



UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

LIMITACIONES A LA EFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA EN CASOS DE ALLANAMIENTO SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PERUANO

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

ROBERTO CARLOS DÍAZ ALVAN

Asesor: **Dr. RICARDO ROBINSÓN SÁNCHEZ ESPINOZA**

Huaraz – Ancash – Perú

2021

Nº de Registro: **T0796**



FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: DIAZ ALVAN ROBERTO CARLOS

Código de alumno: 2014.2764.6.AC Teléfono: 979172252

E-mail: rdiazalvan@yahoo.com D.N.I. n°: 41359917

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de Investigación:

- Tesis Trabajo de Investigación
 Trabajo Académico

3. Trabajo de Investigación para optar el grado de:

MAESTRO

4. Título del trabajo de Investigación:

LIMITACIONES A LA EFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA EN CASOS DE ALLANAMIENTO SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PERUANO.

5. Escuela:

6. Programas:

7. Asesor:

Apellidos y nombres SÁNCHEZ ESPINOZA RICARDO ROBINSON D.N.I n°: 31653214

E-mail: rsanchezesp@unasam.edu.pe ID ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6143-2059

8. Referencia bibliográfica:

9. Tipo de acceso al Documento:

- Acceso público* al contenido completo. Acceso restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente deixo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia *Creative Commons*, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

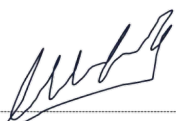
12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz, 14/05/2021

Firma:




Varillas Wiliam Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION VIRTUAL DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en la Plataforma Virtual Microsoft Teams, de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Bachiller : **ROBERTO CARLOS DIAZ ALVAN**

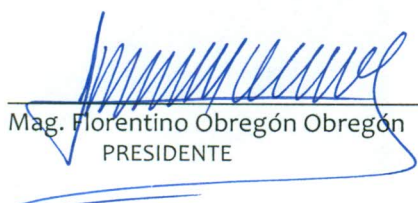
Título : **"LIMITACIONES A LA EFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA EN CASOS DE ALLANAMIENTO SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PERUANO"**

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:

APROBADO, con el calificativo de **QUINCE (15)**.

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con Mención en **CIENCIAS PENALES** a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Huaraz, 14 de Mayo del 2021


Mag. Florentino Obregón Obregón
PRESIDENTE

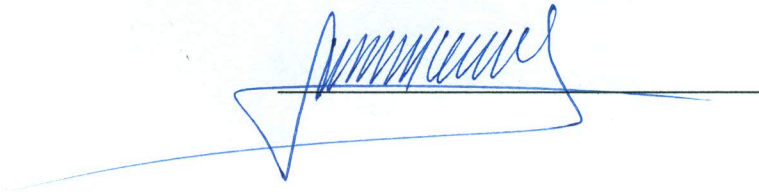

Mag. Armando Coral Rodríguez
SECRETARIO


Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza
VOCAL

MIEMBROS DEL JURADO

Magíster Florentino Obregón Obregón

Presidente

A blue ink signature consisting of a series of vertical, wavy lines, followed by a horizontal line that extends to the left and then curves back to the right, crossing the vertical lines.

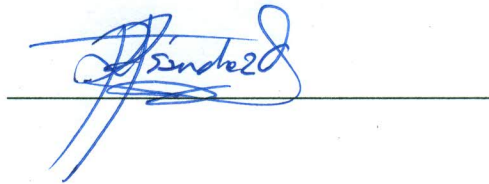
Magíster Armando Coral Rodríguez

Secretario

A blue ink signature that appears to be the initials 'ACR' with a large, sweeping flourish extending to the right and then curving back down.

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Vocal

A blue ink signature that includes the name 'Ricardo' written in a cursive style, followed by a large, sweeping flourish that extends to the left and then curves back to the right.

ASESOR

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza



AGRADECIMIENTO

- Agradezco a Dios por protegerme durante todo mi camino y darme fuerzas para superar obstáculos y dificultades a lo largo de toda mi vida.
- A mis padres y hermanos, que me han enseñado a no desfallecer ni rendirme ante nada y siempre perseverar a través de sus sabios consejos.
- A mi novia que durante estos años de carrera ha sabido apoyarme para continuar y nunca renunciar, gracias por su amor incondicional y por su ayuda en mi trabajo.
- Al doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza, asesor de tesis, por su valiosa guía y asesoramiento a la realización de la misma.
- Gracias a todas las personas que ayudaron directa e indirectamente en la realización del presente trabajo.

DEDICATORIA

Al creador de todas las cosas, el que me ha dado fortaleza para continuar cuando a punto de caer he estado; por ello, con toda la humildad que de mi corazón puede emanar, dedico primeramente mi trabajo a Dios.

A mis padres los que han sabido formarme con buenos sentimientos, hábitos y valores, lo cual me ha ayudado a salir adelante en los momentos más difíciles.

A mi novia por su amor incondicional, su fortaleza y personalidad; que fue la fuente que me motivo siempre a cumplir mis metas y objetivos trazados.

Al doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza, asesor de tesis, por su valiosa guía y asesoramiento a la realización de la misma.

ÍNDICE

Página

Resumen.....	x
Abstract	x
I. INTRODUCCIÓN.....	1-3
Objetivos	6
Hipótesis.....	10
Variables	11
II. MARCO TEÓRICO	13-12
2.1. Antecedentes	13
2.2. Bases teóricas	18
2.2.1. Preceptos generales de la prueba.....	18
2.2.2. Principios de la Prueba Penal.....	24
2.2.3. Marco normativo y dogmático.....	39
2.2.4. Derecho Fundamental de la Inviolabilidad de domicilio	44
2.2.5. Quebrantamiento al derecho de la inviolabilidad de domicilio y sus consecuencias.....	64
2.2.6. La búsqueda de pruebas y restricción de derechos	66
2.2.7. La confirmación judicial del allanamiento.....	86
2.2.8. Confirmatoria judicial en los allanamientos realizados en los casos constitucionalmente de excepción.....	97
2.3. Definición de términos.....	113
III. METODOLOGÍA	117 125
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	11717

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	121
Poblacion.....	121
Muestra	122
3.3. Instrumentos de recolección de datos	123
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.....	123
IV. RESULTADOS	126-136
V.- DISCUSION.....	137 - 140
VI. CONCLUSIONES	141
VII. RECOMENDACIONES	141 - 144
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	145 - 149
IX.- ANEXO.....	150 - 152



RESUMEN

La investigación denominada tuvo por objetivo **analizar** la manifestación de la limitación a la eficacia de la persecución penal por la aplicación subjetiva del principio de legitimidad de la prueba que exige la confirmación judicial en casos de allanamiento según el código procesal peruano

La presente investigación dogmática jurídica tuvo por finalidad el de analizar la manifestación de la limitación a la eficacia de la persecución penal por la aplicación subjetiva del principio de legitimidad de la prueba que exige la confirmación judicial en casos de allanamiento según el código procesal peruano.

Los resultados obtenidos después del análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial fueron que la exigencia de confirmación judicial inicial de allanamiento exigida por nuestra norma procesal penal frente a una intervención por parte de la policía nacional o Ministerio Público, impide que en casos de urgencia o peligro por la demora que posee un estricto fin de averiguación y cumple los principios exigibles; constituye una limitación para la eficacia de la persecución penal

Las técnicas de investigación empleadas fueron el análisis documental, la bibliográfica y le encuesta con sus instrumentos, el análisis de contenido, las fichas y el cuestionario de encuesta, respectivamente.

Palabras clave: confirmación Judicial, derechos fundamentales, flagrancia delictiva, grave peligro de su perpetración, principio del debido proceso, principio de legitimidad de la Prueba.

ABSTRACT

The purpose of the investigation was to analyze the manifestation of the limitation to the effectiveness of criminal prosecution by the subjective application of the principle of legitimacy of the evidence required by judicial confirmation in cases of acquiescence according to the Peruvian procedural code.

The purpose of the present legal dogmatic investigation was to analyze the manifestation of the limitation to the effectiveness of criminal prosecution by the subjective application of the principle of legitimacy of proof that requires judicial confirmation in cases of acquiescence according to the Peruvian procedural code.

The results obtained after the doctrinal, normative and jurisprudential analysis were that the requirement of initial judicial confirmation of acquiescence required by our criminal procedure rule in the face of an intervention by the national police or Public Prosecutor, prevents that in cases of urgency or danger the delay that has a strict purpose of inquiry and complies with the required principles; constitutes a limitation for the effectiveness of criminal prosecution. The research techniques used were the documentary analysis, the bibliography and the survey with its instruments, the content analysis, the files and the survey questionnaire, respectively.

Key Words: judicial confirmation, fundamental rights, criminal flagrancy, serious danger of its perpetration, principle of due process, principle of legitimacy of the Test.

