55% respondió la alternativa A) *Una norma de orden constitucional*; seguido del 27% que respondió la alternativa B) *Una norma de carácter procesal*; y el 18% contestó la alternativa C) *Una norma sustantiva penal*.

3. La incorporación de los medios de prueba (prueba irregular) en un proceso penal viola:

CUADRO N° 03

ALTERNATIVAS	f	%
A) Una norma de orden constitucional	02	18
B) Una norma de carácter procesal	08	73
C) Una norma sustantiva penal	01	09
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



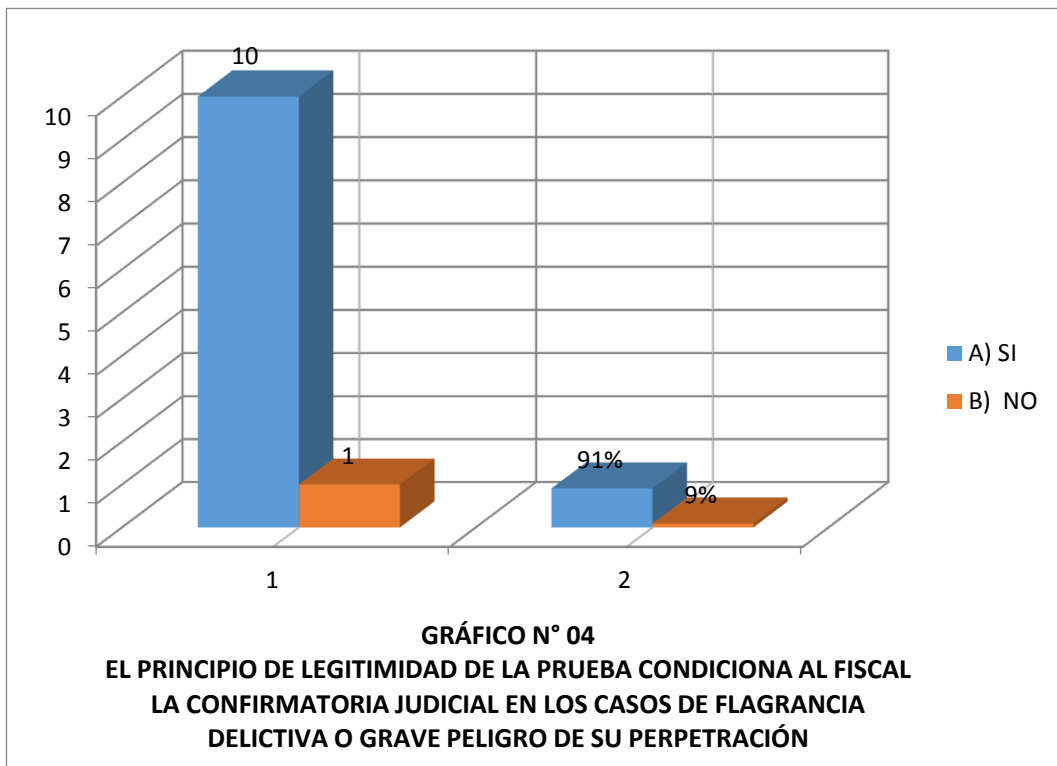
En el cuadro N° 03 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 73% respondió la alternativa B) *Una norma de carácter procesal*; seguido del 18% que respondió la alternativa A) *Una norma de orden constitucional*; y sólo el 09% contestó la alternativa C) *Una norma sustantiva penal*.

4. El principio de Legitimidad de la Prueba condiciona al fiscal a solicitar la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

CUADRO N° 04

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	10	91
B) NO	01	09
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



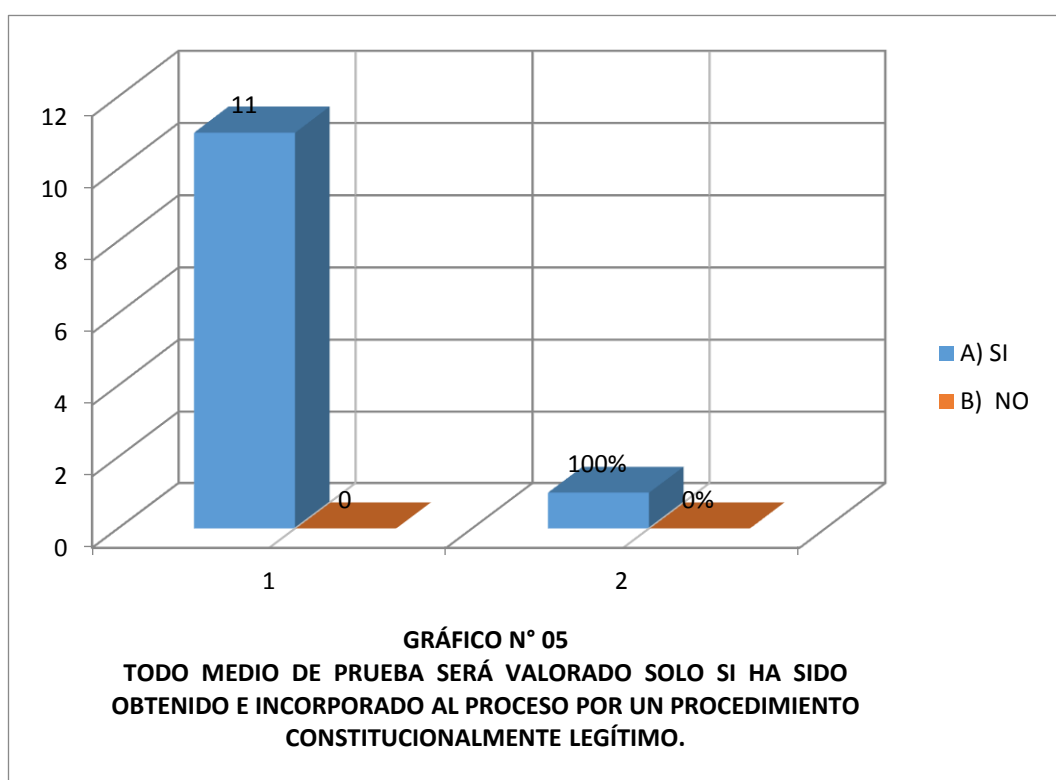
En el cuadro N° 04 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 91% respondió la alternativa A) Si y sólo el 09% contestó la alternativa B) No.

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

CUADRO N° 05

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	11	100
B) NO	00	00
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

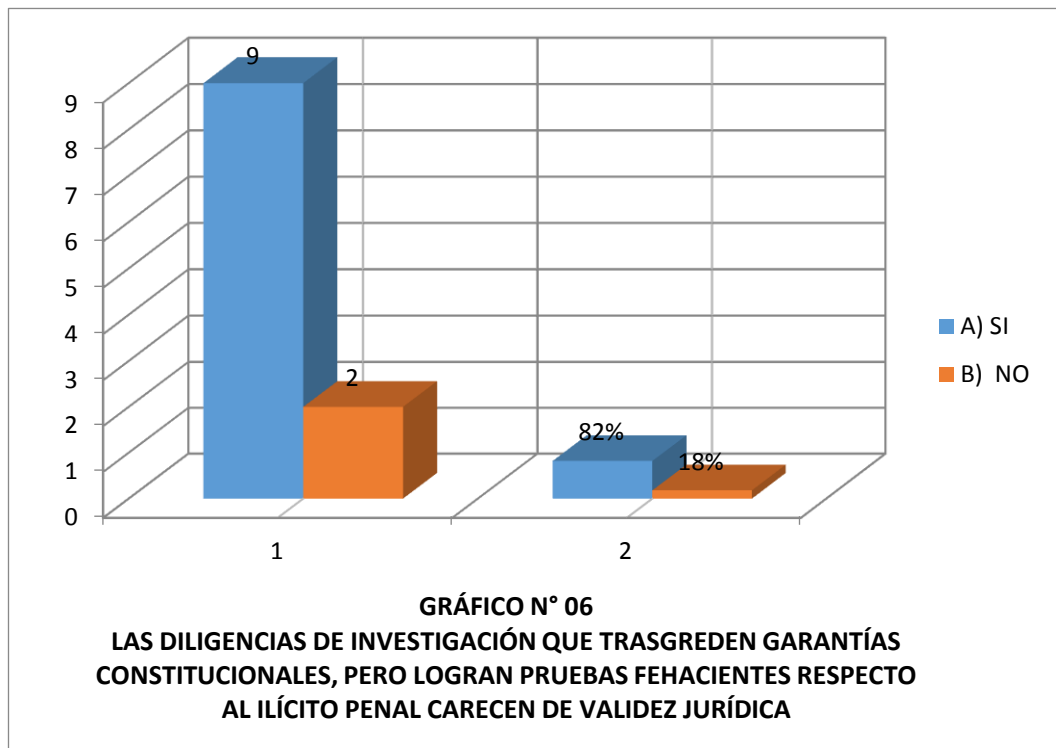
En el cuadro N° 05 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 100% total de encuestado respondió la alternativa A) Si y ninguno la alternativa B) No.

6. Si las diligencias de investigación se realizan trasgrediendo garantías constitucionales, pero logran pruebas fehacientes respecto al ilícito penal carecen de validez jurídica

CUADRO N° 06

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	09	82
B) NO	02	18
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

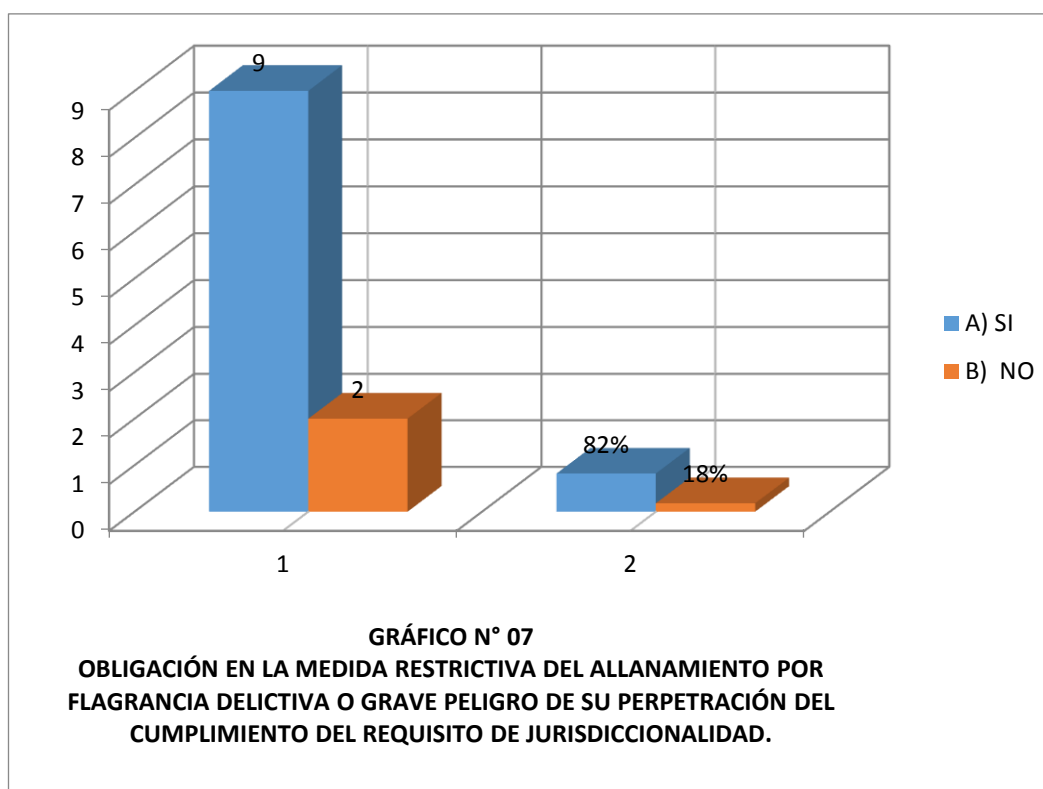
En el cuadro N° 06 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 82% respondió la alternativa A) Si y sólo el 18% contestó la alternativa B) No.