I. INTRODUCCIÓN

El vigente Código procesal penal se caracteriza por su *celeridad procesal*, y tiene propósito el de garantizar a la sociedad una decisión final justa y oportuna; otorgando las máximas garantías y respetos de los derechos fundamentales de la parte imputa de la comisión de un hecho ilícito.

Entre una de las garantías que se otorga al imputado por parte del Código Procesal penal en materia de investigación; es la restricción por parte del órgano titular de la acción penal que busca la verdad u objetividad de los hechos; el cual está sujeto a limitaciones; entre ellas a la eficacia de la persecución penal por aplicación del *principio de legitimidad de prueba* que requiere la confirmación judicial en casos de allanamiento.

La legitimidad de prueba constituye el medio probatorio que se incorpora al proceso penal de acuerdo a los parámetros constitucionales que regulan su afiliación; esto es solo serán admitidas y valorados aquellos medios de prueba que sean incluidos al proceso penal respetándose el principio de legalidad; para ello se requiere como requisito para su validez la confirmación judicial; contrariamente, devendría en una prueba ilegítima; del mismo modo que se respete el principio de presunción de inocencia; en vista que el derecho a probar no sea irrestricto; sino que se encuentra limitado a la observación de estos principios constitucionales en particular y general del debido proceso.

En ese sentido, el presente trabajo de investigación tiende en analizar la limitación en la forma de persecución penal; por aplicación del principio de

legitimidad de la prueba en casos de allanamiento; en ello me limitaré con el fin de contribuir en algún modo a los operadores del derecho y la sociedad en general.

La investigación titulada “LIMITACIONES A LA EFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA EN CASOS DE ALLANAMIENTO SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PERUANO”, surge como la manifestación de un problema que tiene incidencia jurídica a nivel internacional, nacional, regional y local tal como se desprende de las referencias bibliográficas consultadas.

La investigación de tipo dogmático-jurídico, consistente en el análisis de las normas referidas; además la metodología empleada fue el hermenéutico, el argumentativo, el dogmático y exegético. Siendo el análisis documental y la bibliografía las técnicas empleadas, siendo sus instrumentos el análisis documental y las fichas: textual, de comentario, de resumen y críticas.

En ese contexto, el trabajo de investigación se estructuró de la siguiente manera:

El Capítulo I está referido al Problema de Investigación, en donde se desarrolla el Planteamiento y la formulación del problema, los objetivos de la investigación, la Justificación del problema, la delimitación y la ética de la investigación;

El capítulo II está referido el **Marco Teórico** de la investigación que comprende los Antecedentes de Investigación, las Bases teóricas, la Definición de términos, la Hipótesis y las Variables de estudio

El Capítulo III está referido a la **Metodología de la Investigación**; comprende el Tipo de Investigación, el Diseño de investigación, la Población y muestra, las Técnicas e Instrumento(s) de recolección de datos y el Plan de procesamiento y análisis estadístico de datos;

El **capítulo IV y V** está constituido por los Resultados y Discusión de la investigación., en el que se analiza e interpreta la información teórica encontrada.

Finalmente, señalamos las conclusiones, recomendaciones, bibliografía del caso y anexo.

El tesista

Planteamiento y formulación del problema

El actual Código Procesal Penal tiene como uno de los objetivos primordiales la **celeridad procesal**; esto es que el proceso penal se desarrolle en el menor tiempo posible y en menor número de etapas procesales; con la finalidad de garantizar a la sociedad una decisión final justa y oportuna; por cuanto de acuerdo al adagio que señala que justicia que tarda no es justicia; pero visto a ello así el proceso penal busca desarrollarse con las máximas garantías y respetos de los derechos fundamentales de la parte imputada de la comisión de un hecho ilícito.

Entre una de las garantías que otorga dicha norma procesal al imputado en materia de investigación; es la restricción por parte del órgano titular de la acción penal que busca la verdad de los hechos; pero esa verdad no se busca a cualquier precio sino tiene limitaciones; entre ellas es la limitación a la eficacia de la persecución penal por aplicación del principio de legitimidad de prueba que exige la confirmación judicial en casos de allanamiento; por ello hablar de legitimidad de prueba; es aquel medio probatorio que se incorpora al proceso penal de acuerdo a los cánones constitucionales que regulan su incorporación; esto es solo serán admitidas y valorados aquellos medios de prueba que sean incorporados al proceso penal respetándose el principio de legalidad; esto es para el presente caso que la prueba recogida en caso de allanamiento requiera como requisito para su validez la confirmación judicial; de lo contrario devendría en una prueba ilegítima; así mismo que se respete el principio de presunción de inocencia; toda vez que el derecho a probar no sea irrestricto; sino que se encuentra limitado a la observación de estos principios constitucionales en particular y general del debido proceso; por ello el

presente trabajo de investigación tiende en analizar la limitación en la forma de persecución penal; por aplicación del principio de legitimidad de prueba en casos de allanamiento; en ello me limitaré a desarrollar el presente trabajo con el fin de contribuir en algún modo a los operadores del derecho y la sociedad en general.

Es de señalar que esta limitación por aplicación del principio de legitimidad de prueba en casos de allanamiento posee una orientación de protección de los derechos fundamentales de los investigados propios de la protección de bienes jurídicos individuales en el Derecho Penal; contrariamente, consideramos que el Derecho penal debe tutelar los bienes jurídicos de carácter colectivo. En el caso de allanamiento, cuando urge y se intenta salvaguardar los intereses colectivos de la sociedad, el fiscal puede intervenir y de obviarse la confirmación judicial, esta no puede invalidar el acto, puesto lo que se busca proteger es la sociedad, frente a un interés individual.

La protección jurídica de los intereses colectivos y difusos nace como consecuencia de la transformación que la sociedad ha venido experimentando especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, que se ha reflejado también en el surgimiento de nuevas formas de conflicto y de mecanismos que se precisan para su solución.

Es de notar que la sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diverso tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

Frente al problema planteado formulamos las siguientes interrogantes:

Problema General:

¿Cómo se manifiesta la limitación a la eficacia de la persecución penal por la aplicación subjetiva del principio de legitimidad de la prueba que exige la confirmación judicial en casos de allanamiento según el Código Procesal Peruano?

Problemas Específicos:

- 1) ¿Qué fundamentos dogmáticos y normativos limitan el allanamiento del domicilio sin confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el Art. 203° del CPP?
- 2) ¿Qué fundamentos dogmáticos y jurídicos explican el allanamiento del domicilio sin necesidad inicial de confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el del Art. 203° del CPP?
- 3) ¿Es legal y legítimo el allanamiento del domicilio en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el del Art. 203° del CPP?

Objetivos

Objetivo General

Analizar la manifestación de la limitación a la eficacia de la persecución penal por la aplicación subjetiva del principio de legitimidad de la prueba que exige la confirmación judicial en casos de allanamiento según el Código Procesal Peruano.

Objetivos Específicos:

- 1) Explicar los fundamentos dogmáticos y normativos que limitan el allanamiento del domicilio sin confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el Art. 203° del CPP.
- 2) Establecer los fundamentos dogmáticos y jurídicos que explican el allanamiento del domicilio sin necesidad inicial de confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el del Art. 203° del CPP.
- 3) Explicar si es legal y legítimo el allanamiento del domicilio en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el del Art. 203° del CPP.

Justificación

Justificación Doctrinaria

El presente trabajo se justifica en la necesidad de dar la solución a la problemática expuesta y establecer un criterio jurídico científico de que en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración los fiscales deberían solicitar en todos los casos la confirmatoria judicial, para ello será importante establecer el fundamento o naturaleza jurídica de esta nueva institución, ya que si bien es cierto la constitución Política del Estado, en el Artículo 2 numeral 9, Reconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, exceptúa su ingreso para efectuar investigaciones o registros cuando se produzca el supuesto de flagrante delito y grave peligro de su perpetración, siendo en estos casos la diligencia legal y legítima, esta salvedad no es motivo para garantizar que los órganos de investigación (P.N.P y M.P.) escudándose en estos supuestos violen

derechos fundamentales de las personas intervenidas y es el juez de garantías quien debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de las personas asimismo el M.P cumpla a cabalidad el rol primordial que la constitución le faculta. Pero principalmente la presente investigación está destinada a establecer sí 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 peligro inminente de su perpetración, toda vez de no hacerlo tendrá que pasar por el filtro de la audiencia de control de acusación pudiendo caer en el grave riesgo de quedarse sin medios probatorios válidos que en su oportunidad debería recaudarlos, pues si ello sucede puede quedarse lamentablemente hasta sin caso. Al mismo tiempo el propósito de la investigación no se agota en la ya aludida finalidad formal de la misma. Es pretensión del investigador convertir las conclusiones en mensaje académico para ser utilizado de manera práctica por los defensores de la legalidad (M.P) que es el órgano constitucional encargado de llevar a cabo la investigación del delito desde su etapa inicial, para los jueces en su rol de jueces de garantías tal como se establece con este Nuevo Sistema Procesal Penal, y para los abogados en general para brindar una tutela adecuada del derecho de defensa de sus patrocinados.