7. En la medida restrictiva del allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración es obligatorio el cumplimiento del requisito de Jurisdiccionalidad.

CUADRO N° 07

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	09	82
B) NO	02	18
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

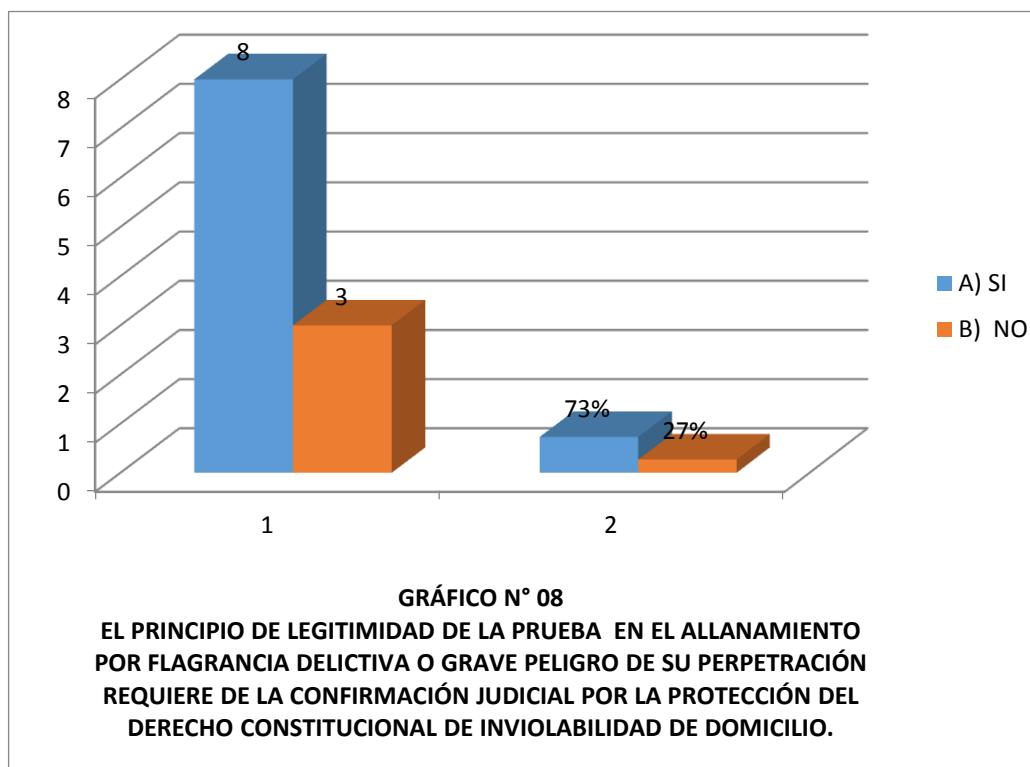
En el cuadro N° 07 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 82% respondió la alternativa A) Si y sólo el 18% contestó la alternativa B) No.

8. El Principio de legitimidad de la Prueba puesta en práctica por el fiscal en caso de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración tiene que respetar el derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio..

CUADRO N° 08

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	08	73
B) NO	03	27
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



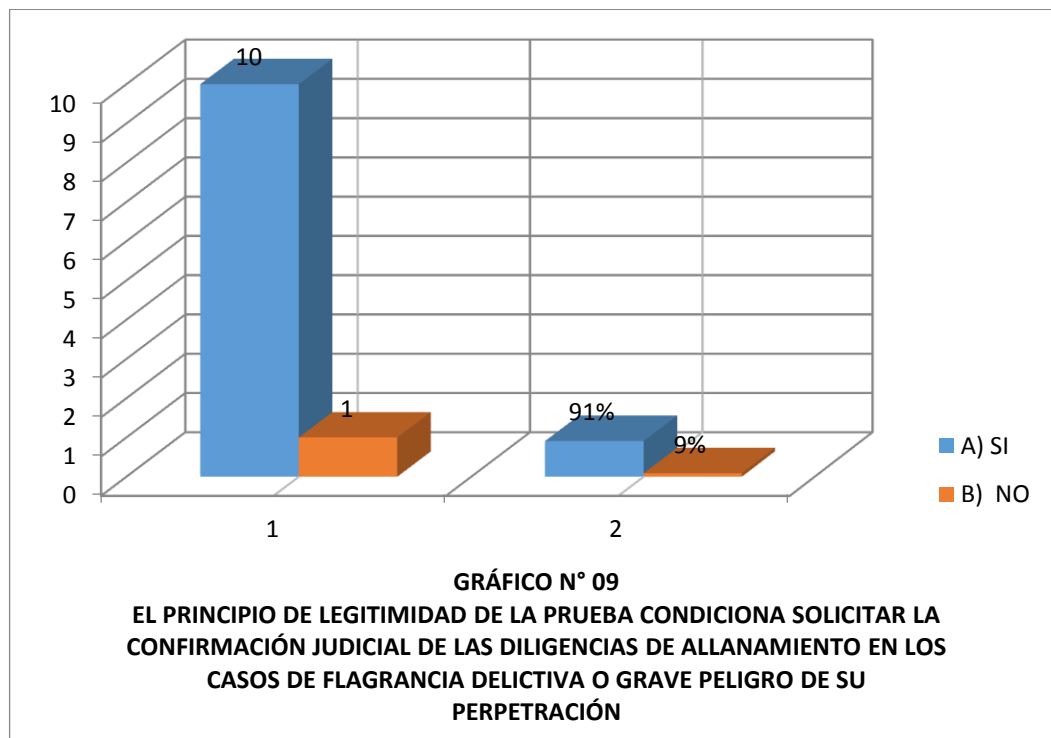
Interpretación: En el cuadro N° 08 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 73% respondió la alternativa A) *Si* y sólo el 27% contestó la alternativa B) *No*.

9. El Principio de legitimidad de la Prueba condiciona al fiscal a solicitar la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

CUADRO N° 09

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	10	91
B) NO	01	09
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

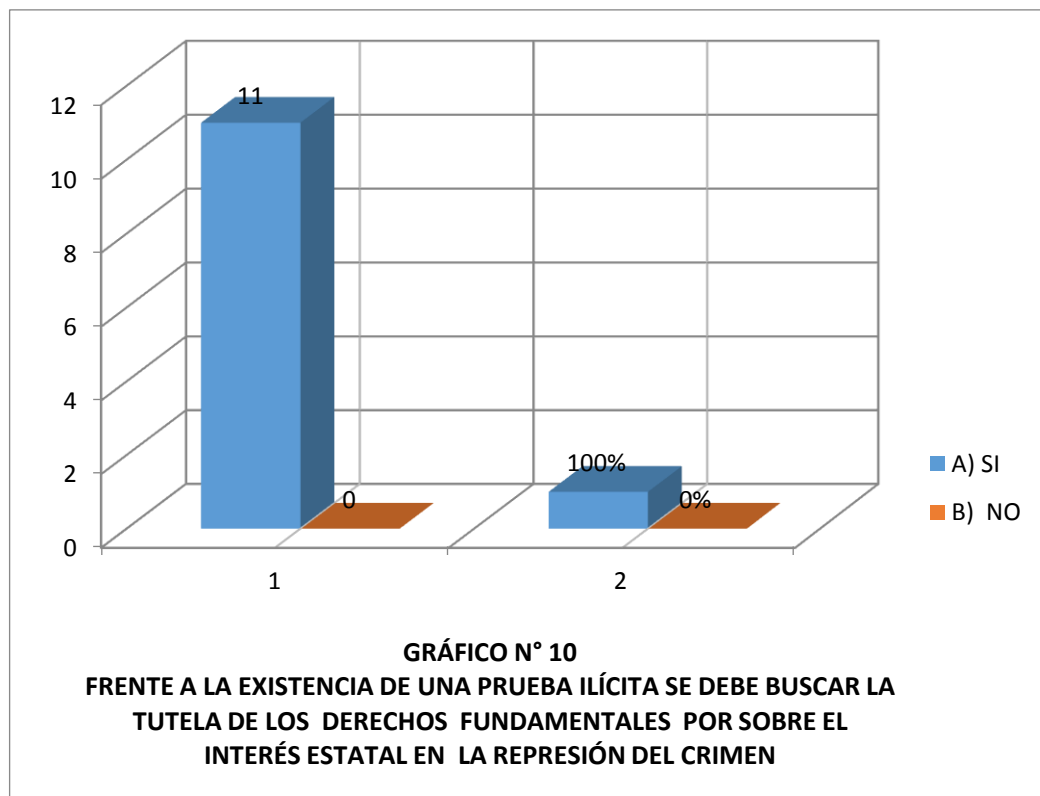
En el cuadro N° 09 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 91% respondió la alternativa A) Si y sólo el 09% contestó la alternativa B) No.