Justificación practica

La presente investigación tuvo como finalidad la obtención del Grado de Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales, además de contribuir en el debate jurídico, respecto al 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, ya que se analizará y se

comprobará los criterios doctrinarios y jurisprudenciales pronunciados y emitidos hasta la fecha.

Justificación legal

La presente investigación se respaldó en las siguientes normas:

- Constitución Política del Perú.
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”
- Reglamento General de la UNASAM
- Reglamento de la Escuela de Post Grado de la UNSAM

Delimitación

Delimitación temporal

La ejecución de la investigación comprenderá temporalmente los años 2021 y 2022, cumpliendo el cronograma de investigación establecido.

Delimitación espacial

La ejecución de la investigación comprenderá espacialmente el ordenamiento jurídico peruano, físicamente la ciudad de Huaraz, institucionalmente se desarrollará en la Escuela de Postgrado de la UNASAM

Ética de la investigación (opcional)

Se respetó los derechos de autor en el proceso de elaboración y redacción de las Bases teóricas; así como la endomoral exigidas a los investigadores en el campo de la investigación científica. Bunge (1996) señala que a diferencia de la *exomoral* de la investigación que está referida a la responsabilidad social del investigador, la *endomoral* está orientada a la búsqueda de la verdad, la libertad de la investigación para buscar y enseñar la verdad; la ciencia debe ajustarse a los hechos existentes.

Hipótesis

Hipótesis General

La exigencia de confirmación judicial inicial de allanamiento exigida por nuestra norma procesal penal frente a una intervención por parte de la policía nacional o Ministerio Público, impide que en casos de urgencia o peligro por la demora que posee un estricto fin de averiguación y cumple los principios exigibles; constituye una limitación para la eficacia de la persecución penal.

Hipótesis específicas:

- 1) La exigencia de confirmación judicial inicial del allanamiento en casos de urgencia o peligro por la demora se fundamenta en tutela de los derechos fundamentales del individuo sobre el interés estatal en la represión del crimen por parte del Estado y en la vigencia garantista de nuestro sistema procesal penal establecido en el C.P.P.

- 2) El allanamiento sin necesidad de Confirmación Judicial inicial en casos de urgencia o peligro por la demora parte del fundamento que, en un Estado Democrático de Derecho, los derechos fundamentales del individuo no son absolutos; están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y por fines constitucionales legítimos.
- 3) El allanamiento del domicilio sin confirmación judicial inicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecido en el art. 203 del C.P.P. es legal y legítimo si parte de la necesidad urgente de averiguación y cumplimiento de principios procesales como la proporcionalidad, subsidiaridad y razonabilidad.

Variables categoriales

Categoría (X):

X: Principio de legitimidad de la prueba

Categoría (Y):

Y: Limitaciones a la eficacia de la persecución penal

Categoría (Z):

Z: Operadores del Derecho

Operacionalización de Variables

Variables	Indicadores	Medición
<p>X: Limitaciones a la eficacia de la persecución penal</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ausencia de aplicación objetiva y razonable en la protección de los derechos fundamentales • Limitación del interés social en la persecución del delito por parte del órgano jurisdiccional. • Limitada consideración del indubio <i>pro societate</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> • Nominal • Nominal • Nominal
<p>Y: Principio de legitimidad de la prueba</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Confirmación judicial inicial • Protección del Interés individual frente al Social por parte del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Nominal

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

En la Biblioteca de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” – Huaraz- Ancash, encontramos la investigación desarrollada por la Bach. Castromonte (2017) titulada: “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” para optar el grado académico de maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales, el cual arribó a las siguientes 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. (pp. 157-159)

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. Preceptos generales de la prueba

2.2.1.1. 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 dónde 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 (1959), se “impone al juez que resuelva la duda acerca de un hecho determinado, en sentido desfavorable a la parte que tiene interés en afirmarlo” (p. 108). La regla del in dubio pro reo exige que el magistrado resuelva en contra del Ministerio Público (Cafferata, 1988, p. 9).

2.2.1.2.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 de delito y los que acrediten la inocencia del imputado (art. IV.2 del T.P.), 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 Sánchez (1994) admitió que el respeto al principio de legalidad, imparcialidad, y proporcionalidad serían un factor importante de la reforma del proceso penal 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 (Echandía, 1984, Couture, 1988, Micheli, 1970) pues debe perder el proceso a favor de la absolución del imputado¹.

¹ El comité de Derechos Humanos, en su Comentario General 13 indicó 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

La doctrina jurisprudencial ha expresado que la absolución es categórica si se advierte insuficiencia probatoria de cargo (inexistente², incapaz e inocua³ para destruir la presunción de inocencia) o indubio pro reo⁴ (duda razonable, insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia⁵).

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

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

Derechos Humanos, Auspiciado por la Fundación Friedrich Naumann, IIDH, Comisión Andina de Juristas, 2º edc., 1989, p. 170.

² Ver: 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; pp. 243-244.

³ Ver: 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; pp. 301-302.

⁴ 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; pp.547-549.

⁵ Ver: Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 08/06/1999, (Exp. R.N. N° 1398–99 Lima en Jurisprudencia Penal: Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997 –2001; Jurista Editores; Lima, Perú; 2002; pp. 353-355.

otros derechos fundamentales dependiendo del caso concreto, teniendo como referencia a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

“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”(Abad, 1992, p. 10). Para permitir el adecuado funcionamiento de la sociedad las limitaciones del contenido esencial, expresa Prieto (2002) “... no solamente se debe hacer determinar de los derechos fundamentales, sino también de otros bienes constitucionales amparados por la constitución” (p. 86), por lo tanto para la delimitación del contenido esencial se debe valorar sistemáticamente la constitución, conforme afirma Haberle (1997) “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” (p. 109).

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 la 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 (2002) cuando afirma: “que solo la teoría absoluta ofrece las bases, para una interpretación satisfactoria de los contenidos esenciales como garantía autónoma del derecho (...) toda 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”(p. 71).

En el límite de los derechos fundamentales también la ley puede determinar el contenido esencial. Landa (2006) 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 dignidad” (p. 11). 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 ley.

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).

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.

Maier (1996) menciona que 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 rango. Es de notar que no es 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 nexa 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 aún cuando no existe nulidad por la nulidad misma.

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.

2.2.2. Principios de la Prueba Penal

2.2.2.1. El Principio de legitimidad de la prueba

2.2.2.1.1. 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

Prueba⁶ que señala que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

Desde esta 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 fundamental del

imputado⁷ 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.⁸ 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 (Cubas et al., 2005).

Por tanto, de conformidad con este Principio será prueba prohibida, todo medio de prueba que ha sido obtenida trasgrediendo derechos fundamentales, no

⁶ “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.”

⁷ 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.

⁸ 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.

pudiendo ser valorada por el juez, ni utilizada para fundamentar una sentencia, tal como lo prescribe el Art. 159° del NCPP⁹.

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 como internacional, como la regla de exclusión (Valverde, 2005). En este sentido, Sumarriva (2006) establece que la prueba prohibida puede ser directa (invalida por si 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 Derecho¹⁰ y en esa

⁹ 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.”

¹⁰ 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.

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 parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico constitucional y legal (Caro, 2006).

Asencio (2008) señala:

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, verdad forense o verdad jurídica, conseguida con respeto a los derechos fundamentales de la persona. (pp. 4-5)

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 fiscal¹¹ 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 angular que determina la eficacia y eficiencia del sistema de persecución penal, (Peña, 2005) 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.(Peña, 2006)

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” (Peña, 2006).

¹¹ El inciso 4 del artículo 159° 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.

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 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 delincuente¹² y, en cuanto se respeten los principios informadores del Estado Social, como límites infranqueables a esta persecución penal, dado que los

¹² 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.

derechos fundamentales, que llena de contenido axiológico todo el Sistema Jurídico-Estatal, son bienes dignos de protección en un orden democrático de Derecho (Peña, 2005).

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 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 individuales¹³. 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 (Quispe, 2008). Cáceres & Iparraguirre (2007) señalan 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

¹³ 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.

investigación no debe afectar los derechos humanos garantizados por la constitución y la ley”. (p. 268).

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 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.(Peña, 2006, p. 528).

El Título III del Nuevo 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 videovigilancia (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)¹⁴, 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 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

¹⁴ Este presupuesto señala que los medios de búsqueda de la verdad deben encontrarse previamente establecidos en la ley, así como su procedimiento.

o sea denegada por la mayor importancia del interés ciudadano de mantener su libertad y el disfrute de sus derechos.