10. Considera Ud. que frente a la existencia de una prueba ilícita se debe buscar la tutela de los derechos fundamentales del individuo por sobre el interés estatal en la represión del crimen

CUADRO N° 10

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	11	100
B) NO	00	00
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

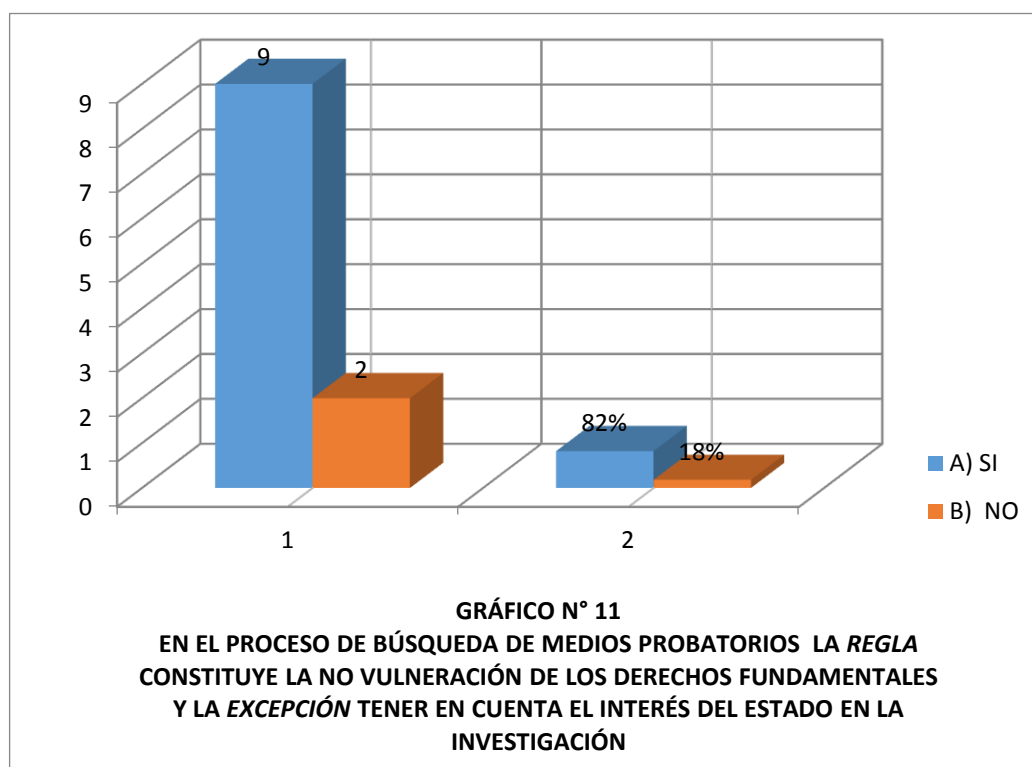
En el cuadro N° 10 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 100% respondió la alternativa A) Si y ninguno la alternativa B) No.

11. Consideras que en el proceso de búsqueda de medios probatorios por parte del Ministerio Público la *regla* constituye la no vulneración de los derechos fundamentales del imputado y la *excepción* tener en cuenta el interés del Estado en la investigación.

CUADRO N° 11

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	09	82
B) NO	02	18
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



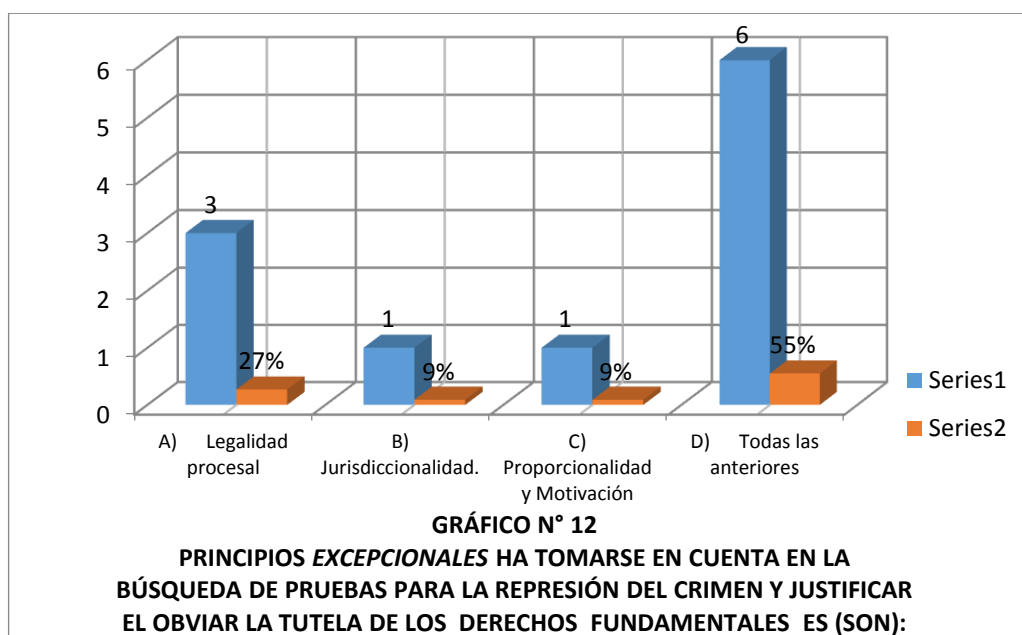
Interpretación: En el cuadro N° 11 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 82% respondió la alternativa A) *Si* y el 18% contestó la alternativa B) *No*.

12. El (los) Principio (s) o actuación (es) *excepcional* (es) a tomar (se) en cuenta para la intervención del Ministerio Público en la búsqueda de pruebas para la represión del crimen y justificar el obviar la tutela de los derechos fundamentales es (son):

CUADRO N° 12

ALTERNATIVAS	f	%
A) Legalidad procesal	03	27
B) Jurisdiccionalidad.	01	09
C) Proporcionalidad y Motivación	01	09
D) Todas las anteriores	06	55
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

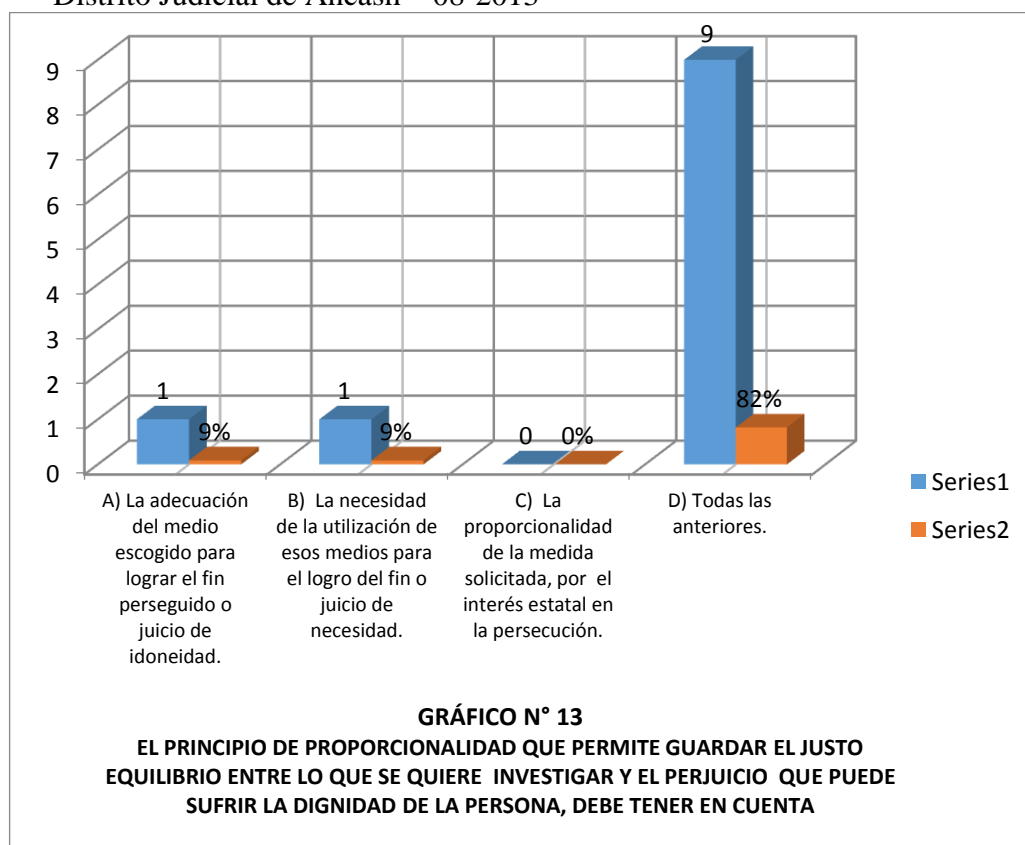
En el cuadro N° 12 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 55% respondió la alternativa D) *Todas las anteriores*; seguido del 27% que respondió la alternativa A) *legalidad procesal*; el 09% contestó la alternativa B) *Proporcionalidad y Motivación*; y el 09% contestó la alternativa C) *Proporcionalidad y Motivación*.

13. El principio de Proporcionalidad señalada por la dogmática penal que permite guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede sufrir la dignidad de la persona, debe tener en cuenta:

CUADRO N° 13

ALTERNATIVAS	f	%
A) La adecuación del medio escogido para lograr el fin u objetivo perseguido o juicio de idoneidad.	01	09
B) La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin o juicio de necesidad.	01	09
C) La proporcionalidad (ponderación), respecto de la medida solicitada que sea dada por la mayor importancia que tiene en un caso el interés estatal en la persecución.	00	00
D) Todas las anteriores.	09	82
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

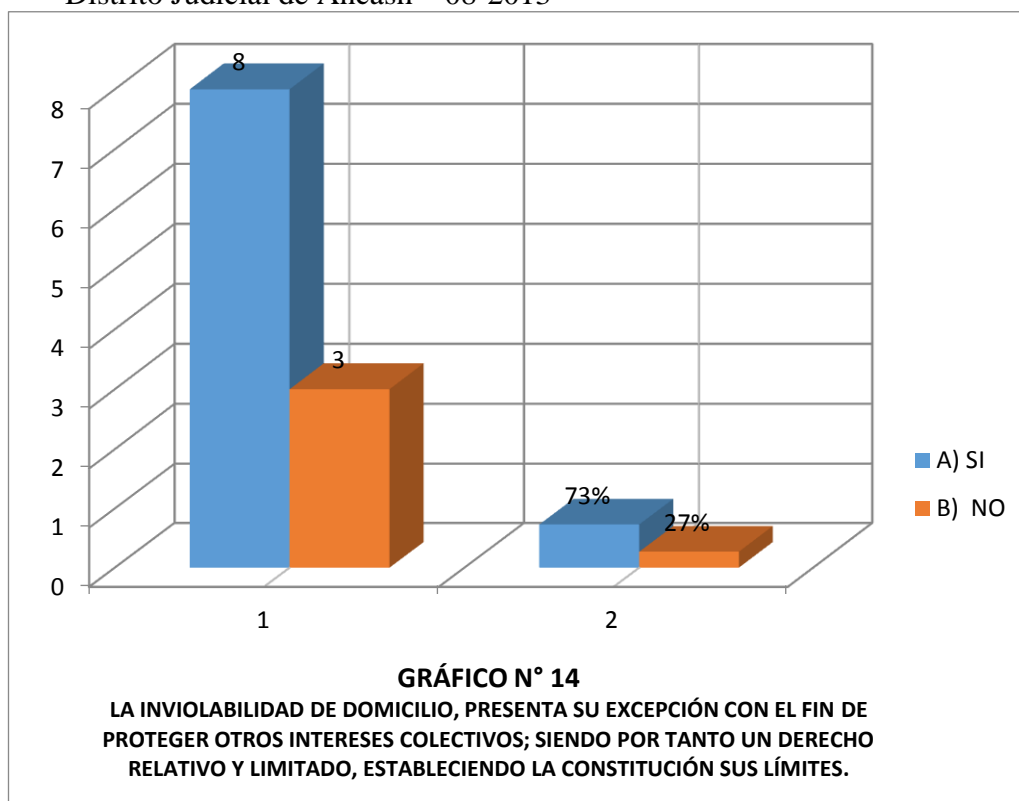
En el cuadro N° 13 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 82% respondió la alternativa *D) Todas las anteriores*; seguido del 09% que respondió la alternativa *A) La adecuación del medio escogido para lograr el fin u objetivo perseguido o juicio de idoneidad*; el 09% contestó la alternativa *B) La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin o juicio de necesidad*; y ninguno contestó la alternativa *C) La proporcionalidad (ponderación), respecto de la medida solicitada que sea dada por la mayor importancia que tiene en un caso el interés estatal en la persecución*.

14. Consideras que la inviolabilidad de domicilio, presenta su excepción con el fin de proteger otros intereses colectivos; como son la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos; siendo por tanto un derecho relativo y limitado, estableciendo la constitución sus límites.

CUADRO N° 14

ALTERNATIVAS	f	%
A) SI	08	73
B) NO	03	27
TOTAL	11	100%

Fuente: Encuesta aplicada a los Fiscales de Investigación preparatoria del Distrito Judicial de Ancash – 08-2013



Interpretación

En el cuadro N° 14 podemos observar que de 11 fiscales encuestados que conforman el 100% de la muestra de estudio; el 73% respondió la alternativa A) Si y el 23% contestó la alternativa B) No.

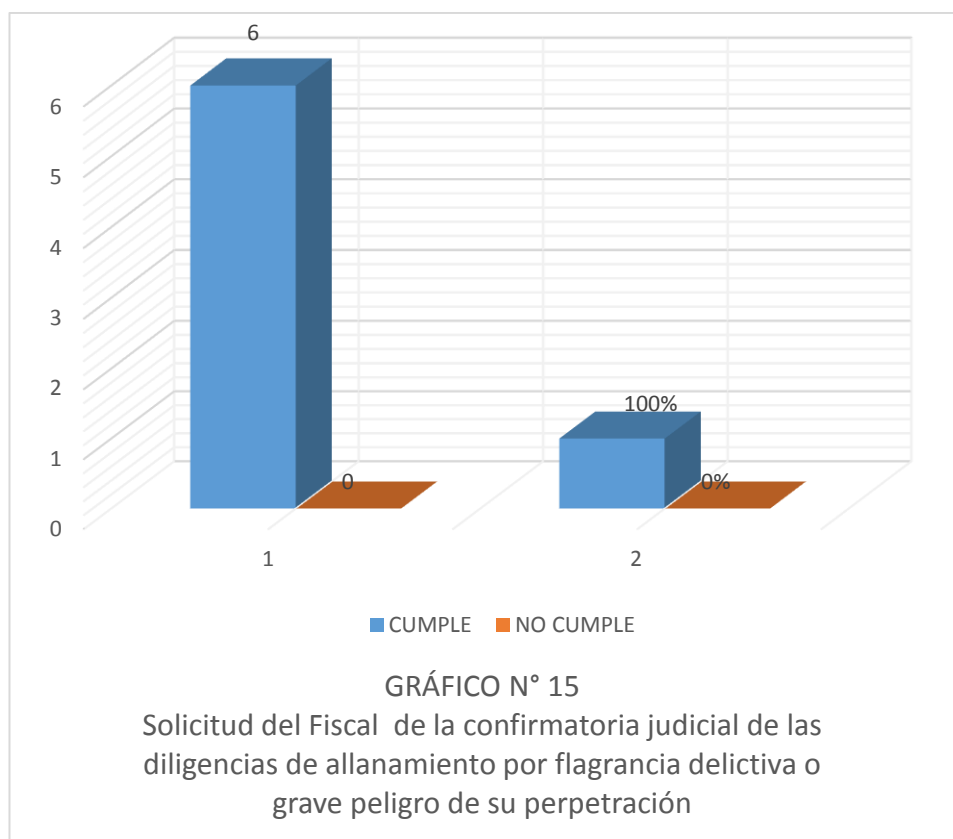
4.2. RESULTADO DEL ANÁLISIS DE LOS EXPEDIENTES DEL CASO

15. El fiscal solicitó la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

CUADRO N° 15

ALTERNATIVAS	f	%
CUMPLE	6	100%
NO CUMPLE	0	00%
TOTAL	06	100%

Fuente: Observación realizada a los expedientes del Juzgado de Investigación Preparatoria – Huaraz, 2012-2013.



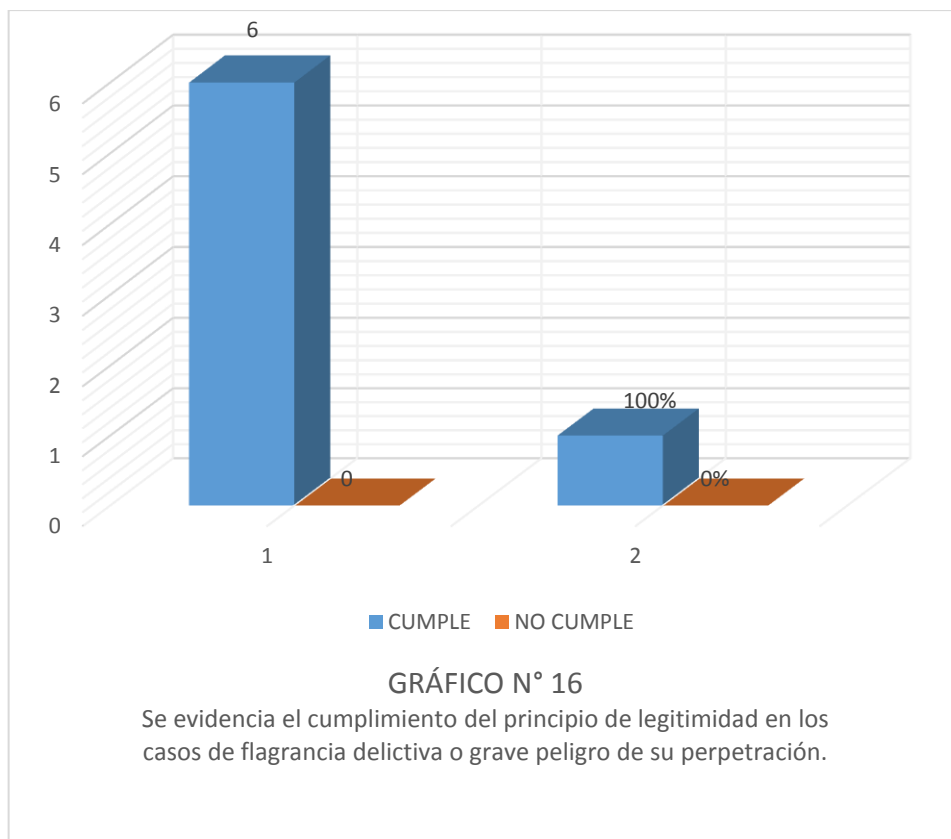
El cuadro N° 15 nos muestra que el total de expedientes (100%) que conformaron la muestra de estudio establecen que el fiscal solicitó la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

16. Se evidencia el cumplimiento del principio de legitimidad en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

CUADRO N° 16

ALTERNATIVAS	f	%
CUMPLE	6	100%
NO CUMPLE	0	00%
TOTAL	06	100%

Fuente: Observación realizada a los expedientes del Juzgado de Investigación Preparatoria 2012-2013.



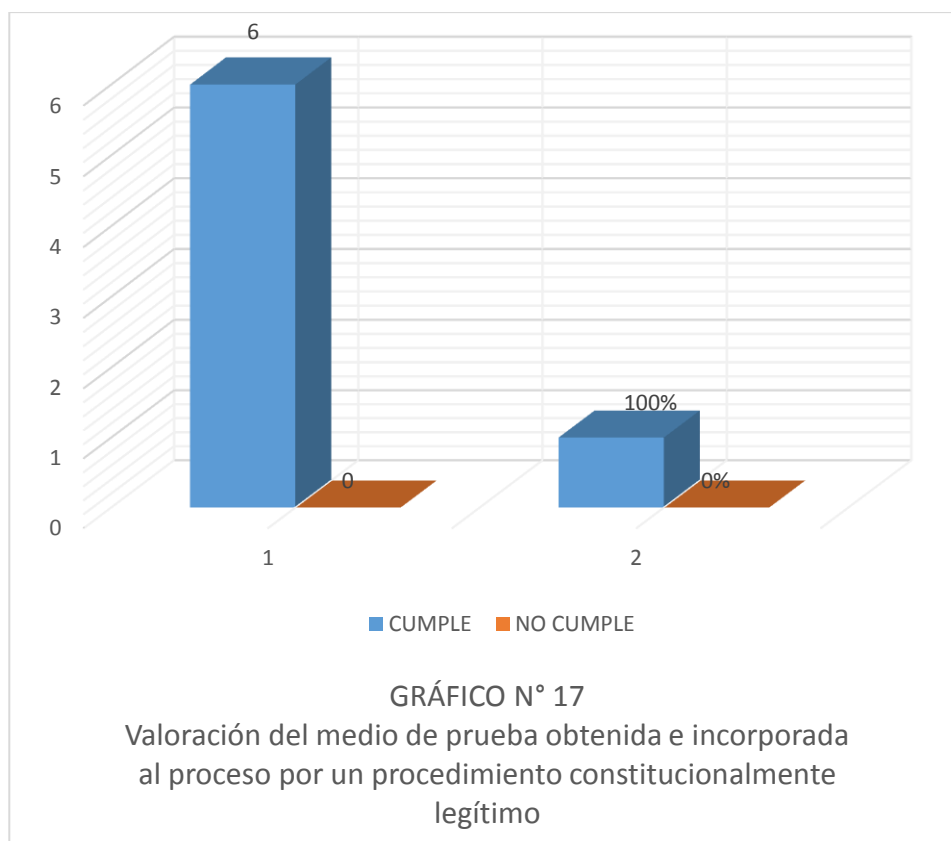
El cuadro N° 16 nos muestra que el total de expedientes (100%) que conformaron la muestra de estudio la totalidad evidencia el cumplimiento del principio de legitimidad en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.

17. El medio de prueba fue valorado, obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

CUADRO N° 17

ALTERNATIVAS	f	%
CUMPLE	6	100%
NO CUMPLE	0	00%
TOTAL	06	100%

Fuente: Observación realizada a los expedientes del Juzgado de Investigación Preparatoria 2012-2013.