Quispe (2008) señala “... que 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 “Fumuscomissidelicti”, las mismas que deberán fundamentarse expresando las razones del pedido” (pp. 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 2004 ¹⁵, 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

¹⁵ 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.

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 este nueva institución jurídica 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 Nuevo 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” (Sánchez, 2005, p. 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. 09.¹⁶ 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.¹⁷ 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

¹⁶ 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”.

¹⁷ Casos de allanamiento legal.

delictiva¹⁸ o es inminente la consumación de una conducta punible (grave peligro de perpetración de un delito¹⁹).

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.

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 (PNP) y al Ministerio Público (MP) 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

¹⁸ 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).

¹⁹ 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.

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, puesto 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 derecho²⁰ 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.

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 preparatoria (Juez de Garantías) de conformidad con el Art. 155° del NCPP, el encargado de admitir o

²⁰ 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 releva antes 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.

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 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.

Es de notar que los principios rectores son aquellos que consagran la filosofía y la orientación que el procedimiento penal tiene en cada Estado. Es por ello que se encuentran en la Constitución Política, señalados en forma taxativa y 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 individuo (Hernández, 2006, p. 138).

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 Derecho, y en un proceso penal garantista (Gálvez et al., 2010, p. 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), supresión doctrine (doctrina de la supresión)(Cáceres & Iparraguirre, 2007, p. 59).

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.

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 (Sumarriva, 2006):

- 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 (p. 135).

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 derechos fundamentales del imputado a fin de adquirir fuentes de conocimiento” (Peña, 2006, p. 117).

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".

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 intimidad como es su domicilio o esfera privada.(Moreno, 1987)

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 (Exp. N° 7455-2005-PHC/TC, 2007):

... 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 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 persona.

2.2.4.3. El domicilio como materia de protección del derecho fundamental

El Tribunal Constitucional (2005):

... 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 persona.

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 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 individuo² (Mesías, 2005, p. 133).

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 huésped²¹, 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 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

Al respecto se señala:

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

²¹ 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.

razonables lo justifiquen. Por ello cualquier afectación deberá de reunir los requisitos y garantías de ley (Ramos, 1993, p. 225).

Asimismo:

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 interior (Bernaes, 1996, p. 47).

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 protección original fue la libertad personal (Gaceta Jurídica, 2007), 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 delito (Exp. 4276-

98-A- Lima del 14/08/1998). De tal forma, que es la propia constitución, en el inciso 9 del artículo 2º 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

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 acto (Peña, 2006, p. 596).

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 aquellos casos en los que existe un consentimiento probado y libre se puede admitir la validez de la información recolectada sin una orden de allanamiento (Binder, 1999).

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 Constitución²².

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 vigilancia)(Peña, 2006), no es necesario

²² 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.

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.

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 excesivas (González, 1990, p. 136).

A ello se agrega:

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 desproporcionada (González, 1990, p. 147).

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 ley (Art. 215 inc. 1 del CPP.).

Por tanto, la limitación a este derecho fundamental, requiere de una resolución autoritativa del juez debidamente motivado, 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

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 aumento(Martín, 1999, p. 375).

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 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, párrafo 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 e 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 (Cuasi flagrancia)²³

Con posterioridad, a partir del año 2001, el Tribunal Constitucional (2001) Tribunal restringió el concepto de flagrante delito y llegó a señalar que "la flagrancia supone el preciso momento de la comisión del mismo"(fund. 3).

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

²³ 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.

es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y 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.”²⁴

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”(Tribunal Constitucional, 2006, fund. 5).

²⁴ 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.

Luego mediante Ley 29009 (2007) publicada el 28 de abril, 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 delictuoso²⁵.

Esta definición, como era de esperarse, generó dudas sobre su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional(Defensoría del Pueblo, 2008)²⁶,

²⁵ 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.

²⁶ 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

y es así que contra 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 Constitucional²⁷ 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.

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

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.

²⁷ 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.

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

□ **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 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 los precisa de la manera siguiente (San Martín, 2003, p. 807): 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 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 intervención (Exp. 3692-2009-TC).

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 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 judicial (González, 2005).

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 consiguiente, 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 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 delictiva (Exp. 3692-1009-PHC/TC. Cajamarca).

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).

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.

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 persona (RTC 01999-2008-PHC/TC).

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 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 personalmente 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 Nuevo 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 los antecedentes revisados por San Martín (2005) 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 prueba (p. 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 investigación (Reyna et al., 2007, pp. 339-340).

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 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 el esclarecimiento de los hechos. Por ello se puede afirmar que esta actividad probatoria se encuentra dirigida a obtener la verdad.

El Título III del Nuevo 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.- Videovigilancia. (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 Schluchter (1999) 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 penal (p. 64).

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, más nunca deberán ser vaciados en su contenido 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 Hombre²⁸ 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 sociedad (Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v. Argentina" del 15 de octubre de 1996).²⁹

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

²⁸ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

²⁹ 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.

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 a un proceso penal 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 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.

En ese sentido, se afirma 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 judicialmente³⁰. 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

³⁰ Art. 203 inc. 3 del C.P.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 desaprobandando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía (...).

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 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. Determinarlas 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 	<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. Determinarlas 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

<p>legítimo: Restricción y suspensión de derechos a la luz de las normas vigentes.</p> <p>(Si se cumplen todos los presupuestos para restringir un derecho fundamental en aras de los fines propios del Proceso Penal).</p> <p>5. Si efectivamente se cumple con todos los presupuestos garantistas para limitar legítimamente el derecho fundamental, estaremos dentro de una restricción de 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</p>	<p>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).</p> <p>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.</p> <p>6. Acto seguido, no se otorgará la 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</p>
---	--

que dicha prueba será inatacable en su legitimidad.	sentencia final.
---	------------------

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 medidas³¹ 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:

³¹ El C.P.P señala los preceptos generales del Art. 202° al Art. 204°

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.P³². 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.

Por ende, 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

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 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

³² Art. 202° del C.P.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”.

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 presente trabajo de investigación se pretende dilucidar.

2.2.6.3.3. El principio de proporcionalidad

Este principio está regulado en el art. 203°.1³³. 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

³³ Art. 203° inc. del C.P.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”.

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 de 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)”³⁴.

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 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

³⁴ La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “Sentencia vinculadas con artículos de la Constitución”, Director Manuel Muro Rojo, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 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 (Exp. N° 2496-2005-HC, 17/05/05, S1, PV, Fj.5).

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, explicaremos 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 incriminatoria (Peña, 2006, p. 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.³⁵ Fuera de dichos casos, estaremos ante

³⁵ 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

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 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 me parece 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

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.

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 incautaciones (Pleno Jurisdiccional 5-2010/CJ-116 de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República -).

Por ende, en caso de la medida de allanamiento, consideramos que de conformidad con el orden jurídico constitucional, solamente podrá efectuarse el ingreso a un 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 allanamiento (Peña, 2005, p. 595).
- *Previsibilidad de la negativa:* Se exige que sea previsible que será negado el ingreso a un determinado recinto.
- *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 desapruuebe 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 de la Lengua -RAE (2020), confirmación proviene del latín *confirmaño*”, 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 constitucional (Ejm: Exp. N° 00774-2005-HC/TC y 00019-2005-AI/TC), 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.

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. Compararíamos entonces 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 reemplace, 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.

Por esa razón 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, motivo por el cual se analiza su pertinencia en el presente trabajo.

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 garantías 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.

Creemos 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 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 declarararía 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 transgrede 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 texto del 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:

Es de notar que, 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 medida, 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 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 desapruébe 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 obtenido (art. VIII del TP del CPP 2004 y art. 159); en vista que, en este caso inevitablemente se requiere resolución 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-116³⁶ (11-2010) 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

³⁶ VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de la República. 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.

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:

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

La Corte Suprema de Justicia de la República (2010) en su 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 sus 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.)³⁷, 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

³⁷ Art. 203 inc.3 del C.P.P. 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.

investigaciones que son la flagrancia delictiva y el grave peligro de sus 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 diligencia 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 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 requiere 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

La Corte Suprema de Justicia de la República (2010) en su Acuerdo plenario N° 5-2010/CJ-116, 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 irremediabilmente 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 (p. 5).

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 precedente³⁸.

En esta investigación, no coincidimos 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

³⁸ Ver: 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.

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 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 su 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 trabajo, es en el primer párrafo del fundamento 13³⁹ 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.

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 confirmación⁴⁰ 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

³⁹ “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.

⁴⁰ 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.”

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, 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”. (Bermúdez, 2010, p. 97)
- **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 (2003) 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. (pp. 70-71)

▪ **Derechos humanos.** - Pérez luño (1998) señala:

Son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (p. 23).

▪ **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 posiciones jurídicas, para atribuirles derechos o deberes (Sessarego, 1986, p. 94).