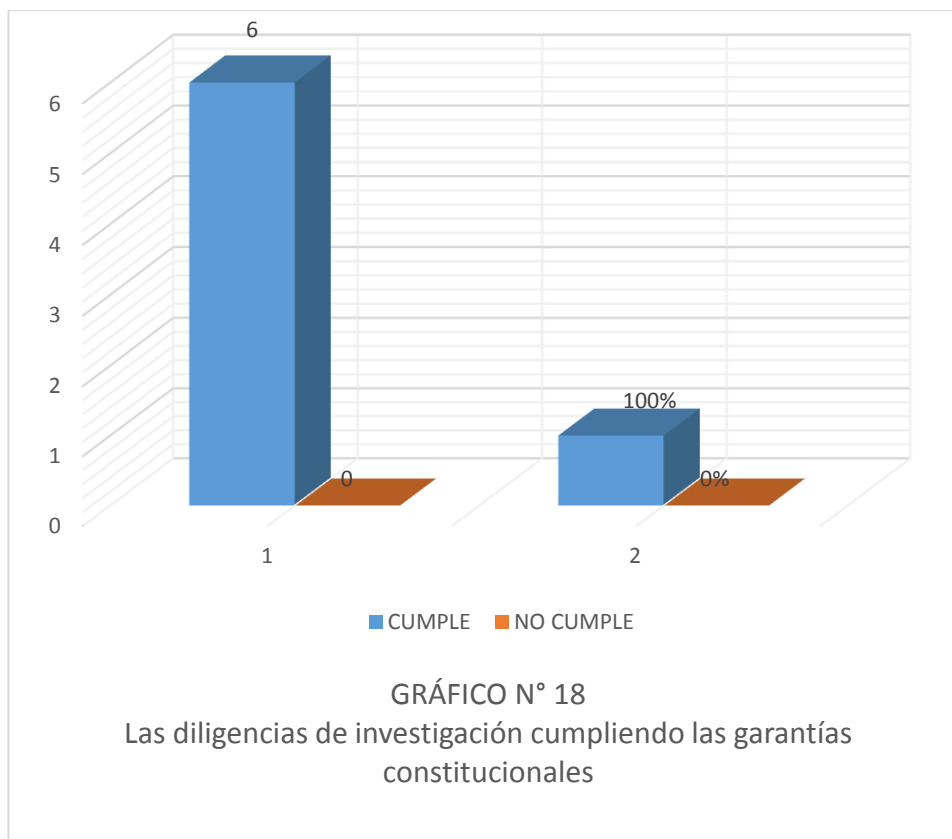
El cuadro N° 17 nos muestra que el total de expedientes (100%) que conformaron la muestra de estudio cumplieron con evidenciar el medio de prueba fue valorado, obtenido e incorporado al proceso siguiendo un procedimiento constitucionalmente legítimo.

18. Las diligencias de investigación se realizaron cumpliendo las garantías constitucionales.

CUADRO N° 18

ALTERNATIVAS	f	%
CUMPLE	6	100%
NO CUMPLE	0	00%
TOTAL	06	100%

Fuente: Observación realizada a los expedientes del Juzgado de Investigación Preparatoria 2012-2013.



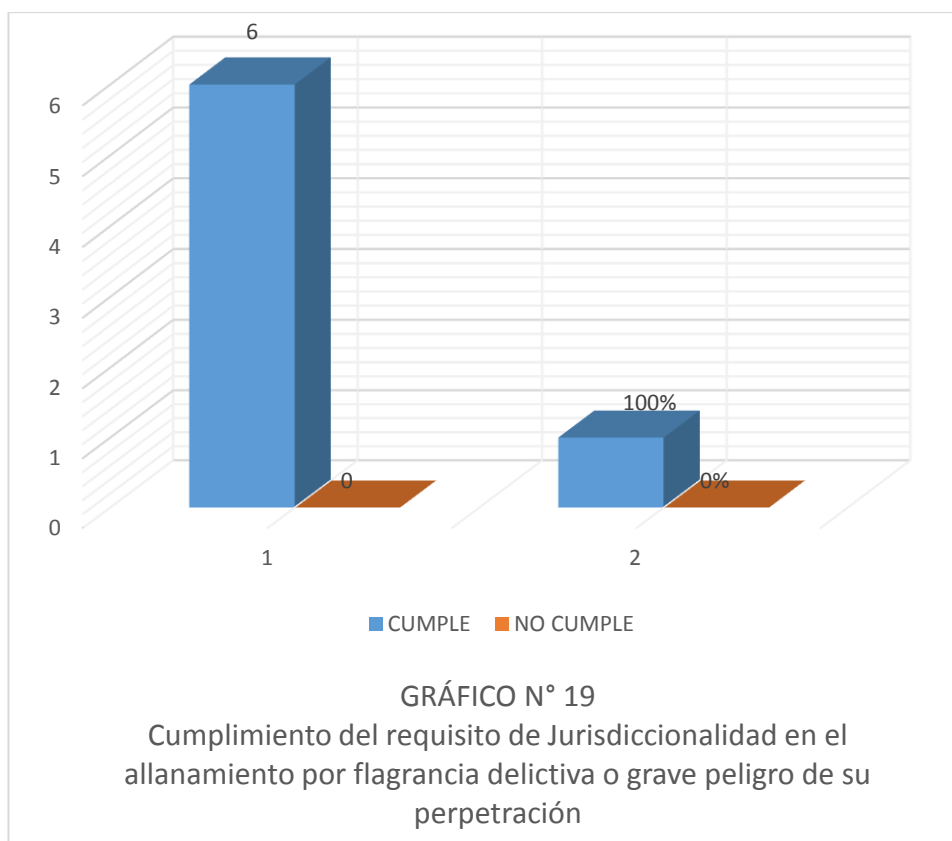
Los resultados del cuadro N° 18 nos muestra que el total de expedientes (100%) que conformaron la muestra de estudio evidencian que las diligencias de investigación se realizaron cumpliendo las garantías constitucionales.

19. En el allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración se cumplió el requisito de Jurisdiccionalidad.

CUADRO N° 19

ALTERNATIVAS	f	%
CUMPLE	6	100%
NO CUMPLE	0	00%
TOTAL	06	100%

Fuente: Observación realizada a los expedientes del Juzgado de Investigación Preparatoria 2012-2013.



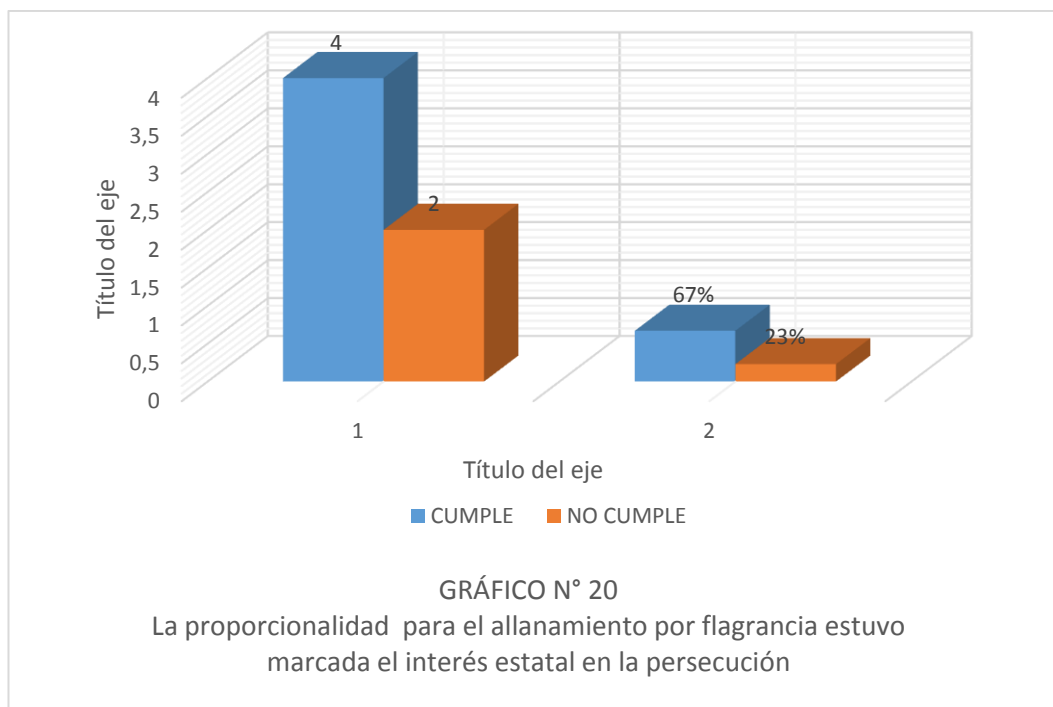
Los resultados del cuadro N° 19 nos muestra que el total de expedientes (100%) que conformaron la muestra de estudio que en el allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración se cumplió el requisito de Jurisdiccionalidad.

20. La proporcionalidad (ponderación), respecto de la medida solicitada para el allanamiento por flagrancia estuvo marcada el interés estatal en la persecución.

CUADRO N° 20

ALTERNATIVAS	f	%
CUMPLE	4	67%
NO CUMPLE	2	23%
TOTAL	06	100%

Fuente: Observación realizada a los expedientes del Juzgado de Investigación Preparatoria 2012-2013.



Los resultados del cuadro N° 20 nos muestra que del total de expedientes (100%) que conformaron la muestra, el 67% de expedientes nos evidencian que la proporcionalidad (ponderación), respecto de la medida solicitada para el allanamiento por flagrancia sí estuvo marcada el interés estatal en la persecución; contrariamente el 23% indicaron que no.

V. DISCUSIÓN

5.1. ANÁLISIS DOCTRINARIO.

En términos generales partimos por afirmar que el Derecho Penal debe concebirse y constituirse en sí, una garantía para el respeto y vigencia de los Derechos Humanos, considerados en su concepción más amplia, la axiológica, pero también un adecuado sistema penal es una exigencia de la seguridad jurídica exigida por las diversas normativas internacionales en materia de Derechos Humanos, debido a que el Derecho Penal contiene las sanciones más severas de todo el ordenamiento jurídico, de ahí que deba concebirse como ultima ratio en la solución de problemas y conflictos sociales. De esta forma, debe ser un garante de los Derechos Humanos como paliativo contra las prácticas arbitrarias e injustas de los órganos de la justicia penal la represión de ciertas conductas, asegurando el derecho de toda persona a encontrarse protegido contra las posibles agresiones a sus derechos, por parte de otros miembros del cuerpo social.¹²⁹

El principio rector y base de las normas que los Derechos Humanos defienden, es el denominado Derecho a la Dignidad de la Persona Humana, el cual postula que todos los seres humanos, por su condición de tales, tienen un valor intrínseco. Cualquier excepción a este principio implica una derogación del mismo. Por consiguiente, en lo que refiere a la materia del Derecho, sea Sustantivo o Procesal, el imputado, el acusado,

¹²⁹ THOMPSON, Las garantías Penales y Procesales en el Derecho de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica, ILANUD, 1988, pág. 106.

el condenado, o quienes de alguna manera quedan inmersos como sujetos de la función represiva del sistema penal, tienen derecho a que se respete en todo momento antes, durante y luego de dictada la sentencia, su dignidad y su condición de sujetos de derecho.

Es por ello que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas con observancia de reglas pre-establecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable, restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes. Así entendido, el rito probatorio no configura formalismo inútil, transformándose por sí mismo en una finalidad legal, en una exigencia ética a ser respetada, en un instrumento de garantía para el individuo. La legalidad en el régimen de la prueba no indica un retorno al sistema de la prueba legal, sino que señala la defensa de las formas procesales y garantías constitucionales en nombre de la tutela de los derechos del acusado.

5.2. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO.

La encuesta fue diseñada para tener 14 preguntas orientadas a analizar el principio de legitimidad de la prueba y el requerimiento de confirmación del allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración en los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013.

El análisis que presentamos está basado en los resultados totales de las encuestas realizadas a 11 fiscales pertenecientes al Distrito fiscal de Ancash.

- En el cuadro N° 01 frente a la pregunta planteada respecto al *medio de prueba debe ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo*; el resultado nos confirma de manera fehaciente que los fiscales encuestados, en su mayoría (55%), consideran que éste debe ser valorado *dependiendo las circunstancias que establece la constitución*; dejando de lado de que **sí** (36%) debe ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
- Este resultado del cuadro N° 02; se confirma de manera contundente que los fiscales encuestados que formaron parte de la muestra de estudio, en su mayoría (55%), precisan que la obtención de una prueba prohibida en un proceso penal vulnera una *norma de orden constitucional*; luego de una *norma de orden procesal* (27%). De lo indicado debemos precisar que sí se viola normas de carácter constitucional o referido a los derechos fundamentales.
- Este resultado del cuadro N° 03; se confirma de manera contundente que los fiscales encuestados que formaron parte de la muestra de estudio, en su mayoría (73%), precisan que la incorporación de los medios de prueba en un proceso penal vulnera una *norma de carácter*

procesal; luego de *una norma de orden constitucional (18%)*. De lo indicado debemos precisar que *sí se viola normas de carácter procesal*.

- Del análisis del cuadro N° 04, frente a la pregunta formulada de si el principio de Legitimidad de la Prueba condiciona al fiscal a solicitar la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (91%) consideran que **sí** y; sólo el 09% señalo que **no**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.
- Del análisis del cuadro N° 05, frente a la pregunta formulada de si Consideran que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; podemos concluir objetivamente que todos los fiscales encuestados (100%) consideran que **sí**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.
- Del análisis del cuadro N° 06, frente a la pregunta formulada de si las diligencias de investigación se realizan trasgrediendo garantías constitucionales, pero logran pruebas fehacientes respecto al ilícito penal carecen de validez jurídica; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (82%) consideran que **sí** y; sólo el 18% señalo que **no**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.
- Del análisis del cuadro N° 07, frente a la pregunta formulada de *si en la medida restrictiva del allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración es obligatorio el cumplimiento del requisito*

de Jurisdiccionalidad; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (82%) consideran que **sí** y; sólo el 18% señalo que **no**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.

- Del análisis del cuadro N° 08, frente a la pregunta formulada de *si el Principio de legitimidad de la Prueba puesta en práctica por el fiscal en caso de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración tiene que respetar el derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio*; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (73%) consideran que **sí** y; sólo el 18% señalo que **no**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.
- Del análisis del cuadro N° 09, frente a la pregunta formulada de *si el Principio de legitimidad de la Prueba puesta en práctica por el fiscal en caso de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración tiene que respetar el derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio*; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (91%) consideran que **sí** y; sólo el 09% señalo que **no**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.
- Del análisis del cuadro N° 10, frente a la pregunta formulada de *si consideran. que frente a la existencia de una prueba ilícita se debe buscar la tutela de los derechos fundamentales del individuo por sobre el interés estatal en la represión del crimen*; podemos concluir objetivamente que el total de los fiscales encuestados (100%) consideran que **sí** y; ninguno señalo que **no**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.

- Del análisis del cuadro N° 11, frente a la pregunta formulada de *si consideran que en el proceso de búsqueda de medios probatorios por parte del Ministerio Público la regla constituye la no vulneración de los derechos fundamentales del imputado y la excepción tener en cuenta el interés del Estado en la investigación.*; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (82%) consideran que **sí** y; sólo el 18% señalo que **no**. En este caso debemos indicar que el proceso penal peruano actual se caracteriza por ser garantista, adversarial y contradictorio; priorizando, primordialmente, el respeto de los derechos fundamentales; consiguientemente, consideramos que la regla debería ser la no vulneración de los derechos fundamentales, sin dar lugar a ninguna excepción.
- Del análisis del cuadro N° 12, frente a la pregunta formulada de *si el (los) Principio (s) o actuación (es) excepcional (es) a tomar (se) en cuenta para la intervención del Ministerio Público en la búsqueda de pruebas para la represión del crimen y justificar el obviar la tutela de los derechos fundamentales es (son)*; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (55%) *consideran la alternativa D) Todas las anteriores*; es decir, la legalidad procesal, la Jurisdiccionalidad, además de la proporcionalidad y motivación.

Consideramos que la respuesta es acertada, en vista que la intervención por parte del Ministerio Publico de la búsqueda de pruebas para la represión del crimen y justificar el obviar la tutela de los derechos

fundamentales debe justificarse excepcionalmente cuando se cumplen los principios indicados.

- Del análisis del cuadro N° 13, frente a la pregunta formulada de *si el principio de Proporcionalidad señalada por la dogmática penal que permite guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede sufrir la dignidad de la persona, debe tener en cuenta*; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (82%) *respondieron la alternativa D) Todas las anteriores*; es decir, la adecuación del medio escogido para lograr el fin u objetivo perseguido o juicio de idoneidad; la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin o juicio de necesidad y; la proporcionalidad (ponderación), respecto de la medida solicitada que sea dada por la mayor importancia que tiene en un caso el interés estatal en la persecución. Por lo indicado consideramos que la respuesta es acertada.
- El análisis del cuadro N° 14 frente a la pregunta formulada de *si consideran que la inviolabilidad de domicilio, presenta su excepción con el fin de proteger otros intereses colectivos; como son la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos; siendo por tanto un derecho relativo y limitado, estableciendo la constitución sus límites*; podemos concluir objetivamente que la mayoría de los fiscales encuestados (73%) *consideran que si* y el 27% señaló que **no**. En este caso la afirmación correcta es **Sí**.

- Respecto al resultado del cuadro N° 15 referido a la observación de los expedientes que muestra si el fiscal solicitó la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración; el 100% de expedientes analizados nos muestran que si cumplió con esta exigencia.
- En relación al resultado del cuadro N° 16 referido a la observación de los expedientes que conformaron la muestra de estudio sobre el caso de si evidencia el cumplimiento del principio de legitimidad en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración; el 100% de expedientes analizados cumplió con esta exigencia.
- Los resultados del cuadro N° 17, indican que el 100% de expedientes evidencian que el medio de prueba fue valorado, obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
- Los resultados del cuadro N° 18, indican que el 100% de casos evidencian que las diligencias de investigación se realizaron cumpliendo las garantías constitucionales.
- En lo concerniente a los resultados del cuadro N° 19 nos plasman que el 100% de los expedientes analizados en referencia al allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración cumplió el requisito de Jurisdiccionalidad.
- Finalmente, los resultados del cuadro N° 20, nos permiten observar que en el 67% de los expedientes analizados la proporcionalidad

(ponderación), respecto de la medida solicitada para el allanamiento por flagrancia estuvo marcada el interés estatal en la persecución.

5.3. Contrastación de la hipótesis.

5.3.1. Análisis de los Resultados referidos a las Hipótesis Específicas.

Los resultados obtenidos del proceso de análisis e interpretación de la información es imprescindible para desarrollar el proceso de contrastación empírica de nuestra hipótesis de investigación.

▪ En relación a la primera hipótesis específica:

La aplicación del principio de Legitimidad de la Prueba contribuye significativamente en la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración en los procesos llevados en los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013.

La referida hipótesis se valida factualmente con los cuadros N°s 01, 02, 03, 04, 05 y 06 de la encuesta suministrada a los abogados que conformaron la muestra de estudio, quienes manifestaron que el principio de legitimidad en la obtención e incorporación de los medios de prueba deben requerir por parte del fiscal de la confirmación judicial.

Asimismo, esta hipótesis queda validada con los resultados obtenidos en los cuadro N°s 15°, 16° y 17° referido a la observación de los expedientes judiciales que conformaron la muestra de estudio.

▪ **En relación a la segunda hipótesis específica:**

La uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, respecto a la confirmatoria judicial, en las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, son disfuncionales debido a la falta de estudio dogmático de las medidas restrictivas de derecho y el procedimiento ya que el Código Procesal Penal es un instituto nuevo en el CPP de 2004.

La hipótesis indicada se prueba a través de la denominada *contrastación teórica*¹³⁰ esbozada en la primera parte del presente capítulo y en todo el proceso de desarrollo de nuestro marco teórico, referido fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia referido a la uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país.

5.3.2. Análisis de los Resultados referidos a la Hipótesis General.

Existe una relación significativa entre el principio de Legitimidad de la Prueba con la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento que solicita el Fiscal en los casos de flagrancia delictiva o peligro en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración.

Los cuadros N° 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13 y 14 además de los cuadros del 01 al 06 nos muestran claramente la existencia significativa entre el principio

¹³⁰ La contrastación teórica consiste en fundamentar las hipótesis científicas con bases distintas de la evidencia empírica, es decir, en una base teórica ya establecida que al estar constituida por un sistema de hipótesis, estas sirven de apoyo a las nuevas hipótesis que se pretende fundamentar. Tomado de: López Cano, José Luis. Método e hipótesis científicas. México. Trillas, 3^a. ed., 1989.

de legitimidad de la prueba con la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento solicitada por los fiscales en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración.