▪ **Estado de derecho.** - Como aquella forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivados de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la administración de la ley.(Bermúdez, 2010, p. 174)

- **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 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.
- **Inculpado.** - Procesado en una investigación de un delito, como presunto autor del mismo. El inculpado de un delito contra el cual se ordena auto de procedimiento. (Figueroa, 2009).
- **Prueba.** – Cuello (1979) indica que:

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 (p. 33).

▪ **Prueba anticipada.** - Rojas (2001) señala:

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 (p- 883).

▪ **Prueba ilícita.** – “Debe entenderse como aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales” (Miranda, 2010, p. 133).

▪ **Prueba prohibida.** - Es aquella prueba obtenida ilícitamente, es decir vulnerando los derechos fundamentales del imputado a fin de adquirir fuentes de conocimiento.

▪ **Sistema acusatorio garantista.** – “El sistema procesal penal acusatorio es antagónico al sistema inquisitivo, aquél se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de Derecho, está regido por sólidos principios, conforme a lo está expresamente previsto en el artículo I del Título Preliminar del nuevo CPP de 2004” (Miranda, 2010, p. 133).

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación:

Correspondió a una investigación **Dogmática jurídica**, que tuvo por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir las limitaciones a la eficacia de la acción penal por la aplicación del principio de legitimidad de la prueba en casos de allanamiento.

3.1.2. Tipo de diseño

Correspondió a la denominada **No Experimental** "...debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia" (Robles, 2012, p. 34)

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño **Transversal**, cuya finalidad será recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. "Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso..." (Hernández et al., 2014, p. 151) .

3.1. 4. Métodos de investigación

Los métodos específicos que se emplearon en la investigación fueron (Zelayarán, 2000):

3.1.4.1.-Métodos Generales

Utilizamos los métodos: inductivo - deductivo, analítico – sintético

3.1.4.2. Métodos de la Investigación Jurídica

- **Método Dogmático.** - Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, 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 empleó en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

En el caso de nuestra investigación lo empleamos para analizar la normatividad de la aplicación del principio de legitimidad de la prueba en casos de allanamiento.

- **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, este 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.

En el caso de nuestra investigación lo empleamos para analizar la aplicación del principio de legitimidad de la prueba en casos de allanamiento.

- **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.

En el caso de nuestra investigación lo empleamos para los fundamentos y/o argumentos de la aplicación del principio de legitimidad de la prueba en casos de 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.

En el caso de nuestra investigación lo empleamos para describir literalmente la normatividad referida a la aplicación del principio de legitimidad de la prueba en casos de allanamiento.

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 estuvo conformado por referencias bibliográficas físicas y digitales.

- 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 Humanística o clásica, que es el más adecuado para la presentación de informes científicos en las ciencias sociales.

3.2.- 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 sometidas a la audiencia preliminar de control de la acusación fiscal.

C. Universo temporal: El periodo de estudio correspondió al año 2017

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 es de tipo no probabilística por que la técnica a usar es intencional, decidiendo el investigador cuál ha de ser el tamaño de nuestra muestra; por ello nuestra estará 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.

3.3. Instrumentos de recolección de datos

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 recogimos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar la doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitará áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión. Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Finalmente, para la validación de las hipótesis, se empleó la argumentación e interpretación jurídica como método, en el contexto de la denomina validación teórica de la hipótesis.

3.4. Plan de procesamiento e interpretación de la información

- (1) 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.

- (2) 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 empleó 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 información 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 y doctrina.

Análisis e interpretación de la información

Cuyos pasos a seguir fue:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida

Criterios: Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscó 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.

Contexto.

El lugar donde se desarrolló la investigación es en la ciudad de Huaraz, durante el año 2017.

Unidad de Análisis o informantes

Documentales: Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.

Análisis de datos

Los datos que se obtuvieron con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar.

La habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino recordarles a los juristas lo que ya saben, pero orientándoles siempre a la mejora continua de su actuar, siempre en beneficio de la sociedad.

IV. RESULTADOS

4.1. Presentación de Resultados

4.1.1. Respecto a la protección de bienes jurídicos colectivos frente a los individuales, por allanamiento en casos de urgencia o peligro por la demora

Como bien señala Roxin (2015) desde hace más o menos diez años, la cuestión de si es posible poner límites al poder punitivo del Estado limitándolo a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos vuelve a ser objeto de una viva discusión. La actualidad del tema y lo extraordinariamente debatido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, justifican traerá colación tal cuestión a propósito de los graves problemas de vulneración al orden público que últimamente se han venido suscitando en nuestro país.

La protección de bienes jurídicos supra- individuales o colectivos surge como una técnica de punibilidad propia del Estado social y democrático de derecho y como tal, no constituye una técnica necesariamente lesionadora de derechos o garantías de los ciudadanos.⁴¹ Por el contrario, ha sido construida -y allí nace su discusión- como un instrumento para hacer frente a los nuevos peligros propios de la sociedad del riesgo (Beck, 1998) de la sociedad de la información y de los avances tecnológicos, situación que ha dado origen al denominado fenómeno de la expansión del Derecho penal.(De la Cuesta, 2005). Cuestión ésta frente a la cual

⁴¹ La Constitución Española de 1978 establece, en su art. N° 1 que, “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político”.

ha quedado superado el actual texto constitucional y la noción de orden público que contiene.

El concepto de bien jurídico supraindividual, colectivo o universal, debe enmarcarse dentro del proceso de transformación que sufre la noción de bien jurídico desde aquel que sólo efectuaba una función de garantía para los sujetos y de legitimación de la norma penal -en cuanto justificaba y respondía al por qué de la intervención penal- a aquel que, además de estas trascendentales funciones, debe cumplir con la de proteger determinadas y concretas relaciones sociales estimadas democráticamente como esenciales para la subsistencia de un sistema también elegido democráticamente (Bustos, 1986, pp. 150-151).

... respecto de Europa, las modificaciones que han experimentado el capitalismo y el modelo de Estado determinan o exigen ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho penal. Por ello, en la actualidad va abriéndose paso la opinión de que este último debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales, pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material. Esto es, los denominados intereses difusos (Mir, 1994, p. 135).

Por otro lado, también debe tenerse presente que:

... la creación de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos también constituye una de las modernas técnicas del Derecho penal para la anticipación de la tutela penal y, por lo mismo, existe una profunda relación de complementariedad entre éstos y los delitos de peligro abstracto, puesto que la mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto constituyen figuras orientadas a la tutela de tales bienes jurídicos (Hefendehl, 2002, pp. 1-2).

Además, la configuración de bienes jurídicos no orientados directamente a la protección de intereses individuales es objeto de importantes objeciones en la doctrina (Jakobs, 1997). Desde ya, aun en el marco del Estado social y democrático, se ha desarrollado profusamente y con distintas fundamentaciones la discusión sobre la legitimidad de la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, sobre todo por los seguidores de la denominada Escuela de Frankfurt.⁴²

Es de notar que el tema de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales debe enmarcarse dentro del proceso de transformación que sufre el concepto de bien jurídico desde su función de garantía para los sujetos y de legitimación de la norma penal a aquel de protección de concretas relaciones sociales estimadas democráticamente como esenciales para la subsistencia del sistema. Razón por la cual, además, la atención jurídica respecto de estas materias

⁴² Con este nombre se designa a un importante grupo de penalistas alemanes que, por realizar su actividad académica en la universidad de esta ciudad o por haberse formado en ella, vienen desarrollando (desde hace más de 40 años) una serie de planteamientos filosóficos y de teoría general del derecho; dogmático-penales, criminológicos y político-criminales, de una relevante homogeneidad conceptual.

-en especial del Derecho penal- aparece vinculada a la consolidación y desarrollo del Estado social y democrático de Derecho.

Los intereses difusos enseñan o ponen de manifiesto aquellos nuevos intereses colectivos, nuevos intereses de la mayoría de la población, respecto de los cuales no son operativos o proyectables las tradicionales técnicas de tutela penal, puesto que su efectiva y racional protección penal precisa de un complejo entramado institucional de organización y control. Más aún, las fuentes de peligro respecto de los intereses difusos generalmente emergen de sectores de actividades socialmente necesarias que, en todo caso, no son susceptibles de suprimir, por lo que la vulneración de los intereses difusos, en estos casos, se presenta como una mera disfuncionalidad del sistema.

La protección de los nuevos derechos a través del sistema jurídico -incluso por el Derecho penal- debe realizarse por nuevos medios y no por la tradicional categoría del bien jurídico, que se encontraría indisolublemente ligado al Derecho liberal burgués clásico y a su postulado de la igualdad formal a través de la idea del derecho subjetivo, esencialmente individual, y su principal símbolo: el derecho de propiedad. Por ello, el concepto de interés difuso puede resultar sumamente confuso si no se considera que su difusividad no se refiere exclusivamente a su contenido o a su naturaleza sino, específicamente, a su titularidad (Jori, 1994, p. 95).