Del mismo modo, los resultados de la observación de los expedientes plasmados en los cuadros N°s. 18°, 19° y 20° nos permiten afirmar que existe una estrecha relación entre el cumplimiento de las garantías constitucionales en casos de allanamiento; el cumplimiento del requisito de jurisdiccionalidad y la proporcionalidad (ponderación) respecto a la medida de allanamiento solicitada, guardan estrecha relación como aspectos fundamentales vinculados con la legitimidad de la prueba están ligados estrechamente con los casos de flagrancia delictiva o peligro en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración

VI. CONCLUSIONES

1. Una vez acogida la medida restrictiva de allanamiento en los casos de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración el fiscal debe en el plazo de 24 horas solicitar la confirmatoria judicial al juez de la investigación preparatoria a fin de que examine cuidadosamente que no se haya vulnerado ningún aspecto garantista del debido proceso y así ser confirmada si fuera el caso, y de esa manera se incorpore legítimamente al proceso.
2. Los elementos probatorios recogidos en la actuación de allanamiento por flagrante delito o grave peligro de su perpetración, si han sido debidamente confirmados en su oportunidad por el juez de la investigación preparatoria, para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba por ser actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza el actual Código Procesal Penal (pruebas preconstituidas).
3. Los resultados obtenidos en la aplicación de la Encuesta y la Observación de los expedientes nos permiten indicar que existe una relación significativa entre el principio de Legitimidad de la Prueba con la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento que solicita el Fiscal en los casos de flagrancia delictiva o peligro en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración.
4. Los resultados de la observación de los expedientes que conformaron la muestra de estudio nos permiten concluir que la aplicación del principio de Legitimidad de la Prueba contribuye significativamente en la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia

delictiva o peligro inminente de su perpetración los cuales fueron materia de estudio en los procesos llevados en los juzgados de investigación preparatoria de Huaraz, 2012-2013.

5. La revisión de la literatura especializada en nuestro país nos permite concluir que la uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre la confirmatoria judicial, en las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración, son disfuncionales por la falta de estudio dogmático de las medidas restrictivas de derecho y el procedimiento ya que el Código Procesal Penal es un instituto nuevo en el CPP de 2004.
6. La investigación preparatoria es el núcleo central que determina la eficacia y eficiencia del sistema de persecución penal, y ella no debe realizarse de manera ilegítima porque si las diligencias de investigación se realizan violando garantías constitucionales carecen de validez jurídica, y cuando esta irregularidad es trascendental para alcanzar el objeto del procedimiento, esta no puede hacer valer en perjuicio del procesado, por lo que debe conducir a su absolución.
7. El juez de garantías en la confirmatoria judicial de los allanamientos sin orden judicial en casos de flagrante delito no sólo debe evaluar que sólo se cumplan con los requisitos de una flagrancia sino que también debe existir grave urgencia y peligro por la demora en la intervención, porque como presupuesto de toda medida restrictiva de derechos debe analizar el caso concreto con el test de proporcionalidad, por ende en estos casos se deberá

cumplir adicionalmente de lo que prevé la norma constitucional también con lo que señala el Art. 203 del NCPP.

VII. RECOMENDACIONES

1. Los representantes del Ministerio Público y los jueces deben tener presente que el **Principio de Legitimidad de la Prueba**, que exige que todo medio de prueba deba ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Desde esa perspectiva es necesario distinguir entre la obtención de la prueba (fuente) el cual afecta una norma de orden constitucional por la vulneración de un derecho fundamental del imputado y la incorporación de la prueba que vulnera una norma procesal. Esta situación descrita también se evidencia en nuestro distrito fiscal de Ancash.
2. Para que las intervenciones de allanamiento fiscal en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración sean legítimas y legales es necesario que se respeten y garanticen:

- a) El cumplimiento del principio de proporcionalidad

Cuando se habla de “proporcionalidad” se habla fundamentalmente de justificar la afectación de un derecho constitucional. Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre “la restricción” que llega a sufrir un derecho constitucional y “la conservación” de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción.

El principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre “lo sacrificado” y “la finalidad del sacrificio” que exige someter la medida o

acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio, el cual está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad sensu estricto.

b) La existencia de elementos de convicción suficientes para la intervención

Para dictar la medida de intervención, el numeral 1 del artículo 203 del CPP exige que el operador, sea juez o fiscal, verifique la existencia de suficientes elementos de convicción como para que considere que la decisión que está tomando no es equivocada o exagerada. Con este presupuesto, se exige que la medida dispuesta se haya ordenado en el convencimiento de que es la que corresponde realizarse.

c) Motivación suficiente de la procedencia de la intervención

Si bien todos reconocemos y aceptamos que el Estado puede y debe ejercer la acción punitiva que le corresponde, se debe reconocer que tal facultad no es omnímoda, sino, por el contrario, con respeto a los derechos fundamentales. Por ello, en la Constitución Política, más exactamente en el artículo 139, se ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales de los que se derivan una serie de consecuencias en cuanto a los límites de los poderes públicos.

Así, el artículo 139 numeral 5 de nuestra Constitución establece como una garantía de orden jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones. Por ello, no resulta difícil que tal principio tenga eco y repetición en un asunto tan delicado como las intervenciones corporales, exigiéndose expresamente que la resolución que permita la intervención, así como el

requerimiento del Ministerio Público que la solicita, deben ser motivados y debidamente sustentados.

Tener en cuenta los elementos citados es de obligatorio cumplimiento para proceder a las intervenciones corporales, tanto así que, conforme a lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del CPP, si no se observan, no podrían utilizarse como fuente de prueba.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad Yupanqui, Samuel B., (1992) “Límites respecto al contenido esencial de los derechos Fundamentales: Estudio Preliminar”, Themis, 21, segunda época, T. II, Lima.

1. Adrian, Javier. “El Principio de Proporcionalidad como limite al legislador penal”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 163- Junio 2007.Ed. Gaceta Jurídica.
2. Ambos, Kai. (2005). Principios del proceso penal europeo.1era ed. Colombia
3. Angulo Arana, Pedro. “Proceso Penal y búsqueda de la verdad”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 130-Setiembre 2004.Ed. Gaceta Jurídica.
4. Angulo Arana, Pedro. “La Prueba Preconstituida. En: Actualidad Jurídica. Tomo 147-Febrero de 2006.Ed. Gaceta Jurídica.
5. Aquino Espinoza, HerveMichell. “Las intervenciones corporales en el nuevo Código Procesal Penal”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 155-October 2006. Ed. Gaceta Jurídica.
6. Asencio Mellado, José María. (2008). “La prueba prohibida y prueba pre constituida en el proceso penal ” . Fondo editorial INPECCP. Lima – Perú.
7. Azabache, César. (2003). Introducción al Procedimiento Penal. Palestra Editores, Lima-Perú.
8. Balaguer Callejón, Francisco (1999). Derecho constitucional. Vol. II. Madrid: Tecnos.

9. Baumán, Jürgen (1986). “Derecho Procesal Penal- Conceptos Fundamentales y Principios Procesales”, 3ªed, Ediciones Depalma-Buenos Aires-Argentina.
10. Bernal Ballesteros, Enrique. (1996). la Constitución de 1993. Análisis Comparado. Lima. Edit Constitución y Sociedad
11. Bidart Campos, Germán (1993). “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”. Buenos Aires: Ediar.
12. Binder, Alberto M. (1999). “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2da ed. Ed. ADHOC. Buenos Aires-Argentina.
13. Bovino, Alberto (2003) “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, ver Víctimología y Victimología dogmática, Ara, Lima-Perú.
14. Brown, Guillermo. Límites a la valoración de la prueba en el Proceso Penal, Editorial Jurídica Nueva Tesis, Argentina.
15. Cáceres J., Roberto. Iparraguirre N., Ronald. (2007) “Código Procesal Penal Comentado”. Jurista Editores. Lima-Perú.
16. Calderón Sumarriva, Ana (2006). “Análisis Integral del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era. ed. Ed. San Marcos. Lima-Perú.
17. Caferata Nores, José. (1986). La Prueba en el Proceso Penal. 4ta Edición actualizada y ampliada. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires-Argentina
18. Caro Coria, Dino Carlos. (2006). “Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal” Biblioteca Jurídica Dike. Medellín.
19. Claria Olmedo, Jorge. “ Derecho Procesal Penal”,. Editores Rubinzal-Curzoni. Tomo II, Buenos Aires.

20. Climet Durán, Carlos. (2005). La prueba penal. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
21. Cubas Villanueva, Víctor., Doig Díaz, Yolanda., Quispe Farfán, Fany Soledad (2005). “El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales”. Ed. Palestra. Lima-Perú.
22. Cubas Villanueva, Víctor. “Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal”. En Revista Derecho y Sociedad N°25.
23. Defensoría Del Pueblo. Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009. Lima: Defensoría del Pueblo, 2008.
24. Devis Echandía, Hernando. (1981). Teoría General de la prueba judicial. Tomo I, 5° ed, Buenos Aires-Argentina.
25. Devis Echandía, Hernando. (1984). Teoría General del Proceso. Tomo I, Editorial Universidad., Buenos Aires-Argentina.
26. De la Cruz Espejo, Marco. (2007). “El Nuevo Proceso Penal” Ed. Idemsa. Lima-Perú.
27. De Otto, Ignacio. (1989). Estudios sobre el Poder Judicial. 1° ed. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
28. Enciclopedia Jurídica Omeba, disponible en sitio web: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>.
29. Häberle, Peter, (1997) “La libertad fundamental en el estado constitucional”, ed. PUCP, Lima.

30. Gálvez Villegas, Tomas Aladino, Rabanal Palacios, William, Castro Trigos, Hamilton (2010). El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos. Jurista Editores, Ed. Julio 2010.
31. García Del Rio, Flavio (2005). “La Prueba en el Proceso Penal-Parte General”. 1era ed. Ed. San marcos. Lima – Perú.
32. Garcia Rada, Domingo. (1984) “Manual de Derecho Procesal Penal” 8 ed. Iddili. Lima-Perú.
33. Gimeno Sendra, Vicente., Torres Del Moral, Antonio., Morenilla Allard, Pablo, Díaz Martínez, Manuel. (2007). “Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional”. 1era ed. Ed. Colex. Madrid – España.
34. Gonzales-Cuellar-Serrano, Nicolás (1990). Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Colex. Madrid.
35. Gonzáles-Cuellar Serrano, Nicolás. La restricción del Derecho a la inviolabilidad de domicilio en el Proceso Penal Español. En “El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales”. Palestra Editores, Lima, Perú, 2005.
36. Hernandez Rodríguez, Carlos Eduardo. “Prohibición de empleo de la prueba ilícitamente obtenida ¿Excepciones a la regla?”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 153-Agosto 2006.Ed. Gaceta Jurídica.
37. Jiménez Asenjo, Enrique: Derecho Procesal Penal, Vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid-España.
38. López-Barja De Quiroga, Jacobo (1989).Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, Madrid.