La noción de la protección de los intereses difusos surge como una categoría que desborda los criterios tradicionales de clasificación de los bienes jurídicos, para proyectarse sobre intereses de textura y contenido muy diverso. Esto es, intereses

tan plurales como los relativos al medio ambiente, la planificación territorial y el urbanismo, el crimen organizado, entre otros problemas.

Por lo señalado, la consolidación y el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho han posibilitado y fomentado que un considerable sector de la doctrina penal postule la integración de los nuevos derechos o intereses en la tradicional categoría del bien jurídico penal, a través de la denominación bienes jurídicos colectivos.

Con la superación del concepto de Estado gendarme, propio del liberalismo clásico, el Estado social y democrático de derecho, junto con intervenir en diversas áreas, pasa a entender el Derecho penal como un instrumento dinámico y no estático, como un instrumento activo y no meramente retributivo, esto es, como un mecanismo susceptible de ser utilizado por el Estado para incidir sobre una realidad previa y sus disfunciones sociales y económicas. Realidad, a su vez, de la que extrae los objetos de protección punitiva -bienes jurídicos- que, por ello, comienzan a poseer un carácter material, tanto en su propio contenido como en su rol delimitador del poder punitivo del Estado. Esto, porque ahora el Estado no crea, mediante el Derecho, los intereses susceptibles de ser tutelados jurídico-penalmente, sino que sólo los recoge o reconoce de aquella realidad preexistente que está obligado a mejorar en favor de la sociedad, razón por la cual, además, debe tender al amparo progresivo de cada vez más intereses de titularidad común. De ahí que el nuevo Estado social y democrático de derecho se encuentre obligado a proteger jurídicamente -incluso jurídico-penalmente- todo un conjunto de intereses, hasta el momento no tutelados o no suficiente y eficientemente amparados, surgidos al

compás de los violentos cambios en los modos de producción, el avance científico, el desarrollo tecnológico y la consolidación del sistema capitalista.

Por ello, la particularidad de estos intereses no sólo está dada por su carácter masivo y universal, sino que:

... además, por el hecho de tratarse de relaciones sociales básicas dentro del sistema, que configuran el orden social y el funcionamiento de la sociedad, razón por la que resultan fundamentales para cada miembro de la misma en la medida que afectan específicamente su quehacer cotidiano. De ahí, también, su profunda diferencia con los denominados bienes jurídicos tradicionales e individuales que no aceptan quedar involucrados en el quehacer diario puesto que sus afecciones sólo pueden ser puntuales y de carácter estrictamente personal, aunque puedan ser varios los afectados. Las afecciones a estos nuevos bienes jurídicos, en cambio, siempre afectarán a una masa de individuos o, por lo menos, a un colectivo. De esta forma, aparece como un nombre muy apropiado para los mismos el de bienes jurídicos colectivos (Bustos, 1986, p. 158).

Finalmente, podemos precisar que los bienes jurídicos colectivos se distinguen de los bienes jurídicos individuales y de los supraindividuales principalmente porque constituyen bienes que están en función de todos los miembros de la sociedad o de un colectivo y no sólo respecto del individuo o de una mera sumatoria de sujetos interesados; a su vez, el bien jurídico colectivo está en directa consideración a cada uno de los miembros de la sociedad, ya que, con el término colectivo se pretende excluir la discriminación, el beneficio

unilateral y la parcialidad en la protección. No se busca significar con ello la existencia de una razón superior al individuo - sea social-estatal o de seguridad- al cual éste quede sometido. Por el contrario, de lo que se trata es de atender materialmente las necesidades del individuo para que la protección a bienes individuales, como su vida, su salud o su libertad, adquieran un sentido material y no reaparezca -por la inercia del funcionamiento de la sociedad donde está inserto- una formalización de tales protecciones.

4.1.2. La proporcionalidad, subsidiaridad y razonabilidad de las pruebas obtenidas en el caso de allanamiento

Taruffo (2010) afirma que “la finalidad de la prueba es la de determinar la verdad de los hechos, por ende, toda prueba relevante debe ser admitida, siempre teniendo en cuenta criterios claros que nos permitan discernir en qué casos resulte eficaz que dichas pruebas sean admitidas” (p. 160).

Dicha postura con la que coincidimos sustantivamente, se inscribe:

... en una concepción probatoria moderna según la cual todo elemento de prueba relevante para una decisión justa para las partes debe ser sometido a valoración por parte del Juez: Pues si hablamos de la prueba en sentido amplio, hacemos referencia a aquella que comprende cualquier tipo de dato cognoscitivo, de procedimiento o de medio que produzca información utilizable para la determinación de la verdad de los hechos, y por ende, poner fin a la incertidumbre jurídica del caso (Taruffo, 2010, p. 160).

Si bien es cierto, que la falta de confirmación judicial a la prueba obtenida por el Fiscal en una situación de allanamiento o peligro por la demora que permita obtener pruebas y/o evidencias importantes, se traduce en prueba ilícita que vulnera un derecho fundamental individual, sin embargo debemos tener en cuenta que esta intervención del Ministerio Público se hizo en salvaguarda de los bienes jurídicos colectivos, Democrático de Derecho, los derechos fundamentales del individuo no son absolutos; están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y por fines constitucionales legítimos.

No obstante, estas afirmaciones, nos encontramos con el derecho fundamental a probar, entendido como un derecho fundamental autónomo, o como integrante de otro derecho fundamental de naturaleza compleja: el derecho a un proceso justo o debido proceso, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y en la presente investigación.

El derecho fundamental a probar es aquel derecho subjetivo perteneciente al grupo de los llamados ‘derechos fundamentales’, que tiene todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, y que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o defensa”(Bustamante, 2001, p. 67).

En el fundamento 149 de la aludida sentencia, el supremo intérprete de la Constitución didácticamente señala: Sobre la relatividad de los derechos

fundamentales, en sentencia normativa de 21 de julio de 2005, expediente N° 0019-2005-PI/TC, caso: Inconstitucionalidad parcial del artículo 47° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28568, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Éstos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es derivados de la propia naturaleza del derecho a la prueba.”

4.1.3. Los derechos fundamentales no son absolutos, debe primar la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general

La inserción de los derechos y libertades en normas constitucionales los configura como categorías jurídicas limitadas, pues, si bien su Constitucionalización les reporta protección, al mismo tiempo, los relativiza, en cuanto que, si la Constitución es un todo normativo, una unidad jurídica, ninguno de sus preceptos puede ser interpretado con desconocimiento de los demás, por lo que se modalizan. Así, el Tribunal Constitucional español ha reiterado que "[...] tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto que éstas derivan del respeto a la Ley y los derechos de los demás son igualmente consideradas por el art.10.1 de la C.E. «fundamento del orden político y de la paz social» [...] (1 SSTC

159/1986, 6 de noviembre; 254/1988, 21 de diciembre). Por tanto, no es posible interpretar y ejercitar los derechos con menoscabo de la existencia de otros, pues la necesaria unidad de sentido, merced a que todos ellos se insertan en el diseño constitucional, impone la presencia constante de todos en cualquier momento. De este modo, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, que pueden marcar ciertas prioridades, se producen supuestos conflictivos o de concurrencia de posiciones subjetivas, que han de ser solucionados sin perder de vista la unidad normativa y, por tanto, buscando siempre una armonía o coexistencia que, a la postre, es la que justifica la reducción jurídica de alguno de ellos.

En este orden de cosas, bajo el concepto de límite entendemos, en un sentido genérico y siguiendo Aguiar (1993), que será "toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos" (p. 10).

Además, hemos de precisar que estamos estudiando límites de naturaleza jurídica, es decir, límites que son establecidos a través de mecanismos jurídicos, ya sean leyes o sentencias, por lo que, lógicamente, quedan fuera del objeto de nuestro estudio, los límites de hecho, condicionamientos materiales que, si bien disminuyen o dificultan de algún modo la posibilidad de hacer efectivas determinadas pretensiones, no reducen el contenido del derecho a través de una intervención jurídica en su ámbito constitucionalmente protegido. De este modo, la primera de las cuestiones que se plantea, en un intento de teorizar sobre el carácter limitado de los derechos y, más concretamente, a la hora de solucionar conflictos de ejercicio que se producen en la práctica, será el establecimiento de los límites internos o

intrínsecos de los derechos, pues su concreción nos permitirá eliminar algún problema de colisión en aquellos supuestos en los que resulta ficticia, por no protegerse elementos que, realmente, no forman parte del supuesto de hecho constitucionalmente protegido.



V. DISCUSION

5. Validación de hipótesis

Nuestras hipótesis quedan validadas en base a los argumentos planteados en la Discusión de Resultados, que se resumen en:

1) La exigencia de confirmación judicial inicial del allanamiento en casos de urgencia o peligro por la demora se sustenta en la tutela de los derechos fundamentales del individuo sobre el interés estatal, hecho que se respalda en sistema penal garantista adversarial; sin embargo es de notar que en la 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 (o del vínculo atenuado), supresión del nexo causal, entre otros. Todos con el fin de evitar que las pruebas ilícitas que demuestren la responsabilidad del imputado sean excluidas del proceso. Las teorías que respaldan esta afirmación son:

a) **Teoría de la fuente independiente.** “Se puede llegar a la fuente de prueba por medios probatorios legales presentes. Aun suprimiendo hipotéticamente el acto viciado (digamos, la confesión bajo tormentos del lugar donde se encuentra el arma homicida), se puede igualmente llegar a sus consecuencias (en el ejemplo, obtención del arma) por vías legales (testigo que declare haber visto el lugar de ocultación)” (Hairabedián, 2002, p. 67).

b) **Teoría del descubrimiento inevitable.** Es derivada de la fuente independiente. Se aplica cuando las consecuencias del acto irregular se hubieran obtenido por otros caminos que indefectiblemente se hubiesen presentado (Hairabedián, 2002).

c) **Teoría del vínculo atenuado o de la tinta indeleble.** Las posteriores actuaciones, derivadas de las ilícitas, van perdiendo relación con aquella, la propagación del vicio se atenúa o diluye por completo.

d) **Teoría de la Buena fe.** Esta excepción consiste en valorar las pruebas obtenidas ilícitamente cuando, si es que tales hechos estuvieron recubiertos de apariencia de legalidad. Esta excepción pretende salvar aquellas pruebas ilícitas que fueron obtenidas de buena fe. Implica que el medio de prueba ilícito ha sido obtenido sin intención de acometerlo, y al creerse que se ha actuado en derecho puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusión es probatorias (convencer a las agencias policiales de no violar derechos fundamentales), no puede reputarse a alguien que actúa de buena fe, debido a que su intención no fue esa, no pudiéndose persuadir a abstenerse de vulnerar garantías constitucionales a alguien que no ha querido hacerlo.

El artículo VIII. 3 del Título Preliminar, 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 ésta es a su favor, la garantía no puede aplicarse en super juicio, por cuanto la garantía se

ha creado a su favor no en su contra, más aún cuando no existe nulidad por la nulidad misma.

De entrada, en nuestra legislación se ha delimitado cuáles 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.

- 2) El allanamiento sin necesidad de Confirmación Judicial inicial en casos de urgencia o peligro por la demora parte del fundamento que, en un Estado Democrático de Derecho, los derechos fundamentales del individuo no son absolutos; están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y por fines constitucionales legítimos.

En un Estado social y democrático de Derecho, que reconoce la existencia de estos bienes jurídicos, las principales características de los mismos están determinadas -entre otras- por su carácter material; por su titularidad común, esto es, por ser masivos y universales; por su fragmentación, conflictividad y por ser -en principio, pues es discutible- complementarios a los bienes jurídicos individuales.

Para comprender el carácter material de los Bienes Jurídicos Colectivos, se debe iniciar de la base que, para un Estado social y democrático de derecho, el Derecho penal constituye un instrumento dinámico y activo, susceptible de ser utilizado para incidir sobre la realidad social dada con el

fin de minimizar o destruir sus disfunciones, sean éstas sociales, económicas, culturales o políticas. Por ello es que, además, desde esta misma realidad social, el Estado social y democrático extrae, recoge o reconoce los bienes jurídicos objeto de protección punitiva. Así, en este sentido es que los bienes jurídicos colectivos poseen un doble carácter material: en su propio contenido y en su rol delimitador del poder punitivo del Estado.

La afectación de los bienes jurídicos colectivos, en cambio, siempre afectan a una masa de individuos o, por lo menos, a un colectivo. Por ello, el carácter masivo y universal de la titularidad de los bienes jurídicos colectivos se debe entender como la extensión, amplitud o vastedad de aquellos a que afectan; como la pluralidad, actual o potencial, de interesados, sujetos titulares o eventualmente implicados bajo su protección; así como la pluralidad, extensión o amplitud, del bien al que pretende tender.

VI. CONCLUSIONES

- 1) El Estado en el uso del uis puniendi sancionador busca la “verdad” de cómo aconteció el delito para de esta forma poder sancionar con justicia a quienes verdaderamente son los responsables del acontecimiento de un hecho ilícito, 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”. en tanto dignidad del ser humano se contemple por tanto la verdad a la que está dirigida todo el proceso penal se le ha denominado verdad reglada, verdad forense o verdad jurídica, conseguida con respeto a los derechos fundamentales de la persona.
- 2) La confirmación judicial, instituida en el artículo 203 inciso 3 del CPP 2004, precepto derivado de principio de legitimad de prueba, por 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, principio que condiciona la labor de investigación del fiscal por cuanto se encuentra obligado a solicitar la confirmación judicial de las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración.-

- 3) 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 creo 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.
- 4) En 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.

VII. RECOMENDACIONES

- 1) La solicitud de confirmatoria judicial en las diligencias de allanamiento en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración se deberá producirse inmediatamente, y a fin de que no exista esta clase interpretaciones confusas y agraviantes, debería establecerse un plazo bajo sanción de nulidad, 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.
- 2) Si no se solicitara la 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, creo 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. 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.



VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, S. (1992). *limites respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales*. Thémis21.
- Aguiar, L. (1993). Los límites de los Derechos Fundamentales. *Revista Del Centro De Estudios Constitucionales*, 14, 10.
- Asencio, J. (2008). *La prueba prohibida y prueba pre constituida en el proceso penal*. Fondo editorial INPECCP.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- Bermúdez, M. (2010). *Diccionario Jurídico*. San Marcos.
- Bernales, E. (1996). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. (1era.). Constitución y Sociedad.
- Bunge, M. (1996). *Vigencia de la Filosofía* (F. E. de la U. I. G. de la Vega (ed.)).
- Bustamante, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara editores.
- Bustos, J. (1986). *Los bienes jurídicos colectivos (repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)*. RFDUC.
- Cáceres, R., & Iparraguirre, R. (2007). *Código Procesal Penal Comentado*. Jurista Editores.
- Cafferata, J. (1988). *Temas de Derecho Procesal Penal*. De Palma.
- Carnelutti, F. (1959). *Estudios de derecho procesal*. Ejea.
- Caro, D. (2006). *Las garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Biblioteca Jurídica Dike.
- Castromonte, R. (2017). *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 e [Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”].
http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2624/T033_40945724_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ley 29009, (2007).

Corte Suprema de Justicia de la República. (2010). *Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116* (p. 7). VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y transitorias. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/Acuerdo-Plenario-5-2010-CJ-116-Legis.pe_.pdf

Cubas, V., Doig, Y., & Quispe, F. (2005). *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Ed. Palestra.

Cuello, S. (1979). *La Prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa América.

De la Cuesta, P. (2005). Sociedad del riesgo y Derecho penal. In *Nuevas tendencias en el Derecho penal económico y de la empresa*. ARA.

Defensoría del Pueblo. (2008). *Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009*. Defensoría del Pueblo.

Echandía, D. (1984). *Compendio de pruebas judiciales*. Rubinzal – Culzoni editores.

Figuroa, H. (2009). *Diccionario jurídico*. Inkari. E.I.R.L.

Gaceta Jurídica. (2007). Inviolabilidad de domicilio. In *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica.



- Gálvez, T., Rabanal, W., & Castro, H. (2010). *El Código Procesal Penal, comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores.
- González, N. (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*.
- González, N. (2005). La restricción del Derecho a la inviolabilidad de domicilio en el Proceso Penal Español. In *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra Editores.
- Haberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Ed. PUCP.
- Hairabedián, M. (2002). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal*. (H. Editor (ed.)).
- Hefendehl, R. (2002). “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” RECPC. <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Hernández, C. (2006). Prohibición de empleo de la prueba ilícitamente obtenida ¿Excepciones a la regla? In *Actualidad Jurídica* (Vol. 153). Gaceta Jurídica.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación* (McGrawHill. (ed.)).
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte General*. Marcial Pons.
- Jori, J. (1994). Problemática procesal de la protección de los intereses difusos. *Serie Cuadernos de Derecho Judicial*, 36, 95.
- Landa, C. (2006). *Constitución y fuentes del derecho*. Ed. Palestra.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Editores Del Puerto S.R.L., 2da. edic.
- Martín, R. (1999). Entrada en domicilio por causa de delito flagrante (1) (A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996). *Revista Electrónica de Ciencia*

Penal y Criminología.