39. Majada, Arturo. (1977). "Practica Procesal Penal". T III. 4ta ed. Ed. Bosch. Barcelona - España.
40. Martín M. Ricardo (1999), Artículo: "Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (1) (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996)" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, España. pp. 375-388
41. Mesías Ramírez, Carlos y Sosa Sacio, Juan Manuel (2005). "Inviolabilidad de domicilio". En: La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica. Lima.
42. Miranda Estrampes, Manuel (1997), La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal, Ed Bosch, Barcelona-España.
43. Miranda Estrampes, Manuel (2004), "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal" 2º ed, Ed JMBosch, Barcelona-España.
44. Mixán Mas, Florencio. (1996). Juicio Oral, Editora BGL, Trujillo-Perú.
45. Mixán Mas, Florencio (2006). Cuestiones Epistemológicas de la investigación y de la prueba, Editora BGL, Trujillo-Perú
46. Momethiano Santiago, Javier Ysrael. (2005). "La Implementación Progresiva de normas del Nuevo Código Procesal Penal". 1era ed. Ed. San Marcos. Lima – Perú.
47. Montero Aroca, Juan y otros. (2000) Derecho Jurisdiccional I. Parte General. 9.ª edición, Valencia: Triant Lo Blanch.
48. Monroy Gálvez, Juan. (2003). La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos. Comunidad. Lima-Perú.

49. Moreno Catena, Víctor (1987). La Garantía de los derechos Fundamentales de la Investigación Penal. Revista Poder Judicial y Justicia Penal. N° 2, Madrid – España.
50. Núñez Ojeda, Raúl Eduardo. (2000) “La instrucción del Ministerio Público o Fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España, Revista Doctrina y Jurisprudencia Penales N°01, Lima .
51. Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2006). “Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal”. 1era ed. Ed. Rodhas. Lima – Perú.
52. Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2005). “Teoría General del Proceso y Practica Forense Penal”. Ed. Rodhas. Lima – Perú.
53. Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2005). “La Búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal” En: Actualidad Jurídica. Tomo 145-Diciembre, Ed. Gaceta Jurídica.
54. Pérez Arroyo, Miguel. “Las prohibiciones probatorias en el proceso penal: Las reglas de exclusión y las reglas de excepción”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 164-Julio 2007.Ed. Gaceta Jurídica.
55. Prieto Sanchiz, Luís: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”(2002). En Pensamiento constitucional, PUCP, Fondo Editorial, año VIII, N° 8.
56. Ramírez Bages, Mariano H.: La regla de exclusión de prueba obtenida mediante registro e incautaciones irrazonables en Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. L, N° 1, San Juan 1981.
57. Ramos Méndez, Francisco (1993). El Proceso Penal. Lectura Constitucional, 3 ed, Barcelona, Bosh.

58. 43. Reátegui Sánchez, James (2006). En busca de la prisión preventiva, Lima- Perú.
59. 44. Reyna Alfaro, Luis Miguel., Arocena, Gustavo A., Cienfuegos Salgado, David. (2007). “La Prueba. Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales”. 1era ed. Jurista Editores.
60. Reyna Alfaro, Luis Miguel. “La Prueba Penal. Principios y momentos de la actividad probatoria”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 153-Agosto 2006.Ed. Gaceta Jurídica.
61. Robles Briceño, Mery E (2007). “El Principio de Proporcionalidad como garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 165- Agosto, Ed. Gaceta Jurídica.
62. Robles Trejo, Luis y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Lima, Editorial Fecatt.
63. Rosas Yataco, Jorge. (2005) “Derecho Procesal Penal (Teórico-Práctico)”. 1era ed. Jurista Editores. Lima-Perú.
64. Rosas Yataco, Jorge. (2009) “Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Dec. Leg. N° 957”. 1era ed. Jurista Editores. Lima-Perú.
65. Roxin, Claus. (2000).Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. Buenos Aires.
66. Sánchez Velarde, Pablo. (2004). “Manual de Derecho Procesal Penal”. Ed. Idemsa. Lima - Perú.
67. Sánchez Velarde, Pablo. (2005). “Introducción al Nuevo Proceso Penal”. Ed. Idemsa. Lima - Perú.

68. Sánchez Velarde, Pablo. (2009). El Nuevo Proceso Penal. Editorial IDEMSA. 1ra. Edición, Lima-Perú.
69. San Martin Castro. Cesar (2005). “La búsqueda de pruebas y restricción de derechos”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 144-Noviembre, Ed. Gaceta Jurídica.
70. San Martin Castro, César. (2003). “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. 2da ed. Ed. Grijley. Lima-Perú.
71. San Martin Castro, César. (2001) “Derecho Procesal Penal”, Vol I, 1era ed. Ed. Grijley. Lima-Perú.
72. San Martin Castro, César. (1999) “Derecho Procesal Penal” ed. Ed. Grijley. Lima-Perú. 1125 pp. Vol II, 1era
73. Schmidt, Eberhard. (2006). Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal, Editorial Lerner. Córdoba.
74. Schlüchter, Ellen. (1999). Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant lo Blanch. Traducción de la segunda edición alemana. Valencia-España.
75. Struensee, Eberhard. Prueba Prohibida. En Revista de Ciencias Penales N°4. Lima.
76. Valverde Luna, Vanessa Sofia. “El Fundamento constitucional de la prueba ilícita”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 137-Abril 2005. Ed. Gaceta Jurídica.
77. Vegas Torres, Jaime. (1993) Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.. Ed. La Ley. Madrid-España.
78. Verger Grau, Joan, (1994). “La Defensa del imputado y el Principio Acusatorio”. Ed. Bosch. Barcelona.

79. Zelayaran Durand, Mauro. (2002). “Metodología de la Investigación Jurídica”. 2da ed. Ediciones Jurídicas. Lima-Perú.
80. Velez Mariconde, Alfredo. (1986), Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editora Córdova, Buenos Aires.

ANEXOS

ANEXO 01

RESULTADO DE LA OBSERVACIÓN DOCUMENTAL DE LOS EXPEDIENTES EN LOS JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN 2012 -2013

VARIABLES	INDICADORES	Expediente Cumplimiento	1	2	3	4	5	6
			Exp . N°	Exp . N°	Exp . N°	Exp . N°	Exp . N°	Exp . N°
PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA Y REQUERIMIENTO DE CONFIRMACIÓN DEL ALLANAMIENTO (INDEPENDIENTE)	El fiscal solicitó la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.	CUMPLE TOTALMENTE	X	X	X	X	X	X
		NO CUMPLE						
	Se evidencia el cumplimiento del principio de legitimidad en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración	CUMPLE TOTALMENTE	X	X	X	X	X	X
		NO CUMPLE						
FLAGRANCIA DELICTIVA O PELIGRO INMINENTE DE SU PERPETRACIÓN (DEPENDIENTE)	El medio de prueba fue valorado, obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.	CUMPLE TOTALMENTE	X	X	X	X	X	X
		NO CUMPLE						
	Las diligencias de investigación se realizaron cumpliendo las garantías constitucionales.	CUMPLE TOTALMENTE						
		NO CUMPLE						
	En el allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración se cumplió el requisito de Jurisdiccionalidad.	CUMPLE TOTALMENTE	X	X	X	X	X	X
		NO CUMPLE						
	La proporcionalidad (ponderación), respecto de la medida solicitada para el allanamiento por flagrancia estuvo marcada el interés estatal en la persecución.	CUMPLE TOTALMENTE	X	X	X			X
		NO CUMPLE				X	X	

ANEXO N° 02



**UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POST GRADO
MENCIÓN CIENCIAS PENALES**

**ENCUESTA APLICADA A LOS FISCALES DE INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH**

Estimado Señor Fiscal, la encuesta que te presento tiene por finalidad recopilar información imprescindible para mi trabajo de investigación jurídica, su colaboración al responder las interrogantes será de considerable importancia, motivo por el cual solicitamos responder con la sinceridad del caso:

DATOS GENERALES:

FISCALÍA:.....

CONDICIÓN: TITULAR () SUPLENTE () PROVISIONAL ()

INSTRUCCIÓN: Responda las siguientes preguntas colocando un aspa en el paréntesis que consideras conveniente:

1. Consideras que todo medio de prueba debe ser valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

- A) Si
- B) No
- C) Dependiendo el caso penal

Indique:

.....
.....

2. La obtención de una prueba (prohibida) un proceso penal viola:

- A) Una norma de orden constitucional
- B) Una norma de carácter procesal
- C) Una norma sustantiva penal

3. La incorporación de los medios de prueba (prueba irregular) en un proceso penal viola:

- A) Una norma de orden constitucional
- B) Una norma de carácter procesal
- C) Una norma sustantiva penal

4. El principio de Legitimidad de la Prueba condiciona al fiscal a solicitar la confirmatoria judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración
 - A) Si
 - B) No

5. Consideras que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
 - A) Si
 - B) No

6. Si las diligencias de investigación se realizan trasgrediendo garantías constitucionales, pero logran pruebas fehacientes respecto al ilícito penal carecen de validez jurídica
 - A) Si
 - B) No

7. En la medida restrictiva del allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración es obligatorio el cumplimiento del requisito de Jurisdiccionalidad.
 - A) Si
 - B) No

8. El Principio de legitimidad de la Prueba puesta en práctica por el fiscal en caso de allanamiento por flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración requiere de la confirmación judicial en vista que se tutela el derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio.
 - A) Si
 - B) No

9. El Principio de legitimidad de la Prueba condiciona al fiscal a solicitar la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.
 - A) Si
 - B) No

10. Considera Ud. que frente a la existencia de una prueba ilícita se debe buscar la tutela de los derechos fundamentales del individuo por sobre el interés estatal en la represión del crimen
 - A) Si

- B) No
11. Consideras que en el proceso de búsqueda de pruebas por parte del Ministerio Público la *regla* constituye la no vulneración de los derechos fundamentales del imputado y la *excepción* tener en cuenta el interés del Estado en la investigación.
- A) Si
B) No
12. El (los) Principio (s) o actuación *excepcional* (es) ha tomar en cuenta para la intervención del Ministerio Público en la búsqueda de pruebas para la represión del crimen y justificar el obviar la tutela de los derechos fundamentales es (son):
- A) Legalidad procesal
B) Jurisdiccionalidad.
C) Proporcionalidad y Motivación
D) Todas las anteriores
13. El principio de Proporcionalidad señalada por la dogmática penal que permite guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede sufrir la dignidad de la persona, debe tener en cuenta:
- A) La adecuación del medio escogido para lograr el fin u objetivo perseguido o juicio de idoneidad.
B) La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin o juicio de necesidad.
C) La proporcionalidad (ponderación), respecto de la medida solicitada que sea dada por la mayor importancia que tiene en un caso el interés estatal en la persecución.
D) Todas las anteriores.
14. Consideras que la inviolabilidad de domicilio, presenta su excepción con el fin de proteger otros intereses colectivos; como son la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás ciudadanos; siendo por tanto un derecho relativo y limitado, estableciendo la constitución sus límites.
- A) Si
B) No

La Investigadora.