- Mesías, C. (2005). Inviolabilidad de domicilio. In *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo.* (p. 133). Gaceta Jurídica.
- Mir, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Ariel.
- Miranda, M. (2010). La Prueba Ilícita: Como Regla de exclusión Probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública.*
- Moreno, V. (1987). La Garantía de los derechos Fundamentales de la Investigación Penal. In *Revista Poder Judicial y Justicia Penal* (Vol. 2).
- Peña, A. (2005). La búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal. *Actualidad Jurídica, 145-dici.*
- Peña, A. (2006). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal.* (1era. edic). Rodhas.
- Pérez luño, A. (1998). *Los Derechos Fundamentales* (Tecnos (ed.); 7ma.).
- Prieto, L. (2002). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. In *Pensamiento Constitucional: Vol. Año VIII.*,. Fondo Editorial de la PUCP.
- Quispe, F. (2008). La Búsqueda de Pruebas y Restricción de Derechos. In *Curso de Capacitación sobre el Nuevo Modelo Procesal Penal.*
- Ramos, F. (1993). *El Proceso Penal. Lectura Constitucional* (3era. edic). Ed. Barcelona.
- Real Academia de la Lengua. (2020). *Confirmación.* <https://dle.rae.es/confirmación>
- Reyna, L., Arocena, G., & Cienfuegos, D. (2007). *La Prueba. Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales.* (1era. edic). Jurtista Editores.
- Robles, L. et. al. (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*

- (Fecatt (ed.)).
- Rojas, J. (2001). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Pacifico Editores S.A.C.
- Roxin, C. (2015). *El concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. <http://criminet.ugr.es/recpc>
- San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal penal* (Grijley (ed.)).
- San Martín, C. (2005). Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. registros e intervenciones corporales. *Actualidad Jurídica*, 144, 250.
- Sánchez, P. (1994). *Comentarios al Código Procesal Penal*. IDEMSA.
- Sánchez, P. (2005). *Introducción al Nuevo Proceso Penal*. IDEMSA.
- Schluchter, E. (1999). *Derecho Procesal Penal* (traducción). Tirant lo blanch.
- Sessarego, C. (1986). *Derecho de las Personas*. librería Studiun Editores.
- Sumarriva, A. (2006). *Análisis Integral del Nuevo Código Procesal Penal* (1era.).
San Marcos.
- Taruffo, M. (2010). *Simplymente la verdad*. Marcial Pons.
- Tribunal Consitucional. (2005). *Exp. 003-2005-PI/TC*.
- Tribunal Constitucional. (2001). *Resolución 125-2001-HC/TC* .
- Tribunal Constitucional. (2006). *Expediente N° 2617-2006-PHC/TC*.
- Exp. N° 7455-2005-PHC/TC, (2007).
- Valverde, V. (2005). El Fundamento constitucional de la prueba ilícita. In *Actualidad Jurídica* (Vol. 137, pp. 129–130). Gaceta Jurídica.
- Zelayarán, M. (2000). *Metodología de la investigacion Juridica* (E. Juridica ed)

IX ANEXO

MATIZ DE CONSISTENCIA LOGICA

TITULO:|

LIMITACIONES A LA EFICACIA DE LA PERSECUCIÓN PENAL POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA EN CASOS DE ALLANAMIENTO SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PERUANO

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS Y VARIABLES	JUSTIFICACIÓN	MARCO TEÓRICO	METODOLOGÍA
<p>General</p> <p>¿Cómo se manifiesta la limitación a la eficacia de la persecución penal por la aplicación subjetiva del principio de legitimidad de la prueba que exige la confirmación judicial en casos de allanamiento según el Código Procesal Peruano?</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>¿Qué fundamentos dogmáticos y normativos limitan el allanamiento del domicilio sin confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora</p>	<p>General</p> <p>Analizar la manifestación de la limitación a la eficacia de la persecución penal por la aplicación subjetiva del principio de legitimidad de la prueba que exige la confirmación judicial en casos de allanamiento según el Código Procesal Peruano</p> <p>ESPECÍFICOS</p> <p>✓ Explicar los fundamentos dogmáticos y normativos que limitan el allanamiento del domicilio sin confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el Art. 203° del CPP.</p> <p>✓ Establecer los fundamentos dogmáticos y jurídicos que explican el</p>	<p>General</p> <p>La exigencia de confirmación judicial inicial de allanamiento exigida por nuestra norma procesal penal frente a una intervención por parte de la policía nacional o Ministerio Público, impide que en casos de urgencia o peligro por la demora que posee un estricto fin de averiguación y cumple los principios exigibles; constituye una limitación para la eficacia de la persecución penal.</p> <p>ESPECIFICAS</p> <p>La exigencia de confirmación judicial inicial del allanamiento en casos de</p>	<p>Doctrinaria</p> <p>Se justifica en la necesidad de dar la solución a la problemática expuesta y establecer un criterio jurídico científico de que en los casos de flagrancia delictiva o grave peligro de su perpetración los fiscales deberían solicitar en todos los casos la confirmatoria judicial”.</p> <p>Practica</p> <p>La presente investigación tuvo como finalidad la obtención del Grado de Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales, además de contribuir en el debate jurídico, respecto al Principio de Legitimidad</p>	<p>Antecedentes</p> <p>No obra antecedentes al tema pero si temas relacionados al tema</p> <p>Bases teóricas</p> <p>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.</p> <p>El Titular de la acción penal es el Ministerio Público (inc. 4 del art. 159 de la Constitución), sin embargo, este encargo debe ser</p>	<p>Tipo de Investigación</p> <p>Dogmática jurídica</p> <p>Diseño</p> <p>No experimental vista que la investigación a desarrollar obviará de la manipulación intencional de la variable independiente.</p> <p>Métodos de Investigación</p> <p>Utilizamos los métodos: inductivo - deductivo, analítico – sintético</p> <p>Método Dogmático</p> <p>Este método se utilizará en nuestra investigación para tratar de entender nuestro problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas</p> <p>Método hermenéutico.</p> <p>La hermenéutica jurídica presupone necesariamente el manejo de los conceptos, nociones y dogmas que conforman la ciencia del Derecho.</p> <p>Método de la Argumentación Jurídica. - La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica</p>

<p>establecidos en el Art. 203° del CPP?</p> <p>4) ¿Qué fundamentos dogmáticos y jurídicos explican el allanamiento del domicilio sin necesidad inicial de confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el del Art. 203° del CPP?</p> <p>5) ¿Es legal y legítimo el allanamiento del domicilio en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos</p>	<p>allanamiento del domicilio sin necesidad inicial de confirmación judicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el del Art. 203° del CPP.</p> <p>✓ Explicar si es legal y legítimo el allanamiento del domicilio en casos de urgencia o peligro por la demora establecidos en el del Art. 203° del CPP.</p>	<p>urgencia o peligro por la demora se fundamenta en tutela de los derechos fundamentales del individuo sobre el interés estatal en la represión del crimen por parte del Estado y en la vigencia garantista de nuestro sistema procesal penal establecido en el C.P.P.</p> <p>El allanamiento sin necesidad de Confirmación Judicial inicial en casos de urgencia o peligro por la demora parte del fundamento que, en un Estado Democrático de Derecho, los derechos fundamentales del individuo no son absolutos; están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y por fines constitucionales legítimos.</p> <p>El allanamiento del domicilio sin confirmación judicial inicial en casos de urgencia o peligro por la demora establecido en el art. 203 del C.P.P. es legal y</p>	<p>de la Prueba y el Requerimiento de Confirmación del Allanamamiento en los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración,</p> <p>Legal</p> <p>La presente investigación se respaldó en las siguientes normas: Constitución Política del Perú., Ley Universitaria N° 30220, Estatuto de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, Reglamento General de la UNASAM, Reglamento de la Escuela de Post Grado de la UNSAM</p>	<p>llevado de manera objetiva, indagando los hechos constitutivos del delito y los que acrediten la inocencia del imputado (art. IV.2 del T.P.), sólo así será un verdadero defensor de la legalidad y de la sociedad.</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Técnica e Instrumentos de Investigación</p> <p>Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogimos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.</p> <p>Unidad de Análisis o informantes</p> <p>Documentales: Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.</p> <p>ANÁLISIS DE DATOS</p> <p>Los datos que se obtuvieron con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación</p>
--	---	--	--	---	--



<p>en el del Art. 203° del CPP?</p>		<p>legítimo si parte de la necesidad urgente de averiguación y cumplimiento de principios procesales como la proporcionalidad, subsidiaridad y razonabilidad.</p> <p>VARIABLES</p> <p>Principio de legitimidad de la prueba, Limitaciones a la eficacia de la persecución penal, Operadores del Derecho</p>			<p>jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar.</p>
-------------------------------------	--	--	--	--	---









de la investigación jurídica (E. Jurídicas (ed.)).

